



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada**

---

**Part 2, 2021 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 2021 Vol. 1**

Cited as [2021] 1 S.C.R. 175-520

Renvoi [2021] 1 R.C.S. 175-520

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI  
ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
EMILY K. MOREAU  
CRAIG MRACEK

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH  
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE  
AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH  
ANTHONY DELISLE

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS  
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif  
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoint administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

KATHIA SÉGUIN

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*



## CONTENTS

### References re *Greenhouse Gas Pollution*

#### *Pricing Act* ..... 175

Constitutional law — Division of powers — Greenhouse gas emissions — Federal legislation setting minimum national standards of greenhouse gas pricing — Whether greenhouse gas pricing is matter of national concern falling within Parliament’s power to legislate in respect of peace, order and good government of Canada — Constitution Act, 1867, s. 91 “preamble” — Greenhouse Gas Pollution Pricing Act, S.C. 2018, c. 12, s. 186.

## SOMMAIRE

### Renvois relatifs à la *Loi sur la tarification de la*

#### *pollution causée par les gaz à effet de serre* ..... 175

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Émissions de gaz à effet de serre — Loi fédérale établissant des normes nationales minimales de tarification des gaz à effet de serre — La tarification des gaz à effet de serre constitue-t-elle une matière d’intérêt national relevant du pouvoir du Parlement de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 « préambule » — Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, L.C. 2018, c. 12, art. 186.

**IN THE MATTER OF** References to the Court of Appeal for Saskatchewan, the Court of Appeal for Ontario and the Court of Appeal of Alberta respecting the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186

**Attorney General of Saskatchewan** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Canadian Labour Congress,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Oceans North Conservation Society,  
Assembly of First Nations,  
Canadian Taxpayers Federation,  
Canada's Ecofiscal Commission,  
Canadian Environmental Law Association,  
Environmental Defence Canada Inc.,  
Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
Amnesty International Canada,  
National Association of Women and the Law,  
Friends of the Earth,  
International Emissions Trading Association,  
David Suzuki Foundation,  
Athabasca Chipewyan First Nation,  
Smart Prosperity Institute,  
Canadian Public Health Association,  
Climate Justice Saskatoon,  
National Farmers Union,  
Saskatchewan Coalition for Sustainable**

**DANS L'AFFAIRE DE** renvois à la Cour d'appel de la Saskatchewan, à la Cour d'appel de l'Ontario et à la Cour d'appel de l'Alberta relativement à la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186

**Procureur général de la Saskatchewan** *Appelant*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Congrès du travail du Canada,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Océans Nord,  
Assemblée des Premières Nations,  
Fédération canadienne des contribuables,  
Commission de l'écofiscalité du Canada,  
Association canadienne du droit de  
l'environnement,  
Environmental Defence Canada Inc.,  
Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
Amnistie Internationale Canada,  
Association nationale Femmes et Droit,  
Amis de la Terre,  
International Emissions Trading Association,  
Fondation David Suzuki,  
Première Nation des Chipewyan d'Athabasca,  
Institut pour l'IntelliProsperité,  
Association canadienne de santé publique,  
Climate Justice Saskatoon,**

Development,  
 Saskatchewan Council for International  
 Cooperation,  
 Saskatchewan Environmental Society,  
 SaskEV,  
 Council of Canadians: Prairie and  
 Northwest Territories Region,  
 Council of Canadians: Regina Chapter,  
 Council of Canadians: Saskatoon Chapter,  
 New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
 Youth of the Earth,  
 Centre québécois du droit de  
 l'environnement,  
 Équiterre,  
 Generation Squeeze,  
 Public Health Association of British  
 Columbia,  
 Saskatchewan Public Health Association,  
 Canadian Association of Physicians for the  
 Environment,  
 Canadian Coalition for the Rights of  
 the Child,  
 Youth Climate Lab,  
 Assembly of Manitoba Chiefs,  
 City of Richmond,  
 City of Victoria,  
 City of Nelson,  
 District of Squamish,  
 City of Rossland,  
 City of Vancouver and  
 Thunderchild First Nation *Intervenors*

- and -

**Attorney General of Ontario** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

National Farmers Union,  
 Saskatchewan Coalition for Sustainable  
 Development,  
 Saskatchewan Council for International  
 Cooperation,  
 Saskatchewan Environmental Society,  
 SaskEV,  
 Council of Canadians : Prairie and  
 Northwest Territories Region,  
 Council of Canadians : Regina Chapter,  
 Council of Canadians : Saskatoon Chapter,  
 New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
 Youth of the Earth,  
 Centre québécois du droit de  
 l'environnement,  
 Équiterre,  
 Generation Squeeze,  
 Public Health Association of British  
 Columbia,  
 Saskatchewan Public Health Association,  
 Association canadienne des médecins pour  
 l'environnement,  
 Coalition canadienne pour les droits  
 des enfants,  
 Youth Climate Lab,  
 Assembly of Manitoba Chiefs,  
 City of Richmond,  
 City of Victoria,  
 City of Nelson,  
 District of Squamish,  
 City of Rossland,  
 City of Vancouver et  
 Thunderchild First Nation *Intervenants*

- et -

**Procureur général de l'Ontario** *Appelant*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Anishinabek Nation,  
United Chiefs and Councils of Mnídoo  
Mnísing,  
Canadian Labour Congress,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Oceans North Conservation Society,  
Assembly of First Nations,  
Canadian Taxpayers Federation,  
Canada's Ecofiscal Commission,  
Canadian Environmental Law Association,  
Environmental Defence Canada Inc.,  
Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
Amnesty International Canada,  
National Association of Women and the Law,  
Friends of the Earth,  
International Emissions Trading Association,  
David Suzuki Foundation,  
Athabasca Chipewyan First Nation,  
Smart Prosperity Institute,  
Canadian Public Health Association,  
Climate Justice Saskatoon,  
National Farmers Union,  
Saskatchewan Coalition for Sustainable  
Development,  
Saskatchewan Council for International  
Cooperation,  
Saskatchewan Environmental Society,  
SaskEV,  
Council of Canadians: Prairie and Northwest  
Territories Region,  
Council of Canadians: Regina Chapter,  
Council of Canadians: Saskatoon Chapter,  
New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
Youth of the Earth,  
Centre québécois du droit de  
l'environnement,  
Équiterre,**

**Procureur général du Québec,  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Nation Anishinabek,  
Chefs et conseils unis de la Mnídoo Mnísing,  
Congrès du travail du Canada,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Océans Nord,  
Assemblée des Premières Nations,  
Fédération canadienne des contribuables,  
Commission de l'écofiscalité du Canada,  
Association canadienne du droit de  
l'environnement,  
Environmental Defence Canada Inc.,  
Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
Amnistie Internationale Canada,  
Association nationale Femmes et Droit,  
Amis de la Terre,  
International Emissions Trading Association,  
Fondation David Suzuki,  
Première Nation des Chipewyan d'Athabasca,  
Institut pour l'IntelliProspérité,  
Association canadienne de santé publique,  
Climate Justice Saskatoon,  
National Farmers Union,  
Saskatchewan Coalition for Sustainable  
Development,  
Saskatchewan Council for International  
Cooperation,  
Saskatchewan Environmental Society,  
SaskEV,  
Council of Canadians : Prairie and Northwest  
Territories Region,  
Council of Canadians : Regina Chapter,  
Council of Canadians : Saskatoon Chapter,  
New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
Youth of the Earth,  
Centre québécois du droit de  
l'environnement,**

**Generation Squeeze,  
Public Health Association of British  
Columbia,  
Saskatchewan Public Health Association,  
Canadian Association of Physicians for  
the Environment,  
Canadian Coalition for the Rights of  
the Child,  
Youth Climate Lab,  
Assembly of Manitoba Chiefs,  
City of Richmond,  
City of Victoria,  
City of Nelson,  
District of Squamish,  
City of Rossland,  
City of Vancouver and  
Thunderchild First Nation** *Intervenors*

- and -

**Attorney General of British Columbia**  
*Appellant*

v.

**Attorney General of Alberta** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Manitoba,  
Attorney General of Saskatchewan,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Oceans North Conservation Society,  
Assembly of First Nations,  
Canadian Taxpayers Federation,  
Canada's Ecofiscal Commission,  
Canadian Environmental Law Association,  
Environmental Defence Canada Inc.,**

**Équiterre,  
Generation Squeeze,  
Public Health Association of British  
Columbia,  
Saskatchewan Public Health Association,  
Association canadienne des médecins  
pour l'environnement,  
Coalition canadienne pour les droits  
des enfants,  
Youth Climate Lab,  
Assembly of Manitoba Chiefs,  
City of Richmond,  
City of Victoria,  
City of Nelson,  
District of Squamish,  
City of Rossland,  
City of Vancouver et Thunderchild First  
Nation** *Intervenants*

- et -

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Appelant*

c.

**Procureur général de l'Alberta** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général du Manitoba,  
procureur général de la Saskatchewan,  
Progress Alberta Communications Limited,  
Saskatchewan Power Corporation,  
SaskEnergy Incorporated,  
Océans Nord,  
Assemblée des Premières Nations,  
Fédération canadienne des contribuables,  
Commission de l'écofiscalité du Canada,  
Association canadienne du droit de  
l'environnement,**

**Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
 Amnesty International Canada,  
 International Emissions Trading Association,  
 David Suzuki Foundation,  
 Athabasca Chipewyan First Nation,  
 Smart Prosperity Institute,  
 Canadian Public Health Association,  
 Climate Justice Saskatoon,  
 National Farmers Union,  
 Saskatchewan Coalition for Sustainable  
 Development,  
 Saskatchewan Council for International  
 Cooperation,  
 Saskatchewan Environmental Society,  
 SaskEV,  
 Council of Canadians: Prairie and Northwest  
 Territories Region,  
 Council of Canadians: Regina Chapter,  
 Council of Canadians: Saskatoon Chapter,  
 New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
 Youth of the Earth,  
 Generation Squeeze,  
 Public Health Association of British  
 Columbia,  
 Saskatchewan Public Health Association,  
 Canadian Association of Physicians for  
 the Environment,  
 Canadian Coalition for the Rights of  
 the Child,  
 Youth Climate Lab and  
 Thunderchild First Nation *Interveniers***

**Indexed as: REFERENCES RE *GREENHOUSE GAS  
 POLLUTION PRICING ACT***

**2021 SCC 11**

File Nos.: 38663, 38781, 39116.

2020: September 22, 23; 2021: March 25.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,  
 Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer  
 JJ.

**Environmental Defence Canada Inc.,  
 Sisters of Providence of St. Vincent de Paul,  
 Amnistie Internationale Canada,  
 International Emissions Trading Association,  
 Fondation David Suzuki,  
 Première Nation des Chipewyan d’Athabasca,  
 Institut pour l’IntelliProsperité,  
 Association canadienne de santé publique,  
 Climate Justice Saskatoon,  
 National Farmers Union,  
 Saskatchewan Coalition for Sustainable  
 Development,  
 Saskatchewan Council for International  
 Cooperation,  
 Saskatchewan Environmental Society,  
 SaskEV,  
 Council of Canadians : Prairie and Northwest  
 Territories Region,  
 Council of Canadians : Regina Chapter,  
 Council of Canadians : Saskatoon Chapter,  
 New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance,  
 Youth of the Earth,  
 Generation Squeeze,  
 Public Health Association of British  
 Columbia,  
 Saskatchewan Public Health Association,  
 Association canadienne des médecins  
 pour l’environnement,  
 Coalition canadienne pour les droits  
 des enfants,  
 Youth Climate Lab et  
 Thunderchild First Nation *Intervenants***

**RÉPERTORIÉ : RENVOIS RELATIFS À LA *LOI SUR  
 LA TARIFICATION DE LA POLLUTION CAUSÉE PAR  
 LES GAZ À EFFET DE SERRE***

**2021 CSC 11**

N<sup>os</sup> du greffe : 38663, 38781, 39116.

2020 : 22, 23 septembre; 2021 : 25 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,  
 Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et  
 Kasirer.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
L'ONTARIO

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF  
ALBERTA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
L'ALBERTA

*Constitutional law — Division of powers — Greenhouse gas emissions — Federal legislation setting minimum national standards of greenhouse gas pricing — Whether greenhouse gas pricing is matter of national concern falling within Parliament's power to legislate in respect of peace, order and good government of Canada — Constitution Act, 1867, s. 91 “preamble” — Greenhouse Gas Pollution Pricing Act, S.C. 2018, c. 12, s. 186.*

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Émissions de gaz à effet de serre — Loi fédérale établissant des normes nationales minimales de tarification des gaz à effet de serre — La tarification des gaz à effet de serre constitue-t-elle une matière d'intérêt national relevant du pouvoir du Parlement de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 « préambule » — Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, L.C. 2018, c. 12, art. 186.*

In 2018, Parliament enacted the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* (“GGPPA”). The GGPPA comprises four parts and four schedules. Part 1 establishes a fuel charge that applies to producers, distributors and importers of various types of carbon-based fuel. Part 2 sets out a pricing mechanism for industrial greenhouse gas (“GHG”) emissions by large emissions-intensive industrial facilities. Part 3 authorizes the Governor in Council to make regulations providing for the application of provincial law concerning GHG emissions to federal works and undertakings, federal land and Indigenous land located in that province, as well as to internal waters located in or contiguous with the province. Part 4 requires the Minister of the Environment to prepare an annual report on the administration of the GGPPA and have it tabled in Parliament.

En 2018, le Parlement a édicté la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (« LTPGES »). La LTPGES se compose de quatre parties et de quatre annexes. La partie 1 établit une redevance sur les combustibles qui s'applique aux fabricants, distributeurs et importateurs de différents types de combustibles à base de carbone. La partie 2 établit un mécanisme de tarification des émissions industrielles de gaz à effet de serre (« GES ») produites par de grandes installations industrielles à forte intensité d'émissions. La partie 3 autorise le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, l'application de textes législatifs provinciaux sur les émissions de GES à des entreprises fédérales et à toute partie de terres fédérales ou de terres autochtones situées dans une province, ainsi qu'à toute partie des eaux intérieures qui est située dans une province ou y est adjacente. La partie 4 oblige le ministre de l'Environnement à établir un rapport annuel sur l'application de la LTPGES et à le déposer au Parlement.

Saskatchewan, Ontario and Alberta challenged the constitutionality of the first two parts and the four schedules of the GGPPA by references to their respective courts of appeal, asking whether the GGPPA is unconstitutional in whole or in part. In split decisions, the courts of appeal for Saskatchewan and Ontario held that the GGPPA is constitutional, while the Court of Appeal of Alberta held that it is unconstitutional. The Attorney General of British Columbia, who had intervened in the Court of Appeal of Alberta, the Attorney General of Saskatchewan and the

La Saskatchewan, l'Ontario et l'Alberta ont contesté la constitutionnalité des deux premières parties ainsi que des quatre annexes de la LTPGES en soumettant à leur cour d'appel respective un renvoi demandant si la LTPGES est entièrement ou partiellement inconstitutionnelle. Dans des décisions partagées, les cours d'appel de la Saskatchewan et de l'Ontario ont jugé la LTPGES constitutionnelle, alors que la Cour d'appel de l'Alberta l'a jugée inconstitutionnelle. Le procureur général de la Colombie-Britannique, qui était intervenu devant la Cour d'appel de l'Alberta, le

Attorney General of Ontario now appeal as of right to the Court.

*Held* (Côté J. dissenting in part and Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeals by the Attorney General of Saskatchewan and the Attorney General of Ontario should be dismissed, and the appeal by the Attorney General of British Columbia should be allowed. The reference questions are answered in the negative.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: The *GGPPA* is constitutional. It sets minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. Parliament has jurisdiction to enact this law as a matter of national concern under the peace, order, and good government (“POGG”) clause of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*.

Federalism is a foundational principle of the Canadian Constitution. Its objectives are to reconcile diversity with unity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local and regional level and foster cooperation between Parliament and the provincial legislatures for the common good. Sections 91 and 92 of the Constitution give expression to the principle of federalism and divide legislative powers between Parliament and the provincial legislatures. Under the division of powers, broad powers were conferred on the provinces to ensure diversity, while at the same time reserving to the federal government powers better exercised in relation to the country as a whole to provide for Canada’s unity. Federalism recognizes that within their spheres of jurisdiction, provinces have autonomy to develop their societies. Federal power cannot be used in a manner that effectively eviscerates provincial power.

Courts, as impartial arbiters, are charged with resolving jurisdictional disputes over the boundaries of federal and provincial powers on the basis of the principle of federalism. Although early Canadian constitutional decisions by the Judicial Committee of the Privy Council applied a rigid division of federal-provincial powers as watertight compartments, the Court has favoured a flexible view of federalism, best described as a modern cooperative federalism, that accommodates and encourages intergovernmental cooperative efforts. However, the Court has also always maintained that flexibility and cooperation, while

procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l’Ontario font appel de plein droit devant la Cour.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente en partie et les juges Brown et Rowe sont dissidents) : Les pourvois du procureur général de la Saskatchewan et du procureur général de l’Ontario sont rejetés, et le pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique est accueilli. La question soulevée par les renvois reçoit une réponse négative.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : La *LTPGES* est constitutionnelle. Elle fixe, en vue de réduire les émissions de GES, des normes nationales minimales de tarification rigoureuse de ces gaz. Le Parlement a compétence pour adopter cette loi en tant que matière d’intérêt national en vertu de la disposition de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui l’habilite à faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement (« POBG »).

Le fédéralisme est un principe fondateur de la Constitution du Canada. Il vise à concilier l’unité et la diversité, à promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux administrations locales et régionales et à favoriser la coopération entre le Parlement et les législatures dans la recherche du bien commun. Les articles 91 et 92 de la Constitution, qui constituent l’expression textuelle du principe du fédéralisme, divisent les compétences législatives entre le Parlement et les législatures. Dans le cadre de ce partage des compétences législatives, de larges pouvoirs ont été conférés aux provinces afin de respecter la diversité, tout en réservant au gouvernement fédéral des pouvoirs dont l’exercice se prêtait davantage à l’ensemble du pays en vue d’assurer l’unité du Canada. Le fédéralisme reconnaît que, dans leurs propres sphères de compétence, les provinces disposent de l’autonomie voulue pour assurer le développement de leur société. Les pouvoirs fédéraux ne peuvent être utilisés d’une manière telle qu’ils videraient effectivement de leur essence des pouvoirs provinciaux.

Les tribunaux sont chargés, en qualité d’arbitres impartiaux, de résoudre les conflits de compétence concernant la délimitation des frontières entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces au regard du principe du fédéralisme. Bien que dans les premiers arrêts portant sur la Constitution canadienne, le Comité judiciaire du Conseil privé ait appliqué rigidement le partage des compétences législatives respectives du fédéral et des provinces, considérant ces compétences comme des compartiments étanches, la Cour favorise pour sa part une vision souple du fédéralisme, que décrit très bien l’expression fédéralisme coopératif

important, cannot override or modify federalism and the constitutional division of powers.

The review of legislation on federalism grounds consists of the well-established two-stage analytical approach. At the first stage, a court must consider the purpose and effects of the challenged statute or provision with a view to characterizing the subject matter or “pith and substance”. A court must then classify the subject matter with reference to federal and provincial heads of power under the Constitution in order to determine whether it is *intra vires* Parliament and therefore valid.

At the first stage of the division of powers analysis, a court must consider the purpose and effects of the challenged statute or provision in order to identify its “pith and substance” or its main thrust or dominant or most important characteristic. In determining the purpose of the challenged statute or provision, a court can consider both intrinsic evidence, such as the legislation’s preamble or purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or minutes of parliamentary committees. In considering the effects of the challenged legislation, a court can consider both the legal effects, those that flow directly from the provisions of the statute itself, and the practical effects, the side effects that flow from the application of the statute. Where a court is asked to adjudicate the constitutionality of legislation that has been in force for only a short time, any prediction of future practical effect is necessarily short-term, since the court is not equipped to predict accurately the future consequential impact of legislation. The characterization process is not technical or formalistic. A court can look at the background and circumstances of a statute’s enactment as well as at the words used in it.

Three points with respect to the identification of the pith and substance are important to clarify. First, the pith and substance of a challenged statute or provision must be described as precisely as possible. A vague or general description is unhelpful, as it can result in the law being superficially assigned to both federal and provincial heads of powers or may exaggerate the extent to which the law extends into the other level of government’s sphere of jurisdiction. However, precision should not be confused

moderne, qui permet et encourage les efforts de coopération intergouvernementale. Toutefois, la Cour n’a également jamais cessé de souligner que, quoique la souplesse et la coopération soient des considérations importantes, elles ne sauraient écartier ou modifier le fédéralisme et le partage des compétences prévu par la Constitution.

Pour examiner une mesure législative au regard de motifs liés au fédéralisme, il faut procéder à une analyse en deux volets bien établie. À la première étape, le tribunal doit examiner l’objet et les effets de la loi ou de la disposition contestée en vue de qualifier la matière ou le « caractère véritable » de celle-ci. Le tribunal doit ensuite classer la matière en se référant aux chefs de compétence fédéraux et provinciaux prévus par la Constitution, afin de déterminer si la loi est *intra vires* du Parlement et, en conséquence, valide.

À la première étape de l’analyse portant sur le partage des compétences, le tribunal doit examiner l’objet et les effets de la loi ou de la disposition contestée afin d’identifier le « caractère véritable » ou l’objet principal ou encore la caractéristique dominante ou la plus importante de celle-ci. Dans la détermination de l’objet de la loi ou disposition contestée, les tribunaux peuvent prendre en considération à la fois des éléments de preuve intrinsèque, tels que le préambule de la loi ou les dispositions de celle-ci relatives à son objet, et des éléments de preuve extrinsèque, par exemple le Hansard ou des procès-verbaux de comités parlementaires. Lorsqu’ils se penchent sur les effets de la loi contestée, les tribunaux peuvent tenir compte tant de ses effets juridiques, c’est-à-dire ceux découlant directement des dispositions de la loi elle-même, que de ses effets pratiques, c’est-à-dire les effets secondaires découlant de son application. Dans les cas où un tribunal est appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une loi qui n’est en vigueur que depuis peu, toute prédiction de l’effet pratique futur n’est possible qu’à court terme, car le tribunal n’a pas les compétences pour prédire exactement les conséquences futures du texte. L’opération de qualification n’est ni technique ni formaliste. Les tribunaux peuvent examiner le contexte et les circonstances de l’édiction de la loi, ainsi que les termes utilisés dans celle-ci.

Il est important de clarifier trois points concernant l’identification du caractère véritable. Premièrement, le caractère véritable d’une loi ou disposition attaquée doit être décrit avec le plus de précision possible. Une qualification vague ou générale est inutile, car elle peut faire en sorte que la loi ou disposition en cause se rattache superficiellement à la fois à un chef de compétence fédéral et à un chef de compétence provincial, ou encore avoir pour effet d’exagérer la mesure dans laquelle la loi ou disposition

with narrowness. A court must focus on the law itself and what it is really about. The pith and substance of a challenged statute or provision should capture the law's essential character in terms that are as precise as the law will allow. Second, it is permissible in some circumstances for a court to include the legislative choice of means in the definition of a statute's pith and substance, as long as it does not lose sight of the fact that the goal of the analysis is to identify the true subject matter of the challenged statute or provision. In some cases, the choice of means may be so central to the legislative objective that the main thrust of a statute or provision, properly understood, is to achieve a result in a particular way, which would justify including the means in identifying the pith and substance. Third, the characterization and classification stages of the division of powers analysis are and must be kept distinct. The pith and substance of a statute or a provision must be identified without regard to the heads of legislative competence.

At the second stage of the division of power analysis, a court must classify the matter by reference to the heads of power set out in the Constitution. Matters and classes of subjects are distinct. Law-making powers are exercisable in relation to matters, which in turn generally come within broader classes of subjects. Section 91 does not provide in the context of the POGG power that Parliament can make laws in relation to classes of subjects; instead, it states that Parliament can make laws for the peace, order, and good government of Canada in relation to "Matters". National concern is a well-established but rarely applied doctrine of Canadian constitutional law derived from the introductory clause of s. 91 of the Constitution, which empowers Parliament to make laws for the peace, order, and good government of Canada, in relation to all matters not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the legislatures of the provinces. A matter that falls under the POGG power necessarily does not come within the classes of subjects enumerated in ss. 91 and 92.

Courts must approach a finding that the federal government has jurisdiction on the basis of the national concern doctrine with great caution. The effect of finding that a matter is one of national concern is permanent and confers exclusive jurisdiction over that matter on Parliament. However, the scope of the federal power is defined by the

déborde sur la sphère de compétence de l'autre ordre de gouvernement. Cependant, il ne faut pas confondre qualification précise et qualification étroite. Le tribunal doit se concentrer sur la loi elle-même et sur ce à quoi elle a réellement trait. Le caractère véritable devrait exprimer le caractère essentiel de la loi en termes aussi précis que le permet la loi. Deuxièmement, il est dans certains cas permis au tribunal d'inclure dans la définition du caractère véritable d'une loi les moyens choisis dans celle-ci pour réaliser son objet, pourvu qu'il ne perde pas de vue que le but de l'analyse est d'identifier la matière véritable de la loi ou disposition contestée. Dans certains cas, le choix des moyens peut constituer un aspect à ce point central de l'objectif visé par la mesure législative que, interprété adéquatement, l'objet principal de la loi ou disposition en question consiste à atteindre un résultat d'une façon particulière, ce qui justifierait alors l'inclusion des moyens dans l'identification du caractère véritable. Troisièmement, les étapes de la qualification et de la classification de l'analyse relative au partage des compétences sont distinctes, et elles doivent le rester. Le caractère véritable d'une loi ou disposition doit être identifié sans égard aux chefs de compétence législative.

À la deuxième étape de l'analyse portant sur le partage des compétences, le tribunal doit classer la matière par référence aux chefs de compétence énumérés dans la Constitution. Matières et catégories de sujets sont des choses distinctes. Des pouvoirs législatifs peuvent être exercés relativement à des matières qui, à leur tour, tombent généralement dans des catégories de sujets plus larges. L'article 91 ne précise pas, dans le contexte du pouvoir POGG, que le Parlement peut faire des lois relativement à des catégories de sujets; il énonce plutôt que le Parlement peut faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à des « matières ». L'intérêt national est une théorie du droit constitutionnel canadien bien établie mais rarement appliquée, qui puise sa source dans l'alinéa introductif de l'art. 91 de la Constitution, lequel habilite le Parlement à faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces. Nécessairement, une matière relevant du pouvoir POGG ne tombe pas dans les catégories de sujets énumérés aux art. 91 et 92.

Les tribunaux doivent faire montre de beaucoup de prudence avant de conclure que le fédéral a compétence sur une matière en vertu de la théorie de l'intérêt national. L'effet de la reconnaissance d'une matière en tant que matière d'intérêt national est permanent et confère compétence exclusive au Parlement sur cette matière. Toutefois,

nature of the national concern itself and only aspects with a sufficient connection to the underlying inherent national concern will fall within the scope of the federal power.

A closely related question concerns the applicability of the double aspect doctrine to a matter of national concern. The double aspect doctrine recognizes that the same fact situations can be regulated from different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power. The doctrine can apply in cases in which the federal government has jurisdiction on the basis of the national concern doctrine. Such an approach fosters coherence in the law, because the double aspect doctrine can apply to every enumerated federal and provincial head of power. It is also consistent with the modern approach to federalism, which favours flexibility and a degree of overlapping jurisdiction. However, the fact that the double aspect doctrine can apply does not mean that it will apply in a given case. It may apply if a fact situation can be regulated from different federal and provincial perspectives and each level of government has a compelling interest in enacting legal rules in relation to that situation. It should be applied cautiously so as to avoid eroding the importance attached to provincial autonomy.

The double aspect doctrine takes on particular significance where Canada asserts jurisdiction over a matter that involves a minimum national standard imposed by legislation that operates as a backstop. The recognition of a matter of national concern such as this will inevitably result in a double aspect situation. This is in fact the very premise of a federal scheme that imposes minimum national standards: Canada and the provinces are both free to legislate in relation to the same fact situation but the federal law is paramount. In such a case, even if the national concern test would otherwise be met, a cautious approach to the double aspect doctrine should act as an additional check. The court must be satisfied that Canada in fact has a compelling interest in enacting legal rules over the federal aspect of the activity at issue and that the multiplicity of aspects is real and not merely nominal.

Turning to the national concern test, there are two points worth noting about the framework as a whole. First, the recognition of a matter of national concern must be

la portée de la compétence fédérale est déterminée par la nature de l'intérêt national lui-même et seuls les aspects possédant un lien suffisant avec l'intérêt intrinsèquement national sous-jacent seront compris dans la portée de la compétence fédérale.

Une autre question étroitement liée est l'applicabilité de la théorie du double aspect à une matière d'intérêt national. Cette théorie reconnaît que des situations de fait identiques peuvent être réglementées suivant des perspectives différentes, l'une relevant d'une compétence provinciale, l'autre d'une compétence fédérale. Elle peut s'appliquer dans les cas où le gouvernement fédéral a compétence sur la base de la théorie de l'intérêt national. Une telle approche favorise la cohérence du droit, en ce que la théorie du double aspect peut s'appliquer à tous les chefs de compétence fédéraux et provinciaux énumérés. Elle est également compatible avec l'approche moderne concernant le fédéralisme, qui favorise la souplesse et un certain degré de chevauchement des compétences. Cependant, ce n'est pas parce que la théorie du double aspect peut s'appliquer qu'elle va s'appliquer dans un cas donné. Elle peut s'appliquer si une situation de fait peut être réglementée suivant des perspectives fédérale et provinciale différentes, et que chaque ordre de gouvernement a un intérêt impérieux à adopter des règles de droit la concernant. Elle doit être appliquée prudemment, afin de ne pas éroder l'importance accordée à l'autonomie provinciale.

La théorie du double aspect prend une importance particulière dans les cas où le fédéral revendique compétence sur une matière impliquant l'imposition d'une norme nationale minimale au moyen d'une loi qui agit comme filet de sécurité. La reconnaissance d'une telle matière d'intérêt national va inévitablement entraîner une situation de double aspect. C'est de fait le principe même à la base d'un mécanisme d'un régime fédéral qui impose des normes nationales minimales : tant le fédéral que les provinces ont la faculté de légiférer à l'égard de la même situation de fait, mais la loi fédérale a prépondérance. Dans un tel cas, même si l'analyse relative à l'intérêt national confirme par ailleurs la compétence, une application prudente de la théorie du double aspect devrait servir de mesure de contrôle supplémentaire. Le tribunal doit être convaincu que le fédéral a un intérêt impérieux à adopter des règles de droit concernant l'aspect fédéral de l'activité en cause, et que la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale.

Pour ce qui est de l'analyse relative à l'intérêt national, deux remarques s'imposent relativement à l'ensemble de ce cadre d'analyse. Premièrement, la reconnaissance

based on evidence. An onus rests on Canada throughout the national concern analysis to adduce evidence in support of its assertion of jurisdiction. Second, there is no requirement that a matter be historically new in order to be found to be one of national concern. Many new developments may be predominantly local and provincial in character and fall under provincial heads of power. The term “new”, as used in the jurisprudence, refers to matters that could satisfy the national concern test and includes both “new” matters that did not exist in 1867 and matters that are “new” in the sense that the understanding of those subject matters has, in some way, shifted so as to bring out their inherently national character. Thus, the critical element of the analysis is the requirement that matters of national concern be inherently national in character, not that they be historically new.

Finding that a matter is one of national concern involves a three-step analysis. First, as a threshold question, Canada must establish that the matter is of sufficient concern to the country as a whole to warrant consideration as a possible matter of national concern. Second, the matter must have a singleness, distinctiveness and indivisibility. Third, Canada must show that the proposed matter has a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the division of powers. The purpose of the national concern analysis is to identify matters of inherent national concern — matters which, by their nature, transcend the provinces.

The analysis begins by asking, as a threshold question, whether the matter is of sufficient concern to Canada as a whole to warrant consideration under the national concern doctrine. This invites a common-sense inquiry into the national importance of the proposed matter. This approach does not open the door to the recognition of federal jurisdiction simply on the basis that a legislative field is important; it operates to limit the application of the national concern doctrine and provides essential context for the analysis that follows.

The second step of the analysis requires that a matter have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern. Two principles underpin this requirement: first, to

d’une matière d’intérêt national doit être appuyée par la preuve. Il incombe au fédéral de présenter, tout au long de l’analyse relative à l’intérêt national, des éléments de preuve à l’appui de sa revendication de compétence. Deuxièmement, rien n’exige qu’une matière soit historiquement nouvelle afin d’être reconnue comme une matière d’intérêt national. De nombreuses réalisations nouvelles sont susceptibles d’avoir un caractère principalement local et provincial et de relever de chefs de compétence provinciaux. Le mot « nouvelle », tel qu’il est utilisé dans la jurisprudence, s’entend des matières capables de satisfaire à l’analyse relative à l’intérêt national et il vise à la fois les matières « nouvelles » qui n’existaient pas en 1867, et les matières qui sont « nouvelles » en ce que la compréhension de celles-ci a, d’une certaine façon, évolué et fait ressortir leur caractère intrinsèquement national. En conséquence, l’élément crucial de l’analyse est l’exigence qui requiert qu’une matière d’intérêt national possède un caractère intrinsèquement national, et non qu’elle soit historiquement nouvelle.

Pour décider si une matière est d’intérêt national, il faut procéder à une analyse en trois étapes. Premièrement, à titre de question préliminaire, le fédéral doit établir que la matière en cause présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant qui justifie sa prise en considération comme possible matière d’intérêt national. Deuxièmement, la matière doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité. Troisièmement, le fédéral doit démontrer que la matière proposée a un effet sur la compétence provinciale qui est compatible avec le partage des compétences. L’objet de l’analyse relative à l’intérêt national consiste à identifier les matières intrinsèquement d’intérêt national — celles qui, de par leur nature, transcendent les provinces.

L’analyse commence par la question préliminaire de savoir si la matière proposée présente, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant pour justifier d’être prise en considération au regard de la théorie de l’intérêt national. La détermination de l’importance nationale de la matière proposée requiert un examen fondé sur le sens commun. Une telle approche n’ouvre pas la porte à la reconnaissance d’une compétence fédérale du seul fait qu’on est en présence d’un champ de compétence législative important; elle a pour effet de limiter l’application de la théorie de l’intérêt national et elle fournit des éléments contextuels essentiels pour l’analyse qui va suivre.

La deuxième étape de l’analyse exige que la matière ait une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial. Deux principes sous-tendent cette exigence : premièrement, afin

prevent federal overreach, jurisdiction should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern; and second, federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter.

Under the first principle of the singleness, distinctiveness and indivisibility analysis, the court should inquire into whether the matter is predominantly extraprovincial and international in its nature or its effects, into the content of any international agreements in relation to the matter, and into whether the matter involves a federal legislative role that is distinct from and not duplicative of that of the provinces. It is clearly not enough for a matter to be qualitatively different from matters of provincial concern — the mere growth or extent of a problem across Canada is insufficient to justify federal jurisdiction. International agreements may in some cases indicate that a matter is qualitatively different from matters of provincial concern. However, the existence of treaty obligations is not determinative of federal jurisdiction as there is no freestanding federal treaty implementation power and Parliament's jurisdiction to implement treaties signed by the federal government depends on the ordinary division of powers. Furthermore, to be qualitatively different from matters of provincial concern, the matter must not be an aggregate of provincial matters. The federal legislative role must be distinct from and not duplicative of that of the provinces. Federal legislation will not be qualitatively distinct if it overshoots regulation of a national aspect of the field and instead duplicates provincial regulation or regulates issues that are primarily of local concern.

The second principle underpinning the singleness, distinctiveness, and indivisibility analysis is that federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter. Provincial inability functions as a strong constraint on federal power and should be seen as a necessary but not sufficient requirement for the purposes of the national concern doctrine. In order for provincial inability to be established both of these factors are required: (1) the legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (2) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation

de prévenir un élargissement excessif des pouvoirs fédéraux, compétence ne devrait être reconnue que si la matière en cause est particulière, identifiable et qualitativement différente de matières d'intérêt provincial; deuxièmement, compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière.

Suivant le premier principe de l'analyse relative à l'unicité, la particularité et l'indivisibilité, les tribunaux doivent se demander si la matière a un caractère principalement extraprovincial et international de par sa nature ou ses effets, et examiner le contenu d'accords internationaux en lien avec la matière, ainsi que la question de savoir si la matière implique l'exercice par le fédéral d'un rôle législatif qui est distinct de celui des provinces et qui ne fait pas double emploi avec celui-ci. De toute évidence, il ne suffit pas qu'une matière soit qualitativement différente de matières d'intérêt provincial — le simple fait qu'un problème s'aggrave ou s'étende à travers le Canada est insuffisant pour justifier de reconnaître compétence au fédéral. Il est possible que, dans certains cas, des accords internationaux indiquent qu'une matière est qualitativement différente de matières d'intérêt provincial. Toutefois, l'existence d'obligations issues de traités n'est pas déterminante relativement à l'existence d'une compétence fédérale puisqu'il n'existe aucun pouvoir fédéral autonome de mise en œuvre des traités; la compétence du Parlement fédéral de mettre en œuvre des traités signés par le gouvernement fédéral est fonction du partage ordinaire des compétences. En outre, pour être qualitativement différente de matières d'intérêt provincial, la matière ne doit pas être un agrégat de matières provinciales. Le rôle du législateur fédéral doit être distinct de celui des législateurs provinciaux et ne pas faire double emploi avec celui-ci. Une loi fédérale ne sera pas qualitativement distincte si elle déborde la réglementation d'un aspect national et fait double emploi avec la réglementation provinciale ou régit des questions qui sont principalement d'intérêt local.

Le second principe qui sous-tend l'analyse relative à l'unicité, à la particularité et à l'indivisibilité est que compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière. L'incapacité provinciale agit comme une puissante limite à l'élargissement des pouvoirs fédéraux et doit être considérée comme une exigence nécessaire, mais insuffisante, pour les besoins de la théorie de l'intérêt national. Ces deux facteurs doivent être réunis pour que l'incapacité provinciale soit établie : (1) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; et (2) l'omission d'inclure une seule ou

of the scheme in other parts of the country. And there is a third factor that is required in the context of the national concern doctrine in order to establish provincial inability: a province's failure to deal with the matter must have grave extraprovincial consequences. The requirement for grave extraprovincial consequences sets a high bar for a finding of provincial inability for the purposes of the national concern doctrine and can be satisfied by actual harm or by a serious risk of harm being sustained in the future. It may include serious harm to human life and health or to the environment, though it is not necessarily limited to such consequences. Mere inefficiency or additional financial costs stemming from divided or overlapping jurisdiction is clearly insufficient. Evaluating extraprovincial harm helps to determine whether a national law is not merely desirable, but essential, in the sense that the problem is beyond the power of the provinces to deal with it. This connects the provincial inability test to the overall purpose of the national concern test, which is to identify matters of inherent national concern that transcend the provinces.

At the third and final step of the national concern analysis, Canada must show that the proposed matter has a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution. The purpose of the scale of impact analysis is to protect against unjustified intrusions on provincial autonomy and prevent federal overreach. At this stage of the analysis, the intrusion upon provincial autonomy that would result from empowering Parliament to act is balanced against the extent of the impact on the interests that would be affected if Parliament were unable to constitutionally address the matter at a national level. Identifying a new matter of national concern will be justified only if the latter outweighs the former.

In this case, the true subject matter of the *GGPPA* is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. Both the short and long titles of the *GGPPA* confirm that its true subject matter is not just to mitigate climate change, but to do so through the pan-Canadian application of pricing mechanisms to a broad set of GHG emission sources. Likewise,

plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application fructueuse de ce système dans d'autres parties du pays. De plus, un troisième facteur doit être présent dans le contexte de la théorie de l'intérêt national pour établir l'incapacité provinciale : le défaut d'une province de s'occuper d'une matière doit avoir des conséquences extraprovinciales graves. L'exigence selon laquelle il doit exister des conséquences extraprovinciales graves place haut la barre à atteindre pour justifier un tribunal de conclure qu'il y a une incapacité provinciale suivant la théorie de l'intérêt national, et elle sera respectée s'il existe un préjudice réel ou un risque sérieux qu'un tel préjudice se matérialise dans le futur. Il peut s'agir d'une atteinte grave à la vie et à la santé humaines, ou encore à l'environnement, quoique les conséquences ne se limitent pas nécessairement à ce genre de préjudices. Un simple manque d'efficacité ou des coûts financiers supplémentaires résultant d'une compétence partagée ou d'un chevauchement de compétences sont clairement insuffisants. L'évaluation du préjudice extraprovincial aide à déterminer si une loi nationale n'est pas simplement souhaitable, mais essentielle, en ce que le problème dépasse la capacité des provinces de s'en occuper. Ce facteur rattache le critère de l'incapacité provinciale à l'objet général de l'analyse relative à l'intérêt national, qui est d'identifier les matières d'intérêt intrinsèquement national qui transcendent les provinces.

À la troisième et dernière étape de l'analyse relative à l'intérêt national, le fédéral doit démontrer que la matière proposée a un effet sur la compétence provinciale qui est compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution. L'analyse de l'étendue de l'effet se veut une mesure de protection contre les empiètements injustifiés sur l'autonomie des provinces et a pour objet de prévenir l'élargissement excessif des pouvoirs fédéraux. À cette étape de l'analyse, l'empiètement sur l'autonomie des provinces qui résulte de l'attribution au Parlement du pouvoir d'agir est mis en balance avec l'étendue des effets qu'aurait sur les intérêts touchés le fait que le Parlement ne serait pas capable, sur le plan constitutionnel, d'agir à l'égard de la question à l'échelle nationale. La reconnaissance d'une nouvelle matière d'intérêt national ne sera justifiée que si les effets de cette incapacité l'emportent sur les effets de l'empiètement.

En l'espèce, la matière véritable de la *LTPGES* est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. Le titre abrégé et le titre intégral de la *LTPGES* confirment tous deux que la matière véritable de cette loi consiste non seulement à atténuer les changements climatiques, mais à le faire par l'application pancanadienne de

it is clear from reading the preamble as a whole that the focus of the *GGPPA* is on national GHG pricing. In Parliament's eyes, the relevant mischief is the effects of the failure of some provinces to implement GHG pricing systems or to implement sufficiently stringent pricing systems, and the consequential failure to reduce GHG emissions across Canada. To address this mischief, the *GGPPA* establishes minimum national standards of GHG pricing that apply across Canada, setting a GHG pricing floor across the country.

Similarly, it can be seen from the events leading up to the enactment of the *GGPPA* and from government policy papers that there was a focus on GHG pricing and establishing minimum national standards of GHG price stringency for GHG emissions — through a federally imposed national direct GHG pricing backstop — without displacing provincial and territorial jurisdiction over the choice and design of pricing instruments. This is supported by evidence of the legislative debates. Both elected representatives and senior public servants consistently described the purpose of the *GGPPA* in terms of imposing a Canada-wide GHG pricing system, not of regulating GHG emissions generally.

The legal effects of the *GGPPA* confirm that its focus is on national GHG pricing and confirm its essentially backstop nature. In jurisdictions where Parts 1 and 2 of the *GGPPA* apply, the primary legal effect is to create one GHG pricing scheme that prices GHG emissions in a manner that is consistent with what is done in the rest of the Canadian economy. Part 1 of the *GGPPA* directly prices the emissions of certain fuel producers, distributors and importers. Part 2 directly prices the GHG emissions of covered facilities to the extent that they exceed the applicable efficiency standards. The *GGPPA* does not require those to whom it applies to perform or refrain from performing specified GHG emitting activities. Nor does it tell industries how they are to operate in order to reduce their GHG emissions. Instead, all it does is to require persons to pay for engaging in specified activities that result in the emission of GHGs. The *GGPPA* leaves individual consumers and businesses free to choose how they will respond, or not, to the price signals sent by the marketplace.

mécanismes de tarification à un large éventail de sources d'émissions de GES. De même, il ressort clairement de la lecture du préambule, considéré globalement, que l'aspect central de la *LTPGES* est la tarification nationale des GES. Pour le Parlement, les répercussions découlant du défaut de certaines provinces de mettre en place des systèmes de tarification des GES ou des systèmes de tarification des GES suffisamment rigoureux, et l'absence de réduction des émissions de GES en résultant dans l'ensemble du pays, représentent le mal visé. Pour remédier à ce mal, la *LTPGES* établit des normes nationales minimales de tarification des GES qui s'appliquent partout au Canada, qui fixent un plancher à respecter en matière de tarification des GES dans l'ensemble du pays.

De même, l'examen des événements ayant mené à l'adoption de la *LTPGES* et des énoncés de politique du gouvernement permet de constater que l'accent portait sur la tarification des GES et l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES — au moyen d'un filet de sécurité imposé par le fédéral consistant en un régime national de tarification directe des GES —, sans écarter la compétence des provinces et territoires relativement au choix et à la conception des instruments de tarification. Cette constatation est étayée par la preuve ressortant des débats législatifs. Tant des représentants élus que des hauts fonctionnaires ont invariablement décrit l'objet de la *LTPGES* comme étant l'imposition d'un système de tarification des GES dans l'ensemble du Canada, et non la réglementation des émissions de GES en général.

Les effets juridiques de la *LTPGES* confirment que cette loi vise principalement à assurer la tarification des GES à l'échelle nationale, et confirment qu'elle constitue essentiellement un filet de sécurité. Dans les provinces et territoires où s'appliquent les parties 1 et 2 de la *LTPGES*, le principal effet juridique en découlant est la création d'un régime de tarification des GES qui tarife les émissions de GES d'une manière cohérente avec ce qui se fait à cet égard dans le reste de l'économie canadienne. La partie 1 de la *LTPGES* tarife directement certains producteurs, distributeurs et importateurs de combustibles sur la base de leurs émissions. La partie 2 tarife directement les émissions de GES des installations assujetties dans la mesure où ces émissions excèdent les normes d'efficacité applicables. La *LTPGES* n'oblige pas les personnes auxquelles elle s'applique à exercer ou à s'abstenir d'exercer des activités émettrices de GES particulières. Elle ne dit pas non plus aux organisations industrielles comment elles doivent être exploitées afin de réduire leurs émissions

The legal effects of the *GGPPA* are thus centrally aimed at pricing GHG emissions nationally.

Moreover, because the *GGPPA* operates as a backstop, the legal effects of Parts 1 and 2 of the statute — a federally imposed GHG pricing scheme — apply only if the Governor in Council has listed a province or territory. The *GGPPA* provides that the Governor in Council may make listing decisions for Parts 1 and 2 of the statute only for the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the Governor in Council considers appropriate, taking into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions. As a result, the GHG pricing mechanism described in Parts 1 and 2 of the *GGPPA* will not come into operation at all in a province or territory that already has a sufficiently stringent GHG pricing system. Not only does this confirm the backstop nature of the *GGPPA* — that of creating minimum national standards of GHG pricing — but this feature gives legal effect to the federal government’s commitment to give the provinces and territories the flexibility to design their own policies to meet emissions reductions targets, including carbon pricing, adapted to each province and territory’s specific circumstances, as well as to recognize carbon pricing policies already implemented or in development by provinces and territories.

Although evidence of practical effects is not helpful in this case given the dearth of such evidence, the evidence of practical effects to date is consistent with providing flexibility and support for provincially designed GHG pricing schemes. Practically speaking, the only thing not permitted by the *GGPPA* is for provinces and territories not to implement a GHG pricing mechanism or one that is not sufficiently stringent.

de GES. Elle se limite plutôt à obliger les personnes qui exercent des activités émettrices de GES déterminées à payer certaines sommes pour le faire. La *LTPGES* laisse les consommateurs et les entreprises décider individuellement comment ils vont réagir ou s’abstenir de réagir aux signaux envoyés par le marché en qui a trait aux prix. Les effets juridiques de la *LTPGES* résident donc essentiellement dans l’instauration d’une tarification des émissions de GES à l’échelle nationale.

En outre, parce que la *LTPGES* agit comme filet de sécurité, les effets juridiques des parties 1 et 2 de celle-ci — un régime de tarification des GES imposé par le fédéral — s’appliquent seulement si le gouverneur en conseil a assujéti une province ou un territoire. La *LTPGES* prévoit que le gouverneur en conseil peut prendre des décisions en matière d’assujétissement en ce qui a trait à la partie 1 et la partie 2 de la loi uniquement afin d’assurer l’application étendue au Canada d’une tarification des émissions de gaz à effet de serre à des niveaux que le gouverneur en conseil considère appropriés, en tenant compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre. En conséquence, le mécanisme de tarification des GES décrit dans les parties 1 et 2 de la *LTPGES* ne s’appliquera pas du tout dans les provinces ou territoires qui possèdent déjà un régime suffisamment rigoureux de tarification des GES. Non seulement cette caractéristique de la *LTPGES* confirme-t-elle le caractère de filet de sécurité de celle-ci — à savoir qu’elle crée des normes nationales minimales de tarification des GES —, mais elle donne effet juridiquement à l’engagement qu’a pris le gouvernement fédéral de permettre aux provinces et aux territoires de disposer de flexibilité pour élaborer leurs propres politiques pour atteindre les objectifs de réduction des émissions, y compris des mécanismes de tarification du carbone, adaptées aux circonstances particulières de chaque province et territoire, et de reconnaître les politiques sur la tarification du carbone déjà en vigueur ou en cours d’élaboration dans les provinces et les territoires.

Quoique la preuve concernant les effets pratiques ne soit pas particulièrement utile en l’espèce vu le peu d’éléments de preuve sur cette question, jusqu’ici, la preuve des effets pratiques est positive pour ce qui est de la flexibilité et de l’appui à l’égard des régimes de tarification des GES élaborés par les provinces. Concrètement, la seule chose que la *LTPGES* interdit aux provinces et territoires, c’est de ne pas mettre en place de mécanisme de tarification des GES ou d’en établir un qui n’est pas suffisamment rigoureux.

Applying the threshold question, Canada has adduced evidence that clearly shows that establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions is of sufficient concern to Canada as a whole that it warrants consideration in accordance with the national concern doctrine. The history of efforts to address climate change in Canada reflects the critical role of carbon pricing strategies in policies to reduce GHG emissions. There is also a broad consensus among expert international bodies that carbon pricing is a critical measure for the reduction of GHG emissions. This matter is critical to our response to an existential threat to human life in Canada and around the world. As a result, it passes the threshold test and warrants consideration as a possible matter of national concern.

Minimum national standards of GHG price stringency, which are implemented by means of the backstop architecture of the *GGPPA*, relate to a federal role in carbon pricing that is qualitatively different from matters of provincial concern. GHGs are a specific and precisely identifiable type of pollutant. The harmful effects of GHGs are known, and the fuel and excess emissions charges are based on the global warming potential of the gases. GHG emissions are also predominantly extraprovincial and international in their character and implications. This flows from their nature as a diffuse atmospheric pollutant and from their effect in causing global climate change. Moreover, the regulatory mechanism of GHG pricing is also specific and limited. GHG pricing operates in a particular way, seeking to change behaviour by internalizing the cost of climate change impacts, incorporating them into the price of fuel and the cost of industrial activity. It is a distinct form of regulation that does not amount to the regulation of GHG emissions generally or encompass regulatory mechanisms that do not involve pricing. The Governor in Council's power to make a regulation that applies the *GGPPA*'s pricing system to a province may be exercised only if it is first determined that the province's pricing mechanisms are insufficiently stringent. If each province designed its own pricing system and all the provincial systems met the federal pricing standards, the *GGPPA* would achieve its purpose without operating to directly price GHG emissions anywhere in the country. The *GGPPA* is tightly focused on this distinctly federal

Appliquant la question préliminaire, le fédéral a produit des éléments de preuve qui démontrent clairement que l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de la réduction des émissions de ces gaz présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant qui justifie la prise en considération de cette matière en vertu de la théorie de l'intérêt national. L'historique des efforts déployés pour lutter contre les changements climatiques au Canada témoigne du rôle crucial des stratégies de tarification du carbone dans les politiques de réduction des émissions de GES. En outre, il existe parmi les organismes internationaux spécialisés un large consensus suivant lequel la tarification du carbone représente une mesure essentielle pour réduire les émissions de GES. Il s'agit d'une matière cruciale pour nous permettre de répondre à une menace existentielle à la vie humaine au Canada et dans le monde entier. En conséquence, elle franchit l'étape de la question préliminaire et justifie d'être prise en considération comme possible matière d'intérêt national.

Les normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES, dont la mise en œuvre en l'espèce repose sur le rôle de filet de sécurité de la *LTPGES*, reflètent l'exercice par le fédéral d'un rôle dans la tarification du carbone qui diffère qualitativement de matières d'intérêt provincial. Les GES constituent un type de polluant particulier et identifiable de façon précise. Les effets néfastes des GES sont connus, et la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires reposent sur le potentiel de réchauffement planétaire des gaz. Les émissions de GES ont également, de par leur nature et leurs répercussions, un caractère principalement extraprovincial et international. Cela découle de leur nature, à savoir des polluants diffusés dans l'atmosphère, et de leur effet, à savoir qu'ils causent des changements climatiques à l'échelle de la planète. De plus, le mécanisme de réglementation de la tarification des GES est précis et limité. La tarification des GES fonctionne de manière particulière et a pour objet de modifier les comportements en internalisant les coûts des effets des changements climatiques, par leur inclusion dans le prix des combustibles et les coûts des activités industrielles. C'est une forme distincte de réglementation qui n'est pas assimilable à la réglementation de ces émissions en général ou à des mécanismes de réglementation non tarifaires. Le pouvoir du gouverneur en conseil d'établir un règlement prévoyant l'application à une province donnée du régime de tarification instauré par la *LTPGES* ne peut être exercé que s'il est d'abord déterminé que les mécanismes de tarification de cette province ne sont pas

role and does not descend into the detailed regulation of all aspects of GHG pricing.

Provincial inability is established in this case. First, the provinces, acting alone or together, are constitutionally incapable of establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. While the provinces could choose to cooperatively establish a uniform carbon pricing scheme, doing so would not assure a sustained approach because the provinces and territories are constitutionally incapable of establishing a binding outcome-based minimum legal standard — a national GHG pricing floor — that applies in all provinces and territories at all times. Second, a failure to include one province in the scheme would jeopardize its success in the rest of Canada. The withdrawal of one province from the scheme would clearly threaten its success for two reasons: emissions reductions that are limited to a few provinces would fail to address climate change if they were offset by increased emissions in other Canadian jurisdictions; and any province's failure to implement a sufficiently stringent GHG pricing mechanism could undermine the efficacy of GHG pricing everywhere in Canada because of the risk of carbon leakage. Third, a province's failure to act or refusal to cooperate would have grave consequences for extraprovincial interests. It is well established that climate change is causing significant environmental, economic and human harm nationally and internationally, with especially high impacts in the Canadian Arctic, coastal regions and on Indigenous peoples.

Although the matter has a clear impact on provincial jurisdiction, its impact on the provinces' freedom to legislate and on areas of life that would fall under provincial heads of power is qualified and limited. First, the matter is limited to GHG pricing of GHG emissions — a narrow and specific regulatory mechanism. If a province fails to meet the minimum national standards, the *GGPPA* imposes a backstop pricing system, but only to the extent necessary to remedy the deficiency in provincial regulation to address

assez rigoureux. Si chaque province conçoit son propre régime de tarification et que tous les régimes provinciaux respectent les normes de tarification fédérales, l'objet de la *LTPGES* sera réalisé sans que celle-ci n'entre en application et tarife directement les émissions de GES à quelque endroit que ce soit au pays. La *LTPGES* est essentiellement axée sur ce rôle distinctement fédéral et ne réglemente pas en détail tous les aspects de la tarification des GES.

L'incapacité provinciale est établie en l'espèce. Premièrement, qu'elles agissent seules ou de concert, les provinces ne sont pas habilitées par la Constitution à établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. Bien que les provinces puissent choisir de coopérer à l'instauration d'un régime uniforme de tarification du carbone, cela n'assurerait pas l'application d'une approche soutenue, étant donné que les provinces et territoires sont incapables sur le plan constitutionnel d'établir une norme légale minimale contraignante fondée sur le rendement — un plancher national de tarification des GES — applicable en tout temps à l'ensemble des provinces et territoires. Deuxièmement, le défaut d'assujettir une province au régime mettrait en péril le succès de celui-ci dans le reste du Canada. Le retrait d'une province menacerait clairement le succès du régime pour deux raisons : des réductions des émissions dans quelques provinces seulement ne contribueraient pas à lutter contre les changements climatiques si elles sont annulées par des accroissements des émissions dans d'autres provinces canadiennes; et le refus d'une province de mettre en œuvre un régime de tarification des GES suffisamment rigoureux pourrait compromettre l'efficacité de la tarification des GES partout au Canada en raison du risque de fuite de carbone. Troisièmement, l'inaction d'une province ou son refus de coopérer aurait de graves conséquences sur des intérêts extraprovinciaux. Il est bien établi que les changements climatiques causent des dommages considérables à l'environnement, à l'économie et aux êtres humains au pays et à l'étranger, et qu'ils ont des répercussions particulièrement sévères dans les régions arctiques et côtières du Canada, ainsi que pour les peuples autochtones.

Bien que la matière ait un effet évident sur la compétence des provinces, elle a un effet limité et assorti de réserves sur la liberté des provinces de légiférer, ainsi que sur des sphères de vie provinciale relevant de chefs de compétence provinciaux. Premièrement, la matière se limite à la tarification des émissions de GES — un mécanisme de réglementation précis et restreint. Si une province ne respecte pas les normes nationales minimales, la *LTPGES* impose un système qui agit comme filet de sécurité en

the extraprovincial and international harm that might arise from the province's failure to act or to set sufficiently stringent standards. Second, the matter's impact on areas of life that would generally fall under provincial heads of power is also limited. The discretion of the Governor in Council is necessary in order to ensure that some provinces do not subordinate or unduly burden the other provinces through their unilateral choice of standards. Although this restriction may interfere with a province's preferred balance between economic and environmental considerations, it is necessary to consider the interests that would be harmed — owing to irreversible consequences for the environment, for human health and safety and for the economy — if Parliament were unable to constitutionally address the matter at a national level. This irreversible harm would be felt across the country and would be borne disproportionately by vulnerable communities and regions in Canada. The impact on those interests justify the limited constitutional impact on provincial jurisdiction.

As a final matter, the fuel and excess emission charges imposed by the *GGPPA* have a sufficient nexus with the regulatory scheme to be considered constitutionally valid regulatory charges. To be a regulatory charge, as opposed to a tax, a governmental levy with the characteristics of a tax must be connected to a regulatory scheme. The first step is to identify the existence of a relevant regulatory scheme; if such a scheme is found to exist, the second step is to establish a relationship between the charge and the scheme itself. Influencing behaviour is a valid purpose for a regulatory charge and regulatory charges need not reflect the cost of the scheme. The amount of a regulatory charge whose purpose is to alter behaviour is set at a level designed to proscribe, prohibit, or lend preference to a behaviour. Limiting such a charge to the recovery of costs would be incompatible with the design of a scheme of this nature. Nor must the revenues that are collected be used to further the purposes of the regulatory scheme. Rather, the required nexus with the scheme will exist where the charges themselves have a regulatory purpose. There is ample evidence that the fuel and excess emission charges imposed by Parts 1 and 2 of the *GGPPA* have a regulatory purpose. They cannot be characterized as taxes; rather,

matière de tarification, mais seulement dans la mesure nécessaire pour remédier aux lacunes de la réglementation provinciale, et ce, afin de parer aux dommages extraprovinciaux et internationaux susceptibles de découler de l'inaction d'une province ou de l'adoption par celle-ci de normes insuffisamment rigoureuses. Deuxièmement, l'effet de la matière sur des sphères de vie provinciale qui relèveraient habituellement de chefs de compétence provinciaux est lui aussi limité. Le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil est nécessaire pour éviter que certaines provinces imposent à d'autres provinces leur volonté ou un fardeau indu par suite du choix unilatéral de leurs normes. Bien que cette restriction puisse compromettre l'équilibre que souhaitent établir les provinces entre les considérations économiques et les considérations environnementales, il est nécessaire de tenir compte des intérêts qui seraient affectés — par suite de conséquences irréversibles pour l'environnement, pour la santé et la sécurité des êtres humains et pour l'économie — si le Parlement était incapable suivant la Constitution de s'occuper de la matière à l'échelle nationale. Ces conséquences irréversibles se feraient sentir partout au pays, et elles toucheraient de façon disproportionnée les collectivités et régions vulnérables du Canada. L'effet sur ces intérêts justifie l'effet constitutionnel limité sur la compétence des provinces.

Comme dernier point, la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires imposées par la *LTPGES* présentent un lien suffisant avec le régime de réglementation pour être considérées comme des prélèvements de nature réglementaire constitutionnellement valides. Pour constituer un prélèvement de nature réglementaire plutôt qu'une taxe, une redevance gouvernementale présentant des caractéristiques d'une taxe doit être liée à un régime de réglementation. La première étape consiste à déterminer s'il existe un régime de réglementation connexe; si le tribunal conclut à l'existence d'un tel régime, il procède ensuite à la seconde étape et se demande s'il est possible d'établir un lien entre le prélèvement et le régime lui-même. Influencer les comportements constitue un objectif valable d'un prélèvement de nature réglementaire et il n'est pas nécessaire que les prélèvements de nature réglementaires correspondent aux coûts du régime. Le montant d'un prélèvement de nature réglementaire qui vise à modifier les comportements est fixé de manière à proscrire, à interdire ou à favoriser un comportement. Limiter un tel prélèvement à un rôle de recouvrement de coûts serait incompatible avec le but d'un régime de réglementation de cette nature. Il n'est pas non plus nécessaire

they are regulatory charges whose purpose is to advance the *GGPPA*'s regulatory purpose by altering behaviour.

*Per* Côté J. (dissenting in part): There is agreement with the majority with respect to the formulation of the national concern test. There is also agreement that Parliament has the power to enact constitutionally valid legislation establishing minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions. However, the *GGPPA* is, in its current form, unconstitutional. It cannot be said to accord with the matter of national concern formulated by the majority because the breadth of the discretion that it confers on the Governor in Council results in no meaningful limits on the power of the executive. Minimum standards are set by the executive, not the *GGPPA*. Additionally, the provisions in the *GGPPA* that permit the Governor in Council to amend and override the *GGPPA* violate the *Constitution Act, 1867*, and the fundamental constitutional principles of parliamentary sovereignty, rule of law and the separation of powers. Clauses that purport to confer on the executive branch the power to nullify or amend Acts of Parliament are unconstitutional.

The *GGPPA*, as it is currently written, vests inordinate discretion in the executive with no meaningful checks on fundamental alterations of the current pricing scheme. The critical feature of the fuel levy established in Part 1, that being what fuels are covered under the *GGPPA*, is so open-ended, allowing any substance, if prescribed by the Governor in Council, to fall within the ambit of the fuel charge regime. The operative provisions of Part 1 similarly prescribe vast law-making power to the executive such that the very nature of the regime can be altered. The full breadth of executive powers can be seen most notably within ss. 166 and 168. The only limit whatsoever on the expansive regulation-making powers set out in s. 166 is that, in amending Part 1 of Schedule 1 to modify the list of provinces where the fuel levy is payable, the Governor in Council shall take into account, as the primary factor,

que les revenus générés par un prélèvement de nature réglementaire soient utilisés en vue de la réalisation des objectifs du régime de réglementation. Le lien nécessaire avec le régime de réglementation existe aussi lorsque les redevances elles-mêmes ont un objet de réglementation. Il y a amplement d'éléments de preuve démontrant que la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires imposées par les parties 1 et 2 de la *LTPGES* ont un objectif réglementaire. Ces redevances ne peuvent être qualifiées de taxes; elles constituent plutôt des prélèvements de nature réglementaire qui visent à réaliser l'objectif réglementaire de la *LTPGES*, soit modifier les comportements.

*La* juge Côté (dissidente en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires quant à la formulation de l'analyse de la théorie de l'intérêt national. Il y a aussi accord pour dire que le Parlement a la compétence d'adopter des lois constitutionnellement valides établissant des normes nationales minimales de tarification rigoureuse aux fins de réduction des émissions de GES. Toutefois, dans sa forme actuelle, la *LTPGES* est inconstitutionnelle. Il n'est pas possible d'affirmer qu'elle satisfait à la norme de la question d'intérêt national formulée par les juges majoritaires, parce que l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au gouverneur en conseil donne à l'exécutif un pouvoir sans limite véritable. Les normes minimales sont fixées par l'exécutif et non par la *LTPGES*. De plus, les dispositions de la *LTPGES* qui autorisent le gouverneur en conseil à modifier la *LTPGES* et à y déroger violent la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que les principes constitutionnels fondamentaux de la souveraineté parlementaire, de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs. Les dispositions censées conférer à la branche exécutive le pouvoir d'annuler ou de modifier des lois du Parlement sont inconstitutionnelles.

La *LTPGES*, tel qu'elle est présentement rédigée, confère un pouvoir discrétionnaire démesuré à l'exécutif, sans qu'il existe de contrôle véritable à l'encontre des modifications significatives qu'il pourrait apporter au régime actuel de tarification. La caractéristique essentielle de la redevance sur les combustibles définie dans la partie 1 — soit celle de savoir quels combustibles sont visés par la *LTPGES* — est si ouverte, que toute substance, si le gouverneur en conseil le prescrit, peut tomber sous le coup du régime de la redevance sur les combustibles. Les dispositions opérantes de la partie 1 confèrent de même un pouvoir réglementaire si vaste à l'exécutif que la nature même du régime peut être modifiée. L'étendue complète des pouvoirs de l'exécutif ressort notamment des art. 166 et 168. La seule limite qui soit aux vastes pouvoirs réglementaires conférés par l'art. 166 tient au fait que, pour

the stringency of provincial pricing mechanisms for GHGs (s. 166(3)). No such factor applies to the Governor in Council's regulation-making powers under Part 1's provisions, thus, by virtue of s. 166(4), the executive has a wholly-unfettered ability to amend Part 1 of the *GGPPA*. Sections 168(2) and (3) also allow the Governor in Council to make and amend regulations in relation to the fuel charge system, its application, and its implementation. These wide-ranging powers set forth a wholly-unfettered grant of broad discretion to amend Part 1. Most notably, s. 168(4) states that in the event of a conflict between the statute enacted by Parliament and the regulations made by the executive, the regulation prevails to the extent of the conflict. This breathtaking power circumvents the exercise of law-making power by the legislative branch by permitting the executive to amend by regulation the very statute which authorizes the regulation.

Further, it is clear from a review of Part 2's provisions that the broad powers accorded to the executive permit the Governor in Council to regulate GHG emissions broadly or regulate specific industries in other ways than by setting GHG emissions limits and pricing excess emissions across the country, despite the majority's assertion to the contrary. The sole limit on the executive's expansive discretion found in Part 2, similar to Part 1, is in s. 189(2): when amending Part 2 of Schedule 1 to modify the list of provinces where the output-based pricing system applies, the Governor in Council shall take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for GHGs. Again, as in Part 1, no such factor applies to the Governor in Council's regulation-making powers under Part 2's provisions. There is agreement with Brown and Rowe JJ. that Part 2's skeletal framework accords the executive vast discretion to unilaterally set standards on an industry-by-industry basis, creating the potential for differential treatment of industries at the executive's whim.

Therefore, minimum standards are set by the executive, not the *GGPPA*. Accordingly, the *GGPPA* cannot be said to establish national standards of price stringency because there is no meaningful limit to the power of the executive. Rather than establishing minimum national standards,

modifier la partie 1 de l'annexe 1 afin de changer la liste des provinces où la redevance sur les combustibles est payable, le gouverneur en conseil tient compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de GES (par. 166(3)). Aucune restriction de ce type ne s'applique aux pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil prévus aux dispositions de la partie 1; ainsi, le par. 166(4) donne à l'exécutif la capacité illimitée de modifier la partie 1 de la *LTPGES*. Les paragraphes 168(2) et (3) autorisent aussi le gouvernement en conseil à prendre et à modifier des règlements relatifs au régime de redevance sur les combustibles, à son application et à sa mise en œuvre. Ces pouvoirs étendus lui accordent sans restriction un vaste pouvoir discrétionnaire pour modifier la partie 1. Surtout, le par. 168(4) prévoit qu'advenant une incompatibilité entre la loi adoptée par le Parlement et un règlement pris par l'exécutif, les dispositions du règlement l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *LTPGES*. Ce pouvoir renversant contourne l'exercice du pouvoir législatif par la branche qui en est titulaire en permettant à l'exécutif de modifier, par règlements, la loi même qui autorise la prise des règlements.

En outre, il ressort clairement d'un examen des dispositions de la partie 2 que les vastes pouvoirs conférés à l'exécutif autorisent le gouverneur en conseil à régir les émissions de GES de manière générale ou à régir des industries particulières si ce n'est en établissant des limites d'émission de GES et en tarifant les émissions excédentaires partout au pays, et ce, en dépit de l'affirmation contraire des juges majoritaires. La seule limite au vaste pouvoir discrétionnaire de l'exécutif prévue à la partie 2 — semblable à celle prévue à la partie 1 — est décrite au par. 189(2) : lorsqu'il modifie la partie 2 de l'annexe 1 pour changer la liste des provinces où s'applique le système de tarification fondé sur le rendement, le gouverneur en conseil tient compte avant tout de la rigueur des mécanismes provinciaux de tarification des émissions de GES. De nouveau, à l'instar de ce que prévoit la partie 1, aucune restriction de ce type ne s'applique aux pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil prévus aux dispositions de la partie 2. Il y a accord avec les juges Brown et Rowe pour dire que le cadre schématique prévu par la partie 2 accorde à l'exécutif le vaste pouvoir discrétionnaire d'établir unilatéralement des normes par industrie, ce qui risque de donner lieu au traitement différent des diverses industries selon les caprices de l'exécutif.

En conséquence, les normes minimales sont fixées par l'exécutif et non par la *LTPGES*. Il n'est donc pas possible d'affirmer que la *LTPGES* établit des normes nationales de tarification rigoureuse, puisqu'elle ne fixe pas de limite véritable au pouvoir de l'exécutif. La partie 2 confère le

Part 2 empowers the executive to establish variable and inconsistent standards on an industry-by-industry basis. The fact that the executive is permitted to place a number of conditions on individuals and industries at any time, and is moreover allowed to revise those conditions at any time to any extent, is untenable. The *GGPPA*, as it is currently written, employs a discretionary scheme that knows no bounds. While it is agreed that a matter which is restricted to minimum national GHG pricing stringency standards properly fits within federal authority, the *GGPPA* does not reflect this crucial restriction.

Moreover, certain parts of the *GGPPA* are so inconsistent with our system of democracy that they are independently unconstitutional. Sections 166(2), 166(4) and 192 all confer on the Governor in Council the power to amend parts of the *GGPPA*. Section 168(4) confers the power to adopt secondary legislation that is inconsistent with Part 1 of the *Act*. Executive power to amend or repeal provisions in primary legislation raises serious constitutional concerns.

Sections 17 and 91 of the *Constitution Act, 1867*, both affirm that the authority to legislate is exclusively exercisable by the Queen, with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. This means that every exercise of the federal legislative power must have the consent of all three elements of Parliament. The fundamental principles of the Constitution support this reading of ss. 17 and 91.

First, although Parliamentary sovereignty could appear to support Parliament's ability to delegate whatever they want to whomever they wish, this is not the case. Parliamentary sovereignty contains both a positive and negative aspect. The positive aspect is that Parliament has the ability to create any law. The negative aspect, however, is that no institution is competent to override the requirements of an Act of Parliament. Henry VIII clauses, as found in the *GGPPA*, run afoul of the negative aspect of parliamentary sovereignty, as they give the executive the authority to override the requirements of primary legislation and create a contradiction within an Act by simultaneously requiring the executive to do something and authorizing the executive to defy that requirement. Henry VIII clauses are also incompatible with the conception of parliamentary sovereignty that demands an impartial, independent and authoritative body to interpret Parliament's acts, as they limit the availability of judicial

pouvoir à l'exécutif d'établir, non pas des normes nationales minimales, mais plutôt des normes variables et incohérentes par industrie. Le fait que l'exécutif soit autorisé à imposer un grand nombre de conditions à tout moment aux individus et aux industries, et en outre à réviser ces conditions à tout moment dans quelque mesure que ce soit, est indéfendable. La *LTPGES*, tel qu'elle est présentement libellée, recourt à un régime discrétionnaire sans limites. Il y a accord pour dire qu'une matière restreinte à des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES relève de la compétence du fédéral, toutefois, la *LTPGES* ne respecte pas cette restriction cruciale.

En outre, certaines portions de la *LTPGES* sont incompatibles avec notre système démocratique au point d'être indépendamment inconstitutionnelles. Les paragraphes 166(2) et 166(4) de même que l'art. 192 confèrent tous au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier des portions de la *LTPGES*. Le paragraphe 168(4) confère le pouvoir d'adopter des règlements d'application incompatibles avec la partie 1 de la *Loi*. Le pouvoir de l'exécutif de modifier ou d'abroger des dispositions législatives primaires soulève de graves préoccupations sur le plan constitutionnel.

Les articles 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* énoncent tous les deux que le pouvoir législatif ne peut être exercé que par la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes. Ainsi, tout exercice du pouvoir législatif fédéral doit faire l'objet du consentement des trois organes du Parlement. Les principes fondamentaux de la Constitution étayaient cette interprétation des art. 17 et 91.

Premièrement, même s'il peut sembler que la souveraineté parlementaire permet au Parlement de déléguer tout ce qu'il veut à qui il le veut, il n'en est pas ainsi. La souveraineté parlementaire comporte à la fois un aspect positif et un aspect négatif. L'aspect positif est que le Parlement a la capacité de créer quelque loi que ce soit. Cependant, l'aspect négatif est qu'aucun organisme n'a compétence pour déroger aux exigences d'une loi du Parlement. Les clauses Henry VIII, comme celles qui figurent dans la *LTPGES*, contreviennent à l'aspect négatif de la souveraineté parlementaire, puisqu'elles confèrent à l'exécutif le pouvoir de déroger aux exigences de mesures législatives primaires et créent une contradiction dans les lois où elles se retrouvent en exigeant que l'exécutif fasse quelque chose tout en l'autorisant simultanément à défier cette exigence. Les clauses Henry VIII sont en outre incompatibles avec la conception de la souveraineté parlementaire qui exige qu'il existe un organe impartial, indépendant et faisant autorité pour

review by providing no meaningful limits against which a court could review.

Second, the rule of law, which provides a shield for individuals from arbitrary state action, requires that all legislation be enacted in the manner and form prescribed by law. This includes the requirements that legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent. When the Governor in Council amends legislation, it does not follow this prescribed manner and thus violates the rule of law. There are other additional rule of law concerns with the delegation of legislative power to the executive: the delegation of power to amend a statute is generally regarded as objectionable for the reason that the text of the statute is then not to be found in the statute book, which gives rise to confusion and uncertainty; Henry VIII clauses endow the executive with authority to act arbitrarily by permitting it to act contrary to the empowering statute, creating an authority without meaningful limits enforceable through judicial review and thus an absolute discretion; and given that judicial review is constitutionally required, legislation cannot oust review, either expressly or implicitly.

Lastly, the Constitution insists on a separation of powers according to the separation of function among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. The executive cannot interfere with the legislative process in a manner that would restrict the power to enact, amend and repeal legislation, despite the important role played by the executive in the legislative process. The separation of powers equally demands that the core function of enacting, amending and repealing statutes be protected from the executive and remain exclusive to the legislature. Doing so supports the two main normative principles underlying the separation of powers: the legislature is the institution best suited to set policy down into legislation, and limiting the power to enact, amend and repeal legislation to the legislature helps to confine power and prevent an even greater concentration of power in the executive. There is nothing more core to the legislative power than legislating. When the executive usurps this function, the separation of powers is clearly violated.

*Per* Brown J. (dissenting): The *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* (“Act”) cannot be supported by any source

interpréter les lois du Parlement, puisqu’elles restreignent la possibilité d’avoir recours au contrôle judiciaire en ne fournissant aucune limite véritable à l’égard de laquelle un tribunal peut exercer un contrôle.

Deuxièmement, la primauté du droit, qui fournit aux personnes un rempart contre l’arbitraire de l’État, exige que tous les textes législatifs soient adoptés conformément aux conditions légales de manière et de forme. Cela comprend les exigences voulant que les projets de loi fassent l’objet de trois lectures au Sénat et à la Chambre des communes et qu’ils reçoivent la sanction royale. Lorsque le gouverneur en conseil modifie une loi, cela ne respecte pas les exigences de manière et contrevient donc à la primauté du droit. La délégation du pouvoir législatif à l’exécutif soulève d’autres préoccupations en ce qui concerne la primauté du droit : la délégation du pouvoir de modifier une loi est généralement considérée comme condamnable parce que, dans ces conditions, le texte de la loi ne se trouve pas dans le recueil des lois, ce qui engendre de la confusion et de l’incertitude; les clauses Henry VIII confèrent à l’exécutif le pouvoir d’agir arbitrairement en lui permettant d’agir contrairement à la loi habilitante, créant ainsi un pouvoir qui n’est soumis à aucune limite véritablement contraignante au moyen d’un contrôle judiciaire et donc de la nature d’un pouvoir discrétionnaire absolu; en outre, comme le contrôle judiciaire est prescrit par la Constitution, une loi ne peut l’écarter, que ce soit expressément ou implicitement.

Finalement, la Constitution insiste sur la séparation des pouvoirs au chapitre de la séparation des fonctions entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l’exécutif et le judiciaire. L’exécutif ne peut pas empiéter sur le processus législatif d’une manière qui restreindrait le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois, malgré le rôle important que joue l’exécutif dans le processus législatif. La séparation des pouvoirs exige également que la fonction fondamentale d’adopter, de modifier et d’abroger les lois soit protégée à l’encontre de l’exécutif et demeure exclusive à la législature. Cela appuie les deux grands principes normatifs qui sous-tendent la séparation des pouvoirs : la législature est l’institution la mieux placée pour traduire les politiques en lois et le fait de lui réserver le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger les lois aide à circonscrire le pouvoir et à empêcher qu’il ne soit encore plus concentré entre les mains de l’exécutif. Il n’y a rien de plus fondamental au pouvoir législatif que de légiférer. Lorsque l’exécutif usurpe cette fonction, la séparation des pouvoirs est manifestement violée.

*Le* juge Brown (dissent) : La *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (« Loi »)

of federal authority, and it is therefore wholly *ultra vires* Parliament. The *Act's* subject matter falls squarely within provincial jurisdiction. The fact that the *Act's* structure and operation is premised on provincial legislatures having authority to enact the same scheme is fatal to the constitutionality of the *Act* under Parliament's residual authority to legislate with respect to matters of national concern for the peace, order, and good government of Canada under the *Constitution Act, 1867*.

There is agreement with Rowe J.'s reasons, and therefore Rowe J.'s review of the jurisprudence on the residual POGG power is adopted. To determine whether an enactment falls within the legislative authority of its enacting body, a reviewing court must apply two steps: first, it must characterize the enactment to determine its pith and substance or dominant subject matter and, secondly, it must classify the identified subject matter, with reference to the classes of subjects or heads of power enumerated in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Where an enumerated head of power is relied upon, the pith and substance of the impugned law is identified at the characterization step, and that pith and substance is then classified under a head of power or class of subjects. Where Parliament relies upon the national concern branch of POGG as the source of its authority to legislate, the analytical process differs. If it is decided that the pith and substance of the impugned law does not fall under an enumerated head of power, the reviewing court must then consider whether the matter said to be of national concern satisfies the requirements of singleness, distinctiveness and indivisibility as stated in *Crown Zellerbach*. If so, the matter is placed under exclusive and permanent federal jurisdiction.

The dominant subject matter of an enactment is determined by considering its purpose and effects. The purpose of characterization is to facilitate classification so as to determine whether the Constitution grants the enacting body legislative authority over the subject matter. The legislation's dominant subject matter must therefore be characterized precisely enough for it to be associated with a specific class of subjects described in the Constitution's heads of power. If an enactment's subject matter could be classified under different heads of power listed under both ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, then the subject matter should be identified with more precision until it is

ne trouve appui dans aucune source de compétence fédérale, et outrepassé donc, dans sa totalité, la compétence du Parlement. La matière de la *Loi* relève pleinement de la compétence provinciale. Le fait que la structure et l'application de la *Loi* reposent sur la prémisse que les législatures provinciales ont compétence pour adopter le même régime porte un coup fatal à la constitutionnalité de la *Loi* au titre de la compétence résiduelle du Parlement de légiférer à l'égard de matières d'intérêt national pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il y a accord avec les motifs du juge Rowe, et par conséquent, son examen de la jurisprudence portant sur le pouvoir résiduel en matière de POBG est adopté. Pour déterminer si une loi relève de la compétence législative de l'organisme qui l'a adoptée, une cour de révision doit appliquer une analyse en deux étapes : en premier lieu, elle doit qualifier le texte de loi en vue de déterminer son caractère véritable ou la principale matière visée et, en deuxième lieu, elle doit classer la matière identifiée en fonction des différentes catégories de sujets ou chefs de compétence énoncés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Lorsque l'on s'appuie sur un chef de compétence énuméré, le caractère véritable de la loi contestée est déterminé à l'étape de la qualification, et celui-ci est ensuite classé sous un chef de compétence ou une catégorie de sujets. Lorsque le Parlement s'appuie sur le volet intérêt national du pouvoir POBG comme source de sa compétence pour légiférer, le processus analytique diffère quelque peu. S'il est décidé que le caractère véritable de la loi contestée ne relève pas d'un chef de compétence énuméré, la cour de révision doit ensuite se demander si la matière dite d'intérêt national satisfait aux exigences d'unicité, de particularité et d'indivisibilité énoncées dans l'arrêt *Crown Zellerbach*. Si c'est le cas, la matière est classée sous la compétence fédérale exclusive et permanente.

L'on détermine la principale matière visée par un texte législatif en examinant son objet et ses effets. La qualification sert à faciliter la classification pour déterminer si la Constitution confère à l'organisme qui a adopté le texte législatif la compétence législative à l'égard de la matière en cause. La principale matière visée par un texte législatif doit donc être qualifiée de façon suffisamment précise pour pouvoir être associée à une catégorie spécifique de sujets décrite dans les chefs de compétence de la Constitution. Si la matière visée par un texte législatif peut être classée sous différents chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, elle devrait

clear which single level of authority (as between federal and provincial) may legislate in respect thereof.

As a sufficiently precise description may well refer to why and how the law operates, it can be appropriate to include reference to the legislative means in the pith and substance analysis. However, it is not appropriate to do so where describing legislation only in terms of its means would not accurately capture its dominant subject matter or where the description of the means is something that only federal legislative authority can undertake, such as minimum national standards. The determinative consideration in identifying an appropriate level of abstraction should be facilitating the subject matter's classification among the classes of subjects described in the Constitution's heads of power so far as necessary to resolve the case.

In this case, describing the *Act's* pith and substance as relating to the regulation of GHG emissions is too broad because it does not facilitate classification under a federal or provincial head of power. Greater specificity in describing how the legislation proposes to regulate GHG emissions is required so as to determine whether the Constitution grants Parliament legislative authority over the subject matter. However, the inclusion of minimum national standards in the pith and substance of the *Act* is equally unhelpful. It adds nothing to the pith and substance of a matter, which is directed not to the fact of a standard, but to the subject matter to which the standard is to be applied. The inclusion of minimum national standards in the pith and substance of a federal statute also effectively decides the jurisdictional dispute, given that only Parliament is capable of imposing minimum national standards — only federally enacted standards can apply nationwide, and, by operation of paramountcy, only federally enacted standards can be a minimum. Furthermore, reference to “integral” standards also has no relevance to identifying the *Act's* pith and substance because such a determination would require the Court to consider whether the standards set out in the *Act* are effective, which is not a valid consideration in the pith and substance analysis.

In order to characterize the *Act's* pith and substance appropriately, its purpose and effects must be determined. In this case, the pith and substance of Parts 1 and 2 of the *Act* must be characterized separately. While the two parts

en conséquence être identifiée de manière plus précise jusqu'à ce qu'il soit clair quel ordre de gouvernement (fédéral ou provincial) peut légiférer à son égard.

Comme il se peut fort bien qu'une description suffisamment précise renvoie à l'objectif de la loi et à la façon dont elle s'applique, il peut être approprié d'inclure une mention des moyens législatifs dans l'analyse portant sur le caractère véritable. Toutefois, il n'est pas approprié de le faire lorsque le fait de décrire le texte législatif seulement en faisant référence à ses moyens ne traduirait pas avec exactitude son principal objet, ou lorsque le moyen est décrit comme quelque chose que seul le pouvoir législatif fédéral peut entreprendre, comme les normes nationales minimales. La considération déterminante afin d'identifier le niveau d'abstraction approprié devrait être de faciliter la classification de la matière en cause parmi les catégories de sujets décrits dans les chefs de compétence de la Constitution dans la mesure nécessaire pour trancher l'affaire.

En l'espèce, la description du caractère véritable de la *Loi* comme se rapportant à la réglementation des émissions de GES est trop large, car elle ne facilite pas la classification au titre d'un chef de compétence fédérale ou provinciale. Une plus grande spécificité dans la description de la façon dont la loi propose de réglementer les émissions de GES est nécessaire pour déterminer si la Constitution confère au Parlement la compétence législative à l'égard de la matière en cause. Cependant, l'inclusion de normes nationales minimales dans le caractère véritable de la *Loi* n'est pas non plus utile. Cela n'ajoute rien au caractère véritable d'une matière, lequel concerne non pas l'existence d'une norme, mais plutôt la matière à laquelle la norme doit s'appliquer. L'inclusion de normes nationales minimales dans le caractère véritable d'une loi fédérale tranche aussi dans les faits le conflit de compétence, étant donné que seul le Parlement est en mesure d'imposer des normes nationales minimales — seules les lois fédérales peuvent s'appliquer à l'échelle du pays, et par l'application de la prépondérance, seules les normes édictées par le Parlement fédéral peuvent constituer un minimum. De plus, la mention de normes « indispensables » n'est d'aucune pertinence dans la détermination du caractère véritable de la *Loi* parce que celle-ci exigerait que la Cour examine la question de savoir si les normes énoncées dans la *Loi* sont efficaces, ce qui n'est pas une considération valable dans l'analyse du caractère véritable.

Afin de qualifier comme il se doit le caractère véritable de la *Loi*, son objet et ses effets doivent être établis. En l'espèce, le caractère véritable de la partie 1 de la *Loi* et celui de la partie 2 doivent être qualifiés séparément. Bien

share a purpose — the reduction of GHG emissions — they are otherwise not remotely similar to each other. They each have distinct operational features and the legislative means they employ are mutually distinct. The pith and substance of Part 1 is the reduction of GHG emissions by raising the cost of fuel. The pith and substance of Part 2 is the reduction of GHG emissions by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure.

Once identified, the subject matter must be classified, with reference to the classes of subjects or heads of power described in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Courts should look first to the enumerated powers, rather than immediately considering whether a statute's dominant subject matter fits within the residual POGG authority.

In this case, provincial jurisdiction over property and civil rights authorized by s. 92(13) stands out as the most relevant source of legislative authority for the pith and substance of Parts 1 and 2 of the *Act*. Regulating trade and industrial activity, all within the boundaries of specified provinces, is indisputably captured by this broad head of power, which includes the regulation of business not coming within one of the enumerated federal heads of power, as well as the law of property and of contracts. In the alternative, the provincial residuum in s. 92(16), granting authority over all matters of a local or private nature, could also authorize Parts 1 and 2. Part 2, as a deep foray into industrial policy, also falls within matters of provincial legislative authority granted by s. 92(10) over local works and undertakings. Also relevant to Part 2 is s. 92A, which gives the provinces the exclusive jurisdiction to make laws in relation to the exploration, development, conservation and management of non-renewable natural resources in the province.

The identification of several applicable provincial heads of power should be the end of the matter, since all such heads of power are, by the terms of ss. 92 and 92A(1), matters over which the provincial legislatures may exclusively make laws. By the terms of s. 91, the POGG power applies only in relation to matters not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the legislatures of the provinces. This exclusivity of

que les deux parties partagent un objet — la réduction des émissions de GES — elles ne sont par ailleurs pas du tout semblables. Elles ont chacune des caractéristiques opérationnelles distinctes et les moyens législatifs qu'elles emploient sont entièrement distincts. Le caractère véritable de la partie 1 est la réduction des émissions de GES au moyen de la hausse du coût des combustibles. Le caractère véritable de la partie 2 est la réduction des émissions de GES au moyen de la tarification des émissions d'une manière qui fait une distinction entre les industries selon l'intensité des émissions et l'exposition aux échanges commerciaux.

Une fois établie, la matière identifiée doit être classée en fonction des catégories de sujets ou des chefs de compétence décrits aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les tribunaux doivent d'abord examiner les pouvoirs énumérés, plutôt que de se demander immédiatement si la principale matière visée par un texte législatif se rattache au pouvoir résiduel en matière de POGG.

En l'espèce, la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils que confère le par. 92(13) paraît être la source de compétence législative la plus pertinente en ce qui concerne le caractère véritable des parties 1 et 2 de la *Loi*. La réglementation des échanges commerciaux et de l'activité industrielle, le tout à l'intérieur des limites territoriales des provinces assujetties, est indiscutablement visée par ce vaste chef de compétence, qui comprend la réglementation du commerce ne relevant pas de l'un des chefs de compétence fédérale énumérés, ainsi que le droit des biens et des contrats. Subsidiairement, le pouvoir résiduel des provinces prévu au par. 92(16), leur conférant compétence à l'égard de toutes les matières d'une nature purement locale ou privée, pourrait également autoriser les législatures provinciales à adopter les parties 1 et 2. La partie 2, parce qu'elle représente une incursion profonde dans la politique industrielle, relève elle aussi de la compétence législative provinciale que confère le par. 92(10) à l'égard des travaux et entreprises d'une nature locale. L'article 92A est, lui aussi, pertinent en ce qui concerne la partie 2; il confère aux provinces la compétence exclusive pour légiférer dans les domaines de la prospection, de l'exploitation, de la conservation et de la gestion des ressources naturelles non renouvelables de la province.

La détermination de plusieurs chefs de compétence provinciale applicables devrait clore la question, parce que tous ces chefs de compétence sont, suivant le libellé de l'art. 92 et du par. 92A(1), des matières à l'égard desquelles les législatures provinciales peuvent exclusivement faire des lois. Suivant le libellé de l'art. 91, le pouvoir POGG ne s'applique que relativement aux matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement

provincial jurisdiction over matters falling under s. 92 is fundamental to the Canadian brand of federalism, and was a unique and deliberate choice by the makers of the Constitution who were concerned about federal overreach via the POGG power. The federal law-making authority for the peace, order, and good government of Canada was intended to be subject to the division of powers. Within their areas of legislative authority, provinces are not only sovereign, but exclusively so. The *Act's* entire scheme is premised on the provinces having jurisdiction to do precisely what Parliament has presumed to do in the *Act* — it operates only where provincial legislative authority is not exercised, or not exercised in a manner acceptable to the federal Cabinet. The *Act's* backstop model is therefore constitutionally impossible: if the provinces have jurisdiction to do what the *Act* does, then the *Act* cannot be constitutional under the national concern branch of POGG. This demonstrates that Parliament has legislated in respect of a matter that falls within provincial legislative authority.

Even so, given the majority's acceptance that some aspect of the *Act* is truly and distinctly national in scope and lies outside provincial jurisdiction, the question of whether the matter said to be of national concern satisfies the requirements stated in *Crown Zellerbach* must be considered. The POGG jurisprudence offers little guidance on the question of whether the pith and substance of the impugned legislation can or should be coextensive with the matter of national concern, or whether the matter of national concern can or should be broader than the pith and substance of the legislation. It would be unprecedented and undesirable to accept that the matter of national concern must always be the same as the pith and substance of the statute under review, which can include legislative means, because this would effectively confine Parliament to that particular legislative means in responding to the matter of national concern.

It is not possible for a matter formerly under provincial jurisdiction to be transformed, when minimum national standards are invoked, into a matter of national concern. To accept that allocating national targets or minimum national standards can serve as a basis for recognizing that some aspect of an area of provincial jurisdiction is distinctly national in scope, and therefore lies outside provincial jurisdiction, would be to accept a model of supervisory federalism by which the provinces can exercise their jurisdiction only as long as they do so in a manner that the federal legislation authorizes. This would open

assignés aux législatures des provinces. Cette exclusivité de la compétence provinciale à l'égard des matières visées par l'art. 92 est un élément fondamental du fédéralisme canadien, et représentait un choix unique et délibéré des auteurs de la Constitution qui se préoccupaient de la portée excessive du pouvoir fédéral en matière de POBG. Le pouvoir fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada était censé être assujéti au partage des compétences. Dans leurs champs de compétence législative, les provinces sont non seulement souveraines, mais elles le sont à titre exclusif. Toute l'économie de la *Loi* repose sur la prémisse selon laquelle les provinces ont compétence pour faire précisément ce que le Parlement a voulu faire dans la *Loi* — elle ne s'applique que lorsque la compétence législative provinciale n'est pas exercée, ou n'est pas exercée d'une manière que le Cabinet fédéral juge acceptable. Le modèle de la *Loi* en tant que « *backstop* » est donc impossible constitutionnellement : si les provinces ont compétence pour faire ce que fait la *Loi*, alors celle-ci ne saurait être constitutionnelle au titre du volet intérêt national du pouvoir POBG. Cela démontre que le Parlement a légiféré à l'égard d'une matière qui relève de la compétence législative provinciale.

Néanmoins, étant donné que les juges majoritaires acceptent qu'un certain aspect de la *Loi* a une portée véritablement et distinctement nationale et ne relève pas de la compétence provinciale, la question de savoir si la matière dite d'intérêt national répond aux exigences énoncées dans l'arrêt *Crown Zellerbach* doit être prise en compte. La jurisprudence portant sur le pouvoir POBG ne nous éclaire pas beaucoup sur la question de savoir si le caractère véritable de la loi contestée doit ou peut coïncider avec la matière d'intérêt national, ou si la matière d'intérêt national doit ou peut être plus large que le caractère véritable de la loi. Il serait inédit et peu souhaitable d'accepter que la matière d'intérêt national doit toujours correspondre au caractère véritable de la loi faisant l'objet de l'examen, ce qui peut comprendre les moyens législatifs, parce que cela revient en fait à astreindre le Parlement à ces moyens législatifs précis dans sa réponse à la matière d'intérêt national.

Il n'est pas possible pour une matière relevant de la compétence provinciale d'évoluer en une matière d'intérêt national lorsque des normes nationales minimales sont invoquées. Accepter que l'attribution de cibles nationales ou de normes nationales minimales puisse servir de fondement à la reconnaissance qu'un certain aspect d'un domaine de compétence provinciale est distinctement de portée nationale et que, de ce fait, il outrepassa la compétence provinciale, revient à créer un modèle de fédéralisme de supervision par lequel les provinces peuvent exercer leur compétence comme elles le veulent, tant qu'elles le

up any area of provincial jurisdiction to unconstitutional federal intrusion once Parliament decides to legislate uniform treatment.

In this case, a broad characterization of the national concern is unavoidable in order to encompass the pith and substance of both Part 1 and Part 2. The matter said to be of national concern can therefore be identified as the purpose of the *Act* as a whole: the reduction of GHG emissions. This matter does not meet the requirements of *Crown Zellerbach* for a valid national concern: it fails to meet the requirements of singleness and indivisibility. The fact that harms may cross borders is not enough to make out indivisibility. The matter is divisible because GHGs emissions can be connected to the source province. Responsibility for the reduction of GHG emissions among the provinces can therefore be readily identified for regulation at the source of the emissions. Nationwide GHG emissions are nothing more than the sum of provincial and territorial GHG emissions. The reduction of GHG emissions therefore lacks the degree of unity required to qualify as an indivisible matter of national concern. While a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of GHG emissions may cause more emissions from that province to cross provincial boundaries, that is insufficient to meet the requirement of indivisibility in *Crown Zellerbach*.

Even if each of the pith and substance of Parts 1 and 2 as proposed matters of national concern are considered on their own, the pith and substance of each part is not distinct from matters falling under provincial jurisdiction under s. 92; they therefore do not meet the requirements of *Crown Zellerbach*. The reduction of GHG emissions (whether by raising the cost of fuel, or by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure) does not have the requisite distinctiveness to be recognized as a matter of national concern because the *Act* encourages provinces to enact substantially the same scheme to serve the same regulatory purpose. The provinces clearly have jurisdiction to establish standards of GHG price stringency in the province.

font d'une manière autorisée par les lois fédérales. Cela pourrait exposer n'importe quel domaine de compétence provinciale à un empiètement fédéral inconstitutionnel dès lors que le Parlement décide d'imposer par voie législative un traitement uniforme.

En l'espèce, une qualification large de l'intérêt national est inévitable afin d'englober le caractère véritable de la partie 1 et celui de la partie 2. La matière dite d'intérêt national peut donc être établie comme étant l'objet de la *Loi* dans son ensemble : la réduction des émissions de GES. Cette matière ne respecte pas les exigences énoncées dans l'arrêt *Crown Zellerbach* pour constituer une matière d'intérêt national valable : elle ne respecte pas les exigences d'unicité et d'indivisibilité. Le fait que les dommages puissent traverser les limites territoriales ne suffit pas pour démontrer qu'il y a indivisibilité. La matière est divisible car les émissions de GES peuvent être rattachées à la province source. La responsabilité de la réduction des émissions de GES entre les provinces peut donc facilement être déterminée en vue de la réglementation à la source de ces émissions. Les émissions de GES à l'échelle nationale ne sont rien de plus que la somme des émissions de GES provinciales et territoriales. La réduction des émissions de GES n'a donc pas le degré d'unicité nécessaire pour être qualifiée de matière indivisible d'intérêt national. Bien que l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des émissions de GES puisse faire en sorte qu'un plus grand nombre d'émissions de cette province en traversent les limites territoriales, cette situation est insuffisante pour que soit respecté le critère de l'indivisibilité établi dans l'arrêt *Crown Zellerbach*.

Même si le caractère véritable de chacune des parties 1 et 2 en tant que matières d'intérêt national proposées était pris en compte de façon distincte, le caractère véritable de chaque partie n'est pas distinct des matières relevant de la compétence provinciale en vertu de l'art. 92; ils ne respectent donc pas les exigences énoncées dans l'arrêt *Crown Zellerbach*. La réduction des émissions de GES (que ce soit au moyen de la hausse du coût des combustibles, ou de la tarification des émissions d'une manière qui fait une distinction entre les industries selon l'intensité des émissions et l'exposition aux échanges commerciaux) n'a pas la particularité requise pour être reconnue en tant que matière d'intérêt national parce que la *Loi* incite les provinces à adopter en grande partie le même régime visant la réalisation du même objectif de réglementation. Les provinces ont manifestement compétence pour établir des normes de tarification rigoureuse des GES sur leur territoire.

The double aspect doctrine has no application in this case. While this doctrine allows for the concurrent application of both federal and provincial legislation, it does not create concurrent jurisdiction. The *Act* purports to do exactly what the provinces can do, and for precisely the same reason. There are simply no distinctly federal aspects of the reduction of GHG emissions that cannot be divided among the enumerated heads of power. The imposition of minimum national standards cannot be described as the distinctly federal aspect of the matter.

Even were the reduction of GHG emissions a single and indivisible area of jurisdiction, its impact on provincial jurisdiction would be of a scale that is irreconcilable with the division of powers. Because the power to legislate to reduce GHG emissions effectively authorizes an array of regulations and extends to the regulation of any activity that requires carbon-based fuel, it has the potential to undo Canada's division of powers. GHG emissions simply cannot be treated as a single regulatory matter. While the *Act* does not forbid any activity, the charges it imposes will affect the cost of fuel and dictate the viability of emissions-intensive trade-exposed activities. These charges thereby stand to have a profound effect on provincial jurisdiction and the division of powers. The division of powers analysis allows no recourse to balancing or proportionality considerations. The *Constitution Act, 1867*, sets out spheres of exclusive jurisdiction so that within their sphere of jurisdiction, the provincial legislatures are sovereign, which sovereignty connotes provincial power to act or not act as they see fit, not as long as they do so in a manner that finds approval at the federal Cabinet table.

The delegation granted by the *Act* to the Cabinet is breathtakingly broad. On this point, the guidance provided by Rowe J. is endorsed, both as to the imperative that the division of powers confines the exercise by the federal Cabinet of Parliament's delegated authority, and as to the appropriate methodology for reviewing regulations for compliance with the division of powers.

The long-established principles set down in *Crown Zellerbach* should not be departed from. The doctrine of *stare decisis* establishes a high threshold for departing from precedents and that threshold is not met in this

La théorie du double aspect ne trouve aucune application en l'espèce. Bien qu'elle ouvre la voie à l'application concurrente de législations fédérale et provinciales, elle ne crée pas de compétence concurrente. La *Loi* vise à faire exactement ce que les provinces peuvent faire, et pour précisément la même raison. Il n'y a tout simplement pas d'aspect distinctement fédéral à la réduction des émissions de GES qui ne peut être divisé entre les chefs de compétence énumérés. L'imposition de normes nationales minimales ne peut être décrite comme étant l'aspect distinctement fédéral de la matière.

Même si la réduction des émissions de GES était un domaine de compétence unique et indivisible, son impact sur la compétence provinciale serait d'une ampleur incompatible avec le partage des compétences. Parce que le pouvoir de légiférer en vue de réduire les émissions de GES autorise dans les faits une gamme de normes réglementaires et s'étend à la réglementation de toute activité qui nécessite des combustibles fossiles, il est susceptible de réduire à néant le partage des compétences du Canada. Les émissions de GES ne peuvent tout simplement pas être traitées comme une matière unique à des fins de réglementation. Bien que la *Loi* n'interdise aucune activité, les redevances qu'elle impose auront une incidence sur le coût des combustibles et détermineront la viabilité des industries à forte intensité d'émissions et exposées aux échanges commerciaux. Ces redevances risquent donc d'avoir de profondes répercussions sur la compétence provinciale et le partage des compétences. L'analyse du partage des compétences ne permet aucun recours aux considérations relatives à la mise en balance ou à la proportionnalité. La *Loi constitutionnelle de 1867* énonce les sphères de compétence exclusive de sorte que dans leur sphère de compétence, les législatures provinciales sont souveraines, et cette souveraineté suggère le pouvoir provincial d'agir ou de ne pas agir comme elles le jugent approprié, et non pourvu qu'elles le fassent d'une manière qui serait approuvée par le Cabinet fédéral.

L'étendue du pouvoir délégué que confère la *Loi* au Cabinet est incroyablement large. À ce sujet, les indications données par le juge Rowe sont approuvées, tant en ce qui concerne la nécessité que le partage des compétences restreigne l'exercice par le Cabinet fédéral du pouvoir que lui délègue le Parlement, qu'en ce qui concerne la méthodologie appropriée pour la vérification de la conformité des règlements avec le partage des compétences.

Les principes établis depuis longtemps énoncés dans l'arrêt *Crown Zellerbach* ne devraient pas être écartés. La règle du *stare decisis* établit un critère strict pour déroger aux précédents et ce critère n'est pas respecté en l'espèce.

case. There is disagreement with the majority's modernization of the national concern doctrine and with the three-step framework it adopts, which dilutes the national concern test set down in *Crown Zellerbach*. The framework adopted results in a new, distinctly hierarchical and supervisory model of Canadian federalism that subjects provincial legislative authority to Parliament's overriding authority to establish national standards of how such authority may be exercised and replaces the constitutionally mandated division of powers with a judicially struck balance of power, which must account for other interests. No province, and not even Parliament itself, ever agreed to — or even contemplated — either of these features. This is a model of federalism that rejects the Constitution and re-writes the rules of Confederation. Its implications go far beyond the *Act*, opening the door to federal intrusion — by way of the imposition of national standards — into all areas of provincial jurisdiction, including intra-provincial trade and commerce, health, and the management of natural resources. It is bound to lead to serious tensions in the federation. And all for no good reason, since Parliament could have achieved its goals in constitutionally valid ways.

*Per* Rowe J. (dissenting): The national concern doctrine is a residual power of last resort. Faithful adherence to the doctrine leads inexorably to the conclusion that the national concern branch of the POGG power cannot be the basis for the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* (“*Act*”). Accordingly, there is agreement with Brown J.'s analysis and with his conclusion that the *Act* is *ultra vires* in whole.

Federalism is one of the fundamental underlying principles animating the Canadian Constitution. The primary textual expression of the principle of federalism can be found in the division of powers effected mainly by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. An essential characteristic of the division of powers is its exhaustiveness, which precludes legislative voids and reconciles parliamentary sovereignty and federalism: it ensures that there is no subject matter which cannot be legislated upon and that Canada, as a whole, is fully sovereign. The exhaustive nature of the division of powers means that matters that do not come within the enumerated classes must fit somewhere. This is dealt with by two residual clauses: one federal, and one provincial. The federal residual clause, the POGG power, comes from the opening words of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The provincial residual

Il y a désaccord avec la modernisation par les juges majoritaires de la théorie de l'intérêt national et avec le cadre d'analyse en trois étapes qu'ils adoptent, qui édulcore le test de l'intérêt national énoncé dans l'arrêt *Crown Zellerbach*. Le cadre d'analyse adopté donne lieu à un nouveau modèle du fédéralisme canadien, fondé sur la hiérarchie et la supervision, qui assujettit la compétence législative provinciale à la compétence prépondérante du Parlement d'établir des normes nationales concernant la façon dont cette compétence peut être exercée, et remplace le partage des compétences que commande la Constitution par un équilibre des compétences établi par les tribunaux, cet équilibre devant tenir compte d'autres intérêts. Aucune province, et pas même le Parlement lui-même, n'a accepté — ni même envisagé — l'une de ces caractéristiques. Il s'agit d'un modèle de fédéralisme qui rejette la Constitution et qui réécrit les règles de la Confédération. Ses répercussions vont bien au-delà de la *Loi*, ouvrant la voie à l'empiètement fédéral — au moyen de l'imposition de normes nationales — dans tous les domaines de compétence provinciale, notamment le trafic et le commerce intraprovinciaux, la santé et la gestion des ressources naturelles. Il donnera forcément lieu à de graves tensions au sein de la fédération, et tout cela sans bonne raison, puisque le Parlement aurait pu atteindre ses objectifs de façon constitutionnellement valide.

*Le* juge Rowe (dissident) : La théorie de l'intérêt national est un pouvoir résiduel de dernier recours. Le respect fidèle des principes établis mène inexorablement à la conclusion que le volet intérêt national du pouvoir POGG ne saurait être le fondement de la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* (« *Loi* »). En conséquence, il y a accord avec l'analyse du juge Brown et avec sa conclusion selon laquelle la *Loi* est *ultra vires* en totalité.

Le fédéralisme est l'un des principes fondamentaux sous-jacents qui animent la Constitution canadienne. La principale expression textuelle du principe du fédéralisme se trouve dans le partage des compétences établi principalement aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une caractéristique essentielle du partage des compétences est son exhaustivité, qui exclut l'absence de compétence législative et concilie la souveraineté parlementaire et le fédéralisme : elle garantit qu'il n'y a aucune matière sur laquelle il est impossible de légiférer et que le Canada est un État pleinement souverain. En raison de la nature exhaustive du partage de compétences, les matières qui ne relèvent pas des chefs de compétence énumérés doivent s'insérer quelque part. Cela relève de deux dispositions résiduelles : l'une fédérale, et l'autre provinciale. La disposition résiduelle fédérale, le pouvoir

clause is in s. 92(16), and provides that the provincial legislatures may exclusively make laws relating to matters of “a merely local or private Nature in the Province”. The wording of s. 91 provides textual support for the view that the POGG power is residual to s. 92, as s. 91 confers the power to legislate for peace, order and good government “in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”. Further, every conferral of provincial legislative jurisdiction is qualified by words such as “in the Province”, including s. 92(16). The result is that the POGG power is limited to only those matters that are not of a provincial nature, as the residual scope of the POGG power is narrowed by s. 92(16), which applies to matters that are of a local and private nature even if they do not come within any other enumerated head of power. The scope of s. 92(16) must be interpreted as a counterbalance to the introductory paragraph of s. 91 to reflect the constitutional principle that both Parliament and provincial legislatures must be seen as equals. The POGG power is also residual to the federal heads of power, as the normal process of constitutional interpretation is to rely first on a more specific provision before resorting to a more general one.

Since the POGG power is residual to both the enumerated provincial and federal heads of power, matters that come within enumerated federal or provincial heads of power should be located in those enumerated heads and the POGG power accommodates the matters which do not come within any of the enumerated federal or provincial heads. There is no reason to hold that a matter falls under POGG when it comes within an enumerated head of jurisdiction and it is not possible for a matter to fall both within the POGG power and within a federal enumerated head of power at the same time. If a matter cannot fit within any enumerated head, only then may resort be had to the federal residual clause. This methodology helps ensure that the federal residual power cannot be used as a tool to upset the balance of federalism by stripping away provincial powers.

Courts have long struggled to define the contours of the POGG power in a way that preserves the division of powers. Early POGG cases suffered from a series of twists and turns, with various national concern statements

POBG, tire son origine des termes liminaires de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition résiduelle provinciale figure au par. 92(16) et prévoit que les législatures provinciales pourront exclusivement faire des lois relatives aux matières « d’une nature purement locale ou privée dans la province ». Le libellé de l’art. 91 constitue une assise textuelle justifiant l’opinion selon laquelle le pouvoir POBG est résiduel par rapport à l’art. 92, car l’art. 91 confère le pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement « relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces ». De plus, chaque attribution de compétence législative aux provinces, y compris celle visée au par. 92(16), est mitigée par des mots tels que « dans la province ». Par conséquent, le pouvoir POBG ne s’applique qu’aux matières qui ne sont pas de nature provinciale, car la portée résiduelle du pouvoir POBG est restreinte par le par. 92(16), qui s’applique aux matières d’une nature locale et privée même si elles ne relèvent pas d’un autre chef de compétence énuméré. Il faut interpréter la portée du par. 92(16) comme un contrepoids au paragraphe introductif de l’art. 91, afin de tenir compte du principe constitutionnel selon lequel le Parlement et les législatures provinciales doivent être considérés comme des égaux. Le pouvoir POBG est également résiduel par rapport aux chefs de compétence fédéraux, car le processus normal d’interprétation de la Constitution consiste à s’appuyer d’abord sur une disposition plus précise avant de recourir à une disposition plus générale.

Comme le pouvoir POBG est résiduel par rapport aux chefs de compétence provinciaux et fédéraux énumérés, les matières relevant des chefs de compétence fédéraux ou provinciaux énumérés devraient y figurer et le pouvoir POBG traite des matières qui ne se rattachent à aucun des chefs de compétence fédéraux ou provinciaux énumérés. Il n’y a aucune raison de conclure qu’une matière relève du pouvoir POBG lorsqu’elle est visée par un chef de compétence énuméré et il n’est pas possible qu’une matière relève en même temps à la fois du pouvoir POBG et d’un chef de compétence fédéral énuméré. Si une matière ne peut se rattacher à aucun chef énuméré, ce n’est qu’à ce moment qu’il est possible de recourir à la disposition résiduelle fédérale. Cette méthode aide à faire en sorte que le pouvoir résiduel fédéral ne puisse permettre de rompre l’équilibre du fédéralisme en dépouillant les provinces de leurs pouvoirs.

Les tribunaux ont depuis longtemps du mal à définir les contours du pouvoir POBG de façon à maintenir l’intégrité du partage des compétences. Les premières décisions sur le pouvoir POBG ont connu une série de rebondissements

infusing them at various points. The common theme of these cases, however, is that courts rely on POGG to give effect to the exhaustive nature of the division of powers, but courts have always been cautious to guard provincial jurisdiction and ensure POGG does not become a vehicle for federal overreach. The POGG jurisprudence should be read as signaling the existence of just two branches: a general residual power and the emergency power. What some commentators have named “gap” and “national concern” are simply manifestations of the exhaustive nature of the division of powers, and the residual nature of the POGG power. Matters that do not come within any enumerated head of power or cannot be distributed among multiple heads of power must fit somewhere, and they belong under POGG when they pass the test set out in *Crown Zellerbach*. However, the analysis of the *Crown Zellerbach* framework would be the same even if there is only one residual authority (POGG) and even if there are three branches to POGG.

The national concern doctrine, when properly applied, plays an essential role in achieving the goal that the division of powers be collectively exhaustive, in a way that respects provincial jurisdiction. Matters that do not come within one of the enumerated heads of jurisdiction and that cannot be separated and shared between the enumerated heads of jurisdiction of both orders of government do not fit comfortably within the division of powers. In order to maintain exhaustiveness, such matters fall under the general residual power of Parliament by virtue of their distinctiveness from matters under provincial jurisdiction and their indivisibility between various heads of jurisdiction. But when the national concern doctrine is improperly applied, POGG ceases to be residual in nature. When that is so, it can become an instrument to enhance federal and correspondingly decrease provincial authority. Courts must be careful in recognizing matters of national concern, because the national concern branch has great potential to upset the division of powers. Once a matter is qualified as of national concern, Parliament has exclusive jurisdiction over the matter, including its intra-provincial aspects. Thus, an expansive interpretation of the doctrine can threaten the fundamental structure of federalism and unduly restrain provincial legislature’s law-making authority. It would allow Parliament to acquire exclusive jurisdiction over matters that fall squarely within provincial jurisdiction and flatten regional differences. Courts should never start a division of powers analysis by looking to the federal residual power. To preserve the federal balance,

et sont parsemées d’énoncés relatifs à l’intérêt national. Cependant, leur dénominateur commun est le suivant : les tribunaux se fondent sur le pouvoir POBG pour donner effet à la nature exhaustive du partage des compétences, mais ils ont toujours veillé à protéger la compétence provinciale et fait en sorte que ce pouvoir ne devienne pas un instrument d’excès de compétence fédérale. Il y a lieu de considérer que la jurisprudence sur le pouvoir POBG indique l’existence de seulement deux volets : un pouvoir résiduel général et le pouvoir en situation d’urgence. Ce que certains auteurs ont appelé la « lacune » et l’« intérêt national » sont tout simplement des manifestations de la nature exhaustive du partage des compétences, et de la nature résiduelle du pouvoir POBG. Les matières qui ne relèvent d’aucun chef de compétence énuméré ou qui ne peuvent être réparties entre divers chefs de compétence doivent s’insérer quelque part, et elles relèvent du pouvoir POBG lorsqu’elles satisfont au test exposé dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Toutefois, l’analyse du cadre établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach* ne changerait pas même s’il n’y avait qu’un pouvoir résiduel (le pouvoir POBG) et même si le pouvoir POBG comportait trois volets.

Correctement appliquée, la théorie de l’intérêt national joue un rôle essentiel dans l’atteinte de l’objectif visant à préserver le caractère collectivement exhaustif du partage des compétences, dans le respect de la sphère de compétence provinciale. Les matières qui ne relèvent pas d’un des chefs de compétence énumérés et qui ne peuvent être divisées et partagées entre les chefs de compétence énumérés des deux ordres de gouvernement ne cadrent pas bien avec le partage des compétences. Pour maintenir l’exhaustivité, ces matières relèvent du pouvoir résiduel général du Parlement en raison de leur particularité (c’est-à-dire leur caractère distinct) par rapport aux matières de compétence provinciale et de leur indivisibilité entre divers chefs de compétence. Cependant, lorsque la théorie de l’intérêt national est mal appliquée, le pouvoir POBG cesse d’être de nature résiduelle. Dans un tel cas, il peut servir à renforcer la compétence fédérale et à réduire corrélativement la sphère de compétence provinciale. Les tribunaux doivent faire preuve de prudence quand ils reconnaissent des matières d’intérêt national, car la théorie de l’intérêt national risque fort de perturber le partage des compétences. Dès qu’une matière est jugée d’intérêt national, le Parlement a compétence exclusive sur elle, notamment sur ses aspects intraprovinciaux. Par conséquent, une interprétation large de la théorie risque de menacer la structure fondamentale du fédéralisme et de restreindre indûment le pouvoir de légiférer de la législature provinciale. Une telle interprétation permettrait au Parlement d’acquérir une compétence exclusive sur des matières qui relèvent

courts should treat POGG as a power of last resort. The scope of the national concern doctrine must be limited to matters that cannot fall under other heads of jurisdiction and that cannot be distributed among multiple heads, thus filling a constitutional gap. Accordingly, the doctrine only applies to matters which are truly of national concern, as opposed to matters of a merely local or private nature that fall under s. 92(16).

The national concern doctrine applies when two conditions are met: first, the matter does not fall within (i.e., it is distinct from) the enumerated heads of jurisdiction and, second, it is single and indivisible. The requirements of singleness, distinctiveness and indivisibility serve the purpose of identifying matters that are truly residual in two ways. The matter must be distinct from provincial matters and must be incapable of division between both orders of government such that it must be entrusted solely to Parliament. These requirements give effect to the general residual power of Parliament under POGG and ensure that there is no jurisdictional gap in the division of powers. They apply to both new matters and to matters which, although originally falling under provincial jurisdiction, have come to extend beyond the powers of the province and, due to indivisibility, must be entrusted exclusively to Parliament.

Given the residual nature of POGG, the importance of a matter has nothing to do with whether it is a matter of national concern. The role of the general residual power is to maintain the exhaustiveness of the division of powers, not to centralize important matters that can be legislated upon by the provinces or by both orders of government. First, the impugned matter must be distinct from matters falling under the enumerated heads of s. 92. This will be met when the matter is beyond provincial reach, including because of the limitation of provincial jurisdiction to matters in the province. This inquiry includes consideration of the provincial residuum: if the matter is of a merely local or private nature, it would fall under s. 92(16). The matter must also be distinct from matters falling under federal jurisdiction, as POGG is purely residual. Second, even if the matter does not come within an enumerated head of power, it must be single and indivisible to fall under POGG rather than an aggregate that can be broken down and distributed to enumerated heads of jurisdiction. The

pleinement de la compétence provinciale et d'aplanir les différences régionales. Les tribunaux ne devraient jamais amorcer une analyse du partage des compétences en se penchant sur le pouvoir résiduel fédéral. Pour préserver l'équilibre fédéral, les tribunaux devraient considérer le pouvoir POBG comme un pouvoir de dernier recours. La théorie de l'intérêt national doit s'appliquer uniquement aux matières qui ne peuvent se rattacher à d'autres chefs de compétence et qui ne peuvent être réparties entre divers chefs; elle comble donc une lacune constitutionnelle. En conséquence, la théorie ne s'applique qu'aux matières qui sont véritablement d'intérêt national, par opposition aux matières d'une nature purement locale ou privée visées par le par. 92(16).

La théorie de l'intérêt national s'applique lorsque deux conditions sont remplies : premièrement, la matière ne relève pas (c.-à-d. est distincte) des chefs de compétence énumérés et, deuxièmement, elle est unique et indivisible. Les exigences d'unicité, de particularité et d'indivisibilité servent à déceler les matières qui sont véritablement résiduelles à deux égards. La matière doit être distincte des matières provinciales et impossible à diviser entre les deux ordres de gouvernement de sorte qu'elle doit être confiée uniquement au Parlement. Ces exigences donnent effet au pouvoir résiduel général du Parlement en matière de POBG et font en sorte que le partage des compétences ne comporte aucune lacune. Elles s'appliquent tant aux nouvelles matières qu'aux matières qui, bien que relevant à l'origine de la compétence provinciale, en sont venues à s'étendre au-delà des pouvoirs provinciaux, et qui, en raison de l'indivisibilité, doivent être confiées exclusivement au Parlement.

Vu la nature résiduelle du pouvoir POBG, l'importance d'une matière n'a rien à voir avec la question de savoir s'il s'agit d'une matière d'intérêt national. Le rôle du pouvoir résiduel général consiste à maintenir l'exhaustivité du partage des compétences, et non à centraliser les matières importantes sur lesquelles peuvent légiférer les provinces ou les deux ordres de gouvernement. Premièrement, la matière en cause doit être distincte de celles se rattachant aux chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Cette exigence sera remplie lorsque la matière est hors de portée provinciale, notamment en raison du fait que la compétence provinciale se limite aux matières dans la province. Cette analyse comprend un examen du pouvoir résiduel provincial : si la matière est d'une nature purement locale ou privée, elle relèvera du par. 92(16). La matière doit également être distincte de celles qui relèvent de la compétence fédérale, car le pouvoir POBG est purement résiduel. Deuxièmement, même si la matière ne se rattache pas à un chef de compétence énuméré, elle doit être unique

fact that provinces are unable to deal with a matter is insufficient to conclude that it falls under POGG. The nature of the matter must be such that it cannot be shared between both orders of government and that it must be entrusted to Parliament, exclusively, to avoid a jurisdictional vacuum.

In evaluating whether the matter has a singleness, distinctiveness and indivisibility, it is relevant to consider what is known as the provincial inability test, that is, what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspect of the matter. The provincial inability inquiry has been designed to control the centralization of powers and to limit the extension of the national concern doctrine to matters that are beyond the power of the provinces to deal with and that must be legislated upon by Parliament, exclusively. Extra-provincial effects, on their own, are insufficient to satisfy the provincial inability test. Rather, the extra-provincial effects must be such that the matter, or part of the matter, is beyond the powers of the provinces to deal with on their own or in tandem. If the pith and substance of provincial legislation comes within the classes of subjects assigned to the provinces, incidental or ancillary extra-provincial effects are irrelevant to its validity. Evidence that provinces are not cooperating, even combined with the presence of extra-provincial effects, is also insufficient to make out provincial inability. Provinces are sovereign within their sphere of jurisdiction and can legitimately choose different policies than other provinces. Further, provincial inability is no more than an indicium of singleness, distinctiveness and indivisibility. In line with the residual role of POGG, federal authority over what was formerly within provincial competence is only justified where a matter has become distinct from what the provinces can do, and cannot be shared between orders of government because of its indivisibility. In such a case, reliance on POGG is the only way to maintain the exhaustiveness of the division of powers. Otherwise, there would be a jurisdictional void — if the federal Parliament did not have jurisdiction over such a matter, no one would.

When determining if a matter can pass muster as a subject matter falling under POGG, the final consideration is

et indivisible pour relever du pouvoir POBG, et non un agrégat susceptible d'être divisé et réparti entre des chefs de compétence énumérés. Le fait que les provinces soient incapables de s'occuper d'une matière est insuffisant pour conclure que celle-ci relève du pouvoir POBG. La nature de la matière doit être telle qu'elle ne puisse être partagée entre les deux ordres de gouvernement et qu'elle doive être confiée exclusivement au Parlement afin d'éviter un vide dans le partage des compétences.

Pour déterminer si la matière présente les caractéristiques d'unicité, de particularité et d'indivisibilité, il est utile d'examiner ce qui est connu sous le nom du critère de l'incapacité provinciale, c'est-à-dire quel effet aurait sur les intérêts extraprovinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. L'examen relatif à l'incapacité provinciale a été conçu afin de contrôler la centralisation des pouvoirs, et de limiter l'extension de la théorie de l'intérêt national aux matières qui dépassent la capacité des provinces de s'en occuper et sur lesquelles doit légiférer le Parlement de manière exclusive. Les effets extraprovinciaux, à eux seuls, sont insuffisants pour qu'il soit satisfait au critère de l'incapacité provinciale. Les effets extraprovinciaux doivent plutôt être tels que la matière, ou une partie de celle-ci, dépasse la capacité des provinces de s'en occuper seules ou de concert. Si le caractère véritable d'une loi provinciale relève des catégories de sujets assignés aux provinces, les effets extraprovinciaux accessoires de la loi sont sans pertinence quant à sa validité. La preuve que les provinces ne collaborent pas, même si elle est combinée à la présence d'effets extraprovinciaux, est également insuffisante pour permettre d'établir l'incapacité provinciale. Les provinces sont souveraines dans leur propre sphère de compétence et peuvent légitimement choisir des politiques différentes de celles d'autres provinces. En outre, l'incapacité provinciale n'est rien de plus qu'un indice d'unicité, de particularité et d'indivisibilité. Conformément au rôle résiduel joué par le pouvoir POBG, la compétence du Parlement fédéral sur ce qui relevait auparavant de la compétence des provinces n'est justifiée que si la matière est devenue distincte de ce que peuvent faire les provinces, et qu'elle ne peut être partagée entre les ordres de gouvernement en raison de son indivisibilité. En pareil cas, le recours au pouvoir POBG constitue la seule façon de maintenir l'exhaustivité du partage des compétences, sans quoi il y aurait un vide dans celui-ci — si le Parlement fédéral n'avait pas compétence sur une telle matière, aucun ordre de gouvernement n'aurait compétence sur celle-ci.

Lorsqu'il faut décider si une matière peut résister à l'examen et relever du pouvoir POBG, la dernière considération

whether it has a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution. The evaluation of the scale of impact on the federal balance illustrates the need for caution when determining whether a new permanent head of exclusive power should, in effect, be added to the federal list of powers. This prong of the test requires courts to determine whether recognizing the proposed new federal power would be compatible with the federal structure. It does not ask whether the importance of the proposed new federal power outweighs the infringement on provincial jurisdiction. Importance is irrelevant because it does not indicate whether there is a jurisdictional gap that must be filled with the general residual power. Important matters can and should be dealt with by the provinces. Courts must also be careful not to let the double aspect doctrine undermine the scale of impact inquiry by suggesting that provinces retain ample means to regulate the matter. The double aspect doctrine recognizes that the same fact situation or matter may possess both federal and provincial aspects, which means that both orders of government can legislate from their respective perspective. This doctrine only applies when a subject matter has multiple aspects, some that may be regulated under provincial jurisdiction, and some under federal jurisdiction. The double aspect doctrine must be applied carefully, since increasing overlap between provincial and federal competence can severely disrupt the federal balance. The combined operation of the doctrines of double aspect and federal paramountcy can have profound implications for the federal structure and for provincial autonomy.

The national concern doctrine must be applied with caution in light of its residual role and its potential to upset the division of powers. If the doctrine is not strictly applied so as to limit it to ensuring that the division of powers is exhaustive, the federal nature of the Constitution would disappear not gradually but rapidly.

Canada's proposed doctrinal expansion of national concern should be rejected because it departs in a marked and unjustified way from the jurisprudence of the Court and, if adopted, it will provide a broad and open pathway for further incursions into what has been exclusive provincial jurisdiction. In the instant case, Canada's proposed pith and substance of the *Act* of "establishing minimum national standards integral to reducing nationwide GHG emissions" has not attained national dimensions. While

est de savoir si celle-ci a un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution. L'évaluation de l'étendue de l'effet sur l'équilibre fédéral illustre la nécessité de faire preuve de prudence quand il s'agit d'établir si un nouveau chef de compétence exclusive permanent devrait, dans les faits, être ajouté à la liste des pouvoirs fédéraux. Ce volet de l'analyse exige des tribunaux qu'ils déterminent si le fait de reconnaître le nouveau pouvoir fédéral proposé serait compatible avec la structure fédérale. Il ne consiste pas à se demander si l'importance du nouveau pouvoir fédéral proposé l'emporte sur l'atteinte à la compétence provinciale. L'importance n'est pas pertinente, car elle n'indique pas s'il existe une lacune dans le partage des compétences qui doit être comblée par le pouvoir résiduel général. Les provinces peuvent et devraient s'occuper des matières importantes. Les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas laisser la théorie du double aspect miner l'analyse relative à l'étendue de l'effet en suggérant que les provinces conservent de vastes moyens de réglementer la matière. La théorie du double aspect reconnaît que la même situation factuelle ou matière peut posséder des aspects à la fois fédéraux et provinciaux, ce qui signifie que les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer suivant leur perspective respective. Cette théorie s'applique uniquement lorsqu'une matière présente de multiples aspects, dont certains relèvent de la compétence provinciale et certains de la compétence fédérale. La théorie du double aspect doit être appliquée avec prudence, car le fait d'accroître le chevauchement entre les compétences provinciale et fédérale est susceptible de perturber sérieusement l'équilibre fédéral. L'application conjointe des théories du double aspect et de la prépondérance fédérale peut avoir des répercussions profondes sur la structure fédérale et l'autonomie provinciale.

La théorie de l'intérêt national doit être appliquée avec prudence en raison de son rôle résiduel et du risque qu'elle perturbe le partage des compétences. Si cette théorie n'était pas appliquée strictement de manière à ce qu'elle permette uniquement de veiller à l'exhaustivité du partage des compétences, la nature fédérale de la Constitution disparaîtrait rapidement.

L'élargissement de la théorie de l'intérêt national préconisé par le Canada devrait être rejeté parce qu'il s'écarte de façon marquée et injustifiée de la jurisprudence de la Cour et que, s'il est adopté, il ouvrira largement la voie à d'autres ingérences dans ce qui relève exclusivement de la compétence provinciale. Dans la présente affaire, le caractère véritable de la *Loi* proposé par le Canada, à savoir « établir des normes nationales minimales indispensables à la réduction des émissions de GES dans le pays tout

the seriousness or the immediacy of the threat that climate change poses may be relevant to an argument under the emergency branch, it has no place in the national concern analysis. Furthermore, the distinctiveness requirement is inherently incompatible with the backstop nature of the *Act*, which contemplates that some or all provinces could implement GHG pricing schemes that accord with standards set (from time to time) by the federal Cabinet, thereby avoiding the triggering of federal intervention. Singleness, distinctiveness and indivisibility should not be collapsed into provincial inability, and provincial inability should not be informed by tests for enumerated heads of power, because this approach fails to give effect to the residual nature of the POGG power.

The device of “minimum national standards” makes wider still the pathway for enhancement of federal jurisdiction. “By means of minimum national standards” could be applied to any matter, and therefore adds nothing to the description of a matter and has no place. Including “minimum national standards” in the matter of national concern short-circuits the analysis and opens the door to federal “minimum standards” with respect to other areas of provincial jurisdiction, artificially expanding federal capacity to legislate in what have been until now matters coming within provincial jurisdiction. This device undermines federalism by replacing provincial autonomy in the exercise of its jurisdiction with the exercise of such jurisdiction made permanently subject to federal supervision. Finally, the *Act*’s scale of impact on provincial jurisdiction is not reconcilable with the distribution of powers. The *Act* leaves room for provincial jurisdiction only insofar as the decision of the province conforms to the will of Parliament and the federal Cabinet. It is not an exercise in cooperative federalism; rather, it is the means to enforce supervisory federalism. The problem is not cured by the double aspect doctrine: since the federal matter is defined in terms of the extent to which it can limit the provinces’ discretion to legislate (the backstop mechanism), this is not two aspects of the same fact situation — it is one aspect, and it gives the federal government the upper hand and the final say. Parliament did not have jurisdiction to enact the *Act* under its general residual power.

entier », n’a pas atteint des dimensions nationales. Bien que le caractère sérieux ou immédiat de la menace posée par les changements climatiques puisse être pertinent quand il s’agit de se prononcer sur un argument fondé sur le volet urgence, il n’a pas sa place dans l’analyse relative à l’intérêt national. De plus, l’exigence de particularité est intrinsèquement incompatible avec la nature de la *Loi*, qui impose un minimum réglementaire (*backstop*) et prévoit que certaines provinces ou l’ensemble de celles-ci pourraient mettre en œuvre des régimes de tarification des GES conformes aux normes établies (de temps en temps) par le cabinet fédéral, et ainsi éviter une intervention fédérale. L’unicité, la particularité et l’indivisibilité ne devraient pas être amalgamées à l’incapacité provinciale, et l’incapacité provinciale ne devrait pas reposer sur les critères applicables aux chefs de compétence énumérés, parce que cette approche ne donne pas effet à la nature résiduelle du pouvoir POBG.

Le mécanisme des « normes nationales minimales » ouvre encore plus la voie à l’élargissement de la compétence fédérale. La locution « au moyen de normes nationales minimales » pourrait être appliquée à toute matière, et n’ajoute donc rien à la description d’une matière et n’a pas sa place. Le fait d’inclure les « normes nationales minimales » dans la matière d’intérêt national court-circuite l’analyse et ouvre la porte à des « normes minimales » fédérales à l’égard d’autres domaines de compétence provinciale, en élargissant de façon artificielle la capacité du gouvernement fédéral de légiférer sur ce qui a constitué jusqu’à ce jour des matières relevant de la compétence provinciale. Ce mécanisme mine le fédéralisme en remplaçant l’autonomie dont bénéficient les provinces dans l’exercice de leur compétence par un assujettissement en permanence à la supervision du fédéral dans l’exercice d’une telle compétence. Enfin, l’étendue de l’effet de la *Loi* sur la compétence provinciale n’est pas compatible avec le partage des compétences. La *Loi* permet l’exercice de la compétence provinciale seulement dans la mesure où la décision de la province est conforme à la volonté du Parlement et du cabinet fédéral. Elle n’est pas une initiative en matière de fédéralisme coopératif; elle constitue plutôt le moyen de mettre en œuvre un fédéralisme de supervision. La théorie du double aspect ne remédie pas au problème : comme la matière fédérale est définie en fonction de la mesure dans laquelle elle peut limiter le pouvoir discrétionnaire des provinces de légiférer (le mécanisme de minimum réglementaire), ce n’est pas deux aspects de la même situation de fait — il s’agit d’un aspect, et il place le gouvernement fédéral en position dominante et lui donne le dernier mot. Le Parlement n’avait pas compétence pour édicter la *Loi* en vertu de son pouvoir résiduel général.

## Cases Cited

By Wagner C.J.

**Considered:** *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *In re “Insurance Act, 1910”* (1913), 48 S.C.R. 260, aff’d *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; **referred to:** *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283; *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C.

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

**Arrêts examinés :** *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *In re « Insurance Act, 1910 »* (1913), 48 R.C.S. 260, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283; *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1

117; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Re George Edwin Gray* (1918), 57 S.C.R. 150; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618; *House of Sga'nisim v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, 41 B.C.L.R. (5th) 23; *Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *Pronto Uranium Mines Limited v. The Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Denison Mines Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007); *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) v. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007; *Stichting Urgenda v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196; *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, [2019] N.S.W.L.E.C. 7; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2020 SCC 13, [2020] 1 S.C.R. 678; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons*, [1881] 7 App. Cas. 96; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; 620 *Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2008] 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131; *Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada (F.C.A.)*, 2008 FCA 157, [2009] 1 F.C.R. 3; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam*

R.C.S. 6; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Re George Edwin Gray* (1918), 57 R.C.S. 150; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321; *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618; *House of Sga'nisim c. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, 41 B.C.L.R. (5th) 23; *Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266; *Pronto Uranium Mines Limited c. The Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862; *Denison Mines Ltd. c. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Massachusetts c. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007); *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) c. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007; *Stichting Urgenda c. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196; *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, [2019] N.S.W.L.E.C. 7; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, [2020] 1 R.C.S. 678; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and*

(District), [1993] 4 S.C.R. 371; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565.

By Côté J. (dissenting in part)

*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Re George Edwin Gray* (1918), 57 S.C.R. 150; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *R. v. Shoreditch Assessment Committee*, [1910] 2 K.B. 859; *R. (Cart) v. Upper Tribunal*, [2009] EWHC 3052 (Admin.), [2011] Q.B. 120; *R. (Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22, [2020] A.C. 491; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Ontario v.*

*Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131; *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada (C.A.F)*, 2008 CAF 157, [2009] 1 R.C.F. 3; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935; *Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Re George Edwin Gray* (1918), 57 R.C.S. 150; *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *Renvoi relatif à la réglementation pan-canadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *R. c. Shoreditch Assessment Committee*, [1910] 2 K.B. 859; *R. (Cart) c. Upper Tribunal*, [2009] EWHC 3052 (Admin.), [2011] Q.B. 120; *R. (Privacy International) c. Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22, [2020] A.C. 491; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Ontario Public School Boards' Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie,*

*Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Hupacasath First Nation v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765.

By Brown J. (dissenting)

*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General*

*des Mines et des Ressources*), [1989] 2 R.C.S. 49; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2015 CAF 4; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765.

Citée par le juge Brown (dissent)

*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S.

for the Dominion, [1896] A.C. 348; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Reference re Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470; *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Rowe J. (dissenting)

*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Québec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *Reference re Secession of Québec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Québec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932); *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805; *Canada*

641; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Rowe (dissident)

*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *New State Ice Co. c. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932); *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S.

(Attorney General) v. Hislop, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *In re “Insurance Act, 1910”* (1913), 48 S.C.R. 260, aff’d *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Thorne’s Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106; *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; 669; *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Fort Frances Pulp and Power Co. c. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695; *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *In re « Insurance Act, 1910 »* (1913), 48 R.C.S. 260, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*,

*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act for the better regulating the Government of the Province of the Massachuset's Bay in New England* (G.B.), 1774, 14 Geo. 3, c. 45.

*An Act that Proclamations made by the King shall be obeyed* (Eng.), 1539, 31 Hen. 8, c. 8.

*An Act to make temporary Provision for the Government of Lower Canada* (U.K.), 1838, 1 & 2 Vict., c. 9.

*An Act to provide for the Government of British Columbia* (U.K.), 1858, 21 & 22 Vict., c. 99.

Bill C-74, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on February 27, 2018 and other measures*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018.

*British North America Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, ss. 20, 91, 92, 132.

*Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27, s. 13.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, preamble, s. 5.

*Carbon Tax Act*, S.B.C. 2008, c. 40, s. 84.

*Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63.

*Constitutional Act, 1791* (G.B.), 31 Geo. 3, c. 31 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 3].

*Constitution Act, 1867*, Part III, ss. 9, Part IV, 17, 53, Part V, Part VI, 91, 92, 92A, 94, Part VII.

*Constitution Act, 1982*.

*Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2, s. 46.5.

*Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 175.1 to 177.

*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 37(1), 59, 86, 120, 122(1), 133, 146, 162, 166, 175, 187, 193, 239.

*Greenhouse Gas Emissions Performance Standards*, O. Reg. 241/19.

*Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act*, S.B.C. 2014, c. 29, ss. 46 to 53.

*Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186, preamble, Part 1, ss. 3 “combustible waste”, “fuel”, 5(b), 14(b), 17 to 39, 40(2), (3), 41(2), 46(3), 47(3), 48, 165, 166 to 168, Part 2, 169, 172, 174, 175, 180(1), 182, 186(3), 188, 189, 190(1), (2), 191, 192, Part 3, Part 4, Schs. 1 to 4.

*Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 122.8(6).

*Notice Establishing Criteria Respecting Facilities and Persons and Publishing Measures*, SOR/2018-213, ss. 2(b)(ii), 3(a), (c)(x).

2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Heppner c. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533.

### Lois et règlements cités

*Acte constitutionnel de 1791* (G.-B.), 31 Geo. 3, c. 31 [reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 3].

*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 20, 91, 92, 132.

*Acte de Québec de 1774* (G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2].

*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35 [reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 4].

*An Act for the better regulating the Government of the Province of the Massachuset's Bay in New England* (G.-B.), 1774, 14 Geo. 3, c. 45.

*An Act that Proclamations made by the King shall be obeyed* (Angl.), 1539, 31 Hen. 8, c. 8.

*An Act to make temporary Provision for the Government of Lower Canada* (R.-U.), 1838, 1 & 2 Vict., c. 9.

*An Act to provide for the Government of British Columbia* (R.-U.), 1858, 21 & 22 Vict., c. 99.

*Avis concernant l'établissement des critères relatifs aux installations et aux personnes et la publication de mesures*, DORS/2018-213, art. 2(b)(ii), 3(a), (c)(x).

*Carbon Tax Act*, S.B.C. 2008, c. 40, art. 84.

*Charte canadienne des droits et libertés*, préambule, art. 5.

*Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63.

*Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, art. 37(1), 59, 86, 120, 122(1), 133, 146, 162, 166, 175, 187, 193, 239.

*Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act*, S.B.C. 2014, c. 29, art. 46 à 53.

*Loi constitutionnelle de 1867*, partie III, art. 9, partie IV, 17, 53, partie V, partie VI, 91, 92, 92A, 94, partie VII.

*Loi constitutionnelle de 1982*.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), art. 122.8(6).

*Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, c. 27, art. 13.

*Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19, art. 175.1 à 177.

*Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 46.5.

*Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186, préambule, partie 1, art. 3 « combustible », « déchet combustible », 5(b), 14(b), 17 à 39, 40(2), (3), 41(2), 46(3), 47(3), 48, 165, 166 à 168, partie 2, 169, 172, 174, 175, 180(1),

*Output-Based Pricing System Regulations*, SOR/2019-266, ss. 8, 36, Schs. 1, 3, 4.  
*Quebec Act, 1774* (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 2].  
*Regulation respecting a cap-and-trade system for greenhouse gas emission allowances*, CQLR, c. Q-2, r. 46.1.  
*Regulations Amending Part 1 of Schedule 1 and Schedule 2 to the Greenhouse Gas Pollution Pricing Act and the Fuel Charge Regulations*, SOR/2020-261.  
 Regulatory Impact Analysis Statement, *Canada Gazette*, Part II, vol. 153, No. 14, July 10, 2019, pp. 5387-88 and 5391.  
*Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1].  
*Union Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 4].

#### Treaties and Other International Instruments

*Copenhagen Accord*, U.N. Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, December 18, 2009.  
*Kyoto Protocol*, U.N. Doc. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, December 10, 1997.  
*Paris Agreement*, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, December 12, 2015, art. 2(1)(a), 4(1), (2), (3).  
*United Nations Framework Convention on Climate Change*, U.N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1, May 15, 1992, preamble.

#### Authors Cited

Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Abel, A. S. “What Peace, Order and Good Government?” (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 1.  
 Alberta. *TIER Regulation Fact Sheet*, July 2020 (online: <https://www.alberta.ca/assets/documents/ep-fact-sheet-tier-regulation.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_1_eng.pdf)).  
 Allison, John W. F. “The Westminster Parliament’s Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective” (2017), 34 *Journal of Constitutional History* 57.  
 Baier, Gerald. “Tempering Peace, Order and Good Government: Provincial Inability and Canadian Federalism” (1998), 9 *N.J.C.L.* 277.

182, 186(3), 188, 189, 190(1), (2), 191, 192, partie 3, partie 4, ann. 1 à 4.  
*Normes de rendement à l’égard des émissions de gaz à effet de serre*, Règl. de l’Ont. 241/19.  
*Proclamation royale* (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1].  
 Projet de loi C-74, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d’autres mesures*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2018.  
*Règlement concernant le système de plafonnement et d’échange de droits d’émission de gaz à effet de serre*, RLRQ, c. Q-2, r. 46.1.  
*Règlement modifiant la partie 1 de l’annexe 1 et l’annexe 2 de la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre et le Règlement sur la redevance sur les combustibles*, DORS/2020-261.  
*Règlement sur le système de tarification fondé sur le rendement*, DORS/2019-266, art. 8, 36, ann. 1, 3, 4.  
 Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 153, n° 14, 10 juillet 2019, p. 5387-88 et 5391.

#### Traités et autres instruments internationaux

*Accord de Copenhague*, Doc. N.U. FCCC/CP/2009/11/Add.1, 18 décembre 2009.  
*Accord de Paris*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 12 décembre 2015, art. 2(1)(a), 4(1), (2), (3).  
*Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, Doc. N.U. A/AC.237/18 (Partie II)/Add.1, 15 mai 1992, préambule.  
*Protocole de Kyoto*, Doc. N.U. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, 10 décembre 1997.

#### Doctrine et autres documents cités

Abel, Albert S. « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Abel, A. S. « What Peace, Order and Good Government? » (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 1.  
 Alberta. *TIER Regulation Fact Sheet*, July 2020 (en ligne : <https://www.alberta.ca/assets/documents/ep-fact-sheet-tier-regulation.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_1_eng.pdf)).  
 Allison, John W. F. « The Westminster Parliament’s Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective » (2017), 34 *Journal of Constitutional History* 57.  
 Baier, Gerald. « Tempering Peace, Order and Good Government : Provincial Inability and Canadian Federalism » (1998), 9 *R.N.D.C.* 277.

- Beale, Elizabeth, et al. *Provincial Carbon Pricing and Competitiveness Pressures*, November 2015 (online: <https://ecofiscal.ca/wp-content/uploads/2015/11/Ecofiscal-Commission-Carbon-Pricing-Competitiveness-Report-November-2015.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_2_eng.pdf)).
- Beetz, Jean. “Les Attitudes changeantes du Québec à l’endroit de la Constitution de 1867”, in P.-A. Crépeau and C. B. Macpherson, eds., *The Future of Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 1965, 113.
- Bélanger, Alexis. “Canadian Federalism in the Context of Combating Climate Change” (2011), 20 *Const. Forum* 21.
- Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
- Bishop, Grant. *Living Tree or Invasive Species? Critical Questions for the Constitutionality of Federal Carbon Pricing*, Commentary 559. Toronto: C.D. Howe Institute, 2019.
- Brouillet, Eugénie. “Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora’s Box?” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 601.
- Brouillet, Eugénie. *La Négation de la nation: L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*. Sillery, Que.: Septentrion, 2005.
- Brouillet, Eugénie. “The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 307.
- Brouillet, Eugénie, and Bruce Ryder. “Key Doctrines in Canadian Legal Federalism”, in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York: Oxford University Press, 2017, 415.
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2020, release 3).
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Burningham, Sarah. “*The New Normal*”: *COVID-19 and the Temporary Nature of Emergencies*, June 4, 2020 (online: <https://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/2020/06/the-new-normal-covid-19-and-the-temporary-nature-of-emergencies/>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_3\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_3_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Guidance on the pan-Canadian carbon pollution pricing benchmark*, August 2017 (online: <https://www.canada.ca/en/services/environment/weather/climate>
- Beale, Elizabeth, et autres. *Tarifcation Provinciale du Carbone et Pressions Concurrentielles*, novembre 2015 (en ligne : <https://ecofiscal.ca/wp-content/uploads/2015/11/Commission-Ecofiscalite-Tarifcation-Provinciale-Carbone-Competitivite-Rapport-novembre-2015.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_2\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_2_fra.pdf)).
- Beetz, Jean. « Les Attitudes changeantes du Québec à l’endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. Crépeau et C. B. Macpherson, dir., *L’Avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 1965, 113.
- Bélanger, Alexis. « Fédéralisme Canadien et Lutte Contre Les Changements Climatiques » (2011), 20 *Forum const.* 9.
- Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
- Bishop, Grant. *Living Tree or Invasive Species? Critical Questions for the Constitutionality of Federal Carbon Pricing*, Commentary 559, Toronto, C.D. Howe Institute, 2019.
- Brouillet, Eugénie. « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity : Should We Open Pandora’s Box? » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 601.
- Brouillet, Eugénie. *La Négation de la nation : L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery (Qc), Septentrion, 2005.
- Brouillet, Eugénie. « The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 307.
- Brouillet, Eugénie, and Bruce Ryder. « Key Doctrines in Canadian Legal Federalism », in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 415.
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (updated 2020, release 3).
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Burningham, Sarah. « *The New Normal* » : *COVID-19 and the Temporary Nature of Emergencies*, June 4, 2020 (en ligne : <https://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/2020/06/the-new-normal-covid-19-and-the-temporary-nature-of-emergencies/>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_3\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_3_eng.pdf)).
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *Témoignages*, n° 146, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 25 avril 2018, p. 6.

- change/pan-canadian-framework/guidance-carbon-pollution-pricing-benchmark.html; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_4\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_4_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *National Inventory Report 1990-2016: Greenhouse Gas Sources and Sinks in Canada — Executive Summary*, 2018 (online: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2019/eccc/En81-4-1-2016-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/eccc/En81-4-1-2016-eng.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_5\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_5_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Pan-Canadian Approach to Pricing Carbon Pollution*, October 3, 2016 (online: <https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/news/2016/10/canadian-approach-pricing-carbon-pollution.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_6\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_6_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Pan-Canadian Framework on Clean Growth and Climate Change*, December 9, 2016 (online: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2017/eccc/En4-294-2016-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/eccc/En4-294-2016-eng.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_7\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_7_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Saskatchewan and pollution pricing*, February 21, 2019 (online: <https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/climate-change/pricing-pollution-how-it-will-work/saskatchewan.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_8\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_8_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Supplemental benchmark guidance*, December 20, 2017 (online: <https://www.canada.ca/en/services/environment/weather/climatechange/pan-canadian-framework/guidance-carbon-pollution-pricing-benchmark/supplemental-benchmark-guidance.html>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_9\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_9_eng.pdf)).
- Canada. Environment and Climate Change Canada. *Technical Paper on the Federal Carbon Pricing Backstop*, May 18, 2017 (online: <https://www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/20170518-2-en.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_10\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_10_eng.pdf)).
- Canada. Environment Canada. *A Climate Change Plan for the Purposes of the Kyoto Protocol Implementation Act — 2007, 2007* (online: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2010/ec/En56-183-2007-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2010/ec/En56-183-2007-eng.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_11\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_11_eng.pdf)).
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *Témoignages*, n° 148, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 1 mai 2018, p. 5.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *Témoignages*, n° 152, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 8 mai 2018, p. 8.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 289, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 1 mai 2018, p. 18958.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 294, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 8 mai 2018, p. 19213-14.
- Canada. Chambre des communes. *Journaux de la Chambre des communes du Canada*, n° 22, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 19 avril 1918, p. 176.
- Canada. *Documents de la session*, vol. XLI, 3<sup>e</sup> sess., 10<sup>e</sup> lég., 1907, n° 18.
- Canada. Environnement Canada. *Plan sur les changements climatiques pour la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto — 2007, 2007* (en ligne : [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2010/ec/En56-183-2007-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2010/ec/En56-183-2007-fra.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_11\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_11_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Approche pancanadienne pour une tarification de la pollution par le carbone*, 3 octobre 2016 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/nouvelles/2016/10/approche-pancanadienne-tarification-pollution-carbone.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_6\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_6_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques*, 9 décembre 2016 (en ligne : [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2017/eccc/En4-294-2016-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/eccc/En4-294-2016-fra.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_7\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_7_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Directives concernant le modèle pancanadien de tarification de la pollution par le carbone*, août 2017 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/meteo/changementsclimatiques/cadre-pancanadien/directives-tarification-pollution-carbone.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_4\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_4_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Document d'orientation de référence supplémentaire*, 20 décembre 2017 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/services/environnement/meteo/changementsclimatiques/cadre-pancanadien/directives-tarification-pollution-carbone/document-orientation-refe>

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 289, 1st Sess., 42nd Parl., May 1, 2018, p. 18958.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 294, 1st Sess., 42nd Parl., May 8, 2018, pp. 19213-14.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *Evidence*, No. 146, 1st Sess., 42nd Parl., April 25, 2018, p. 6.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *Evidence*, No. 148, 1st Sess., 42nd Parl., May 1, 2018, p. 5.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *Evidence*, No. 152, 1st Sess., 42nd Parl., May 8, 2018, p. 8.
- Canada. House of Commons. *Votes and Proceedings of the House of Commons of the Dominion of Canada*, No. 22, 1st Sess., 13th Parl., April 19, 1918, p. 242.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 150, No. 275, 1st Sess., 42nd Parl., April 2, 2019, p. 7714.
- Canada. Senate. *Journals of the Senate of Canada*, vol. 54, 1st Sess., 13th Parl., April 19, 1918, p. 100.
- Canada. *Sessional Papers*, vol. XLI, 3rd Sess., 10th Parl., 1907, No. 18.
- Canadian Intergovernmental Conference Secretariat. *Vancouver Declaration on clean growth and climate change*, March 3, 2016 (online: <https://scics.ca/en/product-produit/vancouver-declaration-on-clean-growth-and-climate-change/>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_12\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_12_eng.pdf)).
- Chalifour, Nathalie J. “Jurisdictional Wrangling Over Climate Policy in the Canadian Federation: Key Issues in the Provincial Constitutional Challenges to Parliament’s *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*” (2019), 50 *Ottawa L. Rev.* 197.
- Chalifour, Nathalie J., Peter Oliver and Taylor Wormington. “Clarifying the Matter: Modernizing Peace, Order, and Good Government in the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act Appeals*” (2020), 40 *N.J.C.L.* 153.
- Choudhry, Sujit. *Constitutional Law and the Politics of Carbon Pricing in Canada*, IRPP Study 74. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 2019.
- Choudhry, Sujit. “Recasting social Canada: A reconsideration of federal jurisdiction over social policy” (2002), 52 *U.T.L.J.* 163.
- Cyr, Hugo. “Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism” (2014), 23 *Const. Forum* 20.
- Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: MacMillan, 1959.
- rence-supplementaire.html; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_9\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_9_fra.pdf).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Document technique relatif au filet de sécurité fédéral sur la tarification du carbone*, 18 mai 2017 (en ligne : <https://www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/20170518-1-fr.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_10\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_10_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Rapport d’inventaire national 1990-2016 : Sources et puits de gaz à effet de serre au Canada — Sommaire*, 2018 (en ligne : [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2019/eccc/En81-4-1-2016-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/eccc/En81-4-1-2016-fra.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_5\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_5_fra.pdf)).
- Canada. Environnement et Changement climatique Canada. *Saskatchewan et tarification de la pollution*, 21 février 2019 (en ligne : <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/changements-climatiques/fonctionnement-tarification-pollution/saskatchewan.html>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_8\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_8_fra.pdf)).
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 150, n° 275, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2 avril 2019, p. 7714.
- Canada. Sénat. *Journaux du Sénat du Canada*, vol. 54, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 19 avril 1918, p. 100.
- Chalifour, Nathalie J. « Jurisdictional Wrangling Over Climate Policy in the Canadian Federation : Key Issues in the Provincial Constitutional Challenges to Parliament’s *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* » (2019), 50 *R.D. Ottawa* 197.
- Chalifour, Nathalie J., Peter Oliver and Taylor Wormington. « Clarifying the Matter : Modernizing Peace, Order, and Good Government in the *Greenhouse Gas Pollution Price Act Appeals* » (2020), 40 *R.N.D.C.* 153.
- Choudhry, Sujit. *Constitutional Law and the Politics of Carbon Pricing in Canada*, IRPP Study 74, Montreal, Institute for Research on Public Policy, 2019.
- Choudhry, Sujit. « Recasting social Canada : A reconsideration of federal jurisdiction over social policy » (2002), 52 *U.T.L.J.* 163.
- Cyr, Hugo. « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity : Foundations of Cooperative Federalism » (2014), 23 *Forum const.* 20.
- Dicey, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London, MacMillan, 1959.
- Driedger, Elmer A. *The Composition of Legislation : Legislative Forms and Precedents*, 2nd rev. ed., Ottawa, Department of Justice, 1976.

- Driedger, Elmer A. *The Composition of Legislation: Legislative Forms and Precedents*, 2nd rev. ed. Ottawa: Department of Justice, 1976.
- Elgie, Stewart. “Kyoto, The Constitution, and Carbon Trading: Waking A Sleeping *BNA Bear* (Or Two)” (2007), 13 *Rev. Const. Stud.* 67.
- Farid, Mai, et al. *After Paris: Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change*, January 11, 2016 (online: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1601.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_13\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_13_eng.pdf)).
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François, and Johanne Poirier. “From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism”, in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*. New York: Oxford University Press, 2017, 391.
- Gibson, Dale. “Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada” (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gibson, Dale. “Measuring ‘National Dimensions’” (1976), 7 *Man. L.J.* 15.
- Hawkins, François. “Duties, Conflicts, and Politics in the Litigation Offices of the Attorney General” (2018), 12 *J.P.P.L.* 193.
- High-Level Commission on Carbon Prices. *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*, May 29, 2017 (online: [https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53decccfb4c/t/59b7f2409f8dce5316811916/1505227332748/CarbonPricing\\_FullReport.pdf](https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53decccfb4c/t/59b7f2409f8dce5316811916/1505227332748/CarbonPricing_FullReport.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_14\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_14_eng.pdf)).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (updated 2019, release 1).
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. “Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
- Hunter, Josh. “Saving the Planet Doesn’t Mean You Can’t Save the Federation: Greenhouse Gases Are Not a Matter of National Concern” (2021), 100 *S.C.L.R.* (2d) 59.
- Johnson, (Alyn) James. “The Case for a Canadian Non-delegation Doctrine” (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 817.
- Laskin, Bora. “‘Peace, Order and Good Government’ Re-Examined” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 1054.
- Leach, Andrew, and Eric M. Adams. “Seeing Double: Peace, Order, and Good Government, and the Impact
- Elgie, Stewart. « Kyoto, The Constitution, and Carbon Trading : Waking A Sleeping *BNA Bear* (Or Two) » (2007), 13 *R. études const.* 67.
- Farid, Mai, et al. *After Paris : Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change*, January 11, 2016 (en ligne : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1601.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_13\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_13_eng.pdf)).
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François, and Johanne Poirier. « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », in Peter Oliver, Patrick Macklem and Nathalie Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, 391.
- Gibson, Dale. « Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada » (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gibson, Dale. « Measuring “National Dimensions” » (1976), 7 *Man. L.J.* 15.
- Groupe de travail sur les mécanismes d’instauration d’un prix sur le carbone. *Rapport final*, 2016 (en ligne : [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/eccc/En4-287-2016-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/eccc/En4-287-2016-fra.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_20\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_20_fra.pdf)).
- Groupe de travail sur les possibilités d’atténuation spécifiques. *Rapport final*, 2016 (en ligne : [https://www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/cc/content/6/4/7/64778dd5-e2d9-4930-be59-d6db7db5cbc0/wg\\_report\\_specific\\_mitigation\\_opportunities\\_fr\\_v03.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/cc/content/6/4/7/64778dd5-e2d9-4930-be59-d6db7db5cbc0/wg_report_specific_mitigation_opportunities_fr_v03.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_19\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_19_fra.pdf)).
- Hawkins, François. « Duties, Conflicts, and Politics in the Litigation Offices of the Attorney General » (2018), 12 *R.D.P.P.* 193.
- High-Level Commission on Carbon Prices. *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*, May 29, 2017 (en ligne : [https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53decccfb4c/t/59b7f2409f8dce5316811916/1505227332748/CarbonPricing\\_FullReport.pdf](https://static1.squarespace.com/static/54ff9c5ce4b0a53decccfb4c/t/59b7f2409f8dce5316811916/1505227332748/CarbonPricing_FullReport.pdf); version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_14\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_14_eng.pdf)).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (updated 2019, release 1).
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court :

- of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction” (2020), 29 *Const. Forum* 1.
- Leclair, Jean. “The Elusive Quest for the Quintessential ‘National Interest’” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353.
- Leclair, Jean. “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411.
- Le Dain, Gerald. “Sir Lyman Duff and the Constitution” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
- Lederman, W. R. “Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597.
- Lord Hewart of Bury. *The New Despotism*. London: Ernest Benn, 1929.
- Lord Judge. “Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII”, speech delivered at King’s College London, April 12, 2016 (online: <https://www.kcl.ac.uk/archive/news/law/newsrecords/2015-16/Ceding-Power-to-the-Executive>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_15\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_15_eng.pdf)).
- Lord Judge. “Lord Mayor’s dinner for the Judiciary – The Mansion House Speech”, speech delivered at the Mansion House, July 13, 2010 (online: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20131202213656/http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2010/lcj-speech-lord-mayor-dinner-mansion-house-2010>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_16\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_16_eng.pdf)).
- Lysyk, K. “Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91: Residual and Emergency Law-Making Authority” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 531.
- Mancini, Mark. “The Non-Abdication Rule in Canadian Constitutional Law” (2020), 83 *Sask. L. Rev.* 45.
- McLachlin, Beverley, P.C. *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online: <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-eng.aspx>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_17\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_17_eng.pdf)).
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Moull, William D. “Section 92A of the Constitution Act, 1867” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 715.
- Mullan, David J. “The Role of the Judiciary in the Review of Administrative Policy Decisions: Issues of Legality”, in Mary Jane Mossman and Ghislain Otis, eds., *The Judiciary as Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy*. Montréal: Thémis, 1999, 313.
- Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
- Hunter, Josh. « Saving the Planet Doesn’t Mean You Can’t Save the Federation : Greenhouse Gases Are Not a Matter of National Concern » (2021), 100 *S.C.L.R.* (2d) 59.
- Johnson, (Alyn) James. « The Case for a Canadian Nondelegation Doctrine » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 817.
- Laskin, Bora. « “Peace, Order and Good Government” Re-Examined » (1947), 25 *R. du B. can.* 1054.
- Leach, Andrew, and Eric M. Adams, « Seeing Double : Peace, Order, and Good Government, and the Impact of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction » (2020), 29 *Forum const.* 1.
- Leclair, Jean. « The Elusive Quest for the Quintessential “National Interest” » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353.
- Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411.
- Le Dain, Gerald. « Sir Lyman Duff and the Constitution » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
- Lederman, W. R. « Unity and Diversity in Canadian Federalism : Ideals and Methods of Moderation » (1975), 53 *R. du B. can.* 597.
- Lord Hewart of Bury. *The New Despotism*, London, Ernest Benn, 1929.
- Lord Judge. « Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII », speech delivered at King’s College London, April 12, 2016 (en ligne : <https://www.kcl.ac.uk/archive/news/law/newsrecords/2015-16/Ceding-Power-to-the-Executive>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_15\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_15_eng.pdf)).
- Lord Judge. « Lord Mayor’s dinner for the Judiciary – The Mansion House speech », speech delivered at the Mansion House, July 13, 2010 (en ligne : <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20131202213656/http://www.judiciary.gov.uk/media/speeches/2010/lcj-speech-lord-mayor-dinner-mansion-house-2010>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_16\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_16_eng.pdf)).
- Lysyk, K. « Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91 : Residual and Emergency Law-Making Authority » (1979), 57 *R. du B. can.* 531.
- Mancini, Mark. « The Non-Abdication Rule in Canadian Constitutional Law » (2020), 83 *Sask. L. Rev.* 45.
- McLachlin, Beverley, C.P. *Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution*, 27 mai 2013 (en ligne : <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2013-05-27-fra.aspx>; version archivée :

- Neudorf, Lorne. “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” (2018), 41 *Dal. L.J.* 519.
- Newman, Dwight. “Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes” (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187.
- Olszynski, Martin, Nigel Bankes and Andrew Leach. “Breaking Ranks (and Precedent): *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74” (2020), 33 *J.E.L.P.* 159.
- Patenaude, Pierre. “L’érosion graduelle de la règle de l’étanchéité: une nouvelle menace à l’autonomie du Québec” (1979), 20 *C. de D.* 229.
- Pigeon, Louis-Philippe. “The Meaning of Provincial Autonomy” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1126.
- Poirier, Johanne. “Choix, statut et mission d’une capitale fédérale: Bruxelles au regard du droit comparé”, dans Els Witte et autres, dir., *Bruxelles et son statut*. Bruxelles: Larcier, 1999, 61.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Reid, Scott, and Michael Scott. *Interpretative note on the terms, “Peace, order and good government” and “Peace, welfare and good government”*, April 7, 2020 (online: <https://primarydocuments.ca/peace-order-and-good-government-in-section-91-of-the-constitution-act-1867/>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_18\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_18_eng.pdf)).
- Rémillard, Gil. “Souveraineté et fédéralisme” (1979), 20 *C. de D.* 237.
- Roach, Kent. “Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.
- Specific Mitigation Opportunities Working Group. *Final Report*, 2016 (online: [https://www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/cc/content/6/4/7/64778dd5-e2d9-4930-be59-d6db7db5cbc0/wg\\_report\\_specific\\_mitigation\\_opportunities\\_en\\_v04.pdf](https://www.canada.ca/content/dam/eccc/migration/cc/content/6/4/7/64778dd5-e2d9-4930-be59-d6db7db5cbc0/wg_report_specific_mitigation_opportunities_en_v04.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_19\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_19_eng.pdf)).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Swinton, Katherine. “Federalism under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada” (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 121.
- Tucker, Adam. “Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation”, in Alexander Horne and Gavin Drewry, eds., *Parliament and the Law*, 2nd ed. Oxford: Hart Publishing, 2018, 347.
- United Nations. Framework Convention on Climate Change. *Report of the Conference of the Parties on* [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_17\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_17_fra.pdf)).
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Moull, William D. « Section 92A of the Constitution Act, 1867 » (1983), 61 *R. du B. can.* 715.
- Mullan, David J. « The Role of the Judiciary in the Review of Administrative Policy Decisions : Issues of Legality », dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, dir., *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 1999, 313.
- Nations Unies. Convention-cadre sur les changements climatiques. *Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 29 janvier 2016.
- Neudorf, Lorne. « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018), 41 *Dal. L.J.* 519.
- Newman, Dwight. « Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes » (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187.
- Olszynski, Martin, Nigel Bankes and Andrew Leach. « Breaking Ranks (and Precedent) : *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74 » (2020), 33 *J.E.L.P.* 159.
- Patenaude, Pierre. « L’érosion graduelle de la règle de l’étanchéité : une nouvelle menace à l’autonomie du Québec » (1979), 20 *C. de D.* 229.
- Pigeon, Louis-Philippe. « The Meaning of Provincial Autonomy » (1951), 29 *R. du B. can.* 1126.
- Poirier, Johanne. « Choix, statut et mission d’une capitale fédérale : Bruxelles au regard du droit comparé », dans Els Witte et autres, dir., *Bruxelles et son statut*, Bruxelles, Larcier, 1999, 61.
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2017.
- Reid, Scott, and Michael Scott. *Interpretative note on the terms, « Peace, order and good government » and « Peace, welfare and good government »*, April 7, 2020 (en ligne : <https://primarydocuments.ca/peace-order-and-good-government-in-section-91-of-the-constitution-act-1867/>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_18\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_18_eng.pdf)).
- Rémillard, Gil. « Souveraineté et fédéralisme » (1979), 20 *C. de D.* 237.
- Roach, Kent. « Not Just the Government’s Lawyer : The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598.
- Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes. *Déclaration de Vancouver sur la croissance propre et les changements climatiques*, 3 mars 2016 (en ligne : <https://scics.ca/fr/product-produit/>

*its twenty-first session*, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, January 29, 2016.

van Ert, Gib. “POGG and Treaties: The Role of International Agreements in National Concern Analysis” (2020), 43 *Dalhousie L.J.* 901.

Wade, E. C. S., and G. Godfrey Phillips. *Constitutional Law*, 3rd ed. London: Longmans, Green and Co., 1946.

Working Group on Carbon Pricing Mechanisms. *Final Report*, 2016 (online: [http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/eccc/En4-287-2016-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2016/eccc/En4-287-2016-eng.pdf); archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_20\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_20_eng.pdf)).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards C.J.S. and Jackson, Ottenbreit, Caldwell and Schwann JJ.A.), 2019 SKCA 40, 435 C.R.R. (2d) 1, 2019 D.T.C. 5055, [2019] 9 W.W.R. 377, 440 D.L.R. (4th) 398, [2019] S.J. No. 156 (QL), 2019 CarswellSask 204 (WL Can.), in the matter of a reference concerning the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*. Appeal dismissed, Côté J. dissenting in part and Brown and Rowe JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J.O., Hoy A.C.J.O. and MacPherson, Sharpe and Huscroft JJ.A.), 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65, 2019 D.T.C. 5090, 436 D.L.R. (4th) 1, 29 C.E.L.R. (4th) 113, [2019] O.J. No. 3403 (QL), 2019 CarswellOnt 10495 (WL Can.), in the matter of a reference concerning the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*. Appeal dismissed, Côté J. dissenting in part and Brown and Rowe JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A. and Watson, Wakeling, Hughes and Feehan JJ.A.), 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1, 2020 D.T.C. 5025, [2021] 1 W.W.R. 1, 446 D.L.R. (4th) 1, 35 C.E.L.R. (4th) 1, [2020] A.J. No. 234 (QL), 2020 CarswellAlta 328 (WL Can.),

declaration-de-vancouver-sur-la-croissance-propriet-les-changements-climatiques/; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11\\_12\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC11_12_fra.pdf)).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Swinton, Katherine. « Federalism under Fire : The Role of the Supreme Court of Canada » (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 121.

Tucker, Adam. « Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation », in Alexander Horne and Gavin Drewry, eds., *Parliament and the Law*, 2nd ed., Oxford, Hart Publishing, 2018, 347.

van Ert, Gib. « POGG and Treaties : The Role of International Agreements in National Concern Analysis » (2020), 43 *Dalhousie L.J.* 901.

Wade, E. C. S., and G. Godfrey Phillips. *Constitutional Law*, 3rd ed., London, Longmans, Green and Co., 1946.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards et les juges Jackson, Ottenbreit, Caldwell et Schwann), 2019 SKCA 40, 435 C.R.R. (2d) 1, 2019 D.T.C. 5055, [2019] 9 W.W.R. 377, 440 D.L.R. (4th) 398, [2019] S.J. No. 156 (QL), 2019 CarswellSask 204 (WL Can.), dans l’affaire d’un renvoi concernant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente en partie et les juges Brown et Rowe sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy, la juge en chef adjointe Hoy et les juges MacPherson, Sharpe et Huscroft), 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65, 2019 D.T.C. 5090, 436 D.L.R. (4th) 1, 29 C.E.L.R. (4th) 113, [2019] O.J. No. 3403 (QL), 2019 CarswellOnt 10495 (WL Can.), dans l’affaire d’un renvoi concernant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente en partie et les juges Brown et Rowe sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson, Wakeling, Hughes et Feehan), 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1, 2020 D.T.C. 5025, [2021] 1 W.W.R. 1, 446 D.L.R. (4th) 1, 35 C.E.L.R. (4th) 1, [2020] A.J. No. 234 (QL), 2020 CarswellAlta 328

in the matter of a reference concerning the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*. Appeal allowed, Côté J. dissenting in part and Brown and Rowe JJ. dissenting.

*P. Mitch McAdam, Q.C., and Deron Kuski, Q.C.*, for the Attorney General of Saskatchewan.

*Josh Hunter and Padraic Ryan*, for the Attorney General of Ontario.

*J. Gareth Morley and Jacqueline D. Hughes*, for the Attorney General of British Columbia.

*Sharlene Telles-Langdon and Guy Pratte*, for the Attorney General of Canada.

*Peter A. Gall, Q.C., and L. Christine Enns, Q.C.*, for the Attorney General of Alberta.

*Jean-Vincent Lacroix*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Rachelle Standing*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Michael Conner*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Martin Olszynski*, for the intervener Progress Alberta Communications Limited.

*Patricia Lawrence*, for the interveners the Anishinabek Nation and the United Chiefs and Councils of Mnídoo Mnising.

*Simon Archer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*David M. A. Stack, Q.C.*, for the interveners the Saskatchewan Power Corporation and SaskEnergy Incorporated.

*David W. L. Wu*, for the intervener the Oceans North Conservation Society.

(WL Can.), dans l'affaire d'un renvoi concernant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*. Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente en partie et les juges Brown et Rowe sont dissidents.

*P. Mitch McAdam, c.r., et Deron Kuski, c.r.*, pour le procureur général de la Saskatchewan.

*Josh Hunter et Padraic Ryan*, pour le procureur général de l'Ontario.

*J. Gareth Morley et Jacqueline D. Hughes*, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Sharlene Telles-Langdon et Guy Pratte*, pour le procureur général du Canada.

*Peter A. Gall, c.r., et L. Christine Enns, c.r.*, pour le procureur général de l'Alberta.

*Jean-Vincent Lacroix*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Rachelle Standing*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Michael Conner*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Martin Olszynski*, pour l'intervenante Progress Alberta Communications Limited.

*Patricia Lawrence*, pour les intervenants la Nation Anishinabek et les Chefs et conseils unis de la Mnídoo Mnising.

*Simon Archer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*David M. A. Stack, c.r.*, pour les intervenantes Saskatchewan Power Corporation et SaskEnergy Incorporated.

*David W. L. Wu*, pour l'intervenant Océans Nord.

*Stuart Wuttke*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Bruce Hallsor, Q.C.*, for the intervener the Canadian Taxpayers Federation.

*Stewart Elgie*, for the intervener Canada's Eco-fiscal Commission.

*Joseph F. Castrilli*, for the interveners the Canadian Environmental Law Association, Environmental Defence Canada Inc. and the Sisters of Providence of St. Vincent de Paul.

*Justin Safayeni*, for the intervener Amnesty International Canada.

*Nathalie Chalifour*, for the interveners the National Association of Women and the Law and Friends of the Earth.

*Elisabeth DeMarco*, for the intervener the International Emissions Trading Association.

*Joshua Ginsberg*, for the intervener the David Suzuki Foundation.

*Amir Attaran*, for the intervener the Athabasca Chipewyan First Nation.

*Jeremy de Beer*, for the intervener the Smart Prosperity Institute.

*Jennifer L. King*, for the intervener the Canadian Public Health Association.

*Larry Kowalchuk*, for the interveners Climate Justice Saskatoon, the National Farmers Union, the Saskatchewan Coalition for Sustainable Development, the Saskatchewan Council for International Cooperation, the Saskatchewan Environmental Society, SaskEV, the Council of Canadians: Prairie and Northwest Territories Region, the Council of Canadians: Regina Chapter, the Council of Canadians: Saskatoon Chapter, the New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance and the Youth of the Earth.

*Stuart Wuttke*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Bruce Hallsor, c.r.*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables.

*Stewart Elgie*, pour l'intervenante la Commission de l'écofiscalité du Canada.

*Joseph F. Castrilli*, pour les intervenantes l'Association canadienne du droit de l'environnement, Environmental Defence Canada Inc. et Sisters of Providence of St. Vincent de Paul.

*Justin Safayeni*, pour l'intervenante Amnistie Internationale Canada.

*Nathalie Chalifour*, pour les intervenants l'Association nationale Femmes et Droit et les Amis de la Terre.

*Elisabeth DeMarco*, pour l'intervenante International Emissions Trading Association.

*Joshua Ginsberg*, pour l'intervenante la Fondation David Suzuki.

*Amir Attaran*, pour l'intervenante la Première Nation des Chipewyan d'Athabasca.

*Jeremy de Beer*, pour l'intervenant l'Institut pour l'IntelliProsperité.

*Jennifer L. King*, pour l'intervenante l'Association canadienne de santé publique.

*Larry Kowalchuk*, pour les intervenants Climate Justice Saskatoon, National Farmers Union, Saskatchewan Coalition for Sustainable Development, Saskatchewan Council for International Cooperation, Saskatchewan Environmental Society, SaskEV, Council of Canadians : Prairie and Northwest Territories Region, Council of Canadians : Regina Chapter, Council of Canadians : Saskatoon Chapter, New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance et Youth of the Earth.

*David Robitaille*, for the interveners Centre québécois du droit de l'environnement and Équiterre.

*Nathan Hume*, for the interveners Generation Squeeze, the Public Health Association of British Columbia, the Saskatchewan Public Health Association, the Canadian Association of Physicians for the Environment, the Canadian Coalition for the Rights of the Child and the Youth Climate Lab.

*Joëlle Pastora Sala*, for the interveners the Assembly of Manitoba Chiefs.

*Paul A. Hildebrand*, for the interveners the City of Richmond, the City of Victoria, the City of Nelson, the District of Squamish, the City of Rossland and the City of Vancouver.

*Dusty T. Ernewein*, for the interveners the Thunderchild First Nation.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u> .....	1
II. <u>Reference Question</u> .....	6
III. <u>Background</u> .....	7
A. <i>The Global Climate Crisis</i> .....	7
B. <i>Canada's Efforts to Address Climate Change</i> .....	13
C. <i>Provincial Action on Climate Change</i> .....	23
IV. <u>The GGPPA</u> .....	25
A. <i>Basic Architecture of the GGPPA</i> .....	26
B. <i>The Preamble</i> .....	28

*David Robitaille*, pour les intervenants le Centre québécois du droit de l'environnement et Équiterre.

*Nathan Hume*, pour les intervenants Generation Squeeze, Public Health Association of British Columbia, Saskatchewan Public Health Association, l'Association canadienne des médecins pour l'environnement, la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Youth Climate Lab.

*Joëlle Pastora Sala*, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

*Paul A. Hildebrand*, pour les intervenants City of Richmond, City of Victoria, City of Nelson, District of Squamish, City of Rossland et City of Vancouver.

*Dusty T. Ernewein*, pour l'intervenante Thunderchild First Nation.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

LE JUGE EN CHEF —

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Vue d'ensemble</u> .....	1
II. <u>Question posée dans les renvois</u> .....	6
III. <u>Contexte</u> .....	7
A. <i>La crise climatique mondiale</i> .....	7
B. <i>Efforts déployés par le Canada pour lutter contre les changements climatiques</i> ....	13
C. <i>Action des provinces en matière de changements climatiques</i> .....	23
IV. <u>La LTPGES</u> .....	25
A. <i>Architecture de base de la LTPGES</i> .....	26
B. <i>Le préambule</i> .....	28

C.	<i>Part 1: Fuel Charge</i> .....	30	C.	<i>Partie 1 : Redevance sur les combustibles</i> ....	30
D.	<i>Part 2: Industrial Greenhouse Gas Emissions</i> .....	34	D.	<i>Partie 2 : Émissions industrielles de gaz à effet de serre</i> .....	34
V.	<u>Judicial History</u> .....	39	V.	<u>Historique des procédures judiciaires</u> .....	39
A.	<i>Court of Appeal for Saskatchewan, 2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398</i> .....	39	A.	<i>Cour d'appel de la Saskatchewan, 2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398</i> .....	39
B.	<i>Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65</i> .....	41	B.	<i>Cour d'appel de l'Ontario, 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65</i> .....	41
C.	<i>Court of Appeal of Alberta, 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1</i> .....	44	C.	<i>Cour d'appel de l'Alberta, 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1</i> .....	44
VI.	<u>Analysis</u> .....	47	VI.	<u>Analyse</u> .....	47
A.	<i>Principle of Federalism</i> .....	48	A.	<i>Le principe du fédéralisme</i> .....	48
B.	<i>Characterization of the GGPPA</i> .....	51	B.	<i>Qualification de la LTPGES</i> .....	51
(1)	<u>Overarching Principles</u> .....	51	(1)	<u>Principes primordiaux</u> .....	51
(2)	<u>Application to the GGPPA</u> .....	57	(2)	<u>Application à la LTPGES</u> .....	57
(a)	<i>Intrinsic Evidence</i> .....	58	a)	<i>Preuve intrinsèque</i> .....	58
(b)	<i>Extrinsic Evidence</i> .....	62	b)	<i>Preuve extrinsèque</i> .....	62
(c)	<i>Legal Effects</i> .....	70	c)	<i>Les effets juridiques</i> .....	70
(d)	<i>Practical Effects</i> .....	77	d)	<i>Les effets pratiques</i> .....	77
(e)	<i>Conclusion on Pith and Substance</i> .....	80	e)	<i>Conclusion sur le caractère véritable</i> .....	80
C.	<i>Classification of the GGPPA</i> .....	89	C.	<i>Classification de la LTPGES</i> .....	89
(1)	<u>National Concern Doctrine</u> .....	89	(1)	<u>La théorie de l'intérêt national</u> .....	89
(a)	<i>Origins of the National Concern Doctrine</i> .....	92	a)	<i>Les origines de la théorie de l'intérêt national</i> .....	92
(b)	<i>Early Application of the National Concern Doctrine by the Court</i> .....	98	b)	<i>Débuts de l'application de la théorie de l'intérêt national par la Cour</i> .....	98
(c)	<i>Development of the National Concern Test</i> .....	101	c)	<i>L'élaboration du critère de l'intérêt national</i> .....	101
(2)	<u>Clarifying the National Concern Doctrine</u> .....	110	(2)	<u>Clarification de la théorie de l'intérêt national</u> .....	110
(a)	<i>“Matter” of National Concern</i> .....	114	a)	<i>La « matière » d'intérêt national</i> .....	114

(b) <i>Exclusive Federal Jurisdiction Based on the National Concern Doctrine</i> ..... 120	b) <i>Compétence fédérale exclusive basée sur la théorie de l'intérêt national</i> ..... 120
(3) <u>National Concern Test</u> ..... 132	(3) <u>L'analyse relative à l'intérêt national</u> ..... 132
(a) <i>Threshold Question</i> ..... 142	a) <i>Question préliminaire</i> ..... 142
(b) <i>Singleness, Distinctiveness and Indivisibility</i> ..... 145	b) <i>Unicité, particularité et indivisibilité</i> ..... 145
(c) <i>Scale of Impact</i> ..... 160	c) <i>Étendue de l'effet</i> ..... 160
(d) <i>Summary of the Framework</i> ..... 162	d) <i>Résumé du cadre d'analyse</i> ..... 162
(4) <u>Application to the GGPPA</u> ..... 167	(4) <u>Application à la LTPGES</u> ..... 167
(a) <i>Threshold Question</i> ..... 167	a) <i>La question préliminaire</i> ..... 167
(b) <i>Singleness, Distinctiveness and Indivisibility</i> ..... 172	b) <i>Analyse relative à l'unicité, la particularité et l'indivisibilité</i> ..... 172
(c) <i>Scale of Impact</i> ..... 196	c) <i>Étendue de l'effet</i> ..... 196
(d) <i>Conclusion on the National Concern Doctrine</i> ..... 207	d) <i>Conclusion sur la théorie de l'intérêt national</i> ..... 207
VII. <u>Validity of the Levies as Regulatory Charges</u> ..... 212	VII. <u>Validité des redevances en tant que prélèvements de nature réglementaire</u> ..... 212
VIII. <u>A Final Matter</u> ..... 220	VIII. <u>Un dernier point</u> ..... 220
IX. <u>Conclusion</u> ..... 221	IX. <u>Conclusion</u> ..... 221
I. <u>Overview</u>	I. <u>Vue d'ensemble</u>

[1] In 2018, Parliament enacted the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186 (“GGPPA”). Three provinces challenged the constitutionality of the GGPPA by references to their respective courts of appeal. The question divided the courts. In split decisions, the courts of appeal for Saskatchewan and Ontario held that the GGPPA is constitutional, while the Court of Appeal of Alberta held that it is unconstitutional. Those decisions have now been appealed to this Court.

[2] The essential factual backdrop to these appeals is uncontested. Climate change is real. It is caused by greenhouse gas emissions resulting from human

[1] En 2018, le Parlement a édicté la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186 (« LTPGES »). Trois provinces ont contesté la constitutionnalité de la LTPGES en soumettant des renvois à leur cour d'appel respective. La question a divisé les tribunaux. Dans des décisions partagées, les cours d'appel de la Saskatchewan et de l'Ontario ont jugé la LTPGES constitutionnelle, alors que la Cour d'appel de l'Alberta l'a jugée inconstitutionnelle. Ces décisions sont maintenant portées en appel devant notre Cour.

[2] Le fondement factuel essentiel des présents pourvois est incontesté. Les changements climatiques sont une réalité. Ils sont causés par les émissions de

activities, and it poses a grave threat to humanity's future. The only way to address the threat of climate change is to reduce greenhouse gas emissions. In the *Paris Agreement*, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, December 12, 2015, states around the world undertook to drastically reduce their greenhouse gas emissions in order to mitigate the effects of climate change. In Canada, Parliament enacted the *GGPPA* as part of the country's effort to implement its commitment.

[3] However, none of these facts answer the question in these appeals. The issue here is whether Parliament had the constitutional authority to enact the *GGPPA*. To answer this question, the Court must identify the true subject matter of the *GGPPA* and then classify that subject matter with reference to the division of powers set out in the *Constitution Act, 1867* ("Constitution"). In doing so, the Court must give effect to the principle of federalism, a foundational principle of the Canadian Constitution, which requires that an appropriate balance be maintained between the powers of the federal government and those of the provinces.

[4] Below, I conclude that the *GGPPA* sets minimum national standards of greenhouse gas price stringency to reduce greenhouse gas emissions, pollutants that cause serious extraprovincial harm. Parliament has jurisdiction to enact this law as a matter of national concern under the "Peace, Order, and good Government" clause of s. 91 of the Constitution. National concern is a well-established but rarely applied doctrine of Canadian constitutional law. The application of this doctrine is strictly limited in order to maintain the autonomy of the provinces and respect the diversity of Confederation, as is required by the principle of federalism. However, Parliament has the authority to act in appropriate cases, where there is a matter of genuine national concern and where the recognition of that matter is consistent with the division of powers. In this case, Parliament has acted within its jurisdiction.

gaz à effet de serre résultant de l'activité humaine et ils représentent une grave menace pour l'avenir de l'humanité. Le seul moyen de contrer cette menace consiste à réduire ces émissions. Des États de partout dans le monde se sont engagés, dans le cadre de l'*Accord de Paris*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 12 décembre 2015, à réduire de façon radicale leurs émissions de gaz à effet de serre afin d'atténuer les effets des changements climatiques. Parmi les efforts déployés par le Canada pour mettre en œuvre son engagement, le Parlement a édicté la *LTPGES*.

[3] Toutefois, aucun de ces faits ne répond à la question en litige dans les présents pourvois, soit celle de savoir si le Parlement possédait, en vertu de la Constitution, le pouvoir d'édicter la *LTPGES*. Pour répondre à cette question, la Cour doit identifier la matière véritable de la *LTPGES*, puis la classer par référence au partage des compétences établi dans la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Constitution »). Dans l'exécution de cette tâche, la Cour doit donner effet au principe du fédéralisme — un principe fondateur de la Constitution canadienne — qui requiert le maintien d'un juste équilibre entre les compétences du gouvernement fédéral et celles des provinces.

[4] Plus loin, je conclus que la *LTPGES* fixe, en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre, des normes nationales minimales de tarification rigoureuse de ces gaz, des polluants qui causent des préjudices sérieux à l'extérieur de la province où ils sont émis. Le Parlement a compétence pour adopter cette loi en tant que matière d'intérêt national en vertu de la disposition de l'art. 91 de la Constitution qui l'habilite à faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement ». L'intérêt national est une théorie du droit constitutionnel canadien qui est bien établie mais rarement appliquée. Son application est strictement limitée afin de préserver l'autonomie des provinces et de respecter la diversité de la Confédération, comme l'exige le principe du fédéralisme. Cependant, dans les cas qui s'y prêtent, lorsqu'il existe une authentique matière d'intérêt national — et que la reconnaissance de cette matière est conforme au partage des compétences — le Parlement est alors habilité à agir. En l'espèce, le Parlement a agi dans les limites de sa compétence.

[5] I also conclude that the levies imposed by the *GGPPA* are constitutionally valid regulatory charges. In the result, the *GGPPA* is constitutional.

## II. Reference Question

[6] The reference question in each of the three appeals is substantially the same: Is the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* unconstitutional in whole or in part?

## III. Background

### A. *The Global Climate Crisis*

[7] Global climate change is real, and it is clear that human activities are the primary cause. In simple terms, the combustion of fossil fuels releases greenhouse gases (“GHGs”) into the atmosphere, and those gases trap solar energy from the sun’s incoming radiation in the atmosphere instead of allowing it to escape, thereby warming the planet. Carbon dioxide is the most prevalent and recognizable GHG resulting from human activities. Other common GHGs include methane, nitrous oxide, hydrofluorocarbons, perfluorocarbons, sulfur hexafluoride and nitrogen trifluoride.

[8] At appropriate levels, GHGs are beneficial, keeping temperatures around the world at levels at which humans, animals, plants and marine life can live in balance. And the level of GHGs in the atmosphere has been relatively stable over the last 400,000 years. Since the 1950s, however, the concentrations of GHGs in the atmosphere have increased at an alarming rate, and they continue to rise. As a result, global surface temperatures have already increased by 1.0°C above pre-industrial levels, and that increase is expected to reach 1.5°C by 2040 if the current rate of warming continues.

[5] Je conclus également que les redevances imposées par la *LTPGES* représentent des frais de réglementation constitutionnellement valides. En conséquence, la *LTPGES* est constitutionnelle.

## II. Question posée dans les renvois

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

## III. Contexte

### A. *La crise climatique mondiale*

[7] Les changements climatiques mondiaux constituent un phénomène réel, et il est clair que l’activité humaine en est la cause première. Pour expliquer les choses en termes simples, la consommation de combustibles fossiles libère dans l’atmosphère des gaz à effet de serre (« GES ») qui emprisonnent dans celle-ci l’énergie produite par les rayons solaires au lieu de la laisser s’échapper, entraînant ainsi le réchauffement de la planète. Le dioxyde de carbone est le plus répandu et le plus connu des GES résultant de l’activité humaine. Parmi les autres GES les plus répandus, mentionnons le méthane, l’oxyde nitreux, les hydrofluorocarbures, les perfluorocarbones, l’hexafluorure de soufre et le trifluorure d’azote.

[8] Émis à des niveaux appropriés, les GES sont bénéfiques, car ils maintiennent les températures dans l’ensemble du monde à des niveaux auxquels les humains, les animaux, les plantes et la vie marine peuvent vivre en équilibre. En outre, le niveau de GES dans l’atmosphère est demeuré relativement stable au cours des 400 000 dernières années. En revanche, depuis les années 1950, les concentrations de GES dans l’atmosphère ont augmenté à un rythme alarmant et continuent de le faire. En conséquence, les températures à la surface du globe ont déjà augmenté de 1,0°C par rapport à leurs niveaux préindustriels et on s’attend à ce que l’augmentation atteigne 1,5°C d’ici 2040 si le réchauffement se poursuit à son rythme actuel.

[9] These temperature increases are significant. As a result of the current warming of 1.0°C, the world is already experiencing more extreme weather, rising sea levels and diminishing Arctic sea ice. Should warming reach or exceed 1.5°C, the world could experience even more extreme consequences, including still higher sea levels and greater loss of Arctic sea ice, a 70 percent or greater global decline of coral reefs, the thawing of permafrost, ecosystem fragility and negative effects on human health, including heat-related and ozone-related morbidity and mortality.

[10] The effects of climate change have been and will be particularly severe and devastating in Canada. Temperatures in this country have risen by 1.7°C since 1948, roughly double the global average rate of increase, and are expected to continue to rise faster than that rate. Canada is also expected to continue to be affected by extreme weather events like floods and forest fires, changes in precipitation levels, degradation of soil and water resources, increased frequency and severity of heat waves, sea level rise, and the spread of potentially life-threatening vector-borne diseases like Lyme disease and West Nile virus.

[11] The Canadian Arctic faces a disproportionately high risk from climate change. There, the average temperature has increased at a rate of nearly three times the global average, and that increase is causing significant reductions in sea ice, accelerated permafrost thaw, the loss of glaciers and other ecosystem impacts. Canada's coastline, the longest in the world, is also being affected disproportionately by climate change, as it experiences changes in relative sea level and rising water temperatures, as well as increased ocean acidity and loss of sea ice and permafrost. Climate change has also had a particularly serious effect on Indigenous peoples, threatening the ability of Indigenous communities

[9] Il s'agit d'augmentations importantes des températures. Par suite du réchauffement actuel de 1,0°C, le monde connaît déjà des conditions météorologiques extrêmes, une élévation du niveau des océans et une diminution de la glace de mer arctique. Si le réchauffement devait atteindre ou dépasser 1,5°C, le monde pourrait connaître des conséquences encore plus extrêmes, y compris une poursuite de l'élévation du niveau des océans et de la perte de la glace de mer dans l'Arctique, la disparition de 70 p. 100 ou plus de l'ensemble des récifs coralliens, la fonte du pergélisol, la fragilisation des écosystèmes et des répercussions négatives sur la santé humaine, notamment la morbidité et la mortalité liées à la chaleur et à l'ozone.

[10] Au Canada, les effets des changements climatiques sont et seront particulièrement graves et dévastateurs. De fait, les températures ont augmenté ici de 1,7°C depuis 1948, soit à peu près le double de l'augmentation moyenne observée à l'échelle mondiale, et elles devraient continuer de grimper à un rythme encore plus rapide. On s'attend aussi à ce que le Canada continue d'être touché par des phénomènes météorologiques extrêmes tels des inondations et des feux de forêt, des changements dans les niveaux des précipitations, la dégradation des sols et des ressources en eau, des vagues de chaleur plus fréquentes et plus sévères, l'élévation du niveau des océans et une propagation plus large de maladies à transmission vectorielle potentiellement mortelles telles que la maladie de Lyme et le virus du Nil occidental.

[11] Les régions arctiques du Canada sont disproportionnellement vulnérables aux changements climatiques. La température moyenne y a grimpé près de trois fois plus vite que la moyenne mondiale, et cette augmentation entraîne d'importantes réductions de la glace marine, l'accélération de la fonte du pergélisol, la disparition de glaciers et d'autres effets sur les écosystèmes. Les régions côtières du Canada, qui sont les plus longues au monde, sont elles aussi disproportionnellement touchées par les changements climatiques, en raison de la hausse du niveau des océans et de leurs températures, de l'acidification accrue des océans et des pertes de glace marine et de pergélisol observées. Les changements climatiques

in Canada to sustain themselves and maintain their traditional ways of life.

[12] Climate change has three unique characteristics that are worth noting. First, it has no boundaries; the entire country and entire world are experiencing and will continue to experience its effects. Second, the effects of climate change do not have a direct connection to the source of GHG emissions. Provinces and territories with low GHG emissions can experience effects of climate change that are grossly disproportionate to their individual contributions to Canada's and the world's total GHG emissions. In 2016, for example, Alberta, Ontario, Quebec, Saskatchewan and British Columbia accounted for approximately 90.5 percent of Canada's total GHG emissions, while the approximate percentages were 9.1 percent for the other five provinces and 0.4 percent for the territories. Yet the effects of climate change are and will continue to be experienced across Canada, with heightened impacts in the Canadian Arctic, coastal regions and Indigenous territories. Third, no one province, territory or country can address the issue of climate change on its own. Addressing climate change requires collective national and international action. This is because the harmful effects of GHGs are, by their very nature, not confined by borders.

#### B. *Canada's Efforts to Address Climate Change*

[13] Canada's history of international commitments to address climate change began in 1992 with its ratification of the *United Nations Framework Convention on Climate Change*, U.N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1, May 15, 1992 (“*UNFCCC*”). After failing to meet its commitments under multiple *UNFCCC* agreements, including the *Kyoto Protocol*, U.N. Doc. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, December 10, 1997,

ont également eu des répercussions particulièrement graves sur les peuples autochtones, menaçant la capacité des collectivités autochtones au Canada de subvenir à leurs besoins et de maintenir leur mode de vie traditionnel.

[12] Les changements climatiques présentent trois caractéristiques qu'il convient de souligner. Premièrement, ils ne connaissent pas de frontières; toutes les régions du pays et du monde en subissent — et continueront d'en subir — les effets. Deuxièmement, les effets des changements climatiques ne sont pas directement rattachés à la source des émissions de GES. Des provinces et territoires qui émettent peu de GES peuvent néanmoins subir, en raison des changements climatiques, des effets qui sont exagérément disproportionnés par rapport à leur contribution respective aux émissions totales de GES du Canada et du monde. En 2016, par exemple, l'Alberta, l'Ontario, le Québec, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique comptaient pour environ 90,5 p. 100 des émissions totales de GES du Canada, tandis que les cinq autres provinces en émettaient ensemble environ 9,1 p. 100, et les territoires environ 0,4 p. 100. Pourtant, les effets des changements climatiques se font ressentir — et continueront de se faire ressentir — partout au Canada, et ces effets seront plus intenses dans l'Arctique canadien, dans les régions côtières et dans les territoires autochtones. Troisièmement, aucune province, aucun territoire ni aucun pays ne peut s'attaquer seul au problème des changements climatiques. La lutte aux changements climatiques requiert une action collective à l'échelle nationale et internationale, et ce, en raison du fait que, de par leur nature même, les GES ne connaissent pas de frontières.

#### B. *Efforts déployés par le Canada pour lutter contre les changements climatiques*

[13] L'historique des engagements internationaux pris par le Canada pour lutter contre les changements climatiques commence en 1992, par la ratification de la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, Doc. N.U. A/AC.237/18 (Partie II)/Add.1, 15 mai 1992 (« *CCNUCC* »). Après avoir été incapable de respecter ses engagements découlant de nombreux accords fondés sur

and the *Copenhagen Accord*, U.N. Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, December 18, 2009, Canada agreed to the *Paris Agreement* in 2015. Recognizing that “climate change represents an urgent and potentially irreversible threat to human societies and the planet and thus requires the widest possible cooperation by all countries”, the participating states agreed to hold the global average temperature increase to well below 2.0°C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit that increase to 1.5°C: United Nations, Framework Convention on Climate Change, *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session*, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, January 29, 2016, at p. 2; *Paris Agreement*, art. 2(1)(a). Canada ratified the *Paris Agreement* in 2016, and the agreement entered into force that same year. Canada committed to reducing its GHG emissions by 30 percent below 2005 levels by 2030.

[14] Under the *Paris Agreement*, states are free to choose their preferred approaches for meeting their nationally determined contributions. In Canada, the provinces and the federal government agreed to work together in order to meet the country’s international commitments. In March 2016, before Canada had ratified the *Paris Agreement*, all the First Ministers met in Vancouver and adopted the *Vancouver Declaration on clean growth and climate change* (“*Vancouver Declaration*”): Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, March 3, 2016 (online). In that declaration, the First Ministers recognized the call in the *Paris Agreement* for significant reductions in GHG emissions and committed to “[i]mplement[ing] GHG mitigation policies in support of meeting or exceeding Canada’s 2030 target of a 30% reduction below 2005 levels of emissions, including specific provincial and territorial targets and objectives”: *ibid.*, at p. 3. In the *Vancouver Declaration*, the First Ministers also recognized the importance of a collaborative approach between provincial and territorial governments and the federal government to reducing GHG emissions and noted that “the federal government has committed

la *CCNUCC*, notamment le *Protocole de Kyoto*, Doc. N.U. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1, 10 décembre 1997, et l’*Accord de Copenhague*, Doc. N.U. FCCC/CP/2009/11/Add.1, 18 décembre 2009, le Canada a adopté l’*Accord de Paris* en 2015. Reconnaissant que « les changements climatiques représentent une menace immédiate et potentiellement irréversible pour les sociétés humaines et la planète et qu’ils nécessitent donc la coopération la plus large possible de tous les pays », les États participants ont accepté de contenir l’élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2,0°C par rapport aux niveaux préindustriels et de poursuivre l’action menée pour limiter cette élévation de la température à 1,5°C : Nations Unies, Convention-cadre sur les changements climatiques, *Rapport de la Conférence des Parties sur sa vingt et unième session*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10, 29 janvier 2016, p. 2; *Accord de Paris*, art. 2(1)(a). En 2016, le Canada a ratifié l’*Accord de Paris*, lequel est entré en vigueur la même année. Le Canada s’est engagé à réduire ses émissions de GES de 30 p. 100 sous les niveaux de 2005 d’ici 2030.

[14] Aux termes de l’*Accord de Paris*, les États sont libres de choisir la méthode qu’ils préfèrent pour atteindre leur cible fixée au niveau national. Au Canada, les provinces et le gouvernement fédéral ont convenu de collaborer pour respecter les engagements internationaux du pays. En mars 2016, avant que le Canada ne ratifie l’*Accord de Paris*, tous les premiers ministres se sont rencontrés à Vancouver et ont adopté la *Déclaration de Vancouver sur la croissance propre et les changements climatiques* (« *Déclaration de Vancouver* ») : Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 3 mars 2016 (en ligne). Dans cette déclaration, les premiers ministres ont pris acte de l’appel lancé dans l’*Accord de Paris* en faveur d’une réduction importante des émissions de GES, et ils se sont engagés à « mettre en œuvre des politiques d’atténuation des émissions de GES qui atteignent ou dépassent l’objectif du Canada visant une réduction des émissions de 30 p. 100 par rapport au niveau de 2005 d’ici 2030, incluant les cibles et les objectifs spécifiques des provinces et territoires » : *ibid.* La *Déclaration de Vancouver* a également reconnu l’importance d’une démarche concertée entre les

to ensuring that the provinces and territories have the flexibility to design their own policies to meet emission reductions targets”: *ibid.*

[15] The *Vancouver Declaration* resulted in the establishment of a federal-provincial-territorial Working Group on Carbon Pricing Mechanisms (“Working Group”) to study the role of carbon pricing mechanisms in meeting Canada’s emissions reduction targets. The Working Group included at least one representative from each provincial and territorial government as well as the federal government. Its final report identified carbon pricing as one of the most efficient policy approaches for reducing GHG emissions and outlined three carbon pricing options: (1) a single form broad-based carbon pricing mechanism that would apply across Canada, an option that would not be supportive of existing or planned provincial or territorial pricing policies; (2) broad-based carbon pricing mechanisms across Canada, an option that would give each province and territory flexibility as to the choice of instruments; and (3) a range of broad-based carbon pricing mechanisms in some jurisdictions, while the remaining jurisdictions would implement other mechanisms or policies designed to meet GHG emissions reduction targets within their borders: *Final Report*, 2016 (online), at pp. 1, 44-47 and 50.

[16] Carbon pricing, or GHG pricing, is a regulatory mechanism that, in simple terms, puts a price on GHG emissions in order to induce behavioural changes that will lead to widespread reductions in emissions. By putting a price on GHG emissions, governments can incentivize individuals and businesses to change their behaviour so as to make more environmentally sustainable purchasing and consumption choices, to redirect their financial investments, and to reduce their GHG emissions by substituting carbon-intensive goods for low-GHG

provinces, les territoires et le gouvernement fédéral en vue de réduire les émissions de GES et souligné que « le gouvernement fédéral s’est engagé à faire en sorte que les provinces et les territoires aient la flexibilité nécessaire pour concevoir leurs propres politiques en vue de l’atteinte des cibles de réduction des émissions de GES » : *ibid.*

[15] La *Déclaration de Vancouver* a donné lieu à la création d’un Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mécanismes d’instauration d’un prix sur le carbone (« Groupe de travail ») chargé d’étudier le rôle que jouent ces mécanismes dans l’atteinte des cibles canadiennes de réduction des émissions. Le Groupe de travail comptait au moins un représentant de chaque gouvernement provincial et territorial ainsi que du gouvernement fédéral. Dans son rapport final, le Groupe de travail a précisé que la tarification du carbone était l’une des approches stratégiques les plus efficaces pour réduire les émissions de GES, et il a exposé trois possibilités en matière de tarification du carbone : (1) une forme unique de mécanisme de tarification du carbone à couverture étendue qui s’appliquerait dans tout le Canada mais qui n’appuierait pas les politiques en place ou projetées dans les provinces ou territoires; (2) des mécanismes différents de tarification du carbone à couverture étendue dans l’ensemble du Canada, solution accordant à chaque province et territoire de la souplesse dans le choix de son instrument; (3) des mécanismes variés de tarification du carbone à couverture étendue dans certaines provinces et certains territoires, et dans les autres des politiques ou mécanismes visant des cibles de réduction des émissions de GES sur leur territoire : *Rapport final*, 2016 (en ligne), p. 1, 51-55 et 58.

[16] La tarification du carbone ou tarification des GES est un mécanisme de réglementation qui, pour dire les choses simplement, établit un montant à payer à l’égard des émissions de GES — autrement dit qui les tarifie — en vue d’inciter des changements de comportement menant à des réductions étendues de ces émissions. En tarifant ainsi les émissions de GES, les gouvernements peuvent inciter les particuliers et les entreprises à changer leur comportement en les encourageant à faire, en matière de consommation et d’investissement, des choix plus soucieux

alternatives. Generally speaking, there are two different approaches to GHG pricing: (1) a carbon tax that entails setting a price on GHG emissions directly, but not setting a cap on emissions; and (2) a cap-and-trade system that prices emissions indirectly by placing a cap on GHG emissions, allocating emission permits to businesses and allowing businesses to buy and sell emission permits from and to other businesses. A carbon tax sets an effective price per unit of GHG emissions. In a cap-and-trade system, the market sets an effective price per unit of GHG emissions, but a cap is placed on permitted emissions. Both approaches put a price on GHG emissions. I also find it worthwhile to note that while “carbon tax” is the term used among policy experts to describe GHG pricing approaches that directly price GHG emissions, it has no connection to the concept of taxation as understood in the constitutional context.

[17] Building on the Working Group’s final report, the federal government released the *Pan-Canadian Approach to Pricing Carbon Pollution* (“*Pan-Canadian Approach*”) in October 2016: Environment and Climate Change Canada, October 3, 2016 (online). In it, the federal government introduced a pan-Canadian benchmark for carbon pricing and stated the benchmark’s underlying principles, two of which were that carbon pricing should be a central component of the pan-Canadian framework and that the overall approach should be flexible and recognize carbon pricing policies already being implemented or developed by provinces and territories. The *Pan-Canadian Approach* also set out the criteria for the pan-Canadian benchmark that would be used for determining acceptable minimum carbon pricing systems. Provinces and territories would have the flexibility to implement, by 2018, one of two carbon pricing systems with a common broad scope and

de l’environnement, et à réduire leurs émissions de GES en remplaçant des biens à intensité carbonique élevée par des solutions de rechange à faible émission de GES. De façon générale, on peut dire qu’il existe deux approches différentes en ce qui a trait à la tarification des GES : (1) une taxe sur le carbone qui établit un montant payable à l’égard des émissions de GES directement, mais ne fixe pas de plafond applicable aux émissions; (2) un système de plafonnement et d’échange qui tarife indirectement les émissions en fixant un plafond applicable aux émissions de GES, en délivrant des permis d’émission aux entreprises et en autorisant ces dernières à se vendre et à s’acheter entre elles de tels permis. Une taxe sur le carbone établit le prix effectivement payable par émission de GES. Dans un système de plafonnement et d’échange, c’est le marché qui établit le prix effectivement payable par émission de GES, mais les émissions permises sont plafonnées. Dans l’une et l’autre de ces deux approches, il y a établissement d’un montant payable à l’égard des émissions de GES. En outre, j’estime qu’il convient de souligner que, bien que les experts en matière de politiques utilisent l’expression « taxe sur le carbone » pour décrire les méthodes de tarification des GES qui tarifent directement les émissions, cette expression n’a aucun lien avec le mot « taxation » au sens où on l’entend en contexte constitutionnel.

[17] S’inspirant du rapport final du Groupe de travail, le gouvernement fédéral a publié en ligne, en octobre 2016, l’*Approche pancanadienne pour une tarification de la pollution par le carbone* (« *Approche pancanadienne* ») : Environnement et Changement climatique Canada, 3 octobre 2016 (en ligne). Dans celle-ci, le gouvernement fédéral a présenté un modèle pancanadien pour la tarification du carbone, ainsi que les principes sous-jacents de ce modèle, dont deux précisaient, d’une part, que la tarification du carbone devrait être au cœur du cadre pancanadien, et, d’autre part, que l’approche générale devrait être souple et reconnaître les politiques de tarification du carbone déjà mises en œuvre ou en cours d’élaboration par les provinces et les territoires. L’*Approche pancanadienne* énonçait également les critères du modèle pancanadien qui serviraient à choisir les systèmes acceptables de tarification minimale du carbone. Les provinces et territoires disposeraient de

legislated increases in stringency. A federal back-stop carbon pricing system would be implemented in jurisdictions that either requested it or failed to implement a system that met the benchmark.

[18] In December 2016, based on the *Pan-Canadian Approach*, the federal government released the *Pan-Canadian Framework on Clean Growth and Climate Change* (“*Pan-Canadian Framework*”): Environment and Climate Change Canada, December 9, 2016 (online). In it, the federal government reaffirmed the principles expounded in the *Vancouver Declaration* and the *Pan-Canadian Approach*, and outlined in greater detail the criteria of the pan-Canadian benchmark for carbon pricing. As in the *Pan-Canadian Approach*, the *Pan-Canadian Framework* required every province and territory to have one of two carbon pricing systems in place by 2018: a carbon tax or carbon levy system similar to the ones that had already been implemented in British Columbia and Alberta, or a cap-and-trade system similar to the ones that had been implemented in Ontario and Quebec. All carbon pricing systems had to have a common broad scope and to increase in stringency over time. All revenues from the carbon pricing system would remain in the jurisdiction of origin. A federal back-stop pricing system would apply only in jurisdictions that requested it, that had no carbon pricing system or that had an insufficiently stringent carbon pricing system. All revenues from the federal system would be returned to the jurisdiction of origin.

[19] On the day the federal government released the *Pan-Canadian Framework*, it was adopted by eight provinces, including Ontario and Alberta, and by all three territories. Manitoba adopted the framework in February 2018, but Saskatchewan has not done so yet. Later in 2018, Ontario, Alberta and

la souplesse voulue pour mettre en place, d’ici 2018, l’un des deux systèmes de tarification du carbone à portée commune et large avec accroissement de la rigueur prévue par la loi. Un système de tarification du carbone avec filet de sécurité fédéral serait mis en place dans les provinces et territoires l’ayant demandé ou dans celles n’ayant pas élaboré un système qui respecte le modèle.

[18] En décembre 2016, sur la base de l’*Approche pancanadienne*, le gouvernement fédéral a publié en ligne le *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques* (« *Cadre pancanadien* ») : Environnement et Changement climatique Canada, 9 décembre 2016 (en ligne). Il a réitéré les principes énoncés dans la *Déclaration de Vancouver* et l’*Approche pancanadienne*, et décrit plus en détail les critères du modèle pancanadien pour la tarification du carbone. Tout comme l’*Approche pancanadienne*, le *Cadre pancanadien* obligeait chaque province et territoire à mettre en place, d’ici 2018, l’un des deux systèmes de tarification du carbone : une taxe sur le carbone ou un régime de redevances payables à l’égard du carbone semblable à ceux qui avaient déjà été mis en œuvre en Colombie-Britannique et en Alberta, ou encore un système de plafonnement et d’échange semblable à ceux en vigueur en Ontario et au Québec. Tous les systèmes de tarification du carbone devaient avoir une portée commune et étendue, et voir leur rigueur augmenter au fil du temps. Tous les revenus découlant d’un système de tarification du carbone demeureraient dans la province ou le territoire où le système est appliqué. Un système de tarification basé sur le filet de sécurité fédéral entrerait en vigueur uniquement dans les provinces ou territoires qui le réclament, qui ne disposent d’aucun système de tarification du carbone ou dont le système de tarification du carbone n’est pas assez rigoureux. Tous les revenus découlant du régime fédéral seraient remis à la province ou au territoire d’où ils sont tirés.

[19] Le jour où le gouvernement fédéral a rendu public le *Cadre pancanadien*, celui-ci a été adopté par huit provinces, y compris les provinces d’Ontario et d’Alberta, et par les trois territoires. Le Manitoba a adopté le cadre en février 2018, mais la Saskatchewan ne l’a pas encore fait. Plus tard en

Manitoba withdrew their support from the *Pan-Canadian Framework*.

[20] In May 2017, after the release of the *Pan-Canadian Framework*, the federal government published the *Technical Paper on the Federal Carbon Pricing Backstop*: Environment and Climate Change Canada, May 18, 2017 (online). This paper provided further details, outlined the components of the proposed federal carbon pricing system and sought feedback from stakeholders. The federal government then published documents entitled *Guidance on the pan-Canadian carbon pollution pricing benchmark*, in August 2017, and *Supplemental benchmark guidance*, in December 2017, which further detailed the scope of the GHG emissions to which the carbon pricing system would apply as well as the minimum legislated increases in stringency: Environment and Climate Change Canada, *Guidance on the pan-Canadian carbon pollution pricing benchmark*, August 2017 (online); Environment and Climate Change Canada, *Supplemental benchmark guidance*, December 20, 2017 (online).

[21] On the day the *Supplemental benchmark guidance* document was released, the federal Minister of Finance and Minister of Environment and Climate Change wrote to their provincial and territorial counterparts to reaffirm Canada's commitment to carbon pricing under the *Pan-Canadian Framework*. The letter requested the provincial and territorial ministers to explain how they would be implementing carbon pricing and also outlined the next steps in the federal government's process to price carbon.

[22] In the context of this process, the *GGPPA* was introduced in Parliament as Part 5 of Bill C-74, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on February 27, 2018 and other measures*, 1st Sess., 42nd Parl., on March 27, 2018, and it received royal assent on June 21, 2018. In

2018, l'Ontario, l'Alberta et le Manitoba ont retiré leur appui au *Cadre pancanadien*.

[20] En mai 2017, après la publication du *Cadre pancanadien*, le gouvernement fédéral a publié en ligne le *Document technique relatif au filet de sécurité fédéral sur la tarification du carbone* : Environnement et Changement climatique Canada, 18 mai 2017 (en ligne). Ce document fournissait des détails supplémentaires, exposait les éléments du système fédéral de tarification du carbone proposé et sollicitait les commentaires des parties prenantes. Le gouvernement fédéral a ensuite publié en ligne, en août 2017, les *Directives concernant le modèle pancanadien de tarification de la pollution par le carbone* et, en décembre 2017, le *Document d'orientation de référence supplémentaire*, qui ont précisé davantage l'éventail des émissions de GES auxquelles s'appliquerait le système de tarification du carbone et les hausses minimales de rigueur prévues par la loi : Environnement et Changement climatique Canada, *Directives concernant le modèle pancanadien de tarification de la pollution par le carbone*, août 2017 (en ligne); Environnement et Changement climatique Canada, *Document d'orientation de référence supplémentaire*, 20 décembre 2017 (en ligne).

[21] Le jour où le *Document d'orientation de référence supplémentaire* a été rendu public, le ministre fédéral des Finances et celui de l'Environnement et des Changements climatiques ont écrit à leurs homologues provinciaux et territoriaux pour réitérer l'engagement du Canada envers la tarification du carbone qui figure dans le *Cadre pancanadien*. Dans cette lettre, ils demandaient aux ministres provinciaux et territoriaux d'indiquer comment ils entendaient mettre en œuvre la tarification du carbone, et ils exposaient les grandes lignes des étapes suivantes du processus de tarification du carbone du gouvernement fédéral.

[22] Dans le contexte de ce processus, la *LTPGES* a été déposée au Parlement le 27 mars 2018, à titre de partie 5 du projet de loi C-74, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., et elle a reçu la

the lead-up to the introduction of the *GGPPA*, the federal government had published further guidance on the components of the proposed federal carbon pricing system.

### C. *Provincial Action on Climate Change*

[23] At the time the *Pan-Canadian Framework* was released, most of the provinces and territories had already taken significant actions to address climate change, including rehabilitating forests, developing low carbon fuels, capping emissions for oil sands projects and the electricity sector, regulating methane emissions, closing fossil-fuelled and coal-fired electricity generating stations, and investing in renewable energy and transportation. British Columbia, Alberta, Ontario and Quebec were the only provinces with carbon pricing systems. All the other provinces and territories, except Saskatchewan and Manitoba, had indicated that they planned to implement either a carbon tax or levy system or a cap-and-trade system.

[24] Despite the actions that had been taken, Canada's overall GHG emissions had decreased by only 3.8 percent between 2005 and 2016, which was well below its target of 30 percent by 2030. Over that period, GHG emissions had decreased in British Columbia, Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Yukon, but had increased in Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Newfoundland and Labrador, Northwest Territories and Nunavut. Illustrative of the collective action problem of climate change, between 2005 and 2016, the decreases in GHG emissions in Ontario, Canada's second largest GHG emitting province, were mostly offset by increases in emissions in two of Canada's five largest emitting provinces, Alberta and Saskatchewan. Canada's remaining emissions reduction between 2005 and 2016 came from two of Canada's remaining five largest emitting provinces,

sanction royale le 21 juin 2018. Durant la période qui a précédé le dépôt de la *LTPGES*, le gouvernement fédéral a publié d'autres directives sur les éléments du système fédéral de tarification du carbone proposé.

### C. *Action des provinces en matière de changements climatiques*

[23] Au moment où le *Cadre pancanadien* a été publié, la plupart des provinces et territoires avaient déjà pris d'importantes mesures pour combattre les changements climatiques, par exemple la reforestation, l'élaboration de carburants à faible teneur en carbone, le plafonnement des émissions pour les projets de sables bitumineux et le secteur de l'électricité, la réglementation des émissions de méthane, la fermeture de centrales électriques alimentées au combustible fossile ou au charbon et l'investissement dans les énergies renouvelables et les moyens de transport. La Colombie-Britannique, l'Alberta, l'Ontario et le Québec étaient les seules provinces dotées de systèmes de tarification du carbone. Toutes les autres provinces et tous les territoires, à l'exception de la Saskatchewan et du Manitoba, avaient indiqué leur intention de mettre en place soit une taxe sur le carbone ou un régime de redevances, soit un système de plafonnement et d'échange.

[24] Malgré la prise de ces mesures, les émissions totales de GES au Canada entre 2005 et 2016 n'ont diminué que de 3,8 p. 100, soit nettement en deçà de la cible de 30 p. 100 visée d'ici 2030. Durant cette période, les émissions de GES ont diminué en Colombie-Britannique, en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon, mais elles ont augmenté en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, à Terre-Neuve-et-Labrador, aux Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut. En guise d'illustration du problème de l'action collective dans la lutte contre les changements climatiques, entre 2005 et 2016, la diminution des émissions de GES en Ontario, la deuxième province canadienne qui en émet le plus, a été en grande partie annulée par l'augmentation des émissions dans deux des cinq provinces en produisant le plus, l'Alberta et la Saskatchewan. Le reste de

Quebec and British Columbia, as well as from decreases in GHG emissions of over 10 percent — well above Canada’s 3.8 percent overall GHG emissions reduction — in New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Yukon.

#### IV. The GGPPA

[25] The *GGPPA* came into force on June 21, 2018.

##### A. *Basic Architecture of the GGPPA*

[26] The *GGPPA* comprises four parts and four schedules. Part 1 of the *GGPPA* establishes a fuel charge that applies to producers, distributors and importers of various types of carbon-based fuel. Part 2 sets out a pricing mechanism for industrial GHG emissions by large emissions-intensive industrial facilities. Part 3 authorizes the Governor in Council to make regulations providing for the application of provincial law concerning GHG emissions to federal works and undertakings, federal land and Indigenous land located in that province, as well as to internal waters located in or contiguous with the province. And Part 4 requires the Minister of the Environment to prepare an annual report on the administration of the *GGPPA* and have it tabled in Parliament. Only the first two parts and the four schedules are at issue in these appeals. The parties do not challenge the constitutionality of Parts 3 and 4 of the *GGPPA*.

[27] Because the *GGPPA* operates as a backstop, the GHG pricing mechanism described in Parts 1 and 2 of the *GGPPA* does not automatically apply in all provinces and territories. A province or territory will only be subject to Part 1 or 2 of the *GGPPA* if the Governor in Council determines that its GHG pricing mechanism is insufficiently stringent. However,

la réduction des émissions du Canada entre 2005 et 2016 provenait de deux des cinq autres provinces canadiennes qui en produisent le plus, le Québec et la Colombie-Britannique, et de baisses des émissions de GES dépassant 10 p. 100 — baisses bien supérieures à la réduction globale de 3,8 p. 100 au Canada — au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l’Île-du-Prince-Édouard et au Yukon.

#### IV. La LTPGES

[25] La *LTPGES* est entrée en vigueur le 21 juin 2018.

##### A. *Architecture de base de la LTPGES*

[26] La *LTPGES* se compose de quatre parties et de quatre annexes. La partie 1 de la *LTPGES* établit une redevance sur les combustibles qui s’applique aux fabricants, distributeurs et importateurs de différents types de combustibles à base de carbone. La partie 2 établit un mécanisme de tarification des émissions industrielles de GES produites par de grandes installations industrielles à forte intensité d’émissions. La partie 3 autorise le gouverneur en conseil à prévoir, par règlement, l’application de textes législatifs provinciaux sur les émissions de GES à des entreprises fédérales et à toute partie de terres fédérales ou de terres autochtones situées dans une province, ainsi qu’à toute partie des eaux intérieures du Canada qui est située dans une province ou y est adjacente. Enfin, la partie 4 de la *LTPGES* oblige le ministre de l’Environnement à établir un rapport annuel sur l’application de la *LTPGES* et à le déposer au Parlement. Seules les deux premières parties de la *LTPGES* et ses quatre annexes sont en litige dans les présents pourvois. Les parties ne contestent pas la constitutionnalité des parties 3 et 4 de la *LTPGES*.

[27] Étant donné que la *LTPGES* agit comme filet de sécurité, le mécanisme de tarification des GES décrit aux parties 1 et 2 de celle-ci ne s’applique pas automatiquement dans l’ensemble des provinces et des territoires. Les provinces et les territoires ne seront assujettis aux parties 1 et 2 de la *LTPGES* que si le gouverneur en conseil détermine que leur

the *GGPPA* itself always applies in the sense that provincial and territorial GHG pricing mechanisms are always subject to assessment to ensure they are sufficiently stringent. At the time of the hearing of these appeals, Ontario, New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan, Yukon and Nunavut were subject to both Parts 1 and 2 of the *GGPPA*. Alberta was subject only to Part 1, and Prince Edward Island only to Part 2. After the hearing, the *GGPPA* was amended such that Part 1 no longer applies to New Brunswick: *Regulations Amending Part 1 of Schedule 1 and Schedule 2 to the Greenhouse Gas Pollution Pricing Act and the Fuel Charge Regulations*, SOR/2020-261. The federal government has also announced that Ontario will be subject only to Part 1, but the *GGPPA* has not yet been amended to reflect this announcement.

#### B. *The Preamble*

[28] The *GGPPA* has a 16-paragraph preamble that sets out the background to and purpose of the legislation. This preamble can helpfully be divided into five parts in which the following points are articulated: (1) GHG emissions contribute to global climate change, and that change is already affecting Canadians and poses a serious risk to the environment, to human health and safety and to economic prosperity both in Canada and internationally (at paras. 1-5); (2) Canada has committed internationally to reducing its GHG emissions by ratifying the *UNFCCC* and the *Paris Agreement* (at paras. 6-8); (3) it is recognized in the *Pan-Canadian Framework* that climate change requires immediate action by the federal, provincial and territorial governments, and GHG pricing is a core element of that framework (at paras. 9-10); (4) behavioural change that leads to increased energy efficiency is necessary to take effective action against climate change (at para. 11); and (5) the purpose of the *GGPPA* is to implement stringent pricing mechanisms designed to reduce

mécanisme respectif de tarification des GES n'est pas suffisamment rigoureux. Toutefois, la *LTPGES* elle-même s'applique en tout temps, en ce sens que les régimes provinciaux et territoriaux de tarification des GES sont évalués de façon constante afin de vérifier s'ils sont suffisamment rigoureux. Au moment de l'audition des présents pourvois, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick, le Manitoba, la Saskatchewan, le Yukon et le Nunavut étaient assujettis aux parties 1 et 2 de la *LTPGES*. L'Alberta était assujettie uniquement à la partie 1, et l'Île-du-Prince-Édouard à la partie 2. Postérieurement à l'audience, la *LTPGES* a été modifiée et la partie 1 ne s'applique plus à l'égard du Nouveau-Brunswick : *Règlement modifiant la partie 1 de l'annexe 1 et l'annexe 2 de la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre et le Règlement sur la redevance sur les combustibles*, DORS/2020-261. Le gouvernement fédéral a également annoncé que l'Ontario sera assujettie seulement à la partie 1 de la *LTPGES*, mais celle-ci n'a pas encore été mise à jour pour refléter cette annonce.

#### B. *Le préambule*

[28] La *LTPGES* comporte un préambule de 16 paragraphes qui décrit le contexte et l'objet de cette mesure législative. Le préambule peut être utilement divisé en cinq parties énonçant les points suivants : (1) les émissions de GES contribuent aux changements climatiques mondiaux, et ces changements affectent déjà la population canadienne, et présentent un risque sérieux pour l'environnement, pour la santé et la sécurité humaines et pour la prospérité économique tant au Canada qu'à l'étranger (par. 1-5); (2) le Canada s'est engagé sur la scène internationale à réduire ses émissions de GES en ratifiant la *CCNUCC* et l'*Accord de Paris* (par. 6-8); (3) dans le *Cadre pancanadien*, on reconnaît que les changements climatiques requièrent une intervention immédiate des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, et la tarification des émissions de GES est un élément central de ce cadre (par. 9-10); (4) des changements de comportement menant à un accroissement de l'efficacité énergétique sont nécessaires pour combattre efficacement les changements

GHG emissions by creating incentives for that behavioural change (paras. 12-16).

[29] In the fifth part of the preamble, it is recognized that some provinces are developing or have implemented GHG pricing systems: para. 14. However, it is also acknowledged that the absence of such systems in some provinces and a lack of stringency in some provincial pricing systems could contribute to significant harm to the environment, to human health and safety and to economic prosperity: para. 15. The preamble concludes with a statement that it is accordingly necessary to create a federal GHG pricing system in order to ensure that GHG pricing applies broadly in Canada: para. 16.

### C. Part 1: Fuel Charge

[30] Part 1 of the *GGPPA* establishes a charge on prescribed types of fuel that applies to fuel produced, delivered or used in a listed province, fuel brought into a listed province from another place in Canada and fuel imported into Canada at a location in a listed province: ss. 17(1), 18(1), 19(1) and (2) and 21(1). Part 1 of Sch. 1 contains the list of provinces to which Part 1 of the *GGPPA* applies. The fuel charge applies to 22 types of carbon-based fuel that release GHG emissions when burned, including gasoline, diesel fuel and natural gas, as well as to combustible waste. Schedule 2 lists the types of fuel to which the fuel charge applies and indicates the applicable rates of charge for each one. Although the fuel charge is paid by fuel producers, distributors and importers, and not directly by consumers, it is anticipated that retailers will pass the fuel charge on to consumers in the form of higher energy prices. The fuel charge is not payable on qualifying fuel delivered to farmers and fishers (s. 17(2)) or on fuel used at prescribed facilities, including industrial facilities to which the pricing mechanism in Part 2 of the *GGPPA* applies (ss. 3 and 18(4)). The fuel charge is administered by

climatiques (par. 11); (5) la *LTPGES* vise la mise en œuvre de mécanismes de tarification rigoureux permettant de réduire les émissions de GES en encourageant ces changements de comportement (par. 12-16).

[29] Dans la cinquième section du préambule, on reconnaît que certaines provinces sont à élaborer ou ont mis en œuvre des systèmes de tarification des émissions de GES : par. 14. Toutefois, on y reconnaît également que l'absence de tels systèmes dans certaines provinces ou le manque de rigueur de certains systèmes provinciaux sont susceptibles de contribuer à causer des dommages sérieux à l'environnement ainsi qu'à la santé et à la sécurité humaines et à la prospérité économique : par. 15. Le préambule se termine par une déclaration portant qu'il est en conséquence nécessaire de créer un régime fédéral de tarification des émissions de GES afin de permettre l'application étendue d'une telle tarification au Canada : par. 16.

### C. Partie 1 : Redevance sur les combustibles

[30] La partie 1 de la *LTPGES* crée une redevance payable à l'égard des combustibles visés par règlement qui sont fabriqués, livrés ou utilisés dans une province assujettie, sur les combustibles transférés dans une province assujettie depuis un autre endroit au Canada et sur les combustibles importés au Canada à un lieu dans une province assujettie : par. 17(1), 18(1), 19(1) et (2) et 21(1). La liste des provinces assujetties à la partie 1 de la *LTPGES* figure à la partie 1 de l'ann. 1. La redevance est imposée à la fois sur 22 types de combustibles à base de carbone qui produisent des émissions de GES en brûlant, y compris l'essence, le carburant diesel et le gaz naturel, et sur les déchets combustibles. L'annexe 2 énumère les types de combustibles auxquels s'applique la redevance et indique les taux de redevance applicables à chacun. Bien que la redevance sur les combustibles soit payée par les fabricants, les distributeurs et les importateurs, et non directement par les consommateurs, on s'attend à ce que les détaillants repercutent le montant de la redevance sur les consommateurs sous forme de majoration des prix de l'énergie. La redevance n'est pas payable à

the Minister of National Revenue acting through the Canada Revenue Agency.

[31] Section 165 of the *GGPPA* concerns the distribution of the proceeds of the fuel charge. Section 165(2) provides that the Minister of National Revenue must distribute the amount collected in respect of the fuel charge in any listed province less amounts that are rebated, refunded or remitted in respect of those charges, but that the Minister of National Revenue has discretion whether to distribute the net amount to the province itself, other prescribed persons or classes of persons or a combination of the two. The federal government's present policy is to give 90 percent of the proceeds of the fuel charge directly to residents of the province of origin in the form of "Climate Action Incentive" payments under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), as provided for in s. 13 of the *Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27. The Climate Action Incentive is a deemed rebate under the *GGPPA* that reduces the amount that must be distributed under s. 165: *Income Tax Act*, s. 122.8(6). The remaining 10 percent of the proceeds is paid out to schools, hospitals, colleges and universities, municipalities, not-for-profit organizations, Indigenous communities and small and medium-sized businesses in the province of origin. Simply put, the net amount collected from a listed province is returned to persons and entities in that province.

[32] Part 1 of the *GGPPA* also provides the Governor in Council with considerable power to make regulations. For example, s. 166 authorizes the Governor in Council to make regulations to list or delist provinces in relation to the application of the fuel charge under Part 1 of the *GGPPA*. Any such

l'égard des combustibles admissibles qui sont livrés aux agriculteurs et aux pêcheurs (par. 17(2)), ni des combustibles utilisés dans les installations visées par règlement, y compris les installations industrielles auxquelles s'applique le mécanisme de tarification prévu à la partie 2 de la *LTPGES* (art. 3 et par. 18(4)). La redevance sur les combustibles est administrée par le ministre du Revenu national, qui agit par l'entremise de l'Agence du revenu du Canada.

[31] L'article 165 de la *LTPGES* porte sur la distribution de la redevance sur les combustibles. Le paragraphe 165(2) précise que le ministre du Revenu national doit distribuer le produit tiré de la redevance sur les combustibles dans toute province assujettie — déduction faite des sommes remboursées ou remises à l'égard de ces redevances —, mais qu'il a le pouvoir discrétionnaire de distribuer le montant net soit à la province elle-même, soit à des personnes visées par règlement ou personnes d'une catégorie réglementaire, ou encore à une combinaison des deux. Suivant sa politique actuelle, le gouvernement fédéral remet 90 p. 100 du produit de la redevance sur les combustibles directement aux résidents de la province d'où provient la redevance, et ce, sous forme d'« incitatif à agir pour le climat » en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), ainsi que le prévoit l'art. 13 de la *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, c. 27. L'incitatif à agir pour le climat est réputé par la *LTPGES* constituer un remboursement qui réduit le montant devant être distribué en vertu de l'art. 165 : *Loi de l'impôt sur le revenu*, par. 122.8(6). Les 10 p. 100 restants du produit doivent être versés aux écoles, hôpitaux, collèges et universités, municipalités, organismes à but non lucratif, collectivités autochtones et petites et moyennes entreprises dans la province d'où provient la redevance. Pour dire les choses simplement, le montant net prélevé à l'égard d'une province assujettie est remis à des personnes et entités de cette province.

[32] La partie 1 de la *LTPGES* confère également au gouverneur en conseil des pouvoirs considérables en matière de prise de règlements. Par exemple, l'art. 166 autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements assujettissant ou soustrayant des provinces à l'application de la redevance sur les

regulations must be made “[f]or the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the Governor in Council considers appropriate” (s. 166(2)), and the Governor in Council must, in making them, “take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions” (s. 166(3)).

[33] In addition, the Governor in Council is authorized to make regulations prescribing anything that is to be prescribed or determined by regulation under Part 1: s. 166(1)(a). Specifically, the Governor in Council can make regulations in relation to the fuel charge system (s. 168(2)) by, for example, modifying the listed types of fuel and the applicable rates of charge in Sch. 2 (ss. 166(4) and 168(3)(a)), or defining words or expressions used in Part 1 of the *GGPPA*, in Part 1 of Sch. 1, or in Sch. 2 (s. 168(3)(a) and (b)). In the event of a conflict between a regulation and Part 1 of the *GGPPA*, s. 168(4) provides that the regulation prevails to the extent of the conflict.

#### D. Part 2: Industrial Greenhouse Gas Emissions

[34] Part 2 of the *GGPPA* establishes an output-based pricing system (“OBPS”) for industrial GHG emissions by large emissions-intensive industrial facilities. The OBPS applies only to a “covered facility” in a province listed in Part 2 of Sch. 1: ss. 169 and 174. Covered facilities include facilities that meet the criteria set out in the *Output-Based Pricing System Regulations*, SOR/2019-266 (“*OBPS Regulations*”): *GGPPA*, s. 169. Under the *OBPS Regulations*, a covered facility is one that meets a specified emissions threshold and is engaged in specific industrial activities: s. 8. The Minister of the Environment may also, upon request, designate an industrial facility located in a backstop jurisdiction (i.e., one listed in Part 2 of Sch. 1) as a covered facility even if it does not meet the criteria in the regulations: *GGPPA*, s. 172. A covered facility is exempt from the fuel charge (ss. 18(3) and 18(4)), but it must pay for any GHG emissions

combustibles prévue par la partie 1 de la *LTPGES*. Tout règlement à cet effet doit être pris « [a]fin d’assurer l’application étendue au Canada d’une tarification des émissions de gaz à effet de serre à des niveaux que le gouverneur en conseil considère appropriés » (par. 166(2)), et le gouverneur en conseil doit « t[enir] compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre » (par. 166(3)).

[33] En outre, le gouverneur en conseil est autorisé à prendre, par règlement, toute mesure d’ordre réglementaire prévue par la partie 1 : al. 166(1)a). Plus précisément, il peut prendre des règlements pour l’application du régime de redevances sur les combustibles (par. 168(2)), notamment en modifiant les types de combustibles visés et les taux de redevance applicables figurant dans l’ann. 2 (par. 166(4) et al. 168(3)a)), ou en définissant des termes ou expressions utilisés dans la partie 1 de la *LTPGES*, dans la partie 1 de l’ann. 1 ou dans l’ann. 2 (al. 168(3)a) et b)). Le paragraphe 168(4) prévoit que, lorsque cela est précisé dans un règlement pris en application de la partie, en cas de conflit entre des dispositions de ce règlement et des dispositions de la partie 1 de la *LTPGES*, les dispositions du règlement l’emportent.

#### D. Partie 2 : Émissions industrielles de gaz à effet de serre

[34] La partie 2 de la *LTPGES* établit un système de tarification fondé sur le rendement (« STFR ») à l’égard des émissions industrielles de GES produites par de grandes installations industrielles à forte intensité d’émissions. Le STFR ne s’applique qu’aux « installations assujetties » dans les provinces figurant sur la liste de la partie 2 de l’ann. 1 : art. 169 et 174. Sont comprises parmi les installations assujetties les installations qui satisfont aux critères prévus par le *Règlement sur le système de tarification fondé sur le rendement*, DORS/2019-266 (« *Règlement STFR* ») : *LTPGES*, art. 169. Aux termes du *Règlement STFR*, constituent des installations assujetties les installations qui satisfont à certains critères relatifs aux quantités de GES émises et où sont exercées des activités industrielles visées : art. 8. Le ministre de l’Environnement peut également, sur demande, désigner à titre d’installation assujettie une installation

that exceed its applicable emissions limits on the basis of sector-specific output-based standards. This can be done in one of three ways: (1) by remitting surplus compliance units earned by the facility at a time when its GHG emissions were below its annual limit, or surplus credits purchased from other facilities; (2) paying an excess emissions charge; or (3) a combination of the two (ss. 174(1) and (2) and 175). The *OBPS Regulations* require that a covered facility's emissions limit be generally calculated on the basis of the facility's production from each industrial activity and an output-based emissions standard in respect of that activity expressed in units of emissions per unit of product: s. 36; Sch. 1. If the efficiency of a facility's industrial processes meets the applicable efficiency standards, the facility will not exceed its emissions limit. It is only where an industrial process is not sufficiently efficient in terms of its production per unit of emissions that a person responsible for a covered facility must provide compensation for the facility's excess emissions. A facility whose efficiency exceeds the standards earns surplus credits: *GGPPA*, s. 175. Schedule 3 lists 33 GHGs and sets out the global warming potential of each one as defined in accordance with the *OBPS*, while Sch. 4 sets out the charges for excess emissions. The *OBPS* is administered by the Minister of the Environment.

[35] Section 188 of the *GGPPA*, which concerns the distribution of revenues from excess emission charge payments, works similarly to s. 165 of Part 1. Section 188(1) provides that the Minister of National Revenue must distribute all revenues from excess

industrielle située dans une province ou un territoire assujéti au filet de sécurité fédéral (c.-à-d. figurant dans la liste de la partie 2 de l'ann. 1), même si l'installation ne satisfait pas aux critères prévus par règlement : *LTPGES*, art. 172. Une installation assujéti est soustraite à l'application de la redevance sur les combustibles (par. 18(3) et 18(4)), mais elle doit verser compensation pour toute émission de GES qui dépasse les limites qui lui sont applicables sur la base de normes de rendement propres à un secteur. Cette compensation peut s'effectuer de trois façons : (1) par la remise d'unités de conformité accumulées par l'installation quand ses émissions de GES étaient en deçà de sa limite annuelle, ou de crédits excédentaires achetés d'autres installations; (2) par le paiement d'une redevance pour émission excédentaires; (3) par une combinaison de ces deux modes (par. 174(1) et (2) et art. 175). Suivant le *Règlement STFR*, la limite d'émissions est définie de façon générale comme étant le résultat d'un calcul effectué conformément à une formule basée sur la production d'un produit donné par une installation assujéti dans le cadre d'une activité industrielle visée et d'une norme de rendement en ce qui concerne les émissions applicable à cette activité, limite qui est exprimée en unités d'émissions par unité de produit : art. 36; annexe 1. En conséquence, si l'efficacité des processus industriels effectués à l'installation respecte les normes d'efficacité applicables, la limite d'émission est respectée. Ce n'est que dans les cas où le processus industriel d'une installation assujéti n'est pas efficace au regard de sa production par unité d'émissions que la personne responsable de cette installation doit verser compensation pour les émissions excédentaires. Par contre, si une installation présente une efficacité supérieure aux normes d'émissions applicables, des crédits excédentaires lui sont accordés : *LTPGES*, art. 175. L'annexe 3 énumère 33 GES et indique le potentiel de réchauffement planétaire de chacun au sens du *STFR*, et l'ann. 4 fixe la redevance pour émissions excédentaires. Le *STFR* est administré par le ministre de l'Environnement.

[35] L'article 188 de la *LTPGES*, qui traite de la distribution des revenus tirés des paiements de redevance pour émissions excessives, opère de façon similaire à l'art. 165 de la partie 1. Le paragraphe 188(1) précise que le ministre du Revenu

emissions charge payments, but that the Minister has discretion whether to distribute them to the province itself, to persons specified in the regulations or that meet criteria set out in the regulations, or to a combination of both. The federal government has indicated that these revenues will be used to support carbon pollution reduction in the jurisdictions in which they were collected, but has not yet provided further details.

[36] Part 2 of the *GGPPA* — like Part 1 — also provides the Governor in Council with considerable power to make regulations and orders. For example, s. 189 authorizes the Governor in Council to make orders to list or delist provinces in relation to the application of the OBPS in Part 2 of the *GGPPA*. As with s. 166, any such order must be made “[f]or the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the Governor in Council considers appropriate” (s. 189(1)), and the Governor in Council must, in making it, “take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions” (s. 189(2)).

[37] As well, the Governor in Council is authorized to make orders adding GHGs to, or deleting them from, Sch. 3 or amending the global warming potential of any gas; in doing so, the Governor in Council may take into account any factor it considers appropriate: ss. 190(1) and (2). The Governor in Council also has the authority to amend Sch. 4 by amending an excess emissions charge or by adding calendar years: s. 191. Finally, the Governor in Council is authorized to make regulations pertaining to a number of aspects of the OBPS, including covered facilities, GHG emissions limits, the quantification of GHGs, the circumstances under which GHGs are deemed to have been emitted by a facility, compensation, and permitted transfers of compliance units: s. 192.

[38] It is important to understand that Parts 1 and 2 of the *GGPPA* together create a single GHG

national doit distribuer tous les revenus tirés des paiements de redevances pour émissions excédentaires, mais qu’il dispose du pouvoir discrétionnaire de les distribuer soit à la province elle-même, soit à des personnes visées par règlement ou remplissant les critères prévus par règlement, soit à une combinaison des deux. Le gouvernement fédéral a indiqué que ces revenus serviront à appuyer la réduction de la pollution causée par le carbone dans la province ou le territoire où ils ont été prélevés, mais il n’a pas encore fourni de précisions à cet égard.

[36] La partie 2 de la *LTPGES* — comme la partie 1 — confère également au gouverneur en conseil des pouvoirs considérables en matière de prise de règlements. Par exemple, l’art. 189 autorise le gouverneur en conseil à assujettir ou à soustraire par décret des provinces à l’application du STFR dans la partie 2 de la *LTPGES*. Comme c’est le cas pour l’application de l’art. 166, tout décret de la sorte doit être pris « [a]fin d’assurer l’application étendue au Canada d’une tarification des émissions de gaz à effet de serre à des niveaux que le gouverneur en conseil considère appropriés » (par. 189(1)), et le gouverneur en conseil doit, dans la prise du décret, « t[enir] compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre » (par. 189(2)).

[37] De même, le gouverneur en conseil est habilité à prendre des décrets afin d’ajouter ou de supprimer des GES à l’ann. 3 ou de modifier le potentiel de réchauffement planétaire d’un gaz y figurant; lorsqu’il le fait, il peut tenir compte de tout facteur qu’il estime pertinent : par. 190(1) et (2). Le gouverneur en conseil peut également modifier l’ann. 4 en y ajoutant une année civile ou en modifiant une redevance pour émissions excédentaires : art. 191. Enfin, il peut prendre des règlements à l’égard d’un certain nombre d’aspects du STFR, notamment les installations assujetties, les limites d’émissions de GES, la détermination des quantités de GES, les circonstances dans lesquelles des GES sont réputés avoir été émis par une installation, la compensation et les transferts d’unités de conformité : art. 192.

[38] Il est important de comprendre que les parties 1 et 2 de la *LTPGES* créent un seul et même

pricing scheme. Part 1 of the *GGPPA* directly prices GHG emissions. The OBPS created by the *OBPS Regulations* made under Part 2 of the *GGPPA* constitutes a complex exemption to Part 1. The OBPS exempts covered facilities from the blunt fuel charge under Part 1, creating a more tailored GHG pricing scheme that lowers the effective GHG price such facilities would otherwise have to pay under Part 1. Part 2 thus also directly prices GHG emissions, but only to the extent that covered facilities exceed applicable efficiency standards. Parts 1 and 2 of the *GGPPA* therefore function together to price GHG emissions throughout the Canadian economy.

## V. Judicial History

### A. *Court of Appeal for Saskatchewan, 2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398*

[39] The majority of the Court of Appeal for Saskatchewan (Richards C.J.S., Jackson and Schwann J.J.A.) concluded that the *GGPPA* is *intra vires* Parliament on the basis of the national concern doctrine. The majority identified the pith and substance of the *GGPPA* as “the establishment of minimum national standards of price stringency for GHG emissions”: para. 125. Applying the framework from *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, they found that the establishment of minimum national standards of price stringency for GHG emissions is a matter of national concern. This matter is of genuine national importance and has the requisite singleness, distinctiveness and indivisibility. GHGs are readily identifiable and distinguishable from other gases, and minimum pricing standards are distinguishable from other forms of regulation. Each province is vulnerable to another province’s failure to adequately price GHG emissions. Interprovincial cooperation could not be a basis for a sustainable approach to minimum GHG pricing, because provinces are free to withdraw from cooperative arrangements. As well, recognizing federal authority over minimum national standards of price stringency for GHG emissions would have an acceptable impact on provincial

régime de tarification des GES. La partie 1 de la *LTPGES* tarife directement les émissions de GES. Le STFR établi par le *Règlement STFR* en vertu de la partie 2 de la *LTPGES* crée un mécanisme complexe d’exemption de l’application de la partie 1. Le STFR a pour effet d’exempter de la redevance générale établie par la partie 1 les installations assujetties, créant un mécanisme de tarification mieux adapté qui réduit le tarif qu’elles auraient autrement à payer en application de cette partie. La partie 2 de la *LTPGES* tarife donc elle aussi directement les émissions de GES, mais uniquement dans la mesure où les émissions produites par une installation assujettie excèdent les normes d’efficacité applicables. Les parties 1 et 2 de la *LTPGES* opèrent par conséquent ensemble pour tarifier les émissions de GES dans l’ensemble de l’économie canadienne.

## V. Historique des procédures judiciaires

### A. *Cour d’appel de la Saskatchewan, 2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398*

[39] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Richards, avec l’accord des juges Jackson et Schwann) ont conclu que la *LTPGES* est *intra vires* du Parlement sur la base de la théorie de l’intérêt national. Ils ont identifié le caractère véritable de la *LTPGES* comme étant [TRADUCTION] « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES » : par. 125. Appliquant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, ils ont statué que l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES représente une matière d’intérêt national. Cet enjeu est une authentique matière d’importance nationale, qui présente l’unicité, la particularité et l’indivisibilité requises. Les GES sont facilement identifiables et distinguables des autres gaz, et les normes minimales de tarification se distinguent d’autres formes de réglementation. Chaque province est vulnérable si une autre province ne tarife pas adéquatement les émissions de GES. La coopération interprovinciale ne saurait constituer le fondement d’une approche viable en matière de tarification minimale des GES, parce que les provinces sont libres de se

jurisdiction, because it would limit Parliament’s role to pricing and would not threaten the constitutional validity of provincial initiatives to regulate GHGs.

[40] Ottenbreit and Caldwell J.J.A. dissented. They concluded that Part 1 of the *GGPPA* is the result of an unconstitutional exercise of Parliament’s taxation power and that the *GGPPA* as a whole is *ultra vires* Parliament. GHG emissions do not represent a constitutionally distinct matter, and the concepts of “stringency” and “national standards” should not be used to tease an abstraction out of recognizable matters within provincial jurisdiction. The asserted need for a national standard of stringency is based not on a genuine provincial inability to set such a standard, but simply on a policy dispute. Finally, the dissent concluded that the matter’s scale of impact on provincial jurisdiction is not reconcilable with the balance of federalism. The *GGPPA* would deprive provinces of the ability to regulate GHGs within their borders. Furthermore, it would be possible for the power delegated to the executive branch by the *GGPPA* to be exercised so as to widen the scope of the statute, thus further eroding provincial authority.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65*

[41] The majority of the Court of Appeal for Ontario (Strathy C.J.O., MacPherson and Sharpe J.J.A.) concluded that the *GGPPA* is *intra vires* Parliament on the basis of the national concern doctrine. The majority characterized the pith and substance of the *GGPPA* as “establishing minimum national standards to reduce greenhouse gas emissions”: para. 77. Applying the framework from *Crown Zellerbach*, they reasoned that this matter is new as it was not recognized at Confederation. It is a matter of national

retirer d’accords de coopération. De même, le fait de reconnaître compétence au fédéral sur les normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES aurait un effet acceptable sur la compétence des provinces, car cette reconnaissance limiterait le rôle du Parlement à la tarification et ne menacerait pas la validité constitutionnelle des initiatives provinciales de réglementation des GES.

[40] Les juges Ottenbreit et Caldwell ont exprimé leur dissidence. Ils ont conclu qu’en édictant la partie 1 de la *LTPGES*, le Parlement avait exercé de façon inconstitutionnelle son pouvoir de taxation, et que la *LTPGES* était entièrement *ultra vires* du Parlement. Les émissions de GES ne représentent pas une matière distincte sur le plan constitutionnel, et les notions de « rigueur » et de « normes nationales » ne devraient pas être invoquées pour extraire un concept abstrait de matières de compétence provinciale par ailleurs reconnaissables. Le besoin évoqué — à savoir l’établissement d’une norme nationale de tarification rigoureuse — ne repose pas sur l’incapacité concrète des provinces de fixer une telle norme, mais simplement sur un désaccord en matière de politiques. Enfin, les juges dissidents ont conclu que l’étendue de l’effet de la reconnaissance de cette matière sur la compétence des provinces était inconciliable avec l’équilibre du fédéralisme. La *LTPGES* priverait les provinces de la faculté de réglementer les GES sur leur territoire. En outre, il pourrait arriver que le pouvoir délégué à la branche exécutive par la *LTPGES* soit exercé d’une manière qui aurait pour effet d’élargir la portée de la loi, érodant ainsi davantage la compétence des provinces.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65*

[41] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy, avec l’accord des juges MacPherson et Sharpe) ont conclu que la *LTPGES* relève de la compétence du Parlement sur la base de la théorie de l’intérêt national. Ils ont décrit le caractère véritable de la *LTPGES* comme étant [TRADUCTION] « l’établissement de normes nationales minimales en vue de réduire les émissions de gaz à effet de serre » : par. 77. Appliquant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, ils

concern, as evidenced by the *GGPPA*'s relationship to Canada's international obligations and by the fact that the statute was the product of extensive efforts to achieve a national response to climate change. The matter meets the singleness, distinctiveness and indivisibility requirement. GHGs are a chemically distinct form of pollution with international and interprovincial impacts. The provinces cannot establish minimum national standards to reduce GHG emissions. No province can control the deleterious effects of GHGs emitted in other provinces or require other provinces to take steps to do so. In assessing the matter's scale of impact on provincial jurisdiction, the majority found that the *GGPPA* strikes an appropriate balance between Parliament and the provincial legislatures. Finally, the majority rejected the Attorney General of Ontario's argument that the levies imposed by the *GGPPA* are unconstitutional regulatory charges. The majority found the levies to be valid because they have a sufficient connection to the regulatory scheme based on their purpose of behaviour modification.

[42] Hoy A.C.J.O. concurred with Strathy C.J.O.'s national concern analysis, although she characterized the pith and substance of the *GGPPA* more narrowly as "establishing minimum national greenhouse gas emissions pricing standards to reduce greenhouse gas emissions": paras. 165-66 (emphasis added). In her view, including the means — carbon pricing — in the description of the pith and substance is legally permissible and desirable. In some cases, as here, Parliament's choice of means may be so central to the legislative objective that the main thrust of the law, properly understood, is to achieve a result in a particular way.

ont estimé que cette question constitue une matière nouvelle, qui n'était pas reconnue au moment de la Confédération. Il s'agit d'une matière d'intérêt national, comme en témoignent les liens qui existent entre la *LTPGES* et les obligations internationales du Canada, et le fait que la loi est le fruit d'efforts considérables déployés pour mettre au point une riposte nationale aux changements climatiques. La matière satisfait à la condition d'unicité, de particularité et d'indivisibilité. Les GES représentent une forme chimiquement distincte de pollution, dont les effets se font sentir à l'échelle interprovinciale et internationale. Les provinces ne peuvent établir des normes nationales minimales en vue de réduire les émissions de GES. Aucune province ne peut contrer les effets néfastes des GES émis dans d'autres provinces, ni obliger d'autres provinces à prendre des mesures à cette fin. Après avoir évalué l'étendue de l'effet de la reconnaissance de la matière sur la compétence des provinces, les juges majoritaires ont statué que la *LTPGES* établit un juste équilibre entre le Parlement et les législatures provinciales. Enfin, ils ont rejeté l'argument du procureur général de l'Ontario portant que les redevances imposées par la *LTPGES* constituent des frais de réglementation inconstitutionnels. Les juges majoritaires ont conclu à la validité des redevances, au motif que celles-ci possèdent un lien suffisant avec le régime de réglementation en raison de leur objectif, c'est-à-dire la modification des comportements.

[42] La juge en chef adjointe Hoy a souscrit à l'analyse du juge en chef Strathy relativement à l'intérêt national, mais elle a qualifié plus étroitement le caractère véritable de la *LTPGES*, le décrivant comme [TRADUCTION] « l'établissement de normes nationales minimales de tarification des émissions de gaz à effet de serre en vue de réduire ces émissions » : par. 165-166 (je souligne). À son avis, l'inclusion du moyen — la tarification carbone — dans la description du caractère véritable est juridiquement permis et souhaitable. Dans certains cas, comme en l'espèce, il est possible que le ou les moyens choisis par le Parlement constituent un élément à ce point central de l'objectif visé par ce dernier que, interprétée adéquatement, l'idée maîtresse de la mesure législative consiste à produire d'une façon particulière le résultat voulu.

[43] Huscroft J.A. dissented. He characterized the pith and substance of the *GGPPA* broadly as the regulation of GHG emissions. At the classification stage, he reasoned that the national concern doctrine requires the identification of a new subject matter that is independent of the means adopted in the relevant law. In this case, the proposed matter of national concern is federal authority over GHG emissions, which fails to meet the singleness, distinctiveness and indivisibility requirement from *Crown Zellerbach*. In addition, recognizing federal jurisdiction on the basis of provincial inability to establish a national standard would allow any matter to be transformed into a matter of national concern by just adding the word “national” to it. The fact that one province’s inaction could undermine another province’s carbon pricing efforts does not establish provincial inability either; this simply reflects a legitimate policy disagreement. Finally, Huscroft J.A. concluded that the matter’s scale of impact on provincial jurisdiction is incompatible with the federal-provincial division of powers. For a matter to be one of national concern, it must have ascertainable and reasonable limits in order to contain its reach.

C. *Court of Appeal of Alberta, 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1*

[44] The majority of the Court of Appeal of Alberta (Fraser C.J.A., Watson and Hughes J.J.A.) held that the *GGPPA* is unconstitutional. They reasoned that the national concern doctrine can apply only to matters that would originally have fallen within the provincial power respecting matters of a merely local or private nature under s. 92(16) of the Constitution. The doctrine has no application to matters that would originally have fallen under other enumerated provincial heads of power. The majority characterized the pith and substance of the *GGPPA* as “at a minimum, regulation of GHG emissions”: paras. 211 and 256. This subject falls under various enumerated provincial powers, and in particular the power relating to the development and management

[43] Le juge Huscroft a exprimé sa dissidence. Il a qualifié en termes larges le caractère véritable de la *LTPGES*, disant qu’il s’agit de la réglementation des émissions de GES. À l’étape de la classification, a-t-il affirmé, la théorie de l’intérêt national requiert l’identification d’un nouveau sujet, indépendant des moyens retenus dans la loi pertinente. Dans la présente affaire, la matière d’intérêt national proposée est la compétence fédérale sur les émissions de GES, matière qui ne satisfait pas à la condition d’unicité, de particularité et d’indivisibilité établie dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. En outre, le fait de reconnaître compétence au fédéral sur la base de l’incapacité des provinces de fixer une norme nationale permettrait de transformer toute question en matière d’intérêt national simplement en y accolant le mot « national ». Le fait que l’inaction d’une province puisse nuire aux efforts de tarification du carbone déployés par une autre province ne démontre pas non plus l’incapacité des provinces d’agir, mais témoigne simplement de l’existence d’un désaccord légitime en matière de politiques. Enfin, le juge Huscroft a conclu que l’étendue de l’effet de la matière proposée sur les pouvoirs provinciaux est incompatible avec le partage des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces. Pour qu’une question puisse être qualifiée de matière d’intérêt national, elle doit comporter des limites vérifiables et raisonnables qui permettent d’en limiter la portée.

C. *Cour d’appel de l’Alberta, 2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1*

[44] La Cour d’appel de l’Alberta a conclu, à la majorité (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Hughes), que la *LTPGES* est inconstitutionnelle. De l’avis des juges majoritaires, la théorie de l’intérêt national est uniquement applicable à l’égard de matières qui relevaient à l’origine de la compétence que possèdent les provinces sur les matières d’une nature purement locale ou privée visées au par. 92(16) de la Constitution. Elle ne s’applique pas aux matières qui relèvent d’autres chefs de compétence provinciaux énumérés. Les juges majoritaires ont procédé à la qualification du caractère véritable de la *LTPGES* et conclu que celui-ci est [TRADUCTION] « au minimum, la réglementation des émissions de GES » : par. 211 et 256. Cette matière peut être rattachée à

of natural resources under s. 92A of the Constitution. Accordingly, the majority reasoned, the national concern doctrine has no application in this case. The majority went on to apply the framework from *Crown Zellerbach*. They found that the regulation of GHG emissions is not a single, distinctive and indivisible matter and that it would have an unacceptable impact on provincial jurisdiction. The *GGPPA* intrudes significantly into the provinces' exclusive jurisdiction over the development and management of natural resources, thereby depriving provinces of their right to balance environmental concerns with economic sustainability.

[45] Wakeling J.A., writing separately, questioned the need for the national concern doctrine and proposed a significant reformulation of the *Crown Zellerbach* framework. He concluded that the *GGPPA* is *ultra vires* Parliament. Canada was in fact seeking judicial approbation of the “environment” or “climate change” as a new federal head of power. Recognition of such a broad federal power would fundamentally destabilize Canadian federalism. The provinces are already taking action to reduce GHG emissions, and the country is better served when governments at both levels work to reduce GHG emissions within their own areas of jurisdiction.

[46] Feehan J.A., dissenting, found that the *GGPPA* is valid on the basis of the national concern doctrine. He identified the pith and substance of the law as follows: “To effect behavioural change throughout Canada leading to increased energy efficiencies by the use of minimum national standards necessary and integral to the stringent pricing of greenhouse gas emissions” (para. 1056). He found that this is a new matter or a matter of national concern, and that it is single, distinctive and indivisible. The *GGPPA* has a small scale of impact on provincial jurisdiction, since it accommodates existing provincial systems and is designed merely to set minimum national standards

plusieurs pouvoirs provinciaux énumérés, particulièrement la compétence qui est conférée aux provinces par l'art. 92A de la Constitution à l'égard de l'exploitation et de la gestion des ressources naturelles. En conséquence, la théorie de l'intérêt national ne trouve pas application en l'espèce, ont estimé les juges majoritaires. Ils ont poursuivi en appliquant le cadre d'analyse établi dans *Crown Zellerbach* et conclu que la réglementation des émissions de GES ne constitue pas une matière unique, particulière et indivisible, et qu'elle aurait un effet inacceptable sur la compétence des provinces. La *LTPGES* empiète considérablement sur la compétence exclusive des provinces en matière d'exploitation et de gestion des ressources naturelles, les privant ainsi du droit qu'elles ont de concilier les préoccupations liées à l'environnement et celles liées à la viabilité de l'économie.

[45] Dans une opinion distincte, le juge Wakeling a mis en doute la nécessité de la théorie de l'intérêt national et proposé une reformulation substantielle du cadre établi dans *Crown Zellerbach*. Il a conclu que la *LTPGES* est *ultra vires* du Parlement. En fait, ce que le fédéral demande aux tribunaux, c'est de reconnaître l'« environnement » ou les « changements climatiques » comme nouveau chef de compétence fédéral. La reconnaissance d'un pouvoir fédéral aussi vaste déstabiliserait fondamentalement le fédéralisme canadien. Les provinces agissent déjà afin de réduire les émissions de GES, et le pays est mieux servi quand les deux ordres de gouvernement s'appliquent à cette tâche en agissant dans leurs champs de compétence respectifs.

[46] Le juge Feehan a conclu, dans des motifs dissidents, que la *LTPGES* est valide sur la base de la théorie de l'intérêt national. Il a énoncé en ces termes le caractère véritable de la loi : [TRADUCTION] « Concrétiser partout au Canada des changements de comportement menant à un accroissement de l'efficacité énergétique par le recours à des normes nationales minimales nécessaires et indispensables à la tarification rigoureuse des émissions de gaz à effet de serre » (par. 1056). Selon lui, il s'agit d'une matière nouvelle ou d'une matière d'intérêt national, qui est unique, particulière et indivisible. La *LTPGES* a un effet peu étendu sur la compétence

in order to ensure equity as between provinces. The provincial inability test is also met, given that one province's failure to address GHG emissions would have an adverse effect on other provinces.

## VI. Analysis

[47] Alberta, Ontario and Saskatchewan challenge the constitutionality of the *GGPPA* on federalism-related grounds. Ontario further argues that the levies imposed by the *GGPPA* are unconstitutional. Canada and British Columbia argue that the *GGPPA* is constitutional on the basis of the national concern doctrine. Below, I will begin by briefly discussing the foundational principle of federalism. I will then undertake the well-established two-stage analytical approach to the review of legislation on federalism grounds: *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189 (“*2018 Securities Reference*”), at para. 86. I will first consider the purpose and effects of the *GGPPA* with a view to characterizing the subject matter — the pith and substance — of the statute. Then I will classify the subject matter of the *GGPPA* with reference to federal and provincial heads of power under the Constitution in order to determine whether it is *intra vires* Parliament and therefore valid. Finally, independently of the jurisdiction issue, I will consider the constitutionality of the levies imposed by the *GGPPA*.

### A. *Principle of Federalism*

[48] Federalism is a foundational principle of the Canadian Constitution. It was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation, and its objectives are to reconcile diversity with unity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and foster cooperation between Parliament and the provincial legislatures for the

des provinces, étant donné qu'elle tient compte des systèmes provinciaux existants et vise simplement à fixer des normes nationales minimales en vue d'assurer l'équité entre les provinces. Le critère de l'incapacité provinciale, c'est-à-dire de l'incapacité d'agir des provinces, est lui aussi respecté, car le défaut d'une province de lutter contre les émissions de GES aurait des effets néfastes sur d'autres provinces.

## VI. Analyse

[47] L'Alberta, l'Ontario et la Saskatchewan contestent la constitutionnalité de la *LTPGES* pour des motifs liés au fédéralisme. L'Ontario plaide en outre l'inconstitutionnalité des redevances imposées par la *LTPGES*. Pour leur part, le fédéral et la Colombie-Britannique soutiennent que la *LTPGES* est constitutionnelle en vertu de la théorie de l'intérêt national. Je vais d'abord traiter brièvement ci-après du principe fondateur que constitue le fédéralisme. Je vais ensuite procéder à l'analyse en deux volets bien établie qui s'applique pour examiner une mesure législative au regard de motifs liés au fédéralisme : *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189 (« *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières* »), par. 86. Je vais dans un premier temps me pencher sur l'objet et les effets de la *LTPGES* en vue de qualifier la matière — le caractère véritable — de la loi. Puis, dans un deuxième temps, je vais classer la matière de la *LTPGES* en me référant aux chefs de compétence fédéraux et provinciaux prévus par la Constitution afin de déterminer si la loi est *intra vires* du Parlement et, en conséquence, valide. Enfin, indépendamment de la question de la compétence, je vais me pencher sur la constitutionnalité des redevances imposées par la *LTPGES*.

### A. *Le principe du fédéralisme*

[48] Le fédéralisme est un principe fondateur de la Constitution du Canada. Réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération, il vise à concilier l'unité et la diversité, à promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux administrations locales et régionales et à favoriser la coopération entre le Parlement et les législatures

common good: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (“*Secession Reference*”), at para. 43; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 22.

[49] Sections 91 and 92 of the Constitution give expression to the principle of federalism and divide legislative powers between Parliament and the provincial legislatures: *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (“*2011 Securities Reference*”), at para. 54. Under the division of powers, broad powers were conferred on the provinces to ensure diversity, while at the same time reserving to the federal government powers better exercised in relation to the country as a whole to provide for Canada’s unity: *Canadian Western Bank*, at para. 22. Importantly, the principle of federalism is based on a recognition that within their spheres of jurisdiction, provinces have autonomy to develop their societies, such as through the exercise of the significant provincial power in relation to “Property and Civil Rights” under s. 92(13). Federal power cannot be used in a manner that effectively eviscerates provincial power: *Secession Reference*, at para. 58; *2011 Securities Reference*, at para. 7. A view of federalism that disregards regional autonomy is in fact as problematic as one that underestimates the scope of Parliament’s jurisdiction: *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 82.

[50] As this Court observed in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 124, courts, as impartial arbiters, are charged with resolving jurisdictional disputes over the boundaries of federal and provincial powers on the basis of the principle of federalism. Although early Canadian constitutional decisions by the Judicial Committee of the Privy Council applied a rigid division of federal-provincial powers as watertight compartments, this Court has favoured a flexible view of federalism — what is best described as a modern

dans la recherche du bien commun : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (« *Renvoi sur la sécession* »), par. 43; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 22.

[49] Les articles 91 et 92 de la Constitution, qui constituent l’expression textuelle du principe du fédéralisme, divisent les compétences législatives entre le Parlement et les législatures : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (« *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* »), par. 54. Dans le cadre de ce partage des compétences législatives, de larges pouvoirs ont été conférés aux provinces afin de respecter la diversité, tout en réservant au gouvernement fédéral des pouvoirs dont l’exercice se prêtait davantage à l’ensemble du pays en vue d’assurer l’unité du Canada : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 22. Fait important, le principe du fédéralisme reconnaît que, dans leurs propres sphères de compétence, les provinces disposent de l’autonomie voulue pour assurer le développement de leur société, par exemple en exerçant le pouvoir considérable sur « [l]a propriété et les droits civils » que leur confère le par. 92(13). Les pouvoirs fédéraux ne peuvent être utilisés d’une manière telle qu’ils videraient effectivement de leur essence des pouvoirs provinciaux : *Renvoi sur la sécession*, par. 58; *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 7. De fait, une conception du fédéralisme et du partage des compétences qui fait fi de l’autonomie régionale est tout aussi problématique qu’une conception qui sous-estime la portée de la compétence du Parlement : *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 82.

[50] Comme l’a souligné notre Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 124, les tribunaux sont chargés, en qualité d’arbitres impartiaux, de résoudre les conflits de compétence concernant la délimitation des frontières entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces au regard du principe du fédéralisme. Bien que dans les premiers arrêts portant sur la Constitution canadienne, le Comité judiciaire du Conseil privé ait appliqué rigidelement le partage des compétences législatives respectives du fédéral et des provinces,

form of cooperative federalism — that accommodates and encourages intergovernmental cooperation: *2011 Securities Reference*, at paras. 56-58. That being said, the Court has always maintained that flexibility and cooperation, while important to federalism, cannot override or modify the constitutional division of powers. As the Court remarked in *2011 Securities Reference*, “[t]he ‘dominant tide’ of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state”: para. 62. It is in light of this conception of federalism that I approach this case.

## B. *Characterization of the GGPPA*

### (1) Overarching Principles

[51] At the first stage of the division of powers analysis, a court must consider the purpose and effects of the challenged statute or provision in order to identify its “pith and substance”, or true subject matter: *2018 Securities Reference*, at para. 86; *Reference re Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283, at paras. 28 and 166. The court does so with a view to identifying the statute’s or provision’s main thrust, or dominant or most important characteristic: *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228, at para. 31. To determine the purpose of the challenged statute or provision, the court can consider both intrinsic evidence, such as the legislation’s preamble or purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or minutes of parliamentary committees: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 53; *Canadian Western Bank*, at para. 27. In considering the effects of the challenged legislation, the court can consider both the legal effects, those that flow directly from the provisions of the statute itself, and the practical effects, the “side” effects that flow from the application of

considérant ces compétences comme des compartiments étanches, notre Cour favorise pour sa part une vision souple du fédéralisme — que décrit très bien l’expression fédéralisme coopératif moderne — qui permet et encourage les efforts de coopération intergouvernementale : *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 56-58. Cela dit, la Cour n’a jamais cessé de souligner que, quoique la souplesse et la coopération soient des considérations importantes pour le fédéralisme, elles ne sauraient écarter ou modifier et le partage des compétences. Ainsi qu’elle l’a fait remarquer dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, « [l]e “courant dominant” du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par dessus bord, ni à éroder l’équilibre constitutionnel inhérent à l’État fédéral canadien » : par. 62. C’est à la lumière de cette conception du fédéralisme que j’aborde la présente affaire.

## B. *Qualification de la LTPGES*

### (1) Principes primordiaux

[51] À la première étape de l’analyse portant sur le partage des compétences, le tribunal doit examiner l’objet et les effets de la loi ou de la disposition contestée afin d’identifier le « caractère véritable » de celle-ci, ou sa matière véritable : *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, par. 86; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283, par. 28 et 166. Le tribunal procède à cet examen afin de dégager l’objet principal ou encore la caractéristique dominante ou la plus importante de la loi ou de la disposition en cause : *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228, par. 31. Pour déterminer l’objectif de la loi ou disposition contestée, les tribunaux peuvent prendre en considération à la fois des éléments de preuve intrinsèque, tels que le préambule de la loi ou les dispositions de celle-ci relatives à son objet, et des éléments de preuve extrinsèque, par exemple le Hansard ou des procès-verbaux de comités parlementaires : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53; *Banque canadienne de l’Ouest*,

the statute: *Kitkatla*, at para. 54; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 480. The characterization process is not technical or formalistic. A court can look at the background and circumstances of a statute's enactment as well as at the words used in it: *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 18.

[52] Three further points with respect to the identification of the pith and substance are important here. First, the pith and substance of a challenged statute or provision must be described as precisely as possible. A vague or general description is unhelpful, as it can result in the law being superficially assigned to both federal and provincial heads of powers or may exaggerate the extent to which the law extends into the other level of government's sphere of jurisdiction: *Desgagnés Transport*, at para. 35; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 (“*Assisted Human Reproduction Act*”), at para. 190. However, precision should not be confused with narrowness. Instead, the pith and substance of a challenged statute or provision should capture the law's essential character in terms that are as precise as the law will allow: *Genetic Non-Discrimination*, at para. 32. It is only in this manner that a court can determine what the law is in fact “all about”: *Desgagnés Transport*, at para. 35, quoting A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 490.

[53] Second, it is permissible in some circumstances for a court to include the legislative choice of means in the definition of a statute's pith and substance, as long as it does not lose sight of the fact that the goal of the analysis is to identify the true subject matter of the challenged statute or provision. In the courts below, a central issue was the permissibility of including the means of the statute in the definition of the subject matter of the *GGPPA*.

par. 27. Lorsqu'ils se penchent sur les effets de la loi contestée, les tribunaux peuvent tenir compte tant de ses effets juridiques, c'est-à-dire ceux découlant directement des dispositions de la loi elle-même, que de ses effets pratiques, c'est-à-dire les effets « secondaires » découlant de son application : *Kitkatla*, par. 54; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 480. L'opération de qualification n'est ni technique, ni formaliste. Les tribunaux peuvent examiner le contexte et les circonstances de l'édition de la loi, ainsi que les termes utilisés dans celle-ci : *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 18.

[52] Trois autres points concernant l'identification du caractère véritable sont importants ici. Premièrement, le caractère véritable d'une loi ou disposition attaquée doit être décrit avec le plus de précision possible. Une qualification vague ou générale est inutile, car elle peut faire en sorte que la loi ou disposition en cause se rattache superficiellement à la fois à un chef de compétence fédéral et à un chef de compétence provincial, ou encore avoir pour effet d'exagérer la mesure dans laquelle la loi ou disposition déborde sur la sphère de compétence de l'autre ordre de gouvernement : *Transport Desgagnés*, par. 35; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 (« *Renvoi sur la procréation assistée* »), par. 190. Cependant, il ne faut pas confondre qualification précise et qualification étroite. Le caractère véritable devrait plutôt exprimer le caractère essentiel de la loi en termes aussi précis que le permet la loi : *Non-discrimination génétique*, par. 32. C'est uniquement de cette façon que le tribunal peut déterminer « de quoi il est question » en fait dans la loi : *Transport Desgagnés*, par. 35, citant A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 490.

[53] Deuxièmement, il est dans certains cas permis au tribunal d'inclure dans la définition du caractère véritable d'une loi les moyens choisis dans celle-ci pour réaliser son objet, pourvu qu'il ne perde pas de vue que le but de l'analyse est d'identifier la matière véritable de la loi ou disposition contestée. La question de savoir s'il est permis d'inclure dans la définition du sujet de la *LTPGES* le moyen prévu par celle-ci pour réaliser son objet constituait une

In *Ward* and other cases, this Court cautioned against “confus[ing] the purpose of the legislation with the means used to carry out that purpose”: *Ward*, at para. 25; see also *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250, at para. 24. However, those cases did not establish a blanket prohibition on considering the means in characterizing the pith and substance of a law. Rather, they stand for the basic proposition that Parliament’s or a provincial legislature’s choice of means is not determinative of the legislation’s true subject matter, although it may sometimes be permissible to consider the choice of means in defining a statute’s purpose. This Court has in fact frequently included references to legislative means when defining the pith and substance of laws: *Ward*, at para. 28; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms*”), at paras. 4 and 19; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 34; *2011 Securities Reference*, at para. 106. And there may be cases in which an impugned statute’s dominant characteristic or main thrust is so closely tied to its means that treating the means as irrelevant to the identification of the pith and substance would make it difficult to define the matter of a statute or a provision precisely. In such a case, a broad pith and substance that does not include the means would be the very type of vague and general characterization, like “health” or “the environment”, that this Court described as unhelpful in *Desgagnés Transport*, at paras. 35 and 167 (citing *Assisted Human Reproduction Act*, at para. 190).

[54] Even this Court’s jurisprudence on the national concern doctrine illustrates that there is nothing impermissible about defining a matter with reference to

question centrale devant les juridictions inférieures. Dans *Ward*, ainsi que dans d’autres arrêts, la Cour a mis en garde contre le fait de « confondre l’objet de la mesure législative avec les moyens choisis pour réaliser cet objet » : *Ward*, par. 25; voir aussi *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250, par. 24. Toutefois, ces arrêts n’ont pas eu pour effet de prohiber complètement la prise en compte des moyens de mise en œuvre de l’objet d’une loi aux fins de qualification du caractère véritable de celle-ci. Ils permettent plutôt d’énoncer le principe de base selon lequel les moyens choisis par le Parlement ou par une législature ne sont pas déterminants en ce qui concerne le sujet véritable de la mesure législative en cause, et il est parfois permis de considérer les moyens prévus par une loi pour déterminer son objet. Notre Cour a d’ailleurs fréquemment fait mention des moyens prévus par la loi lorsqu’elle était appelée à déterminer le caractère véritable d’une loi : *Ward*, par. 28; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (« *Armes à feu* »), par. 4 et 19; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 34; *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 106. De plus, il est possible dans certains cas que la caractéristique dominante ou l’objet principal de la loi contestée soit si étroitement lié au moyen prévu par celle-ci que le fait de ne pas accorder de pertinence à ce moyen dans la détermination du caractère véritable ferait en sorte qu’il serait difficile de qualifier avec précision la matière de cette loi. Dans de tels cas, un caractère véritable décrit en termes larges et n’incluant pas le moyen de réalisation prévu constituerait exactement le genre de qualification vague et générale comme « la santé » ou « l’environnement » que notre Cour a dit considérer inutile dans l’arrêt *Transport Desgagnés*, aux par. 35 et 167 (citant le *Renvoi sur la procréation assistée*, par. 190).

[54] Même la jurisprudence de la Cour sur la théorie de l’intérêt national indique qu’il est permis de définir une matière en se référant aux moyens prévus

the legislative means. In *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, the Court defined the matter in terms of both the overarching objective — ensuring that “the nature and character of the seat of the Government of Canada may be in accordance with its national significance” — and the legislative means for achieving this objective — “development, conservation and improvement of the National Capital Region”: pp. 669 and 671. Similarly, in *Crown Zellerbach*, the Court did not define the matter of the statute broadly in terms of marine pollution. The definition of the matter was in fact a combination of the overarching purpose — controlling marine pollution — and the particular means that had been chosen — controlling the dumping of substances into the sea: pp. 436-37. La Forest J., dissenting, pointed out that regulating the dumping of substances into the sea was only one of multiple means to control marine pollution, given that pollution could also enter the sea through fresh water and through the air: p. 457.

[55] I therefore agree with Hoy A.C.J.O.’s statement in the case at bar that in some cases the choice of means may be so central to the legislative objective that the main thrust of a statute or provision, properly understood, is to achieve a result in a particular way, which would justify including the means in identifying the pith and substance: para. 179.

[56] Third, the characterization and classification stages of the division of powers analysis are and must be kept distinct. In other words, the pith and substance of a statute or a provision must be identified without regard to the heads of legislative competence. As Binnie J. noted in *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, at para. 16, a failure to keep these two stages of the analysis distinct would create “a danger that the whole exercise will become blurred and overly oriented towards results”. The characterization exercise

par la loi pour réaliser son objet. Dans l’arrêt *Munro c. Commission de la Capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663, la Cour a défini la matière à la fois sur la base de de l’objectif prépondérant — faire en sorte de [TRADUCTION] « doter le siège du gouvernement du Canada d’un cachet et d’un caractère dignes de son importance nationale » — et des moyens prévus par la loi pour réaliser cet objectif — « aménagement, conservation et embellissement de la Région de la capitale nationale » : p. 669 et 671. De même, dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, la Cour n’a pas défini largement la matière de la loi en termes de pollution marine. La définition de la matière était en fait une combinaison de l’objectif prépondérant — lutter contre la pollution marine — et du moyen particulier qui avait été choisi à cette fin — contrôler l’immersion de substances en mer : p. 436-437. Le juge La Forest, dissident, a souligné que contrôler l’immersion de substances en mer ne constituait que l’un des nombreux moyens de lutter contre la pollution marine, compte tenu du fait que la pollution pénètre également les mers par les eaux douces qui s’y déversent et par les émissions atmosphériques : p. 457.

[55] Je souscris donc à l’affirmation de la juge en chef adjointe de l’Ontario, la juge Hoy, en l’espèce, portant que le choix des moyens peut dans certains cas constituer un aspect à ce point central de l’objectif visé par la mesure législative que, interprété adéquatement, l’objet principal de la loi ou disposition en question consiste à atteindre un résultat d’une façon particulière, ce qui justifierait alors l’inclusion des moyens dans l’identification du caractère véritable : par. 179.

[56] Troisièmement, les étapes de la qualification et de la classification de l’analyse relative au partage des compétences sont distinctes, et elles doivent le rester. Autrement dit, le caractère véritable d’une loi ou disposition doit être identifié sans égard aux chefs de compétence législative. Comme l’a souligné le juge Binnie dans l’arrêt *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, au par. 16, si on ne procède pas de façon distincte aux deux étapes de l’analyse, « l’exercice tout entier risque d’être confus et indûment axé sur les

must ultimately be rooted in the purpose and the effects of the impugned statute or provision.

(2) Application to the GGPPA

[57] In this case, the judges in the courts below, the parties and the interveners have proposed various formulations of the GGPPA's pith and substance. These formulations can be grouped in three basic categories: (1) a broad formulation to the effect that the GGPPA's pith and substance is the regulation of GHG emissions; (2) a national standards-based formulation to the effect that the GGPPA's pith and substance is to establish minimum national standards to reduce GHG emissions; and (3) a national standards pricing-based formulation to the effect that the GGPPA's pith and substance is to establish minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. I would adopt a national standards pricing-based formulation of the pith and substance of the GGPPA. In my view, the true subject matter of the GGPPA is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. Allow me to explain why.

(a) *Intrinsic Evidence*

[58] This Court has frequently used a statute's title as a tool for the purposes of characterization: *Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1077; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1004; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 21. However, a statute's title is not determinative in the pith and substance analysis: *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 451. In the case at bar, the statute is titled "*Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*". Its long title is "*An Act to mitigate climate change through the pan-Canadian application of pricing mechanisms to a broad set of greenhouse gas emission sources and to make consequential amendments to other Acts*". Both of these titles confirm that the purpose

résultats ». L'étape de la qualification doit en définitive s'attacher à l'objet et aux effets de la loi ou disposition attaquée.

(2) Application à la LTPGES

[57] En l'espèce, les juges des juridictions inférieures, les parties et les intervenants ont proposé différentes formulations du caractère véritable de la LTPGES. Ces formulations peuvent être classées en trois catégories fondamentales : (1) une formulation générale portant que le caractère véritable de la LTPGES est la réglementation des émissions de GES; (2) une formulation basée sur des normes nationales portant que le caractère véritable de la LTPGES consiste à établir des normes nationales minimales en vue de réduire les émissions de GES; et (3) une formulation basée sur des normes nationales de tarification portant que le caractère véritable de la LTPGES consiste à établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. J'adopterais une formulation du caractère véritable de la LTPGES basée sur la tarification. À mon avis, la matière véritable de la LTPGES est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. Permettez-moi maintenant d'expliquer pourquoi j'arrive à cette conclusion.

a) *Preuve intrinsèque*

[58] Notre Cour a fréquemment utilisé le titre d'une loi comme outil de qualification : *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1077; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1004; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 21. Toutefois, le titre d'une loi n'est pas déterminant dans l'analyse du caractère véritable : *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 451. En l'espèce, la loi s'intitule « *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* ». Son titre intégral est : « *Loi visant à atténuer les changements climatiques par l'application pancanadienne de mécanismes de tarification à un large éventail de sources d'émissions de gaz à effet de serre et apportant des modifications corrélatives à*

of the *GGPPA* is more precise than the regulation of GHG emissions. As the long title makes clear, the true subject matter of the *GGPPA* is not just “to mitigate climate change”, but to do so “through the pan-Canadian application of pricing mechanisms to a broad set of greenhouse gas emission sources”. The short title also makes it clear that the *GGPPA* is concerned not simply with regulating GHG emissions, but with pricing them, as the statute is titled the “*Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*”. Just as Lamer C.J. found in *Swain*, it is in the instant case clear even from the title of the *GGPPA* that its main thrust is national GHG pricing, not, more broadly, the reduction of GHG emissions.

[59] Likewise, the preamble of the *GGPPA* confirms that its subject matter is national GHG pricing. In general, preambles are useful in constitutional litigation in order to illustrate the “mischief” the legislation is designed to cure and the goals Parliament sought to achieve: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at § 14.25; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (vol. 1, at pp. 15-14 to 15-15. Although a preamble is not conclusive or determinative, it can be a useful tool in interpreting the purpose of a statute or a provision.

[60] It is clear from reading the preamble as a whole that the focus of the *GGPPA* is on national GHG pricing. The preamble begins with a review of the contribution of GHG emissions to global climate change, of the impact of climate change on — and the risks it poses to — Canada and Canadians (at paras. 1-5), and of the international commitments made by Canada in the *UNFCCC* and the *Paris Agreement* to reduce GHG emissions (paras. 6-8). It then focuses on establishing a minimum national standards GHG pricing scheme. It identifies GHG pricing as “a core element” of the *Pan-Canadian Framework* (at para. 10), and recognizes that climate change requires immediate collective action to promote

*d’autres lois* ». Ces deux titres confirment que l’objet de la *LTPGES* est plus précis que la réglementation des émissions de GES. Comme l’indique clairement son titre intégral, la matière véritable de la *LTPGES* consiste non seulement « à atténuer les changements climatiques », mais à le faire « par l’application pan-canadienne de mécanismes de tarification à un large éventail de sources d’émissions de gaz à effet de serre ». Le titre abrégé indique lui aussi clairement que la *LTPGES* vise non seulement à réglementer les émissions de GES, mais à les tarifer, puisqu’il est rédigé en ces termes : « *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* ». Tout comme a conclu le juge en chef Lamer dans l’affaire *Swain*, il ressort en l’espèce du titre même de la *LTPGES* que l’objet principal de celle-ci est la tarification nationale des émissions de GES, et non pas, plus largement, la réduction des émissions de GES.

[59] De même, le préambule de la *LTPGES* confirme que la matière de celle-ci est la tarification nationale des GES. Généralement, les préambules sont utiles dans les litiges constitutionnels en ce qu’ils éclairent sur le « mal » auquel la loi vise à remédier et les objectifs pertinents que le Parlement cherche à réaliser : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), §14.25; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 15-14 à 15-15. Bien que le préambule n’ait pas un caractère convaincant ou déterminant, il peut se révéler un outil utile dans l’interprétation de l’objet d’une loi ou d’une disposition.

[60] Il ressort clairement de la lecture du préambule, considéré globalement, que l’aspect central de la *LTPGES* est la tarification nationale des émissions de GES. Le préambule précise d’abord que les émissions de GES contribuent aux changements climatiques mondiaux, puis fait état des répercussions qu’ont les changements climatiques, des risques qu’ils posent pour le Canada ainsi que pour les Canadiennes et les Canadiens (par. 1-5) et des engagements internationaux pris par le Canada dans le cadre de la *CCNUCC* et de l’*Accord de Paris* en vue de réduire les émissions de GES (par. 6-8). Il s’attache ensuite à l’établissement d’un régime fixant des normes nationales minimales de tarification des

behavioural change which leads to increased energy efficiency (paras. 9 and 11). After that, pricing mechanisms are commented on at length (at paras. 12-16): in particular, it is noted that some provinces are developing or have implemented GHG pricing systems (at para. 14), but that the absence of such systems or a lack of stringency in some provincial GHG pricing systems could contribute to significant harm to the environment and to human health (para. 15). The preamble concludes with a statement that a national GHG pricing scheme is accordingly necessary in order to ensure that, taking provincial pricing systems into account, “greenhouse gas emissions pricing applies broadly in Canada”: para. 16.

[61] Furthermore, the “mischief” the *GGPPA* is intended to address is clearly identified in the preamble: the profound nationwide harm associated with a purely intraprovincial approach to regulating GHG emissions. In *Firearms*, the Court stated that the mischief approach — one in which a court considers the problem a statute is intended to address — is one way to determine the purpose of impugned legislation: para. 21. In the instant case, the preamble shows that the law is intended to address the “significant deleterious effects on the environment, including its biological diversity, on human health and safety and on economic prosperity” that could result from “the absence of greenhouse gas emissions pricing in some provinces and a lack of stringency in some provincial greenhouse gas emissions pricing systems”: para. 15. In Parliament’s eyes, the relevant mischief is not GHG emissions generally, but rather the effects of the failure of some provinces to implement GHG pricing systems or to implement sufficiently stringent pricing systems, and the consequential failure to reduce GHG emissions across Canada. To address this mischief, the *GGPPA* establishes minimum national standards for GHG pricing that apply across

émissions de GES. Il précise que la tarification de ces émissions constitue « un élément central » du *Cadre pancanadien* (par. 10) et reconnaît que les changements climatiques requièrent une action collective immédiate afin de promouvoir des changements de comportement menant à un accroissement de l’efficacité énergétique (par. 9 et 11). Ensuite, les mécanismes de tarification sont longuement commentés (par. 12-16); on y souligne de façon particulière que certaines provinces sont à élaborer ou ont mis en œuvre des systèmes de tarification des émissions de GES (par. 14), mais que l’absence de tels systèmes dans certaines provinces ou le manque de rigueur de certains systèmes provinciaux de tarification des émissions de GES sont susceptibles de contribuer à causer des dommages sérieux à l’environnement et à la santé humaine (par. 15). Le préambule prend fin par une déclaration portant qu’un régime national de tarification des émissions de GES est en conséquence nécessaire afin de permettre « l’application étendue d’une telle tarification au Canada », tout en tenant compte des systèmes de tarification provinciaux : par. 16.

[61] En outre, le « mal » auquel la *LTPGES* vise à remédier est clairement identifié dans le préambule : les dommages sérieux pour l’ensemble du pays associés à une approche purement provinciale en matière de réglementation des émissions de GES. Dans l’arrêt *Armes à feu*, la Cour a affirmé que la démarche fondée sur le mal visé — suivant laquelle le tribunal examine les problèmes que la loi est censée corriger — constitue une façon de déterminer l’objet de la loi attaquée : par. 21. Dans la présente affaire, le préambule précise que la loi vise à lutter contre « les dommages sérieux à l’environnement, y compris à sa diversité biologique, ainsi qu’à la santé et à la sécurité humaines et à la prospérité économique » qui pourraient résulter de « l’absence de systèmes de tarification des émissions de GES dans certaines provinces ou [du] manque de rigueur de certains systèmes provinciaux de tarification des émissions de GES » : par. 15. Pour le Parlement, le mal visé n’est pas l’existence des émissions de GES en général, mais plutôt les répercussions découlant du défaut de certaines provinces de mettre en place des systèmes de tarification des émissions de GES ou des systèmes de tarification suffisamment rigoureux,

Canada, setting a GHG pricing “floor” across the country.

(b) *Extrinsic Evidence*

[62] In considering extrinsic evidence, a court may consider the statute’s legislative history — the events leading up to its enactment, for example, as well as government policy papers and legislative debates — in order to determine what the legislative purpose is: Hogg, at pp. 15-14 to 15-15; *Kitkatla*, at para. 53. In the case at bar, the extrinsic evidence confirms that the main thrust of the *GGPPA* is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions.

[63] First, it can be seen from the events leading up to the enactment of the *GGPPA* and from government policy papers that there was a focus on GHG pricing and establishing a national GHG pricing benchmark, and that GHG pricing is a distinct portion of the field of governmental responses to climate change. In the *Paris Agreement*, states made general international commitments to reduce GHG emissions. They are not required to adopt GHG pricing systems; rather, they are free to choose their preferred means. Immediately after the adoption of the *Paris Agreement*, however, the First Ministers endorsed the *Vancouver Declaration*, in which they recognized that governments in Canada and around the world were using carbon pricing mechanisms to combat climate change, and Canada and the provinces committed to adopting “a broad range of domestic measures, including carbon pricing mechanisms” in order to reduce GHG emissions: at p. 3 (emphasis added). Moreover, the signers of the *Vancouver Declaration* clearly recognized carbon pricing as a distinct aspect of the field of governmental responses to climate change by establishing a working group on carbon pricing mechanisms that was independent of other working groups on clean technology, innovation and jobs, on specific opportunities for mitigation of

et l’absence de réduction des émissions de GES en résultant dans l’ensemble du pays. Pour remédier à ce mal, la *LTPGES* établit des normes nationales minimales de tarification des GES qui s’appliquent partout au Canada, qui fixent un « plancher » à respecter en matière de tarification des GES dans l’ensemble du pays.

b) *Preuve extrinsèque*

[62] Lorsqu’ils examinent la preuve extrinsèque, les tribunaux peuvent considérer l’historique de la loi — les événements ayant mené à son adoption et les énoncés de politique du gouvernement — ainsi que les débats législatifs afin de déterminer l’objet de la mesure législative : Hogg, p. 15-14 à 15-15; *Kitkatla*, par. 53. En l’espèce, la preuve extrinsèque confirme que l’objet principal de la *LTPGES* est l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES.

[63] Premièrement, l’examen des événements ayant mené à l’adoption de la *LTPGES* et des énoncés de politique du gouvernement permet de constater que l’accent portait sur la tarification des GES et l’établissement d’un modèle national de tarification des GES, et que la tarification constitue une partie distincte des ripostes du gouvernement fédéral aux changements climatiques. Dans l’*Accord de Paris*, les États ont pris des engagements généraux à l’échelle internationale en vue de réduire les émissions de GES. Ils ne sont pas tenus de mettre en place des systèmes de tarification des émissions de GES; ils sont plutôt libres de choisir les moyens d’action qu’ils préfèrent. Immédiatement après l’adoption par le Canada de l’*Accord de Paris*, les premiers ministres ont adhéré à la *Déclaration de Vancouver*, dans laquelle ils ont reconnu que des gouvernements, au Canada et dans le monde entier, ont recours à des mécanismes de tarification du carbone pour combattre les changements climatiques, et le Canada et les provinces se sont engagés à adopter « une vaste gamme de mesures appropriées au pays, notamment à l’aide de mécanismes d’instauration d’un prix sur le carbone » afin de réduire les émissions de GES : p. 3 (je souligne). De plus, les signataires de la *Déclaration de Vancouver* ont clairement reconnu

climate change, and on adaptation to climate change and climate resilience.

[64] The Working Group on Carbon Pricing Mechanisms was established to explore the role of carbon pricing mechanisms in meeting Canada's GHG emissions reduction targets under the *Paris Agreement*. In its final report, the Working Group identified carbon pricing as one of the most efficient policy approaches for reducing GHG emissions and advocated for broad-based carbon pricing mechanisms across Canada that would give each province and territory flexibility on instrument choice. The federal government then endorsed this recommendation in both the *Pan-Canadian Approach* and the *Pan-Canadian Framework*, and the *Pan-Canadian Approach* introduced a federal benchmark for carbon pricing. Each province and territory would have flexibility to implement either a direct or an indirect carbon pricing system that would have a common scope to ensure effectiveness and minimize interprovincial competitiveness impacts, while a federal backstop, a direct carbon pricing system, would apply only in jurisdictions that did not meet the federal benchmark. This approach would ensure that GHG pricing would be applied across the Canadian economy, and it would recognize GHG pricing policies already implemented or being developed by provinces or territories. The *Pan-Canadian Framework* reaffirmed the *Pan-Canadian Approach* and outlined the federal benchmark for carbon pricing in greater detail. In the *Pan-Canadian Framework*, the federal government reiterated the need for a regulatory framework for carbon pricing that priced GHG emissions across the Canadian economy, highlighted the federal commitment to “ensuring that the provinces and territories have the flexibility to design their own policies and programs to meet emission-reductions targets” and stated that the purpose of the federal benchmark was to preserve the flexibility of the provinces and territories to design their own GHG pricing policies: Foreword and pp. 7-8. Each province or territory

que la tarification du carbone constitue un aspect distinct des ripostes gouvernementales aux changements climatiques, constituant un groupe de travail sur les mécanismes de tarification du carbone indépendant des groupes de travail sur les technologies et l'innovation propres et les emplois, sur les possibilités d'atténuation spécifiques, et sur l'adaptation et la résilience climatique.

[64] Le Groupe de travail sur les mécanismes d'instauration d'un prix sur le carbone a été mis sur pied pour étudier le rôle de ces mécanismes dans l'atteinte des objectifs de réduction des émissions de GES du Canada qui ont été fixés dans l'*Accord de Paris*. Dans son rapport final, il a indiqué que la tarification du carbone est l'une des approches stratégiques les plus efficaces pour réduire les émissions de GES et il a préconisé l'instauration partout au Canada de mécanismes de tarification du carbone à couverture étendue, laissant à chaque province et territoire la flexibilité nécessaire concernant le choix de l'instrument. Cette recommandation a été adoptée tant dans l'*Approche pancanadienne* et le *Cadre pancanadien* qui ont suivi, et l'*Approche pancanadienne* a introduit un modèle national en matière de tarification du carbone. Suivant cette approche, les provinces et les territoires disposent de la flexibilité nécessaire pour mettre en œuvre sur leur territoire leur propre régime de tarification — directe ou indirecte — du carbone, régimes qui auraient une portée commune en vue d'assurer leur efficacité et de réduire au minimum leurs répercussions au titre de la compétitivité interprovinciale, et un système fédéral de tarification directe du carbone, agissant comme filet de sécurité, qui s'appliquerait uniquement dans les provinces et territoires où le modèle national n'est pas respecté. Une telle approche permet de faire en sorte qu'il y ait tarification des GES dans l'ensemble de l'économie canadienne et de reconnaître les politiques déjà mises en œuvre ou en cours d'élaboration dans les provinces et territoires. Le *Cadre pancanadien* a réaffirmé les principes de l'*Approche pancanadienne* et exposé plus en détail le modèle fédéral de tarification du carbone. Le gouvernement fédéral a réitéré dans celui-ci le besoin d'établir, en matière de tarification du carbone, un cadre réglementaire permettant de tarifier les émissions de GES dans l'ensemble de l'économie canadienne, souligné son engagement

would have flexibility to implement a direct or indirect GHG pricing system within its borders. A federal direct GHG pricing backstop would apply in jurisdictions that did not meet the benchmark.

[65] In my view, it is clear from the Working Group's final report, the *Pan-Canadian Approach* and the *Pan-Canadian Framework* that the federal government's intention was not to take over the field of regulating GHG emissions, or even that of GHG pricing, but was, rather, to establish minimum national standards of GHG price stringency for GHG emissions — through a federally imposed national direct GHG pricing backstop — without displacing provincial and territorial jurisdiction over the choice and design of pricing instruments. Courts should generally hesitate to attribute to Parliament an intention to occupy an entire field: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 20. In the instant case, this statement rings all the more true because the extrinsic evidence of the lead-up to the enactment of the *GGPPA* reveals a process of federal-provincial-territorial cooperation in which the federal government's goal was a system where the provincial and territorial governments would be free to design and implement their own GHG pricing programs.

[66] Second, it can also be seen from the legislative debates leading up to the *GGPPA* that the focus of the statute was not broadly on regulating GHG emissions or establishing minimum national standards to reduce GHG emissions, but was, rather, on establishing minimum national standards of GHG price stringency. During the parliamentary debate on the *GGPPA*, the then Minister of Environment and Climate Change, the Hon. Catherine McKenna,

à « faire en sorte que les provinces et les territoires aient la flexibilité nécessaire pour concevoir leurs propres politiques et programmes en vue de l'atteinte des cibles de réduction des émissions de GES » et déclaré que le modèle fédéral vise à préserver cette flexibilité : Avant-propos et p. 7-8. Les provinces et les territoires disposent de la flexibilité nécessaire pour mettre en œuvre sur leur territoire un régime de tarification directe ou indirecte des GES. Un système fédéral de tarification directe du carbone, agissant comme filet de sécurité, s'appliquerait dans les provinces et territoires où le modèle n'est pas respecté.

[65] À mon avis, il ressort clairement du rapport final du Groupe de travail, de l'*Approche pan-canadienne* et du *Cadre pancanadien* que l'intention du gouvernement fédéral n'est pas de s'approprier le domaine de la réglementation des émissions de GES, ni même celui de la tarification des GES, mais plutôt d'établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES — au moyen d'un filet de sécurité imposé par le fédéral consistant en un régime national de tarification directe des GES —, sans écarter la compétence des provinces et territoires relativement au choix et à la conception des instruments de tarification. Les tribunaux devraient généralement hésiter à imputer au Parlement l'intention d'occuper entièrement un domaine : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 20. En l'espèce, cette affirmation sonne d'autant plus juste que la preuve extrinsèque précédant l'édiction de la *LTPGES* révèle l'existence d'un processus de coopération fédérale-provinciale-territoriale dans le cadre duquel l'objectif du gouvernement fédéral est de laisser les provinces et les territoires libres de concevoir et de mettre en œuvre leurs propres programmes de tarification des GES.

[66] Deuxièmement, les débats législatifs qui ont précédé l'adoption de la *LTPGES* révèlent eux aussi que l'objectif principal de la loi n'est pas la réglementation générale des émissions de GES ou l'établissement de normes nationales minimales en vue de réduire ces émissions, mais plutôt l'établissement de normes nationales minimales visant à assurer la rigueur de la tarification des GES. Lors des débats parlementaires sur la *LTPGES*, la ministre de

indicated that pricing carbon pollution was “[c]entral to any credible climate plan” and was “a major contribut[or] to helping Canada meet its climate targets under the Paris Agreement”: *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 289, 1st Sess., 42nd Parl., May 1, 2018, at p. 18958. The then Parliamentary Secretary to the Minister of the Environment and Climate Change, Jonathan Wilkinson, echoed these comments. He observed that, “[t]o ensure that a national pollution pricing system can be implemented across the country, the government promised to set a regulated federal floor price on carbon”: *House of Commons Debates*, vol. 148, No. 294, 1st Sess., 42nd Parl., May 8, 2018, at p. 19213 (emphasis added). What is more, he identified carbon pricing as a distinct part of the field of governmental responses to climate change, stating that “the focus of the pricing of carbon pollution is to actually incent choices that drive people toward more efficient use of hydrocarbon resources so that we will reduce our GHG emissions over time. It is an important piece of a broader approach to addressing climate change and to achieving our Paris targets”: p. 19214 (emphasis added).

[67] Similarly, before the House of Commons Standing Committee on Finance, Judy Meltzer, the then Director General, Carbon Pricing Bureau, Department of the Environment, observed that the *GGPPA* was “a step in the development of a federal carbon pricing backstop system” and that “[t]he key purpose of the [*GGPPA*] is to help reduce [GHG] emissions by ensuring that a carbon price applies broadly throughout Canada, with increasing stringency over time”: House of Commons, Standing Committee on Finance, *Evidence*, No. 146, 1st Sess., 42nd Parl., April 25, 2018, at p. 6 (emphasis added). And finally, before the same Standing Committee, John Moffet, the then Associate Assistant Deputy Minister, Environmental Protection Branch, Department of the Environment, expressed the opinion that “the government’s goal was to ensure that carbon pricing applied throughout Canada” as well as “to

l’Environnement et du Changement climatique de l’époque, l’honorable Catherine McKenna, a déclaré que la tarification de la pollution causée par le carbone était « au cœur de tout plan crédible de lutte contre le changement climatique » et « aid[ait] beaucoup le Canada à atteindre les objectifs en matière de lutte contre les changements climatiques auxquels il s’est engagé en signant l’Accord de Paris » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 289, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> mai 2018, p. 18958 (je souligne). Le secrétaire parlementaire de la ministre McKenna, monsieur Jonathan Wilkinson, a fait écho à ces remarques, soulignant que, « [a]fin qu’un système national de tarification de la pollution soit mis en œuvre partout au Canada, le gouvernement s’est engagé à établir un prix fédéral réglementaire minimum sur le carbone » : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 148, n° 294, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 8 mai 2018, p. 19213 (je souligne). Qui plus est, il a indiqué que la tarification du carbone constituait un élément distinct des ripostes gouvernementales aux changements climatiques, affirmant que « la tarification du carbone a pour but d’inciter les gens à utiliser plus efficacement les hydrocarbures pour que nous arrivions à la longue à réduire nos émissions de gaz à effet de serre. Il s’agit d’une mesure législative importante qui nous permet d’aborder de façon globale les changements climatiques et d’atteindre les cibles de l’Accord de Paris » : p. 19214 (je souligne).

[67] De même, la directrice générale du Bureau de la tarification du carbone au ministère de l’Environnement à l’époque, madame Judy Meltzer, a fait remarquer devant le Comité permanent des finances de la Chambre des communes que la *LTPGES* représentait une « étape de l’élaboration du filet de sécurité fédéral pour la tarification du carbone » et que la « [*LTPGES*] a pour principal objectif de contribuer à réduire les émissions de [GES] en veillant à ce qu’une tarification du carbone s’applique à l’ensemble du Canada et que sa rigueur augmente avec le temps » : Chambre des communes, Comité permanent des finances, *Témoignages*, n° 146, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 25 avril 2018, p. 6 (je souligne). Enfin, devant le même Comité permanent, monsieur John Moffet, alors sous-ministre délégué, Direction générale de la protection de l’Environnement, ministère de l’Environnement, a émis l’opinion que « le gouvernement

send a signal to other countries and businesses planning to invest in Canada that Canada was committed to carbon pricing”: House of Commons, Standing Committee on Finance, *Evidence*, No. 148, 1st Sess., 42nd Parl., May 1, 2018, at p. 5 (emphasis added). He also mentioned another goal of the *GGPPA*, that is, to “make a contribution, but not be the sole contributor to attaining the [*Paris*] target”: House of Commons, Standing Committee on Finance, *Evidence*, No. 152, 1st Sess., 42nd Parl., May 8, 2018, at p. 8.

[68] Although statements made in the course of parliamentary debates should be viewed with caution, given that the purpose of the statute is that of Parliament, not that of its individual members, such statements can nonetheless be helpful in discerning Parliament’s purpose: *Genetic Non-Discrimination*, at paras. 40 and 194; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.), at p. 131; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 47. In the case at bar, it is notable that both elected representatives and senior public servants consistently described the purpose of the *GGPPA* in terms of imposing a Canada-wide GHG pricing system, not of regulating GHG emissions generally.

[69] As an aside, I note that in finding that the *GGPPA* is *ultra vires* Parliament, the majority of the Court of Appeal of Alberta did not deny that Parliament was concerned with setting a minimum national GHG pricing standard in enacting the legislation. But they found that Parliament’s focus on GHG pricing was merely a means to achieve its ultimate purpose of reducing GHG emissions and mitigating the effects of climate change: paras. 213-14. As I explained above, however, a court should characterize the pith and substance — including the purpose being pursued by Parliament or the provincial legislature — precisely. The fact that Parliament’s purpose can be stated at multiple levels of generality does not mean that the most general purpose is the true one, or the one that most accurately reflects the

visait à ce que la tarification du carbone s’applique à toutes les régions du Canada » et « à aviser les autres nations et les entreprises prêtes à investir dans notre pays que le Canada avait décidé de tarifer le carbone » : Chambre des communes, Comité permanent des finances, *Témoignages*, n° 148, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> mai 2018, p. 5 (je souligne). Il a également mentionné un autre objectif visé par la *LTPGES*, à savoir, « apporter une contribution, mais pas la seule, à l’atteinte de l’objectif [fixé dans l’*Accord de Paris*] » : Chambre des communes, Comité permanent des finances, *Témoignages*, n° 152, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 8 mai 2018, p. 8.

[68] Bien que les déclarations faites au cours des débats parlementaires doivent être considérées avec prudence, en ce que l’objectif d’une loi est l’objectif du Parlement, et non celui des députés, elles peuvent néanmoins se révéler utiles pour identifier l’objectif du législateur : *Non-discrimination génétique*, par. 40 et 194; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada (No. 2)*, [1939] A.C. 117 (C.P.), p. 131; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 47. Dans la présente affaire, il convient de signaler que tant des représentants élus que des hauts fonctionnaires ont invariablement décrit l’objet de la *LTPGES* comme étant l’imposition d’un système de tarification des émissions de GES dans l’ensemble du Canada, et non la réglementation des émissions de GES en général.

[69] En passant, je signale qu’en concluant que la *LTPGES* est *ultra vires* du Parlement, les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta n’ont pas nié que, en édictant cette loi, le législateur fédéral visait à établir une norme nationale minimale de tarification des GES. Ils ont toutefois conclu que l’accent mis par le législateur sur la tarification des GES se voulait simplement un moyen de réaliser son objet ultime, à savoir la réduction des émissions de GES et l’atténuation de leurs effets sur les changements climatiques : par. 213-214. Cependant, comme je l’ai expliqué, les tribunaux doivent qualifier de façon précise le caractère véritable d’une loi — y compris l’objet visé par le Parlement ou la législature concernée. Le fait que l’objet visé par le Parlement peut être décrit suivant plusieurs degrés

thrust of the legislation. This Court has in fact often declined to attribute the broadest possible purpose to Parliament: see *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 130. When characterizing a matter, a court must strive to be as precise as possible, because a precise statement more accurately reflects the true nature of what Parliament did and what it intended to do. Here, that means not denying that Parliament ultimately intended to reduce GHG emissions but, rather, recognizing that its goal in enacting this particular statute was to establish minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions.

(c) *Legal Effects*

[70] A law’s legal effects are discerned from its provisions by asking “how the legislation as a whole affects the rights and liabilities of those subject to its terms”: *Morgentaler*, at p. 482. In my view, the legal effects of the *GGPPA* confirm that its focus is on national GHG pricing and confirm its essentially backstop nature.

[71] In jurisdictions where Parts 1 and 2 of the *GGPPA* are applied, the primary legal effect is to create one GHG pricing scheme that prices GHG emissions in a manner that is consistent with what is done in the rest of the Canadian economy. Certain fuel producers, distributors and importers are required to pay a charge for fuel and for combustible waste under Part 1. And as I explained earlier, the OBPS created by the *OBPS Regulations* made under Part 2 creates a complex exemption to Part 1: covered industrial facilities are exempt from the flat fuel charge under Part 1 of the *GGPPA*, but must pay a charge that applies to the extent that they fail to meet applicable GHG efficiency standards. Both Part 1 and Part 2 of the *GGPPA* thus directly price GHG emissions. Part 1 directly prices the emissions

de généralisation ne signifie pas que la description la plus générale représente son caractère véritable, ni que c’est celle qui exprime avec le plus de précision l’idée maîtresse de la loi. D’ailleurs, notre Cour a souvent refusé d’énoncer en des termes les plus généraux possible l’objet visé par le Parlement : voir *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 130. Lorsqu’ils procèdent à la qualification d’une matière, les tribunaux doivent s’efforcer de le faire avec le plus de précision possible, parce qu’une formulation précise reflète plus exactement la nature véritable de ce que le Parlement a fait et souhaitait faire. En l’espèce, cela veut dire reconnaître — sans pour autant nier que le Parlement souhaite ultimement réduire les émissions de GES — le fait que, par cette loi particulière, ce dernier souhaitait établir des normes nationales minimales rigoureuses de tarification des GES afin de réduire les émissions de ces gaz.

c) *Les effets juridiques*

[70] C’est au regard des dispositions d’un texte de loi que l’on dégage les effets juridiques de celui-ci, en s’interrogeant sur « la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions » : *Morgentaler*, p. 482. À mon avis, les effets juridiques de la *LTPGES* confirment que cette loi vise principalement à assurer la tarification des émissions de GES à l’échelle nationale, et confirment qu’elle constitue essentiellement un filet de sécurité.

[71] Dans les provinces et territoires où s’appliquent les parties 1 et 2 de la *LTPGES*, le principal effet juridique en découlant est la création d’un régime de tarification des GES qui tarife les émissions de GES d’une manière cohérente avec ce qui se fait à cet égard dans le reste de l’économie canadienne. Certains producteurs, distributeurs et importateurs de combustibles doivent payer une redevance sur les combustibles et les déchets combustibles en application de la partie 1. En outre, comme je l’ai expliqué précédemment, le STFR établi par le *Règlement STFR* en vertu de la partie 2 crée un mécanisme complexe d’exemption de l’application de la partie 1, suivant lequel les installations industrielles sont exemptées de la redevance uniforme établie par la partie 1 de la *LTPGES*, mais doivent payer une

of certain fuel producers, distributors and importers. Part 2 directly prices the GHG emissions of covered facilities to the extent that they exceed the applicable efficiency standards. Significantly, the *GGPPA* does not require those to whom it applies to perform or refrain from performing specified GHG-emitting activities. Nor does it tell industries how they are to operate in order to reduce their GHG emissions. Instead, all the *GGPPA* does is to require persons to pay for engaging in specified activities that result in the emission of GHGs. As the majority of the Court of Appeal for Saskatchewan observed, the *GGPPA* leaves “individual consumers and businesses . . . free to choose how they will respond, or not, to the price signals sent by the marketplace”: para. 160. The legal effects of the *GGPPA* are thus centrally aimed at pricing GHG emissions nationally. The *GGPPA* does not represent an attempt to occupy other areas of the field of GHG emissions reduction that were discussed in the *Pan-Canadian Framework*, such as tightening energy efficiency standards and codes, taking sector-specific action with respect to electricity, buildings, transportation, industry, forestry, agriculture, waste and the public sector, and promoting clean technology innovation: pp. 2-3 and 7-25.

[72] Moreover, because the *GGPPA* operates as a backstop, the legal effects of Parts 1 and 2 of the statute — a federally imposed national GHG pricing scheme — apply only if the Governor in Council has listed a province or territory pursuant to s. 166 for Part 1 or s. 189 for Part 2. The *GGPPA* provides that the Governor in Council may make decisions with respect to listing only “[f]or the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the Governor in Council considers appropriate” (ss. 166(2) and

redevance dans la mesure où les émissions qu’elles produisent excèdent les normes d’efficacité applicables. Les parties 1 et 2 de la *LTPGES* tarifent donc directement les émissions de GES. La partie 1 tarife directement certains producteurs, distributeurs et importateurs de combustibles sur la base de leurs émissions. La partie 2 tarife directement les émissions de GES des installations industrielles dans la mesure où ces émissions excèdent les normes d’efficacité applicables. Fait notable, la *LTPGES* n’oblige pas les personnes auxquelles elle s’applique à exercer ou à s’abstenir d’exercer des activités émettrices de GES particulières. Elle ne dit pas non plus aux organisations industrielles comment elles doivent être exploitées afin de réduire leurs émissions de GES. La *LTPGES* se limite plutôt à obliger les personnes qui exercent des activités émettrices de GES déterminées à payer certaines sommes pour le faire. Comme les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan l’ont fait observer, la *LTPGES* laisse [TRADUCTION] « les consommateurs et les entreprises décider individuellement [. . .] comment ils vont réagir ou s’abstenir de réagir aux signaux envoyés par le marché en qui a trait aux prix » : par. 160. Les effets juridiques de la *LTPGES* résident donc essentiellement dans l’instauration d’une tarification des émissions de GES à l’échelle nationale. La *LTPGES* ne tente pas de régir d’autres aspects de la réduction des émissions de GES examinées dans le *Cadre pancanadien*, par exemple le resserrement des normes et des codes en matière d’efficacité énergétique, la prise de mesures spécifiques à l’égard de secteurs de l’économie — électricité, bâtiments, transports, industrie, forêts, agriculture, déchets, secteur public et promotion de l’innovation en matière de technologies propres : p. 2-4 et 7-29.

[72] En outre, parce que la *LTPGES* agit comme filet de sécurité, les effets juridiques des parties 1 et 2 de celle-ci — un régime national de tarification des GES imposé par le fédéral — s’appliquent seulement si le gouverneur en conseil a assujéti une province ou un territoire conformément à l’art. 166 de la partie 1 ou à l’art. 189 de la partie 2. La *LTPGES* prévoit que le gouverneur en conseil peut prendre des décisions en matière d’assujétissement uniquement « [a]fin d’assurer l’application étendue au Canada d’une tarification des émissions de gaz à effet de

189(1)) and must, in making them, “take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions” (ss. 166(3) and 189(2)). As a result, the GHG pricing mechanism described in Parts 1 and 2 of the *GGPPA* will not come into operation at all in a province or territory that already has a sufficiently stringent GHG pricing system. Not only does this confirm the backstop nature of the *GGPPA* — that of creating minimum national standards of GHG pricing — but this feature of the statute gives legal effect to the federal government’s commitment in the *Pan-Canadian Framework* to give the provinces and territories “the flexibility to design their own policies to meet emissions reductions targets, including carbon pricing, adapted to each province and territory’s specific circumstances”, as well as to “recognize carbon pricing policies already implemented or in development by provinces and territories”: pp. 7-8.

[73] It is notable that the *GGPPA* does not itself define the word “stringency” used in ss. 166 and 189. But this does not mean that the Governor in Council’s discretion with respect to listing is “open-ended and entirely subjective”: *Alta. C.A. reasons*, at para. 221. Rather, the Governor in Council’s discretion is limited both by the statutory purpose of the *GGPPA* and by specific guidelines set out in the statute for listing decisions: see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 108; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, at para. 24. Specifically, the discretion to list a province or territory must be exercised in a way that is consistent with the statutory purpose of reducing GHG emissions by putting a price on them. And any decision of the Governor in Council with respect to listing would have to be consistent with the specific guideline of ensuring that emissions pricing is applied broadly in Canada and would have to take the stringency of existing provincial GHG pricing mechanisms into account as

serre à des niveaux que le gouverneur en conseil considère appropriés » (par. 166(2) et 189(1)), et qu’il doit, lorsqu’il le fait, « t[enir] compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre » (par. 166(3) et 189(2)). En conséquence, le mécanisme de tarification des GES décrit dans les parties 1 et 2 de la *LTPGES* ne s’appliquera pas du tout dans les provinces ou territoires qui possèdent déjà un régime suffisamment rigoureux de tarification des émissions de GES. Non seulement cette caractéristique de la *LTPGES* confirme-t-elle le caractère de filet de sécurité de celle-ci — à savoir qu’elle crée des normes nationales minimales de tarification des GES —, mais elle donne effet juridiquement à l’engagement qu’a pris le gouvernement fédéral dans le *Cadre pancanadien* de permettre aux provinces et aux territoires de disposer « de flexibilité pour élaborer leurs propres politiques pour atteindre les objectifs de réduction des émissions, y compris des mécanismes de tarification du carbone, adaptés aux circonstances particulières de chaque province et territoire », et de « reconnaître les politiques sur la tarification du carbone déjà en vigueur ou en cours d’élaboration dans les provinces et les territoires » : p. 7-8.

[73] Il convient de souligner que la *LTPGES* ne définit pas le mot « rigueur » utilisé aux art. 166 et 189. Mais cela ne signifie pas que le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil en matière d’assujettissement est [TRADUCTION] « illimité et entièrement subjectif » : motifs de la Cour d’appel de l’Alberta, par. 221. Au contraire, le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil est limité à la fois par l’objet de la *LTPGES* et par les indications précises énoncées dans la loi à cet égard relativement aux décisions d’assujettissement : voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 108; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, par. 24. En particulier, le pouvoir discrétionnaire d’assujettir une province ou un territoire doit être exercé d’une manière compatible avec l’objet de la loi, qui consiste à réduire les émissions de GES par leur tarification. De plus, toute décision du gouverneur en conseil en matière d’assujettissement doit respecter la prescription particulière portant

the primary factor: preamble, para. 16, and ss. 166 and 189. Moreover, because the *GGPPA* provides for a legal standard to be applied in assessing provincial and territorial pricing mechanisms, any decision of the Governor in Council in this regard would be open to judicial review to ensure that it is consistent with the purpose of the *GGPPA* and with the specific constraints set out in ss. 166(2) and (3) and 189(1) and (2). In other words, although the Governor in Council has considerable discretion with respect to listing, that discretion is limited, as it must be exercised in accordance with the purpose for which it was given. The Governor in Council certainly does not, therefore, have “absolute and untrammelled ‘discretion’”: *Vavilov*, at para. 108, quoting *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140.

[74] Similarly, the Governor in Council’s discretion under the *GGPPA* to make regulations modifying the schedules and, in some cases, provisions of the statute itself does not make the pith and substance of the *GGPPA* broader. Nor does it permit the Governor in Council to include “any substance, material or thing known to mankind” in the system under Part 1 or to boundlessly change the coverage of Part 2 of the *GGPPA* by adding gases or redefining what qualifies as a covered facility in a way that is unrelated to the underlying purpose of the statute: *Alta. C.A. reasons*, at paras. 227 and 237.

[75] Under Part 1 of the *GGPPA*, the Governor in Council has the discretion to make regulations prescribing anything that is to be prescribed or determined by regulation under that Part (s. 166(1)(a)), including regulations in relation to the fuel charge system (s. 168(2)), regulations modifying the listed types of fuel and the rates of charge in Sch. 2 (ss. 166(4) and 168(3)(a)), and regulations defining words or expressions used in Part 1 of the *GGPPA*, in Part 1 of Sch. 1, or in Sch. 2 (s. 168(3)(a) and

que l’assujettissement vise à assurer l’application étendue de la tarification des émissions au Canada, et tenir compte avant tout de la rigueur des mécanismes provinciaux existants de tarification des émissions de GES : préambule, par. 16, et art. 166 et 189. En outre, comme la *LTPGES* prescrit une norme juridique applicable pour évaluer les mécanismes provinciaux et territoriaux, toute décision du gouverneur en conseil à cet égard peut être contrôlée judiciairement afin de s’assurer qu’elle est compatible avec l’objet de la *LTPGES* et respecte les limites précises énoncées aux par. 166(2) et (3) et aux par. 189(1) et (2). En d’autres mots, bien que le gouverneur en conseil possède un pouvoir discrétionnaire considérable en matière d’assujettissement, ce pouvoir discrétionnaire est néanmoins limité, en ce qu’il doit être exercé conformément à l’objet pour lequel il a été conféré. En conséquence, le gouverneur en conseil ne dispose certainement pas d’une « “discrétion” absolue et sans entraves » : *Vavilov*, par. 108, citant *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140.

[74] De même, le pouvoir discrétionnaire que possède le gouverneur en conseil en vertu de la *LTPGES* et qui l’habilite à établir des règlements modifiant les annexes et, dans certains cas, les dispositions de la loi elle-même n’a pas pour effet d’élargir le caractère véritable de la *LTPGES*. Ce pouvoir n’autorise pas non plus le gouverneur en conseil à inclure [TRADUCTION] « toute substance, matière ou chose connue de l’être humain » au régime de la partie 1, ou à modifier de façon illimitée le champ d’application de la partie 2 de la *LTPGES* en ajoutant des gaz à la liste de ceux visés ou en redéfinissant le terme « installation assujettie » d’une manière détachée de l’objet sous-jacent de la loi : motifs de la Cour d’appel de l’Alberta, par. 227 et 237.

[75] En vertu de la partie 1 de la *LTPGES*, le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toute mesure d’ordre réglementaire prévue par cette partie (al. 166(1)a)), y compris des règlements concernant le régime de redevances sur les combustibles (par. 168(2)), des règlements modifiant les types de combustibles et les taux des redevances prévus à l’ann. 2 (par. 166(4) et al. 168(3)a)), et des règlements définissant des termes ou expressions utilisés dans la partie 1 de la *LTPGES*, dans la partie 1 de l’ann. 1

(b)). First, no aspect of this discretion permits the Governor in Council to regulate GHG emissions broadly in any way other than by implementing a GHG pricing scheme. Second, any exercise of the power to make regulations under Part 1 of the *GGPPA* is constrained by that Part's own words and statutory purpose. Part 1, as its very title indicates, establishes a "Fuel Charge". Any exercise of the regulation-making power that prescribed substances other than fuel or combustible waste would be open to judicial review and could be found to be *ultra vires* the *GGPPA*. Similarly, the Governor in Council could not list a fuel or substance that does not emit GHGs when burned; any regulation to that effect would be *ultra vires* the *GGPPA*, whose purpose is to reduce GHG emissions by putting a price on GHGs.

[76] The Governor in Council also has a discretion under Part 2 of the *GGPPA*, that is, the discretion to make orders adding GHGs to, or deleting them from, Sch. 3 or amending the global warming potential of any gas while taking into account any factor the Governor in Council considers appropriate (s. 190(1) and (2)), amending an excess emissions payments charge in, or adding calendar years to, Sch. 4 (s. 191), or making regulations pertaining to a number of aspects of the OBPS, including covered facilities, GHG emissions limits, the quantification of GHGs, the circumstances under which GHGs are deemed to have been emitted by a facility, compensation, and permitted transfers of compliance units (s. 192). First, as with Part 1 of the *GGPPA*, no aspect of the discretion provided for in Part 2 permits the Governor in Council to regulate GHG emissions broadly or to regulate specific industries in any way other than by setting GHG emissions limits and pricing excess emissions across the country. Instead, the OBPS uses GHG intensity standards to set emissions limits and price emissions beyond those limits in order to create incentives for behavioural change across industries. Industrial entities can determine whether to increase their efficiency or to pay to exceed their applicable efficiency standard

ou dans l'ann. 2 (al. 168(3)a) et b)). Premièrement, aucun aspect de ce pouvoir discrétionnaire ne permet au gouverneur en conseil de régir de manière générale les émissions de GES, si ce n'est en instaurant un régime de tarification des GES. Deuxièmement, tout exercice du pouvoir d'établir des règlements en application de la partie 1 de la *LTPGES* est limité par les termes mêmes de la partie 1 et par l'objet de celle-ci. Comme son titre même l'indique, la partie 1 établit une « Redevance sur les combustibles ». L'établissement de tout règlement visant des substances qui ne sont pas combustibles ou des déchets combustibles pourrait être contrôlée judiciairement et déclarée *ultra vires* de la *LTPGES*. Pareillement, le gouverneur en conseil ne peut pas ajouter à la liste des substances visées un combustible ou une substance qui n'émet pas de GES en brûlant; tout règlement à cet effet serait *ultra vires* de la *LTPGES*, dont l'objet consiste à réduire les émissions de GES en tarifant ces gaz.

[76] Le gouverneur en conseil dispose aussi de pouvoirs discrétionnaires en vertu de la partie 2 de la *LTPGES* : il peut modifier par décret l'ann. 3 par adjonction ou suppression de GES ou modifier le potentiel de réchauffement planétaire de tout gaz en tenant compte de tout facteur qu'il estime pertinent (par. 190(1) et (2)), modifier les redevances applicables pour émissions excédentaires pour une année civile figurant à l'ann. 4 ou encore par adjonction d'une année civile dans cette annexe (art. 191), ou prendre des règlements pour l'application d'un certain nombre d'éléments du STFR, notamment les installations assujetties, les limites d'émissions de GES, la détermination de la quantité de GES, les circonstances dans lesquelles les GES sont réputés avoir été émis par une installation, la compensation et les transferts permis d'unités de conformité (art. 192). Premièrement, tout comme dans le cas de la partie 1 de la *LTPGES*, aucun aspect du pouvoir discrétionnaire conféré par la partie 2 n'autorise le gouverneur en conseil à régir les émissions de GES de manière générale ou à régir des industries particulières si ce n'est en établissant des limites d'émission de GES et en tarifant les émissions excédentaires partout au pays. En effet, le STFR s'appuie plutôt sur des normes d'intensité de GES et fixe des limites

emission limits. Second, the power to make orders concerning which gases Part 2 applies to is also limited by the statutory purpose of reducing GHG emissions through GHG pricing. If the Governor in Council were to list a gas that does not contribute to GHG emissions or to indicate a figure for the global warming potential of a gas that was unsupported by scientific evidence, the regulation would be open to judicial review. As for the power to redefine what qualifies as a covered facility, it must be understood in light of the title of Part 2, which specifies that the focus is on “Industrial Greenhouse Gas Emissions”. Any attempt to extend Part 2 to a facility other than an industrial facility would also be *ultra vires* the *GGPPA* and open to judicial review.

(d) *Practical Effects*

[77] A law’s practical effects are “‘side’ effects flow[ing] from the application of the statute which are not direct effects of the provisions of the statute itself”: *Kitkatla*, at para. 54. Where, as here, a court is asked to adjudicate the constitutionality of legislation that has been in force for only a short time, “any prediction of future practical effect is necessarily short-term, since the court is not equipped to predict accurately the future consequential impact of legislation”: *Morgentaler*, at p. 486.

[78] In my view, the evidence of practical effects in the case at bar is not particularly helpful for characterizing the *GGPPA*. Given the dearth of such evidence, it would be unwise to attempt to predict the economic consequences of the *GGPPA*. It is, moreover, not for the Court to assess how effective the *GGPPA* is at reducing GHG emissions: *Firearms*, at para. 18.

d’émissions et des tarifs payables en cas d’émissions dépassant ces limites, en vue d’inciter des changements de comportement dans l’ensemble du secteur industriel. Une entité industrielle peut décider soit d’accroître son efficacité soit de verser des tarifs afin d’émettre des GES au-delà des normes d’efficacité qui lui sont applicables. Deuxièmement, le pouvoir de prévoir par décret à quels gaz s’applique la partie 2 est lui aussi limité par l’objet de la *LTPGES*, qui est de réduire les émissions de GES par la tarification de ces gaz. Si le gouverneur en conseil assujettit un gaz qui ne contribue pas aux émissions de GES ou inscrit à l’égard du potentiel de réchauffement planétaire d’un gaz un chiffre qui n’est pas étayé par une preuve scientifique, le règlement en question serait susceptible de contrôle judiciaire. En ce qui concerne le pouvoir de redéfinir en quoi consiste une installation assujettie, il doit être interprété à la lumière du titre de la partie 2, lequel précise que celle-ci vise les « Émissions industrielles de gaz à effet de serre ». Toute tentative d’étendre l’application de la partie 2 à une installation autre qu’une installation industrielle serait également *ultra vires* de la *LTPGES* et susceptible de contrôle judiciaire.

d) *Les effets pratiques*

[77] Les effets pratiques d’une loi sont « les effets “secondaires” de l’application » de la loi qui ne sont pas des « effets directs des dispositions de la loi elle-même » : *Kitkatla*, par. 54. Dans les cas où, comme en l’espèce, un tribunal est appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une loi qui n’est en vigueur que depuis peu, « toute prédiction de l’effet pratique futur n’est possible qu’à court terme, car le tribunal n’a pas les compétences pour prédire exactement les conséquences futures du texte » : *Morgentaler*, p. 486.

[78] À mon avis, la preuve concernant les effets pratiques dans la présente affaire n’est pas particulièrement utile pour qualifier la *LTPGES*. Vu le peu d’éléments de preuve sur cette question, il ne serait pas sage d’essayer de prédire les conséquences économiques de la *LTPGES*. Il n’appartient pas non plus à la Cour d’évaluer l’efficacité de la *LTPGES* en ce qui a trait à la réduction des émissions de GES : *Armes à feu*, par. 18.

[79] Nonetheless, it should be noted that the evidence of practical effects to date is consistent with the principle of flexibility and support for provincially designed GHG pricing schemes. Practically speaking, the only thing not permitted by the *GGPPA* is for a province or a territory not to implement a GHG pricing mechanism, or to implement one that is not sufficiently stringent. The federal backstop GHG pricing regime in Parts 1 and 2 of the *GGPPA* does not have a legal effect to the extent that there is a provincial system of comparable stringency in place, whatever its design. For example, the Governor in Council has declined to list Alberta under Part 2 of the *GGPPA*, because Alberta’s self-designed Technology Innovation and Emissions Reduction (“TIER”) system is considered to meet federal stringency requirements: Alberta, *TIER Regulation Fact Sheet*, July 2020 (online). The government of Alberta has itself described the TIER system as one “that is cost-efficient and tailored to Alberta’s industries and priorities”: *TIER Regulation Fact Sheet*. Similarly, Part 2 applies only partially in Saskatchewan, because that province has implemented its own output-based performance standards system for large industrial facilities. Part 2 applies only to electricity generation and natural gas transmission pipelines, which are exempt from Saskatchewan’s self-designed system: *Sask. C.A. reasons*, at para. 50; see also Environment and Climate Change Canada, *Saskatchewan and pollution pricing*, February 21, 2019 (online).

(e) *Conclusion on Pith and Substance*

[80] For the foregoing reasons, I conclude that the true subject matter of the *GGPPA* is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. With respect, I cannot accept the broader characterizations of the *GGPPA* advanced by the majorities of the Court of Appeal for Ontario and the Court of Appeal of

[79] Néanmoins, il convient de souligner que, jusqu’ici, la preuve des effets pratiques est positive pour ce qui est de la flexibilité et de l’appui à l’égard des régimes de tarification élaborés par les provinces. Concrètement, la seule chose que la *LTPGES* interdit aux provinces et territoires, c’est de ne pas mettre en place de mécanisme de tarification des GES ou d’en établir un qui n’est pas suffisamment rigoureux. Le filet de sécurité fédéral — à savoir le régime de tarification des GES prévu par les parties 1 et 2 de la *LTPGES* — ne produit pas d’effets juridiques s’il existe un régime provincial dont la rigueur lui est comparable, quelle que soit sa forme. À titre d’exemple, le gouverneur en conseil a refusé d’assujettir l’Alberta à la partie 2 de la *LTPGES*, parce que le régime d’innovation technologique et de réduction des émissions (*Technology Innovation and Emissions Reduction Regulation* (« TIER »)) conçu par cette province est considéré comme conforme aux exigences fédérales au titre de la rigueur : Alberta, *TIER Regulation Fact Sheet*, juillet 2020 (en ligne). Le gouvernement de l’Alberta a lui-même décrit ce régime comme étant une approche [TRADUCTION] « efficace du point de vue des coûts et conçue sur mesure pour les industries et les priorités de l’Alberta » : *TIER Regulation Fact Sheet*. De même, la partie 2 s’applique seulement en partie à la Saskatchewan, étant donné que cette province a adopté son propre régime de normes de tarification fondées sur le rendement pour les grandes installations industrielles. La partie 2 s’applique uniquement à la production d’électricité et aux pipelines de transport de gaz naturel, activités exemptées de l’application du système élaboré par la Saskatchewan : motifs de la Cour d’appel de la Saskatchewan, par. 50; voir aussi Environnement et Changement climatique Canada, *Saskatchewan et tarification de la pollution*, 21 février 2019 (en ligne).

(e) *Conclusion sur le caractère véritable*

[80] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que la matière véritable de la *LTPGES* est l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. Avec égards, je ne peux adhérer aux qualifications plus générales avancées par les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario et de

Alberta. Not only is GHG pricing central to the *GGPPA*, but Parts 1 and 2 of the statute operate as a backstop by creating a national GHG pricing floor. In my view, a national GHG pricing scheme is not merely the means of achieving the end of reducing GHG emissions. Rather, it is the entire matter to which the *GGPPA* is directed, as is evident from the analysis of the purpose and effects of the statute. It is also the most precise characterization of the subject matter of the *GGPPA*, as it accurately reflects both what the statute does — imposing a minimum standard of GHG price stringency — and why the statute does what it does — reducing GHG emissions in order to mitigate climate change: see *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“*COPA*”), at para. 17.

[81] I would pause here to note that my colleague Brown J. argues that the phrase “minimum national standards” is an artifice that adds nothing to the pith and substance of the *GGPPA*. I respectfully disagree. Here, “minimum national standards” gives expression to the national backstop nature of the *GGPPA*. In my view, this phrase adds something essential to the pith and substance that goes to the true subject matter of the *GGPPA*, because the statute operates as a national backstop that gives effect to Parliament’s purpose of ensuring that GHG pricing applies broadly across Canada. “Minimum national standards” expresses the fact that the *GGPPA* functions through the imposition of an outcome-based minimum legal standard on all provinces and territories at all times. This contrasts with the proposed federal legislation the Court considered in *2011 Securities Reference*, which had not been enacted to impose a unified system of securities regulation for Canada that would apply in all the provinces and territories, but would instead have permitted provinces to opt in, in the hope that this would create an effective unified national securities regulation system: para. 31. By contrast, the *GGPPA* applies in all the provinces at all times. It is “national” in scope. At the same time, the backstop system set out in the *GGPPA* also gives the provinces flexibility by allowing them to implement

la Cour d’appel de l’Alberta. Non seulement la tarification des émissions de GES est-elle un élément central de la *LTPGES*, mais les parties 1 et 2 de cette loi agissent comme un filet de sécurité en établissant une tarification-plancher nationale à l’égard des GES. À mon avis, ce régime national de tarification des GES ne constitue pas simplement le moyen de réaliser la fin recherchée — à savoir la réduction des émissions de GES —, mais il représente plutôt la matière complète visée par la *LTPGES*, comme le révèle clairement l’analyse de l’objet et des effets de celle-ci. C’est aussi la qualification la plus précise de la matière de la *LTPGES*, en ce qu’elle reflète exactement à la fois ce que la loi accomplit — imposer une norme minimale de tarification rigoureuse des émissions de GES — et pourquoi elle le fait — réduire les émissions de GES afin d’atténuer les changements climatiques : voir *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 17.

[81] Je marque un temps d’arrêt ici pour souligner que mon collègue le juge Brown affirme que l’expression « normes nationales minimales » n’est qu’un artifice qui n’ajoute rien au caractère véritable de la *LTPGES*. Avec égards, je suis d’avis que cette affirmation est erronée. En l’espèce, l’expression « normes nationales minimales » exprime concrètement le caractère de filet de sécurité national de la *LTPGES*. Selon moi, cette expression ajoute au caractère véritable quelque chose d’essentiel, qui touche à la matière véritable de la *LTPGES*, car celle-ci agit comme un filet de sécurité fédéral qui donne effet à l’objectif du Parlement qui consiste à assurer l’application étendue de la tarification des GES au Canada. L’existence de ces « normes nationales minimales » indique que la *LTPGES* opère en imposant une norme minimale légale fondée sur le rendement applicable en tout temps à l’ensemble des provinces et territoires. En cela, la *LTPGES* se distingue de la loi fédérale qui était examinée dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, loi qui ne visait pas à imposer unilatéralement un régime canadien unifié de réglementation des valeurs mobilières applicable à l’ensemble des provinces et territoires, mais leur aurait plutôt permis d’y adhérer, dans l’espoir de créer un régime national unifié effectif de réglementation des valeurs mobilières :

their own GHG pricing mechanisms, provided they meet the federally determined standard of stringency. It imposes “minimum standards”. In this way, the *GGPPA* does not create a blunt unified national system. The national GHG pricing system provided for in it is limited to the imposition of minimum national standards of stringency.

[82] Moreover, the legislation in this case is distinguishable from the equivalency provision of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), that was considered in *Hydro-Québec*. In that case, the equivalency provision was but one feature of the federal legislation at issue, which had a broader pith and substance of prohibiting acts causing the entry of certain toxic substances into the environment: para. 130. In the instant case, as I have mentioned, the *GGPPA* operates as a backstop. The intrinsic evidence, the extrinsic evidence, the legal effects and the practical effects all illustrate that operation as a backstop is the main thrust and dominant characteristic of the *GGPPA*. In my view, a mechanism that may be a mere feature of one law can be the defining feature of another law such that it goes to that other law’s pith and substance. The evidence in this case clearly shows that Parliament acted with a remedial mindset in order to address the risks of provincial non-cooperation on GHG pricing by establishing a national GHG pricing floor.

[83] I also note here that my colleague Côté J. finds that ss. 166(2), 166(4), 168(4) and 192 of the *GGPPA* are unconstitutional delegations of power to the Governor in Council: at para. 242. I respectfully disagree.

par. 31. Par comparaison, la *LTPGES* s’applique dans toutes les provinces en tout temps. Elle a un caractère « national ». Toutefois, le filet de sécurité prévu par la *LTPGES* accorde aux provinces la flexibilité nécessaire en leur permettant d’établir leur propre régime de tarification des GES, pourvu que celui-ci respecte la norme fixée par le fédéral relativement à la rigueur de ces régimes. Elle impose des « normes minimales ». Pour cette raison, la *LTPGES* ne constitue pas un système unifié national général. Le régime national de tarification des GES créé par la *LTPGES* se limite à imposer des normes nationales minimales de tarification rigoureuse.

[82] En outre, la loi en cause dans la présente affaire peut être distinguée du mécanisme des dispositions équivalentes de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. 1985, c. 16 (4<sup>e</sup> suppl.), considéré dans l’affaire *Hydro-Québec*. Dans cette affaire, ces dispositions ne constituaient qu’un aspect parmi d’autres de la loi fédérale contestée, dont le caractère véritable était plus large et visait à prohiber le rejet de certaines substances toxiques dans l’environnement : par. 130. En l’espèce, comme je l’ai mentionné, la *LTPGES* agit comme un filet de sécurité. Tant les éléments de preuve intrinsèque que les éléments de preuve extrinsèque, les effets juridiques et les effets pratiques indiquent que ce rôle de filet de sécurité représente l’objet principal et la caractéristique dominante de la *LTPGES*. Il est possible, selon moi, qu’un mécanisme ne constituant qu’un simple aspect parmi d’autres dans une loi donnée puisse, dans une autre, constituer la caractéristique déterminante de celle-ci, à tel point qu’il en détermine le caractère véritable. Et, en l’espèce, la preuve démontre clairement que le Parlement a agi dans une perspective de remédiation, afin de parer aux risques de non-coopération de provinces dans la tarification des GES lorsqu’il a établi une tarification-plancher nationale à cet égard.

[83] J’ouvre une autre parenthèse ici pour signaler que ma collègue la juge Côté conclut que les par. 166(2), 166(4) et 168(4), ainsi que l’art. 192, de la *LTPGES* constituent une délégation inconstitutionnelle de pouvoirs au gouverneur en conseil : par. 242. Avec égards, je suis d’avis que cette conclusion est erronée.

[84] First, it is necessary to review the concept of delegation. As this Court explained in *2018 Securities Reference*, the principle of parliamentary sovereignty “means that the legislature has the authority to enact laws on its own *and* the authority to delegate to some other person or body certain administrative or regulatory powers, including the power to make binding but subordinate rules and regulations”: para. 73 (emphasis in original). Delegation is common in the administrative state: *ibid.* As this Court further explained, “a delegated power is rooted in and limited by the governing statute . . . . [T]he sovereign legislature always ultimately retains the complete authority to revoke any such delegated power”: para. 74.

[85] This Court has consistently held that delegation such as the one at issue in this case is constitutional. Even broad or important powers may be delegated to the executive, so long as the legislature does not abdicate its legislative role. In *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, the starting point of the jurisprudence on delegated authority, the Privy Council found that the Ontario legislature’s delegation of power to a board to regulate and license taverns was constitutional. The Privy Council held that delegating the power to make “important regulations” did not amount to an abdication of the legislature’s role and that the choice and the extent of any such delegation were matters for the legislature, not the courts. Next, in *Re George Edwin Gray* (1918), 57 S.C.R. 150, this Court affirmed the constitutionality of a very broad grant of law-making power by Parliament to the Governor in Council that included a “Henry VIII clause”, that is, a clause by which Parliament delegates to the executive the power to make regulations that amend an enabling statute: see also *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (P.C.), in which a broad delegation to the provincial executive by way of a provincial skeletal statute was upheld. This Court affirmed and applied *Re Gray* in *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1. And in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, Stevenson J., writing for a unanimous Court, commented in obiter that “[t]he power of Parliament to delegate its legislative

[84] Il convient d’abord d’expliquer le concept de délégation. Ainsi que l’a expliqué notre Cour dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, le principe de la souveraineté parlementaire « signifie que la législature a compétence pour adopter elle-même des lois *et* pour déléguer à d’autres personnes ou organismes certains pouvoirs administratifs ou réglementaires, notamment le pouvoir d’établir des règlements contraignants, mais subordonnés » : par. 73 (en italique dans l’original). Pareille délégation est monnaie courante dans l’État administratif : *ibid.* Comme a ajouté la Cour, « le pouvoir délégué trouve sa source dans la loi habilitante et est limité par celle-ci [. . .] [L]a législature souveraine conserve toujours ultimement le pouvoir absolu de révoquer tout pouvoir ainsi délégué » : par. 74.

[85] Notre Cour a invariablement conclu à la constitutionnalité de pareille délégation. Même des pouvoirs vastes ou importants peuvent être délégués à l’exécutif, en autant que la branche législative n’abdique pas son rôle. Dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, l’arrêt qui a constitué le point de départ de la jurisprudence sur la délégation de pouvoirs, le Conseil privé a jugé constitutionnelle la délégation à un organisme par l’assemblée législative de l’Ontario du pouvoir de réglementer les tavernes et de leur délivrer des permis. Le Conseil privé a conclu que la délégation du pouvoir de prendre des [TRA-DUCTION] « règlements importants » ne saurait être assimilée à l’abdication par la législature de son rôle, et que la décision de procéder à une telle délégation, ainsi que l’étendue de celle-ci, relèvent de la législature concernée, et non des tribunaux. Par la suite, dans *Re George Edwin Gray* (1918), 57 R.C.S. 150, notre Cour a confirmé la constitutionnalité de l’octroi par le Parlement d’un très large pouvoir de légiférer au gouverneur en conseil, y compris le recours à une « clause Henry VIII », moyen par lequel le Parlement délègue à l’exécutif le pouvoir de prendre des règlements qui modifient une loi habilitante : voir aussi *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708 (C.P.), qui a confirmé la délégation à l’exécutif provincial de vastes pouvoirs au moyen d’une loi provinciale squelettique. Notre Cour a confirmé et appliqué l’arrêt *Re Gray* dans *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1. Et, dans *R.*

powers has been unquestioned, at least since the *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*. The delegate is, of course, always subordinate in that the delegation can be circumscribed and withdrawn”: p. 104 (citations omitted). This governing law has been consistently applied by courts of appeal: see, e.g., *R. v. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321, at paras. 20-23 (C.A.); *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618, at para. 63; *House of Sga’nisim v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, 41 B.C.L.R. (5th) 23, at paras. 89-91.

[86] None of the impugned provisions are unconstitutional delegations of power to the Governor in Council. Sections 166(2), 166(4) and 192 of the *GGPPA* are permissible delegations of law-making power to the Governor in Council to implement Parliament’s policy choice to legislate a nationwide GHG pricing backstop. Section 166(2) and s. 166(4) allow the Governor in Council to determine where and to what the fuel charge established and detailed in Part 1 of the statute applies. Section 192 permits the Governor in Council to make regulations to implement the OBPS established in Part 2 of the *GGPPA*. Legislatures frequently include provisions with a similar regulation-making scope to that of s. 192 in complex environmental legislative schemes: see, e.g., *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 175.1 to 177 (provisions that have been used to develop a scheme equivalent to the OBPS in *Greenhouse Gas Emissions Performance Standards*, O. Reg. 241/19); *Carbon Tax Act*, S.B.C. 2008, c. 40, s. 84; *Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act*, S.B.C. 2014, c. 29, ss. 46 to 53; *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 37(1), 59, 86, 120, 122(1), 133, 146, 162, 166, 175, 187, 193 and 239; *Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2, s. 46.5 (a provision used to develop Quebec’s cap-and-trade system in *Regulation respecting a cap-and-trade system for greenhouse gas emission allowances*, CQLR, c. Q-2, r. 46.1). Indeed, it is common for a statute to “set out the legislature’s basic objects

*c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, le juge Stevenson, qui a rédigé l’opinion unanime de la Cour, a souligné dans une remarque incidente que « [l]e pouvoir du Parlement de déléguer ses pouvoirs législatifs n’a pas été mis en doute, au moins depuis *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*. Le délégataire est naturellement toujours subordonné parce que la délégation peut être limitée et retirée » : p. 104 (références omises). Cette règle de droit qui fait autorité est appliquée de façon constante par les cours d’appel : voir, p. ex., *R. c. P. (J.)* (2003), 67 O.R. (3d) 321, par. 20-23 (C.A.); *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618, par. 63; *House of Sga’nisim c. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 49, 41 B.C.L.R. (5th) 23, par. 89-91.

[86] Aucune des dispositions attaquées ne constitue une délégation non permise de pouvoirs au gouverneur en conseil. Les paragraphes 166(2) et 166(4) ainsi que l’art. 192 de la *LTPGES* constituent des délégations permises, en faveur du gouverneur en conseil, de pouvoirs législatifs subordonnés pour mettre en œuvre la politique choisie par le Parlement, c’est-à-dire créer par voie législative un filet de sécurité applicable dans l’ensemble du pays en matière de tarification des GES. Les paragraphes 166(2) et 166(4) autorisent le gouverneur en conseil à décider où et à quoi s’applique la redevance sur les combustibles établie et précisée à la partie 1 de la loi. L’article 192 permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements en vue de mettre en œuvre le STFR établi par la partie 2 de la *LTPGES*. De fait, des législateurs provinciaux incluent fréquemment dans des régimes législatifs environnementaux complexes des dispositions conférant des pouvoirs de réglementation de portée analogue à ceux prévus à l’art. 192 : voir, p. ex., la *Loi sur la protection de l’environnement*, L.R.O. 1990, c. E.19, art. 175.1 à 177 (dispositions utilisées pour concevoir un régime équivalent au STFR dans le règlement intitulé *Normes de rendement à l’égard des émissions de gaz à effet de serre*, Règl. De l’Ont. 241/19); *Carbon Tax Act*, S.B.C. 2008, c. 40, art. 84; *Greenhouse Gas Industrial Reporting and Control Act*, S.B.C. 2014, c. 29, art. 46 à 53; *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, par. 37(1), art. 59, 86 et 120, par. 122(1), art. 133, 146, 162,

and provisions”, while “most of the heavy lifting [is] done by regulations, adopted by the executive branch of government under orders-in-council”: B. McLachlin, P.C., *Administrative Tribunals and the Courts: An Evolutionary Relationship*, May 27, 2013 (online).

[87] To the extent that the *GGPPA* delegates to the executive the power to make regulations that amend the statute, such as in s. 168(4), this too, constitutes a permissible delegation to the Governor in Council. As I explained above, the constitutionality of Henry VIII clauses is settled law, and I would decline to revisit the issue in this case. Furthermore, the power to make regulations under a Henry VIII clause is not exempted from the general rules of administrative law. Any regulation that is made must be consistent both with specific provisions of the enabling statute and with its overriding purpose or object (*Waddell v. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266 (B.C.S.C.), at p. 292, quoted in *Katz Group*, at para. 24), and it must be “within the scope [of] and subject to the conditions prescribed” by that statute (*Re Gray*, at p. 168). Therefore, the scope of the authority delegated in s. 168(4) is limited by and subject to the provisions of the *GGPPA*. The Governor in Council cannot use s. 168(4) of the *GGPPA* to alter the character of Part 1 of the statute, since any exercise of this authority to make regulations that are inconsistent with either the general purpose of reducing GHG emissions through the specific means of establishing minimum national standards of GHG price stringency would be *ultra vires* the *GGPPA* and open to judicial review. Moreover, the Governor in Council’s power under s. 168(4) can be revoked by Parliament.

166, 175, 187, 193 et 239; *Loi sur la qualité de l’environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 46.5 (disposition invoquée pour concevoir le système québécois de plafonnement et d’échange dans le *Règlement concernant le système de plafonnement et d’échange de droits d’émission de gaz à effet de serre*, RLRQ, c. Q-2, r. 46.1). De fait, il est fréquent que la loi « énon[ce] les grands objectifs et mécanismes arrêtés par le législateur », et que « le gros de la gouvernance se fa[sse] [. . .] par voie réglementaire, conformément à des décrets de l’exécutif » : B. McLachlin, C.P., *Tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires : une relation en évolution*, 27 mai 2013 (en ligne).

[87] Dans la mesure où la *LTPGES* délègue à l’exécutif le pouvoir de prendre des règlements modifiant la loi, comme elle le fait au par. 168(4), cela constitue également une délégation permise en faveur du gouverneur en conseil. Comme je l’ai expliqué plus tôt, la constitutionnalité des clauses Henry VIII est bien établie en droit, de telle sorte qu’il est inutile de la réexaminer en en l’espèce. De plus, le pouvoir d’établir des règlements en vertu d’une clause Henry VIII n’est pas soustrait aux règles générales du droit administratif. Tout règlement établi de cette façon doit être conforme à la fois aux dispositions pertinentes de la loi habilitante et à l’objet dominant de celle-ci (*Waddell c. Governor in Council* (1983), 8 Admin. L.R. 266 (C.S. C.-B.), p. 292, cité dans *Katz Group*, par. 24), et il doit [TRADUCTION] « être visé par les conditions prescrites [par cette loi] et assujetti à celles-ci » (*Re Gray*, p. 168). En conséquence, la portée du pouvoir délégué au par. 168(4) est restreinte par les conditions de la *LTPGES* et assujettie à celles-ci. Le gouverneur en conseil ne peut utiliser le par. 168(4) de la *LTPGES* pour modifier la nature de la partie 1 de la loi, car tout exercice du pouvoir de prendre des règlements qui seraient incompatibles avec l’objet général de la loi, à savoir la réduction des émissions de GES par le moyen précis qui consiste à établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES serait *ultra vires* de la *LTPGES* et susceptible de contrôle judiciaire. En outre, le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le par. 168(4) est un pouvoir qui peut être révoqué par le Parlement.

[88] In the case at bar, Parliament, far from abdicating its legislative role, has in the *GGPPA* instituted a policy for combatting climate change by establishing minimum national standards of GHG price stringency. Sections 166(2), 166(4), 168(4) and 192 of the *GGPPA* simply delegate to the executive a power to implement this policy. This delegation of power is within constitutionally acceptable limits and the general rules of administrative law apply to constrain the Governor in Council's discretion under all of these provisions.

### C. *Classification of the GGPPA*

#### (1) National Concern Doctrine

[89] Canada argues that the *GGPPA* is constitutional on the basis of the national concern doctrine. This doctrine is derived from the introductory clause of s. 91 of the Constitution, which empowers Parliament “to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces” (“POGG power”). According to the doctrine, the federal government has jurisdiction over matters that are found to be of inherent national concern. As Professor Hogg explains, it “is residuary in its relationship to the provincial heads of power”: p. 17-1 to 17-2. Therefore, the national concern doctrine does not allow Parliament to legislate in relation to matters that come within the classes of subjects assigned exclusively to the provinces under s. 92. The national concern test is the mechanism by which matters of inherent national concern, which transcend the provinces, can be identified.

[90] The effect of finding that a matter is one of national concern is permanent: see *Re: Anti-Inflation Act*, at pp. 460-61. For this reason, a finding that the federal government has authority on the basis of the national concern doctrine raises special concerns about maintaining the constitutional division of

[88] Il s'ensuit donc que, loin d'abdiquer son rôle de législateur en l'espèce, le Parlement a créé dans la *LTPGES* une politique de lutte contre les changements climatiques reposant sur l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES. Les paragraphes 166(2), 166(4) et 168(4) ainsi que l'art. 192 de la *LTPGES* ne font qu'autoriser l'exécutif à mettre en œuvre cette politique. Cette délégation de pouvoir respecte les limites constitutionnellement acceptables et les règles générales du droit administratif s'appliquent et ont pour effet de circonscrire l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du gouverneur en conseil en vertu de toutes ces dispositions.

### C. *Classification de la LTPGES*

#### (1) La théorie de l'intérêt national

[89] Le fédéral soutient que la *LTPGES* est constitutionnelle sur la base de la théorie de l'intérêt national. Cette théorie puise sa source dans l'alinéa introductif de l'art. 91 de la Constitution, qui habilite le Parlement à « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces » (« pouvoir POBG »). Cette théorie reconnaît compétence au législateur fédéral sur des matières jugées d'intérêt intrinsèquement national. Comme l'explique le professeur Hogg, la théorie [TRADUCTION] « est résiduelle par rapport aux chefs de compétence provinciaux » : p. 17-1 à 17-2. En conséquence, la théorie de l'intérêt national n'autorise pas le Parlement à légiférer relativement à des matières qui tombent dans les catégories de sujets assignés exclusivement aux provinces par l'art. 92. La théorie de l'intérêt national est le mécanisme qui permet d'identifier les matières d'intérêt intrinsèquement national qui transcendent les provinces.

[90] L'effet de la reconnaissance d'une matière en tant que matière d'intérêt national est permanent : voir *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 460-461. Pour cette raison, le fait de conclure que le gouvernement fédéral a compétence en vertu de la théorie de l'intérêt national soulève des préoccupations spéciales en

powers. As La Forest J. put it in *Crown Zellerbach*, when the federal government asserts its authority on this basis, “[t]he challenge for the courts, as in the past, will be to allow the federal Parliament sufficient scope to acquit itself of its duties to deal with national and international problems while respecting the scheme of federalism provided by the Constitution” (p. 448). By grappling with this challenge over time, the courts have developed a workable framework for identifying federal authority on the basis of the national concern doctrine in appropriate, exceptional cases *and* for adequately constraining federal power in accordance with the principle of federalism.

[91] Below, I will trace the development of this framework, beginning with a discussion of the origins of the doctrine in Privy Council cases. I will then review how this Court has dealt with the doctrine, consistently taking a restrained approach to applying it while gradually developing its legal framework. Next, I will identify and clarify some areas of ongoing uncertainty with respect to the national concern doctrine and review the test for applying it. Lastly, I will apply the test to determine whether the *GGPPA* represents a valid exercise of a federal power based on the national concern doctrine.

(a) *Origins of the National Concern Doctrine*

[92] The first two cases in which the Privy Council dealt with the national concern doctrine, *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.), and *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.) (“*Local Prohibition Reference*”), speak to the potential for expansion of federal power on the basis of the doctrine and to the importance of placing adequate constraints on that power.

[93] The issue in *Russell* was the constitutionality of the *Canada Temperance Act, 1878*, S.C. 1878,

ce qui trait au partage des compétences prévu par la Constitution. Comme l’a souligné le juge La Forest dans *Crown Zellerbach*, lorsque le gouvernement fédéral se dit compétent sur la base de cette théorie : « . . . le défi auquel feront face les tribunaux consiste, comme par le passé, à accorder au Parlement fédéral suffisamment de latitude pour lui permettre de s’acquitter de son obligation de régler les problèmes nationaux et internationaux, tout en respectant le régime fédéral prévu par la Constitution » (p. 448). Les tribunaux appelés à relever ce défi ont, au fil de leurs décisions, élaboré un cadre d’analyse applicable, qui permet de reconnaître compétence au gouvernement fédéral en vertu de la théorie de l’intérêt national dans des affaires exceptionnelles s’y prêtant *et* de circonscrire adéquatement cette compétence conformément au principe du fédéralisme.

[91] Ci-après, je vais retracer l’historique de l’élaboration de ce cadre d’analyse, en commençant par l’examen des origines de la théorie dans la jurisprudence du Conseil privé. Je vais ensuite expliquer comment notre Cour a traité de cette théorie, l’appliquant constamment de façon modérée pendant qu’elle en élaborait graduellement son cadre juridique. Puis, je vais indiquer et clarifier certaines incertitudes persistantes au sujet de la théorie de l’intérêt national, et revoir l’analyse servant à son application. Enfin, je vais appliquer cette analyse pour déterminer si la *LTPGES* résulte d’un exercice valide de pouvoirs fédéraux fondés sur la théorie de l’intérêt national.

a) *Les origines de la théorie de l’intérêt national*

[92] Les deux premières affaires dans lesquelles le Conseil privé s’est penché sur la théorie de l’intérêt national, *Russell c. La Reine* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.), et *Procureur général de l’Ontario c. Procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348 (C.P.) (« *Renvoi sur les prohibitions locales* »), traitent du potentiel d’élargissement des pouvoirs fédéraux susceptible de découler de l’application de la théorie de l’intérêt national, et de l’importance d’assortir de tels pouvoirs de limites adéquates.

[93] Dans l’arrêt *Russell*, la question en litige concernait la constitutionnalité de l’*Acte de*

c. 16, a federal statute establishing a local-option prohibition scheme, that is, one that required local action in order to come into force in a given county or city. Sir Montague E. Smith noted that the scope and objects of the law were general — “to promote temperance by means of a uniform law throughout the Dominion” — and that intemperance was “assumed to exist throughout the Dominion”: pp. 841-42. He concluded that the law fell within federal jurisdiction: “Parliament deals with the subject as one of general concern to the Dominion, upon which uniformity of legislation is desirable, and the Parliament alone can so deal with it” (p. 841). As commentators have noted, the reasoning in *Russell* appeared to open the door to a potentially unlimited scope of federal power: A. S. Abel, “What Peace, Order and Good Government?” (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 1, at pp. 4-5; Hogg, at pp. 17-8 to 17-12.

[94] The next time the Privy Council considered the national concern doctrine, it recognized the potential breadth of the federal power as defined in *Russell* and sounded a strong note of caution. *Local Prohibition Reference* concerned the constitutionality of a provincial local-option prohibition scheme. The Privy Council accepted “that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion” and therefore to fall under federal jurisdiction on the basis of the national concern doctrine: p. 361. However, Lord Watson recognized the risk the national concern doctrine represented for the division of powers in no uncertain terms: a failure to properly confine its application “would practically destroy the autonomy of the provinces”: p. 361. He stressed that federal authority based on the national concern doctrine must be “strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance” (p. 360) and urged courts to exercise “great caution . . . in distinguishing between that which is local and provincial, and therefore within the jurisdiction of the provincial legislatures, and that which has ceased to be merely local or provincial,

*Tempérance du Canada, 1878*, S.C. 1878, c. 16, une loi fédérale qui établissait un régime de mesures facultatives de prohibition locale, c’est-à-dire un régime qui nécessitait une intervention à l’échelle locale pour entrer en vigueur dans la ville ou le comté concerné. Sir Montague Smith a souligné que la portée et l’objet de la loi étaient généraux — [TRADUCTION] « promouvoir la tempérance au moyen d’une loi uniforme dans tout le Dominion » —, et que l’intempérance était « réputée sévir dans tout le Dominion » : p. 841-842. Il a conclu qu’il s’agissait d’une loi relevant de la compétence du fédéral : [TRADUCTION] « le Parlement considère que le sujet est d’intérêt général pour le Dominion, qu’il est souhaitable d’avoir à cet égard une législation uniforme, et que seul le Parlement peut s’en charger » (p. 841). Comme l’ont souligné des auteurs, le raisonnement exposé dans l’arrêt *Russell* semblait ouvrir la porte à un élargissement potentiellement illimité des pouvoirs fédéraux sur la base de la théorie de l’intérêt national : A. S. Abel, « What Peace, Order and Good Government? » (1968), 7 *West. Ont. L. Rev.* 1, p. 4-5; Hogg, p. 17-8 à 17-12.

[94] Dans son arrêt suivant où se soulevait la théorie de l’intérêt national, le Conseil privé a reconnu l’étendue potentielle du pouvoir fédéral défini dans l’arrêt *Russell* et a formulé une sérieuse mise en garde. Le *Renvoi sur les prohibitions locales* portait sur la constitutionnalité d’un régime de mesures facultatives de prohibition locale. Le Conseil privé a admis que [TRADUCTION] « certaines matières à l’origine locales et provinciales puissent atteindre des proportions telles qu’elles affecteraient le corps politique du Dominion », et en conséquence relever de la compétence du fédéral sur la base de la théorie de l’intérêt national : p. 361. Toutefois, Lord Watson a reconnu et exprimé en termes non équivoques le risque que présentait cette théorie pour le partage des compétences : le défaut de restreindre adéquatement l’application de cette théorie [TRADUCTION] « détruirait en pratique l’autonomie des provinces » : p. 361. Il a souligné que la reconnaissance de pouvoirs au gouvernement fédéral par application de la théorie de l’intérêt national doit [TRADUCTION] « strictement se restreindre aux questions qui sont incontestablement d’importance ou d’intérêt national » (p. 360), et il a exhorté les tribunaux à exercer « une grande

and has become [a] matter of national concern, in such sense as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada” (p. 361). The Privy Council upheld the provincial legislation at issue in that case. Applying the double aspect doctrine, it held that provinces could regulate traffic in alcohol from a local point of view where there was no issue with respect to federal paramountcy: pp. 365-70; see also Hogg, at pp. 17-8 to 17-9.

[95] The cautious approach urged in *Local Prohibition Reference* was reflected in the rejection of federal jurisdiction over the regulation of insurance in *In Re “Insurance Act, 1910”* (1913), 48 S.C.R. 260 (“*Insurance Reference SCC*”), aff’d *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (“*Insurance Reference PC*”). In a majority opinion that was subsequently affirmed by the Privy Council, Duff J. rejected the idea that the growth of the insurance business to “great proportions” across Canada should ground the application of the POGG power: p. 304. Duff J. was alive to the risk that an unconstrained approach to that power could result in a continual expansion of federal jurisdiction over the provincial private sector simply as a consequence of business growth.

[96] As Professor G. Le Dain wrote before being appointed to this Court, although it had been decided in the Insurance References that “mere growth and extent was not to be the criterion for [the] application of the general power”, the criterion that should be applied was not yet clear: “Sir Lyman Duff and the Constitution” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261, at p. 277. The need to be cautious in applying the national concern doctrine followed from *Local Prohibition Reference*, but the limits on the federal power were not fully defined. In a series of cases over the next few decades, the Privy Council, searching for a “concrete, specific and restrictive criterion” in order to limit federal power based on the POGG clause, sought to restrict its application of that clause

prudence en distinguant ce qui est local et provincial, et par conséquent du ressort des législatures provinciales, d’avec ce qui a cessé d’être purement local ou provincial pour revêtir un aspect national, de façon à relever de la compétence du Parlement du Canada » (p. 361). Le Conseil privé a confirmé la validité de la loi provinciale qui était contestée dans cette affaire. Appliquant la théorie du double aspect, il a jugé que les provinces pouvaient régir le commerce de l’alcool à l’échelle locale, dans la mesure où ne se soulevait aucune question liée à la prépondérance fédérale : p. 365-370; voir aussi Hogg, p. 17-8 à 17-9.

[95] L’approche prudente préconisée dans le *Renvoi sur les prohibitions locales* s’est manifestée par le refus de reconnaître compétence au gouvernement fédéral à l’égard de la réglementation des assurances dans l’affaire *In re « Insurance Act, 1910 »* (1913), 48 R.C.S. 260 (« *Renvoi sur les assurances — CSC* »), conf. par *Procureur général du Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (« *Renvoi sur les assurances — CP* »). Dans une opinion majoritaire, confirmée par la suite par le Conseil privé, le juge Duff a rejeté l’idée que le fait que le secteur des assurances avait connu un [TRADUCTION] « essor considérable » à travers le Canada justifiait l’application du pouvoir POGG : p. 304. Le juge Duff était conscient que le recours illimité à ce pouvoir risquait d’entraîner un élargissement constant des pouvoirs fédéraux sur le secteur privé provincial, du seul fait de la croissance des activités commerciales.

[96] Comme a écrit le professeur G. Le Dain avant d’être nommé juge de la Cour, bien qu’il ait été décidé dans les Renvois sur les assurances que [TRADUCTION] « le seul fait de la croissance et de l’expansion [d’un secteur] ne doit pas constituer le critère d’application du pouvoir général », le critère qui devait être appliqué n’était pas encore évident : « Sir Lyman Duff and the Constitution » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261, p. 277. La nécessité de faire montre de prudence dans l’application de la théorie de l’intérêt national découlait du *Renvoi sur les prohibitions locales*, mais les limites du pouvoir fédéral n’étaient pas pleinement définies. Dans une série d’arrêts qu’il a rendus au cours des quelques décennies qui ont suivi, le Conseil privé, recherchant

to emergencies: *Le Dain*, at pp. 277-81; see also *Hogg*, at p. 17-9.

[97] These cases did not satisfactorily reconcile the emergency requirement with the reasoning in *Russell* and *Local Prohibition Reference*. The Privy Council ultimately confronted this problem in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193. In that case, the issue was the constitutionality of a substantially similar successor to the temperance statute that had been considered in *Russell*. Viscount Simon rejected an argument that the POGG power could apply only in an emergency. In the critical passage of his reasons, he stated the test as follows:

... the true test must be found in the real subject matter of the legislation: if it is such that it goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the *Aeronautics* case and the *Radio* case), then it will fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, though it may in another aspect touch on matters specially reserved to the provincial legislatures. War and pestilence, no doubt, are instances; so, too, may be the drink or drug traffic, or the carrying of arms. In *Russell v. The Queen*, Sir Montague Smith gave as an instance of valid Dominion legislation a law which prohibited or restricted the sale or exposure of cattle having a contagious disease. [Citations omitted; pp. 205-6.]

Some of the examples Viscount Simon listed, such as war, would of course satisfy an emergency requirement. The precise distinction between emergency cases and national concern cases was ultimately clarified some decades later: see *Re: Anti-Inflation Act*, at

un [TRADUCTION] « critère concret, précis et restrictif » afin de limiter la reconnaissance de pouvoirs fédéraux sur le fondement du pouvoir POBG, a tenté de restreindre l'application de ce pouvoir aux situations d'urgence : *Le Dain*, p. 277-281; voir aussi *Hogg*, p. 17-9.

[97] Ces arrêts n'ont pas permis de concilier de manière satisfaisante l'exigence relative à l'existence d'une urgence avec le raisonnement appliqué dans les affaires *Russell* et *Renvoi sur les prohibitions*. Le Conseil privé a finalement abordé de front ce problème dans *Procureur général de l'Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (« *Canada Temperance Federation* »). Dans cette affaire, la question en litige était la constitutionnalité d'une loi postérieure et essentiellement similaire à la loi sur la tempérance qui avait été examinée dans l'arrêt *Russell*. Le vicomte Simon a rejeté l'argument selon lequel le pouvoir POBG ne pouvait s'appliquer qu'en présence de situations d'urgence. Dans l'extrait crucial de ses motifs, il a décrit l'analyse en ces termes :

[TRADUCTION] ... c'est dans la vraie matière de cette législation qu'il faut en rechercher le caractère véritable : si elle est telle qu'elle dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble, par exemple, dans les affaires de l'*aéronautique* et de la *radiocommunication*, elle entre alors dans les attributions du Parlement du Dominion à titre de matière relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada, en dépit du fait qu'elle peut, à d'autres égards, se rattacher à des matières spécifiquement réservées aux législatures provinciales. La guerre et une épidémie de peste en sont sans nul doute des exemples; il peut en être de même du trafic des boissons ou des drogues ou du port d'armes. Dans l'affaire *Russell c. La Reine*, sir Montague Smith a cité comme exemple de législation fédérale valide une loi qui prohiberait ou limiterait la vente ou l'exposition du bétail atteint d'une maladie contagieuse. [Références omises; p. 205-206.]

Il va de soi que certains des exemples énumérés par le vicomte Simon, notamment une guerre, satisferaient à l'exigence relative à l'existence d'une situation d'urgence. La distinction entre les affaires basées sur une situation d'urgence et celles concernant une

pp. 459-461. But the holding of *Canada Temperance Federation* with respect to national concern is clear: an emergency is not required for a case to meet the national concern test; instead, the test is whether the real subject matter of the legislation goes beyond provincial concern and is, from its inherent nature, the concern of the country as a whole. On this basis, Viscount Simon firmly established national concern as a distinct branch of the POGG power that grounded federal jurisdiction over matters that were inherently of national concern.

(b) *Early Application of the National Concern Doctrine by the Court*

[98] This Court stepped into its role as the final court of appeal for Canada in 1949. Over the next two decades, there were only two matters that the Court, relying on the *Canada Temperance Federation* test and heeding the concern for provincial autonomy highlighted in *Local Prohibition Reference*, found to come within federal jurisdiction on the basis of national concern. The first was aeronautics (*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292). The second was the development of the National Capital Region: *Munro*, at p. 671. In the same period, Canadian lower courts identified a third matter of national concern, the control of atomic energy: *Pronto Uranium Mines Limited v. The Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.); *Denison Mines Ltd. v. Attorney-General of Canada*, [1973] 1 O.R. 797 (H.C.).

[99] Ten years after *Munro*, the Court applied the national concern doctrine again, for the first time in the environmental context: *Interprovincial Co-operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477. The issue was whether Manitoba could legislate in relation to pollution that originated outside its provincial boundaries but caused damage within them. The majority in the result, in reasons written

matière d'intérêt national a finalement été précisée quelques décennies plus tard : voir *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 459-461. Mais la conclusion tirée dans *Canada Temperance Federation* relativement à l'intérêt national est claire : l'existence d'une situation d'urgence n'est pas requise pour que le critère de l'intérêt national soit respecté; ce critère consiste plutôt à se demander si, de par sa nature intrinsèque, le caractère véritable de la loi déborde l'intérêt des provinces et intéresse l'ensemble du pays. En ce sens, le vicomte Simon a fermement établi la théorie de l'intérêt national en tant qu'aspect distinct du pouvoir POBG justifiant de reconnaître compétence au fédéral sur des matières d'intérêt intrinsèquement national.

b) *Débuts de l'application de la théorie de l'intérêt national par la Cour*

[98] C'est en 1949 que la Cour a commencé à jouer son rôle de tribunal d'appel de dernier ressort pour le Canada. Au cours des deux décennies qui ont suivi, s'appuyant sur l'analyse relative à l'intérêt national établie dans l'arrêt *Canada Temperance Federation* et tenant compte des préoccupations exprimées à l'égard de l'autonomie des provinces dans le *Renvoi sur les prohibitions locales*, la Cour a reconnu au gouvernement fédéral compétence sur seulement deux matières d'intérêt national. La première a été l'aéronautique (*Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292). La seconde a été le développement de la région de la capitale nationale : *Munro*, p. 671. Durant la même période, des juridictions inférieures canadiennes ont identifié une troisième matière d'intérêt national, le contrôle de l'énergie atomique : *Pronto Uranium Mines Limited c. The Ontario Labour Relations Board*, [1956] O.R. 862 (H.C.); *Denison Mines Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1973] 1 O.R. 797 (H.C.).

[99] Dix ans après l'arrêt *Munro*, la Cour a de nouveau appliqué la théorie de l'intérêt national, pour la première fois dans le domaine environnemental : *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477. La question qui se posait était celle de savoir si le Manitoba pouvait légiférer à l'égard de pollution émanant de l'extérieur de la province mais causant des dommages sur son

by Pigeon J., held that a province has no authority to legislate in relation to acts done outside the province, even if those acts cause damaging pollution to enter the province. Pigeon J. recognized that the federal government can legislate in relation to the pollution of interprovincial rivers, which he described as “a pollution problem that is not really local in scope but truly interprovincial”: p. 514. The concurring and dissenting judges also endorsed the view that the federal government has jurisdiction over interprovincial rivers: pp. 499, 520 and 525-26. Although none of the judges explicitly referenced the POGG power, the application of that power explains the result: *Crown Zellerbach*, at pp. 445-46, per La Forest J. (dissenting, but not on this point); *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1099; W. R. Lederman, “Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 614.

[100] In applying *Canada Temperance Federation* in its decisions, this Court confirmed that an emergency is not needed in order for a matter to be of national concern, and offered some incremental guidance on the criteria for identifying a matter that is inherently of national concern. Moreover, although the Court did find that the federal government had jurisdiction in a small number of cases in that period, it “exhibited the caution and restraint” displayed in the Privy Council’s approach to the doctrine: Lederman, at p. 609.

(c) *Development of the National Concern Test*

[101] The specific parameters of the limits on the federal power began to take shape in *Re: Anti-Inflation Act*, which marked the Court’s first serious effort to wrestle with the national concern doctrine. The issue was the constitutionality of the federal *Anti-Inflation Act*, S.C. 1974-75-76, c. 75, the purpose of which was to comprehensively contain and reduce inflation. A majority of the Court upheld

territoire. S’exprimant sous la plume du juge Pigeon, les juges majoritaires relativement au résultat ont statué qu’une province n’a pas le pouvoir de légiférer à l’égard d’actes accomplis à l’extérieur de ses frontières, même si ces actes causent de la pollution dommageable chez elle. Le juge Pigeon a reconnu que le gouvernement fédéral peut légiférer sur la pollution des rivières interprovinciales, situation qu’il a décrite comme étant « un problème de pollution qui n’est pas réellement de portée locale, mais véritablement interprovinciale » : p. 514. Les juges concordants et dissidents ont eux aussi souscrit à l’opinion selon laquelle le gouvernement fédéral a compétence sur les rivières interprovinciales : p. 499, 520 et 525-526. Bien qu’aucun des juges n’ait explicitement mentionné le pouvoir POBG, l’application de ce pouvoir explique le résultat : *Crown Zellerbach*, p. 445-446, le juge La Forest (dissident, mais pas sur ce point); *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1099; W. R. Lederman, « Unity and Diversity in Canadian Federalism : Ideals and Methods of Moderation » (1975), 53 *R. du B. can.* 597, p. 614.

[100] Par l’application de l’arrêt *Canada Temperance Federation* dans ses décisions, notre Cour a confirmé que l’existence d’une situation d’urgence n’est pas nécessaire pour qu’une matière soit d’intérêt national, et elle a progressivement fourni des indications sur les critères permettant d’identifier une matière qui est intrinsèquement d’intérêt national. De plus, bien qu’elle ait conclu à la compétence du fédéral dans un petit nombre de cas durant cette période, la Cour [TRADUCTION] « a fait montre de la prudence et de la circonspection » dont témoigne l’approche du Conseil privé à l’égard de la théorie : Lederman, p. 609.

c) *L’élaboration du critère de l’intérêt national*

[101] Les paramètres précis des limites de la compétence du gouvernement fédéral ont commencé à prendre forme dans l’arrêt *Renvoi : Loi anti-inflation*, qui a constitué la première affaire dans laquelle la Cour s’est colletée sérieusement avec la théorie de l’intérêt national. La question en litige portait sur la constitutionnalité de la *Loi anti-inflation*, S.C. 1974-75-76, c. 75, une loi fédérale dont l’objet était

the law as a valid exercise of Parliament's POGG power on the basis of the existence of an emergency. Although Beetz J. dissented in the result, his views on the national concern doctrine were endorsed by a majority of the Court.

[102] As in the cases discussed above, Beetz J. stressed the threat the national concern doctrine poses to provincial autonomy. In an emergency case, federal jurisdiction on the basis of the POGG power is temporary, but the national concern doctrine involves a finding of federal jurisdiction that is permanent: p. 461. Beetz J. emphasized that federal jurisdiction over a matter of national concern is exclusive. Thus, if the federal government were found to have jurisdiction over the proposed matter of "containment and reduction of inflation", then "the provinces could probably continue to regulate profit margins, prices, dividends and compensation if Parliament saw fit to leave them any room; but they could not regulate them in relation to inflation which would have become an area of exclusive federal jurisdiction": pp. 444-45. If broad subjects such as "inflation", "economic growth" or "protection of the environment" were found to be matters of national concern, the federal-provincial balance "would disappear not gradually but rapidly": p. 445.

[103] In Beetz J.'s view, the national concern doctrine does not allow for an erosion of provincial autonomy such as that. After reviewing the jurisprudence, he explained that the doctrine applies only to "clear instances of distinct subject matters which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern": p. 457. Elaborating on the framework for identifying a matter that is inherently of national concern, he found that federal authority based on the national concern doctrine had rightly been reserved for "cases

d'endiguer et de réduire l'inflation de manière générale. La Cour, à la majorité, a déclaré que la loi découlait d'un exercice valide par le Parlement du pouvoir POBG en raison de l'existence d'une situation d'urgence. Bien que le juge Beetz ait été dissident pour ce qui est du résultat, une majorité de juges ont souscrit à ses vues sur la théorie de l'intérêt national.

[102] Tout comme ce point avait été mentionné dans les affaires examinées précédemment, le juge Beetz a lui aussi souligné la menace que fait peser la théorie de l'intérêt national sur l'autonomie des provinces. Lorsqu'il existe une situation d'urgence, la compétence reconnue au fédéral en vertu du pouvoir POBG a un caractère temporaire, mais lorsque la reconnaissance repose sur la théorie de l'intérêt national, la compétence est permanente : p. 461. Le juge Beetz a également souligné que le gouvernement fédéral a compétence exclusive sur une matière d'intérêt national. En conséquence, si le fédéral se voyait reconnaître compétence sur la matière proposée, à savoir « l'endigement et la réduction de l'inflation », alors « les provinces pourraient probablement continuer à réglementer les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et la rémunération si le Parlement jugeait bon de leur laisser de la place dans ce champ de compétence; mais elles ne les réglementeraient pas relativement à l'inflation, qui serait devenue un champ de compétence fédérale exclusive » : p. 444-445. Si des matières générales telles que « l'inflation », « la croissance économique » ou « la protection de l'environnement » étaient jugées constituer des matières d'intérêt national, l'équilibre des pouvoirs entre le fédéral et les provinces « [. . .] disparaîtrait rapidement » : p. 445.

[103] De l'avis du juge Beetz, la théorie de l'intérêt national ne saurait autoriser une telle érosion de l'autonomie des provinces. Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Beetz a expliqué que la théorie s'applique uniquement dans « des cas clairs de sujets distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l'art. 92 et qui, de par leur nature, sont d'intérêt national » : p. 457. Explicitant le cadre d'analyse applicable pour identifier une matière intrinsèquement d'intérêt national, il a conclu que la reconnaissance de la compétence du fédéral en vertu de la théorie

where a new matter was not an aggregate but had a degree of unity that made it indivisible, an identity which made it distinct from provincial matters and a sufficient consistence to retain the bounds of form”: p. 458. The Court also had to consider the scale upon which the new matter permitted Parliament to affect provincial matters so as to preserve the federal-provincial division of powers. The containment and reduction of inflation failed these tests. It lacked specificity and was instead an aggregate of several subjects, such as monetary policy, public spending and restraint of profits, prices and wages, many of which fell under provincial jurisdiction. Moreover, because its scope was so broad, finding that it was a federal matter “would render most provincial powers nugatory”: p. 458. Although Beetz J.’s views on the national concern doctrine were not determinative in *Re: Anti-Inflation Act*, they were subsequently adopted by Le Dain J. in *Crown Zellerbach*, in which the Court gave further structure to the national concern doctrine.

[104] There were several cases after *Re: Anti-Inflation Act* in which another consideration was applied to limit the application of the national concern doctrine: provincial inability. This test took centre stage in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, in which Estey J. endorsed the following statement by Professor Hogg:

. . . the most important element of national dimension or national concern is a need for one national law which cannot realistically be satisfied by cooperative provincial action because the failure of one province to cooperate would carry with it grave consequences for the residents of other provinces.

(p. 945, quoting *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 261.)

de l’intérêt national avait à juste titre été réservée aux « cas où la nouvelle matière n’était pas un agrégat, mais présentait un degré d’unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d’une forme » : p. 458. La Cour devait également considérer la mesure dans laquelle la nouvelle matière permettrait au Parlement de toucher à des matières de compétence provinciale, de manière à préserver le partage des compétences entre le fédéral et les provinces. L’endigement et la réduction de l’inflation ne respectaient pas ces critères. Cette matière était dépourvue de spécificité et constituait plutôt un agrégat de nombreux sujets, notamment la politique monétaire, les dépenses publiques et la limitation des marges bénéficiaires, des prix et des salaires, sujets dont plusieurs relevaient de la compétence des provinces. En outre, en raison de la très vaste portée de cette matière, le fait de conclure qu’elle constitue une matière fédérale « rendrait illusoire la plupart des pouvoirs provinciaux » : p. 458. Quoique les vues du juge Beetz sur la théorie de l’intérêt national n’aient pas été déterminantes dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, elles ont été subséquemment adoptées par le juge Le Dain dans *Crown Zellerbach*, arrêt dans lequel la Cour a structuré davantage la théorie de l’intérêt national.

[104] Dans plusieurs arrêts postérieurs au *Renvoi : Loi anti-inflation*, la Cour s’est appuyée sur un autre facteur pour limiter l’application de la théorie de l’intérêt national : l’incapacité provinciale. Ce critère a joué un rôle de premier plan dans l’affaire *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, dans laquelle le juge Estey a fait sien le commentaire suivant du professeur Hogg :

. . . l’élément le plus important de la dimension nationale ou de l’intérêt national est le besoin d’une loi nationale, but qu’une action concertée des provinces ne peut atteindre de façon réaliste, car le défaut de coopération de l’une d’elles entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces.

(p. 945, citant *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 261.)

In *Labatt Breweries*, the brewing and labelling of beer failed the provincial inability test. It was not “a matter of national concern transcending the local authorities’ power to meet and solve it by legislation”: p. 945. Indeed, the proposed matter did not even concern the extraprovincial distribution of beer, but instead related to the brewing process itself: pp. 943-45. Likewise, in *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, the Court explained that the treatment of drug dependency was not a matter of national concern, because, unlike the illegal trade in drugs, one province’s failure to provide treatment facilities would not endanger other provinces’ interests: p. 131. Bookending this group of cases is *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, in which Dickson J., dissenting but not on this point, rejected regulation of the pharmaceutical industry as a matter of national concern. Dickson J. referred both to Beetz J.’s framework and to Professor Hogg’s formulation of the provincial inability test, and concluded that the matter failed to meet both standards: p. 296.

[105] *Crown Zellerbach* afforded this Court an opportunity to give structure to the national concern doctrine. At issue was the validity of s. 4(1) of the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, which prohibited the dumping of any substance at sea without a permit. The definition of the word “sea” in that Act excluded fresh waters but included internal marine waters within provincial boundaries. In a split decision, the Court found that the law was valid on the basis of the national concern doctrine. Le Dain J., writing for the majority, restated that doctrine. After surveying the jurisprudence, he set out a framework that now serves as a touchstone for analyzing proposed matters of national concern, determining that the following four conclusions were “firmly established”:

1. The national concern doctrine is separate and distinct from the national emergency doctrine of the peace, order and good government power, which is chiefly

Dans *Brasseries Labatt*, le brassage et l’étiquetage de la bière ne permettaient pas de satisfaire au critère de l’incapacité provinciale, car ils ne constituaient pas « une question d’intérêt national transcendant le pouvoir des autorités provinciales d’y faire face par voie législative » : p. 945. De fait, la matière proposée ne concernait même pas la distribution extraprovinciale de la bière, mais plutôt le processus de brassage lui-même : p. 943-945. Pareillement, dans l’arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, la Cour a expliqué que le traitement du problème de la dépendance aux drogues n’était pas une matière d’intérêt national, parce que, contrairement au commerce illégal des drogues, l’omission d’une province d’établir des centres de traitement ne mettrait pas en péril les intérêts d’une autre province : p. 131. Clôturant ce groupe de décisions, il y a l’arrêt *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, dans lequel le juge Dickson, dissident mais pas sur ce point, a refusé de conclure que la réglementation de l’industrie pharmaceutique était une matière d’intérêt national. Le juge Dickson s’est référé à la fois au cadre d’analyse établi par le juge Beetz et au critère de l’incapacité provinciale formulé par le professeur Hogg, et il a conclu que la question ne satisfaisait pas aux deux normes : p. 296.

[105] L’arrêt *Crown Zellerbach* a été l’occasion pour la Cour de structurer la théorie de l’intérêt national. La question en litige était la validité du par. 4(1) de la *Loi sur l’immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, c. 55, qui interdisait l’immersion sans permis de toute substance en mer. La définition du mot « mer » dans la Loi excluait les eaux douces, mais incluait les eaux marines intérieures. Dans une décision partagée, la Cour a conclu que la loi était valide sur la base de la théorie de l’intérêt national. Rédigeant l’opinion de la majorité, le juge Le Dain a reformulé cette théorie. Après avoir fait un survol de la jurisprudence, il a énoncé le cadre qui sert aujourd’hui à analyser les matières dont on propose la reconnaissance comme matières d’intérêt national, tirant les quatre conclusions suivantes, qu’il estimait « fermement établi[es] » :

1. La théorie de l’intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix,

distinguishable by the fact that it provides a constitutional basis for what is necessarily legislation of a temporary nature;

2. The national concern doctrine applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern;
3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;
4. In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter. [pp. 431-32]

Le Dain J. elaborated on the final point, the provincial inability test. He reasoned that provincial inability would be established where a “provincial failure to deal effectively with the intra-provincial aspects of the matter could have an adverse effect on extra-provincial interests”: p. 434. He characterized provincial inability as “one of the indicia” of singleness or indivisibility: *ibid.*

[106] Applying this framework to the federal ocean dumping law at issue in that case, Le Dain J. held that the law was valid on the basis of the national concern doctrine. He found that marine pollution in general is clearly a matter of concern to Canada as a whole because of its predominantly extraprovincial and international character. Focusing specifically on “the control of pollution by the dumping of substances in marine waters, including provincial marine waters”, Le Dain J. concluded that this matter is single and distinctive: p. 436. In a relevant international

d’ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu’elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire;

2. La théorie de l’intérêt national s’applique autant à de nouvelles matières qui n’existaient pas à l’époque de la Confédération qu’à des matières qui, bien qu’elles fussent à l’origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d’intérêt national, sans qu’il y ait situation d’urgence nationale;
3. Pour qu’on puisse dire qu’une matière est d’intérêt national dans un sens ou dans l’autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;
4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui la distingue clairement des matières d’intérêt provincial, il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. [p. 431-432]

Le juge Le Dain a explicité ce dernier facteur, le critère de l’incapacité provinciale. Il a estimé que cette incapacité était établie dans les cas où « l’omission d’une province de s’occuper efficacement des aspects intraprovinciaux de la question pourrait avoir un effet préjudiciable sur des intérêts extra-provinciaux » : p. 434. Il a décrit l’incapacité des provinces d’agir comme étant « l’un des indices » de l’unicité ou de l’indivisibilité : *ibid.*

[106] Appliquant ce cadre d’analyse à la loi fédérale sur l’immersion de déchets de mer en litige, le juge Le Dain a conclu à la validité de cette loi sur la base de la théorie de l’intérêt national. Il a statué que la pollution des mers en général représente manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier, en raison de sa nature principalement extraprovinciale et internationale. Se concentrant en particulier sur « le contrôle de la pollution résultant de l’immersion de substances dans les eaux de la mer, y compris dans les eaux de la mer situées dans

convention, marine pollution by dumping was treated as a distinct and separate form of water pollution. Marine pollution has its own characteristics and scientific considerations that distinguish it from fresh water pollution. It is indivisible, because there is a close relationship between pollution in provincial internal waters and pollution in the federal territorial sea, and because it is difficult to ascertain by visual observation the boundary between these waters. The distinction in the statute between fresh water and salt water ensured that the matter would have “ascertainable and reasonable limits” so that its impact on provincial jurisdiction would be acceptable: p. 438.

[107] In the more than 30 years since *Crown Zellerbach*, the Court has not found that the federal government has jurisdiction over any new matters of national concern. However, in *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, the Court accepted the earlier finding by lower courts that atomic energy is a matter of national concern: see *Pronto*; *Denison*. In accepting the applicability of the national concern doctrine in that case, this Court was unanimous on the point that federal jurisdiction over atomic energy is grounded in the potential for catastrophic interprovincial and international harm. At issue was whether labour relations comprised part of the matter of atomic energy. A majority of the Court held that labour relations falls within that matter of national concern, finding that labour relations is “integral” to the federal interests that make atomic energy a national concern: pp. 340, 352 and 379-80.

[108] Finally, the most recent case in which the Court considered the national concern doctrine was *Hydro-Québec*. At issue was the constitutional validity of Part II of the *Canadian Environmental Protection Act*, which empowered federal ministers to determine what substances are toxic and to

une province », le juge Le Dain a conclu que cette matière constitue une matière unique et distinctive : p. 436. Dans une convention internationale pertinente, la pollution des mers résultant de l’immersion de déchets était traitée comme une forme séparée et distincte de pollution des eaux. La pollution des mers comporte ses propres caractéristiques et présente des considérations scientifiques qui la distinguent de la pollution des eaux douces. Elle est indivisible parce que la pollution des eaux internes provinciales et celle de la mer territoriale fédérale sont étroitement liées et qu’il est difficile de vérifier de visu la limite entre ces eaux. La distinction faite dans la loi entre les eaux douces et les eaux salées faisait en sorte que la matière comporterait des « limites vérifiables et raisonnables », et aurait en conséquence une incidence acceptable sur la compétence provinciale : p. 438.

[107] En plus de 30 ans, depuis l’arrêt *Crown Zellerbach*, la Cour n’a pas reconnu compétence au fédéral sur de nouvelles matières d’intérêt national. Toutefois, dans *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, notre Cour a confirmé les décisions de juridictions inférieures portant que l’énergie atomique constitue une matière d’intérêt national : voir *Pronto*; *Denison*. En concluant à l’applicabilité de la théorie de l’intérêt national dans cette affaire, la Cour a reconnu à l’unanimité que la compétence du fédéral sur l’énergie atomique repose sur le risque de dommages catastrophiques à l’échelle interprovinciale et internationale. La question qui se posait était de savoir si les relations de travail sont un aspect de la matière que constitue l’énergie atomique. À la majorité, la Cour a jugé que les relations de travail relevaient de cette matière d’intérêt national, concluant que les relations de travail sont une partie « intégrante » des intérêts fédéraux relatifs à l’énergie nucléaire qui font de celle-ci une matière d’intérêt national : p. 340, 352 et 379-380.

[108] Enfin, l’arrêt *Hydro-Québec* est la plus récente affaire dans laquelle la Cour s’est penchée sur la théorie de l’intérêt national. La question en litige était la validité constitutionnelle de la partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, qui habilite des ministres du gouvernement fédéral

prohibit the introduction of such substances into the environment except in accordance with specified terms and conditions. La Forest J., writing for the majority, upheld the law on the basis of the criminal law power and declined to apply the national concern doctrine. He cautioned against an “enthusiastic adoption” of that doctrine, but acknowledged that a “discrete area of environmental legislative power” can form a matter of national concern if it meets the *Crown Zellerbach* test: paras. 115-16.

[109] From the infancy of the national concern doctrine in *Local Prohibition Reference* to the Court’s most recent consideration of the doctrine in *Hydro-Québec*, the jurisprudence reviewed above shows that the Court has been responsive to the legitimate concern that the doctrine poses a threat to provincial autonomy. The national concern test, properly understood, adequately addresses this risk. The test places a clear limit on the federal POGG power and ensures that the national concern doctrine can be applied only in exceptional cases, where doing so is necessary in order for the federal government to discharge its duty to address truly national problems and is consistent with the division of powers.

## (2) Clarifying the National Concern Doctrine

[110] The case law reviewed above firmly establishes the national concern doctrine in Canadian law and explains the fundamental principles underlying its application. This doctrine applies only to matters that transcend the provinces owing to their inherently national character. In *Crown Zellerbach*, this Court explained that a proposed matter of national concern must have a “singleness, distinctiveness and indivisibility”. Furthermore, a finding that the matter is one of national concern must be reconcilable with the division of powers.

à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l’environnement, sauf en conformité avec certaines conditions particulières. Rédigeant les motifs de la majorité, le juge La Forest a confirmé la validité de la loi sur la base du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel et il a refusé d’appliquer la théorie de l’intérêt national. Il a formulé une mise en garde contre « l’adoption enthousiaste » de la théorie de l’intérêt national, mais a reconnu qu’un « domaine distinct de compétence législative en matière d’environnement » peut constituer une matière d’intérêt national, pourvu qu’il satisfasse aux critères énoncés dans *Crown Zellerbach* : par. 115-116.

[109] Des toutes premières itérations de la théorie de l’intérêt national dans le *Renvoi sur les prohibitions locales*, jusqu’à son plus récent examen dans l’arrêt *Hydro-Québec*, il ressort de la jurisprudence considérée précédemment que la Cour a tenu compte de la préoccupation légitime selon laquelle la théorie de l’intérêt national fait peser une menace sur l’autonomie des provinces. Interprétée comme il se doit, l’analyse relative à l’intérêt national répond adéquatement à ce risque. Elle limite clairement le pouvoir POGG et fait en sorte que la théorie ne soit appliquée que dans des cas exceptionnels, lorsque cela est nécessaire pour permettre au gouvernement fédéral de s’acquitter de son obligation d’agir à l’égard de problèmes véritablement nationaux, et lorsque son application est compatible avec le partage des compétences.

## (2) Clarification de la théorie de l’intérêt national

[110] La jurisprudence analysée ci-dessus établit fermement la théorie de l’intérêt national en droit canadien et explique les principes fondamentaux qui sous-tendent son application. La théorie de l’intérêt national ne s’applique qu’aux matières qui transcendent les provinces en raison de leur caractère intrinsèquement national. Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, la Cour a expliqué que la matière d’intérêt national proposée doit être « unique, particulière et indivisible ». De plus, sa reconnaissance en tant que matière d’intérêt national doit être compatible avec le partage des compétences.

[111] As can be seen from the decisions of the courts below and from the parties' arguments, there is significant uncertainty regarding a number of issues that are central to the national concern doctrine. This is unsurprising, given that there are very few recent cases concerning the doctrine, which in turn flows from the fact that one of its defining features is its restrictive application. This case presents an opportunity to clarify these issues.

[112] In particular, each of the steps of the national concern test requires further discussion. Before turning to those steps, however, I must address two preliminary issues with respect to the "matter" in question in the analysis. First, there is some uncertainty about what the "matter" to which the national concern test applies actually is. Second, this case raises the question of the scope and nature of the federal power over a matter of national concern, and in particular whether the double aspect doctrine can apply in this context. In other words, what are the consequences for the division of powers of identifying a new matter of national concern? The answer to this question will have a significant impact on the analysis undertaken at the final step of the test, at which the court must determine whether finding that the proposed matter is one of national concern is reconcilable with the division of powers.

[113] Throughout my analysis on these issues, I will be relying in part on this Court's trade and commerce jurisprudence, and in particular on *2011 Securities Reference* and *2018 Securities Reference*. As the Court has observed, the national concern doctrine and the trade and commerce power pose similar challenges to federalism. In both contexts, the Court has interpreted the federal power narrowly to ensure that it does not overwhelm provincial jurisdiction and undermine the federal-provincial division of powers: *Re: Anti-Inflation Act*, at p. 458; *Wetmore*, at p. 294. Although the Court has not addressed the national concern doctrine in any detail for many years, the more recent cases of *2011 Securities Reference* and *2018 Securities Reference*, in which it applied

[111] Comme il ressort des décisions des juridictions inférieures et des arguments des parties, un certain nombre d'aspects essentiels de la théorie de l'intérêt national suscitent une incertitude importante. Cela n'a rien d'étonnant, vu le nombre très peu élevé de décisions récentes sur le sujet, situation qui découle du fait que l'une des caractéristiques déterminantes de cette théorie est son application limitée. Les présents pourvois représentent une occasion de clarifier ces aspects.

[112] En particulier, chacune des étapes de l'analyse relative à l'intérêt national requiert des précisions supplémentaires. Toutefois, avant de me pencher sur ces étapes, je dois traiter de deux questions préliminaires concernant la « matière » visée par l'analyse. Premièrement, il existe une certaine incertitude au sujet de l'identité de la « matière » qui sera l'objet de l'analyse relative à l'intérêt national. Deuxièmement, la présente affaire soulève la question de l'étendue et de la nature du pouvoir que possède le fédéral à l'égard d'une matière d'intérêt national et, particulièrement, la question de savoir si la théorie du double aspect peut s'appliquer dans ce contexte. En d'autres mots, quelles sont les conséquences sur le partage des compétences de la reconnaissance d'une nouvelle matière d'intérêt national? La réponse à cette question a une incidence importante sur l'examen réalisé à la dernière étape de l'analyse, où le tribunal se demande si le fait de conclure que la matière proposée est d'intérêt national est compatible avec le partage des compétences.

[113] Tout au long de mon examen de ces questions, je vais m'appuyer en partie sur la jurisprudence de notre Cour en matière de trafic et de commerce, en particulier le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* et le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*. Comme l'a fait observer la Cour, la théorie de l'intérêt national et la compétence relative au trafic et au commerce soulèvent des difficultés similaires à l'égard du fédéralisme. Dans les deux contextes, la Cour a interprété étroitement la compétence du fédéral afin de veiller à ce qu'elle ne submerge pas celle des provinces et ne compromette pas le partage des compétences entre le fédéral et les provinces : *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 458; *Wetmore*, p. 294. Bien que la Cour ne se soit pas penchée de manière

the general branch of the trade and commerce power, offer useful insight and are consistent with the modern approach to federalism. However, my citing these cases should not be taken as an invitation to conflate the two powers. They are distinct, and, as Beetz J. warned in *Re: Anti-Inflation Act*, courts should be “all the more careful” when applying the residual POGG power than when interpreting the enumerated trade and commerce power: p. 458.

(a) “*Matter*” of National Concern

[114] As I explained above, the division of powers analysis follows a familiar pathway. The first stage is to characterize the pith and substance, or matter, of the impugned statute or provision. The second stage is to classify that matter by reference to the heads of power set out in the Constitution. Having identified the pith and substance of the *GGPPA*, I come now to the classification analysis in relation to the national concern doctrine. The Attorney General of Saskatchewan argues that the classification analysis in this context must depart from the usual framework. Rather than assessing whether the matter of the statute can be classified on the basis of the national concern doctrine, Saskatchewan submits that the classification analysis must be applied to a different “proposed head of power” based on the POGG power, one cast at a level of generality that is broader than the matter of the statute: A.F., at para. 58. This approach cannot be accepted. There is no principled basis for departing from the ordinary division of powers analysis to require that the matter of national concern analyzed by the court at the classification stage be broader than the matter of the statute as identified by the court at the characterization stage. Applying the classification analysis to the matter of the statute in the context of the national concern doctrine is consistent with the constitutional text,

approfondie sur la théorie de l’intérêt national depuis de nombreuses années, ses arrêts récents *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* et *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, dans lesquels elle a appliqué le volet général de la compétence relative au trafic et au commerce, apportent un éclairage utile et sont compatibles avec l’approche moderne en matière de fédéralisme. Toutefois, le fait que je mentionne ces deux affaires ne doit pas être interprété comme une invitation à assimiler ces deux pouvoirs. Ils sont distincts, et, pour rappeler la mise en garde formulée par le juge Beetz dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, si les tribunaux doivent faire montre de prudence lorsqu’ils interprètent le pouvoir de légiférer sur le trafic et le commerce, une compétence énumérée, ils doivent « à plus forte raison » le faire lorsqu’ils appliquent le volet résiduel du pouvoir POBG : p. 458.

a) *La « matière » d’intérêt national*

[114] Comme il a été expliqué précédemment, l’analyse relative au partage des compétences s’effectue suivant une démarche familière. La première étape consiste à qualifier le caractère véritable — ou la matière — de la loi ou disposition contestée. La deuxième étape consiste à classer cette matière par référence aux chefs de compétence énumérés dans la Constitution. Maintenant que j’ai identifié le caractère véritable de la *LTPGES*, je vais procéder à l’analyse relative à la classification suivant la théorie de l’intérêt national. Le procureur général de la Saskatchewan fait valoir que, dans le présent contexte, l’analyse relative à la classification doit déroger au cadre habituel. Il prétend que, au lieu de se demander si la matière de la loi peut être classée sur la base de la théorie de l’intérêt national, il faut procéder à l’analyse relative à la classification en se fondant sur un [TRADUCTION] « chef de compétence proposé » différent en vertu du pouvoir POBG, un chef de compétence formulé suivant un niveau de généralité plus large que la matière de la loi : m.a., par. 58. Cette approche ne peut être retenue. Il n’existe pas de raison de principe justifiant de déroger à l’analyse relative au partage des compétences habituelle et d’exiger que la matière d’intérêt national analysée par la Cour à l’étape de la classification soit plus large que la matière de la loi

with the jurisprudence and with the principle of judicial restraint.

[115] First, as to the constitutional text, s. 91 does not provide in the context of the POGG power that Parliament can make laws in relation to *classes of subjects*. Instead, it states that Parliament can make laws for the peace, order, and good government of Canada “in relation to . . . Matters”. Matters and classes of subjects are distinct. Law-making powers are exercisable in relation to matters, which in turn generally come within broader classes of subjects. A matter that falls under the POGG power necessarily does not come within the classes of subjects enumerated in ss. 91 and 92. This does not mean, however, that the word “matter” has a different meaning in the context of the POGG power. “Matter” is used in ss. 91 and 92 to refer to the pith and substance of legislation: *Firearms*, at para. 16. Nothing in the words of the Constitution supports the construction of a class of subjects under the POGG power that is broader than the matter of the statute. Instead, the text of the Constitution supports the approach of applying the national concern test to the matter of the statute as identified by the court at the characterization stage.

[116] Second, this approach is consistent with the jurisprudence. In the leading cases on the national concern doctrine, the Court focused on the matter of the statute in considering the classification issue. In *Re: Anti-Inflation Act*, the broad matter of containment and reduction of inflation that Beetz J. rejected was not based on a statute whose real focus was narrower, but was in fact what the Attorney General of Canada identified as the matter of the statute at issue: p. 450. In *Crown Zellerbach*, the majority did not find that marine pollution generally was a matter of national concern, but instead found that the specific matter of the *Ocean Dumping Control Act* — the control of marine pollution by the dumping of substances — was one: see p. 436. In those

identifiée par le tribunal à l’étape de la qualification. L’application de l’analyse relative à la classification à la matière de la loi dans le contexte de la théorie de l’intérêt national est compatible avec le texte de la Constitution, la jurisprudence et le principe de la circonspection judiciaire.

[115] Premièrement, pour ce qui est du texte de la Constitution, l’art. 91 ne précise pas, dans le contexte du pouvoir POGG, que le Parlement peut faire des lois relativement à des *catégories de sujets*. Il énonce plutôt que le Parlement peut faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, « relativement à [des] matières ». Matières et catégories de sujets sont des choses distinctes. Des pouvoirs législatifs peuvent être exercés relativement à des matières qui, à leur tour, tombent généralement dans des catégories de sujets plus larges. Nécessairement, une matière relevant du pouvoir POGG ne tombe pas dans les catégories de sujets énumérés aux art. 91 et 92. Cependant, cela ne signifie pas que le mot « matière » a un sens différent dans le cadre du pouvoir POGG. Dans les articles 91 et 92, le mot « matière » s’entend du caractère véritable de la mesure législative : *Armes à feu*, par. 16. Il n’y a rien dans le texte de la Constitution qui permette l’adoption, dans le cadre de l’application du pouvoir POGG, d’une catégorie de sujets plus large que la matière de la loi. Le texte de la Constitution appuie plutôt l’approche qui consiste à appliquer l’analyse relative à l’intérêt national à la matière de la loi, telle qu’elle a été identifiée par le tribunal à l’étape de la qualification.

[116] Deuxièmement, cette approche est compatible avec la jurisprudence. Dans les arrêts de principe sur la théorie de l’intérêt national, la Cour a centré son attention sur la matière de la loi lors de l’examen de la question de la classification. Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, la vaste matière — l’endiguement et la réduction de l’inflation — que le juge Beetz a rejetée n’était pas basée sur une loi dont l’objet véritable était plus étroit, mais elle correspondait en fait à ce que le procureur général du Canada décrivait comme étant la matière de la loi en litige : p. 450. Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, les juges majoritaires n’ont pas conclu que la pollution des mers en général constituait une matière d’intérêt national, mais plutôt que la matière spécifique de la

cases, the pith and substance of the legislation itself determined the breadth and content of the matter to which the national concern test was applied.

[117] Third, this approach is consistent with the principle of judicial restraint. In *Munro*, Cartwright J. emphasized on the subject of the national concern doctrine that the court should “confine itself to the precise question raised in the proceeding which is before it”: p. 672. Similarly, in *Canadian Western Bank*, this Court stated that courts should not attempt to “define the possible scope of [broad] powers in advance and for all time”, but should instead “proceed with caution on a case-by-case basis”: para. 43. The Attorney General of Saskatchewan proposes that the court go beyond the precise question asked. In fact, however, a more cautious approach is appropriate in the context of the national concern doctrine, given its potential to disrupt the federal-provincial balance. Put simply, if Parliament has not indicated in a statute that its intention is to exercise jurisdiction over a broad matter, there is no reason for a court to artificially construct such a broad matter.

[118] Finally, I respectfully reject the suggestion that this approach somehow conflates the characterization and classification stages: see Ont. C.A. reasons, at para. 224. It does not. As I explained above, the analyses at the two stages are distinct. At the first stage, a court must follow the accepted approach to the pith and substance analysis in order to characterize the matter of the statute. As both Karakatsanis J. and Kasirer J. recently stated in *Genetic Non-Discrimination*, the court must focus on “the law itself and what it is really about”: paras. 31 and 165. Only then does it proceed to the classification analysis, which in the case at bar involves consideration of the national concern doctrine. If the matter is not legally viable as a matter of national concern, then, as was the case in *Re: Anti-Inflation Act*, the statute cannot be upheld on the basis of that doctrine. If, on the other hand, the matter meets the national concern

*Loi sur l’immersion de déchets en mer* — le contrôle de la pollution des mers résultant de l’immersion de substances — en était une : voir p. 436. Dans ces arrêts, le caractère véritable de la loi elle-même a déterminé l’étendue et le contenu de la matière qui a fait l’objet de l’analyse relative à l’intérêt national.

[117] Troisièmement, cette approche est compatible avec le principe de la circonspection judiciaire. Dans l’arrêt *Munro*, traitant de la théorie de l’intérêt national, le juge Cartwright a souligné que le tribunal devrait [TRADUCTION] « se limiter à la question précise soulevée dans l’instance dont il est saisi » : p. 672. Pareillement, dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, la Cour a souligné que les tribunaux ne devaient pas tenter « de définir à jamais et à l’avance l’étendue [. . .] de ce type de pouvoirs », mais devraient plutôt les « [aborder] avec prudence un cas d’espèce à la fois » : par. 43. Le procureur général de la Saskatchewan propose que la Cour déborde le cadre de la question précise qui est posée. Toutefois, une approche plus prudente s’impose en ce qui concerne la théorie de l’intérêt national, étant donné les risques que l’application de celle-ci perturbe l’équilibre entre le fédéral et les provinces. Pour dire les choses simplement, si le Parlement n’a pas indiqué dans une loi qu’il entend exercer sa compétence sur une vaste matière, rien ne justifie un tribunal de retenir artificiellement une telle matière.

[118] Enfin, soit dit en tout respect, je rejette la thèse selon laquelle cette approche a pour effet d’amalgamer d’une certaine façon les étapes de la qualification et de la classification : voir les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario, par. 224. Ce n’est pas le cas. Comme je l’ai expliqué précédemment, les analyses réalisées à chacune de ces deux étapes sont distinctes. À la première étape, le tribunal doit suivre la démarche reconnue lorsqu’il procède à l’analyse du caractère véritable afin de qualifier la matière de la loi. Comme l’ont récemment affirmé tant le juge Karakatsanis que le juge Kasirer dans l’arrêt *Non-discrimination génétique*, le tribunal doit se concentrer sur « la loi elle-même et sur ce à quoi elle a réellement trait » : par. 31 et 165. Ce n’est qu’après que le tribunal entreprend l’analyse relative à la classification, laquelle implique en l’espèce la prise en compte de la théorie de l’intérêt national. Si

test, then the statute will be valid. Respectfully, this does not “constitutionalize” the statute: see Ont. C.A. reasons, at para. 224. It simply determines the validity of the law and resolves the question before the court.

[119] Therefore, the matter to consider in this national concern analysis is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. I agree with the majority of the Court of Appeal for Saskatchewan that stringency in this context is not limited to the charge per unit of GHG emissions. It encompasses the scope or breadth of application of the charge in the sense of the fuels, operations and activities to which the charge applies and the authority to implement regulatory schemes that are necessary in order to implement such a charge: para. 139.

(b) *Exclusive Federal Jurisdiction Based on the National Concern Doctrine*

[120] There is no doubt that a finding that a matter is of national concern confers exclusive jurisdiction over that matter on Parliament: *Re: Anti-Inflation Act*, at p. 444; *Crown Zellerbach*, at pp. 433 and 455; *Hydro-Québec*, at para. 115. However, the nature and consequences of this exclusive federal jurisdiction is contested by the parties in this case and requires clarification. Understanding the consequences of the recognition of a new matter of national concern is critical in order to properly undertake the scale of impact analysis at the third step of the national concern test.

[121] Uncertainty about the nature of exclusive federal jurisdiction based on the national concern doctrine may be rooted in the use of the word

la matière n’est pas juridiquement acceptable en tant que matière d’intérêt national, alors, comme ce fut le cas dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, la validité de la loi ne peut être confirmée sur la base de cette théorie. À l’inverse, si la matière satisfait à l’analyse relative à l’intérêt national, la loi est alors valide. Avec égards pour l’opinion contraire, une telle conclusion n’a pas pour effet de « constitutionnaliser » la loi en question : voir les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario, par. 224. Elle confirme tout simplement la validité de la loi et permet de résoudre la question dont le tribunal est saisi.

[119] En conséquence, la matière qui doit être considérée en l’espèce dans l’analyse relative à l’intérêt national est l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan, je suis d’avis que, dans le présent contexte, la notion de rigueur ne vise pas uniquement la redevance par unité d’émission de GES. Elle vise également la portée ou l’étendue de l’application de la redevance eu égard aux combustibles et activités auxquels elle s’applique, ainsi que le pouvoir d’instaurer les régimes réglementaires nécessaires pour l’application d’une telle redevance : par. 139.

b) *Compétence fédérale exclusive basée sur la théorie de l’intérêt national*

[120] Il est indubitable que le fait de conclure qu’une matière est d’intérêt national confère compétence exclusive au Parlement sur cette matière : *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 444; *Crown Zellerbach*, p. 433 et 455; *Hydro-Québec*, par. 115. Cependant, la nature et les conséquences de cette compétence fédérale exclusive ont été contestées par les parties en l’espèce et requièrent des précisions. Il est essentiel de bien comprendre les conséquences de la reconnaissance d’une nouvelle matière d’intérêt national afin de pouvoir examiner adéquatement l’effet de celle-ci à la troisième étape de l’analyse relative à la théorie de l’intérêt national.

[121] Il est possible que l’incertitude qui existe au sujet de la nature d’une compétence fédérale exclusive basée sur la théorie de l’intérêt national découle

“plenary” to describe the power in certain cases. In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. characterized Beetz J.’s views in *Re: Anti-Inflation Act* as follows: “. . . where a matter falls within the national concern doctrine . . . Parliament has an exclusive jurisdiction of a plenary nature to legislate in relation to that matter, including its intra-provincial aspects” (p. 433). However, Le Dain J. went on to reject the proposition that there must be “plenary jurisdiction . . . to deal with any legislative problem”: p. 434. In *Ontario Hydro*, a majority of this Court concluded that federal jurisdiction based on the national concern doctrine is *not* plenary and does not give Parliament jurisdiction over “all aspects” of, in that case, atomic energy. Instead, the Court had to determine whether the regulation of labour relations falls within the national concern aspects of atomic energy: pp. 340 and 425; see also M. Olszynski, N. Bankes, and A. Leach, “Breaking Ranks (and Precedent): *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74” (2020), 33 *J.E.L.P.* 159, at pp. 180-81; A. Leach, and E. M. Adams, “Seeing Double: Peace, Order, and Good Government, and the Impact of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction” (2020), 29 *Const. Forum* 1, at n. 71.

[122] In my view, describing the power as “plenary” is unhelpful. The word “plenary” speaks to the scope of the power: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 28 and 32. As can be seen from *Ontario Hydro*, in the context of the national concern doctrine, the scope of the federal power is defined by the nature of the national concern itself. Only aspects with a sufficient connection to the underlying inherent national concern will fall within the scope of the federal power. It was not a foregone conclusion that labour relations at a nuclear generating station would fall within the federal government’s jurisdiction over atomic energy, as one might expect if the national concern doctrine grounded a “plenary” federal power. Rather, the question was whether the safety concerns that make atomic energy a matter of inherent national concern had a sufficient connection

de l’utilisation des mots « absolue », « plénière » et « totale » dans certains arrêts afin de décrire les pouvoirs en question. Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a décrit ainsi les vues exprimées par le juge Beetz dans le *Renvoi : Loi anti-inflation* : « . . . lorsqu’une matière relève de la théorie de l’intérêt national [. . .] le Parlement jouit d’une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intra-provinciaux » (p. 433). Toutefois, le juge Le Dain a poursuivi en rejetant la proposition suivant laquelle il faut une « compétence absolue pour régler un problème législatif » : p. 434. Dans l’arrêt *Ontario Hydro*, une majorité de juges de notre Cour a conclu qu’une compétence fédérale basée sur la théorie de l’intérêt national n’est *pas* totale et ne confère pas au Parlement compétence sur « tous les aspects » de la matière concernée, l’énergie nucléaire dans cette affaire-là. La Cour devait plutôt décider si la réglementation des relations de travail fait partie des aspects de l’énergie nucléaire liés à son statut d’intérêt national : p. 340 et 425; voir aussi M. Olszynski, N. Bankes et A. Leach, « Breaking Ranks (and Precedent) : *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74 » (2020), 33 *J.E.L.P.* 159, p. 180-181; A. Leach et E. M. Adams, « Seeing Double: Peace, Order, and Good Government, and the Impact of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction » (2020), 29 *Forum const.* 1, note 71.

[122] À mon avis, le fait de décrire la compétence en la qualifiant d’« absolue », de « plénière » ou de « totale » n’est pas utile. Ces mots se rapportent à la portée de la compétence : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 28 et 32. Comme l’indique l’arrêt *Ontario Hydro*, dans le cadre de la théorie de l’intérêt national, la portée de la compétence fédérale est déterminée par la nature de l’intérêt national lui-même. Seuls les aspects possédant un lien suffisant avec l’intérêt intrinsèquement national sous-jacent seront compris dans la portée de la compétence fédérale. Il n’était pas inéluctable que les relations de travail dans une centrale nucléaire seraient jugées faire partie de la compétence du fédéral sur l’énergie atomique, comme on aurait pu s’y attendre si la théorie de l’intérêt national avait pour effet de conférer une compétence « absolue » au fédéral. La question qui se posait

to labour relations to bring labour relations within the scope of the federal power.

[123] The Attorney General of Ontario asserts, as a general proposition, that “[t]he consequences of recognizing a new matter of national concern are sweeping”: A.F., at para. 64. It is true that the recognition of any new matter of national concern has consequences for federalism. However, the scope of such consequences is case-specific because, as I have just explained, the scope of the federal power in the context of the national concern doctrine depends on the nature of the national concern at issue in the case in question.

[124] Thus, there is some truth to Ontario’s submission in the case of, for example, the national concern matter of aeronautics. But this flows from the particular nature of the matter of aeronautics and not from the general nature of the national concern doctrine. The siting of aerodromes falls within the federal power over aeronautics, not because aeronautics has some predetermined breadth flowing from its status as a matter of national concern, but because the nature of the matter is such that it must include “terrestrial installations that facilitate flight”: *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 27. Moreover, in its early case law on aeronautics, this Court held that the siting of aerodromes is not merely within the scope of the federal power, but is essential to that power, such that the doctrine of interjurisdictional immunity applies: *Johannesson*, at p. 295; *COPA*, at para. 37. The application of interjurisdictional immunity to any federal power has an obvious impact on provincial jurisdiction. But interjurisdictional immunity does not automatically apply to matters of national concern. It was applied in *COPA* because there was a precedent that compelled its application, not because the national concern doctrine required that it be applied. Today’s restrained approach to interjurisdictional immunity suggests that it would not apply to a newly identified matter of national concern: *Canadian Western Bank*, at paras. 47 and 77. The

consistait à décider si les préoccupations liées à la sécurité qui font de l’énergie atomique une matière intrinsèquement d’intérêt national possédaient un lien suffisant avec les relations de travail pour que celles-ci relèvent de la compétence fédérale.

[123] Le procureur général de l’Ontario avance, en tant que proposition générale, que [TRADUCTION] « [L]es conséquences de la reconnaissance d’une nouvelle matière d’intérêt national sont considérables » : m.a., par. 64. Il est vrai que la reconnaissance de toute nouvelle matière d’intérêt national a des conséquences pour le fédéralisme. Toutefois, l’étendue de ces conséquences varie d’une affaire à l’autre car, comme je l’ai expliqué, la portée de la compétence fédérale dans le contexte de la théorie de l’intérêt national dépend de la nature de l’intérêt national en cause dans l’affaire en question.

[124] En conséquence, il y a du vrai dans l’argument de l’Ontario si l’on prend comme exemple la matière d’intérêt national que constitue l’aéronautique. Cependant, cela tient à la nature particulière de la matière qu’est l’aéronautique et non à la nature générale de la théorie de l’intérêt national. Si la détermination de l’emplacement des aérodromes relève de la compétence fédérale sur l’aéronautique, ce n’est pas parce que l’aéronautique possède une certaine étendue prédéterminée découlant de son statut de matière d’intérêt national, mais parce que la nature de la matière est telle qu’elle doit s’étendre « aux installations terrestres qui facilitent le vol » : *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 27. En outre, dans ses premières décisions sur l’aéronautique, la Cour a jugé que la détermination de l’emplacement des aérodromes n’est pas qu’un simple aspect de la compétence fédérale, mais elle constitue un maillon essentiel de celle-ci, à tel point qu’elle donne lieu à l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences : *Johannesson*, p. 295; *COPA*, par. 37. L’application de cette doctrine à une compétence fédérale a une incidence évidente sur la compétence provinciale. Toutefois, cette doctrine ne s’applique pas automatiquement aux matières d’intérêt national. Elle a été appliquée dans *COPA* parce qu’un précédent commandait qu’elle le soit, et non parce que la théorie de l’intérêt national requérait son application.

example of aeronautics therefore tells us little about the consequences of identifying any other matter of national concern. Sensibly, the national concern test requires a case-specific inquiry into whether the recognition of a particular matter of national concern is reconcilable with the division of powers in the scale of impact analysis.

[125] A closely related question concerns the applicability of the double aspect doctrine to a matter of national concern. The double aspect doctrine “recognizes that the same fact situations can be regulated from different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power”: *Desgagnés Transport*, at para. 84. If a fact situation can be regulated from different federal and provincial perspectives and each level of government has a compelling interest in enacting legal rules in relation to that situation, the double aspect doctrine may apply: *ibid.*, at para. 85.

[126] In my view, the double aspect doctrine can apply in cases in which the federal government has jurisdiction on the basis of the national concern doctrine, but whether or not it does apply will vary from case to case. This approach fosters coherence in the law, because the double aspect doctrine can apply to every enumerated federal and provincial head of power, including the general branch of the trade and commerce power (e.g., *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 682; *2018 Securities Reference*, at para. 114. See also S. Choudhry, “Recasting social Canada: A reconsideration of federal jurisdiction over social policy” (2002), 52 *U.T.L.J.* 163, at p. 231, fn. 212; S. Elgie, “Kyoto, The Constitution, and Carbon Trading: Waking A Sleeping *BNA* Bear (Or Two)” (2007), 13 *Rev. Const. Stud.* 67, at p. 88), and can also apply in respect of POGG matters (e.g., *Munro; Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161). Applying the double aspect doctrine to the national

L’approche empreinte de retenue suivie de nos jours à l’égard de l’exclusivité des compétences suggère qu’elle ne s’appliquerait pas à une matière d’intérêt national nouvellement identifiée : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 47 et 77. L’exemple de l’aéronautique nous en apprend en conséquence peu sur les conséquences de l’identification de quelque autre matière d’intérêt national. Raisonnablement, l’analyse relative à l’intérêt national commande un examen au cas par cas de la question de savoir si la reconnaissance d’une matière d’intérêt national donnée est compatible avec le partage des compétences dans le cadre de l’analyse relative à l’effet.

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

[126] À mon avis, la théorie du double aspect peut s’appliquer dans les cas où le gouvernement fédéral a compétence sur la base de la théorie de l’intérêt national, mais la question de savoir si elle s’applique ou non varie d’une affaire à l’autre. Cette approche favorise la cohérence du droit, en ce que la théorie du double aspect peut s’appliquer à tous les chefs de compétence fédéraux et provinciaux énumérés, y compris le volet général du pouvoir sur le trafic et le commerce (p. ex., *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 682; *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, par. 114. Voir aussi S. Choudhry, « Recasting social Canada : A reconsideration of federal jurisdiction over social policy » (2002), 52 *U.T.L.J.* 163, p. 231, note 212; S. Elgie, « Kyoto, The Constitution, and Carbon Trading : Waking A Sleeping *BNA* Bear (or Two) » (2007), 13 *R. études const.* 67, p. 88), et peut s’appliquer aux matières relevant du pouvoir POBG (p. ex., *Munro; Multiple Access Ltd. c.*

concern doctrine is also consistent with the modern approach to federalism, which favours flexibility and a degree of overlapping jurisdiction: *Desgagnés Transport*, at para. 4; see also N. J. Chalifour, P. Oliver and T. Wormington, “Clarifying the Matter: Modernizing Peace, Order, and Good Government in the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act Appeals*” (2020), 40 *N.J.C.L.* 153, at pp. 204-6; Leach and Adams, at p. 6.

[127] The National Capital Region provides a helpful example of the application of the double aspect doctrine in the national concern context. The finding in *Munro* that the development, conservation and improvement of the National Capital Region is a matter of national concern has not displaced municipal planning and development, which is based on a provincially delegated authority. Instead, the National Capital Commission and the cities of Ottawa and Gatineau each regulate land use planning, the Commission from the federal perspective of the national nature and character of the national capital and the municipalities from a local perspective: J. Poirier, “Choix, statut et mission d’une capitale fédérale: Bruxelles au regard du droit comparé”, in E. Witte et al., eds., *Bruxelles et son statut* (1999), 61, at pp. 73-74; N. J. Chalifour, “Jurisdictional Wrangling Over Climate Policy in the Canadian Federation: Key Issues in the Provincial Constitutional Challenges to Parliament’s *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*” (2019), 50 *Ottawa L. Rev.* 197, at p. 234; Leach and Adams, at p. 7.

[128] However, as I noted above, the fact that the double aspect doctrine *can* apply does not mean that it *will* apply in a given case. It should be applied cautiously so as to avoid eroding the importance attached to provincial autonomy in this Court’s jurisprudence. Beetz J. cautioned that it can be applied only “in clear cases where the multiplicity of aspects is real and not merely nominal”: *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 766. In some cases, the double aspect doctrine has not been applied

*McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161). L’application de la théorie du double aspect à la théorie de l’intérêt national est également compatible avec l’approche moderne concernant le fédéralisme, qui favorise la souplesse et un certain degré de chevauchement des compétences : *Transport Desgagnés*, par. 4; voir aussi N. J. Chalifour, P. Oliver et T. Wormington, « Clarifying the Matter : Modernizing Peace, Order, and Good Government in the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act Appeals* » (2020), 40 *R.N.D.C.* 153, p. 204-206; Leach et Adams, p. 6.

[127] La région de la capitale nationale offre un exemple utile de l’application de la théorie du double aspect dans le contexte de l’intérêt national. La reconnaissance dans l’arrêt *Munro* que l’aménagement, la conservation et l’embellissement de la région de la capitale nationale constituent une matière d’intérêt national n’a pas eu pour effet d’évincer la planification et le développement à l’échelle municipale, activités basées sur des pouvoirs délégués par les provinces. Au contraire, tant la Commission de la capitale nationale que les villes d’Ottawa et de Gatineau régissent chacune l’aménagement du territoire, la Commission suivant la perspective fédérale sur la nature et le caractère de la capitale nationale, et les municipalités, suivant une perspective locale : J. Poirier, « Choix, statut et mission d’une capitale fédérale : Bruxelles au regard du droit comparé », dans E. Witte et autres, dir., *Bruxelles et son statut* (1999), 61, p. 73-74; N. J. Chalifour, « Jurisdictional Wrangling Over Climate Policy in the Canadian Federation : Key Issues in the Provincial Constitutional Challenges to Parliament’s *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* » (2019), 50 *R.D. Ottawa* 197, p. 234; Leach et Adams, p. 7.

[128] Toutefois, comme je l’ai souligné précédemment, ce n’est pas parce que la théorie du double aspect *peut* s’appliquer qu’elle *va* s’appliquer dans un cas donné. Elle doit être appliquée prudemment, afin de ne pas éroder l’importance accordée à l’autonomie provinciale dans la jurisprudence de notre Cour. Comme l’a expliqué le juge Beetz, la théorie du double aspect ne s’appliquera que dans « les cas clairs où la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale » : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*,

where federal jurisdiction fell under the national concern doctrine: e.g., *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, at para. 51.

[129] The double aspect doctrine takes on particular significance where, as in the case at bar, Canada asserts jurisdiction over a matter that involves a minimum national standard imposed by legislation that operates as a backstop. The recognition of a matter of national concern such as this will inevitably result in a double aspect situation. This is in fact the very premise of a federal scheme that imposes minimum national standards: Canada and the provinces are both free to legislate in relation to the same fact situation — in this case by imposing GHG pricing — but the federal law is paramount.

[130] I recognize that it might be argued that Canada and the provinces are exercising their jurisdiction in relation to different matters rather than to different aspects of the same matter, that is, that Canada's authority is limited to minimum national standards of GHG pricing stringency and that this is obviously different than the matters in relation to which provinces might exercise jurisdiction over GHG pricing. This view finds support in some of the language used by this Court, such as the comment in *Canadian Western Bank* that the double aspect doctrine concerns “the various ‘aspects’ of the ‘matter’”: para. 30. However, I do not read *Canadian Western Bank* that narrowly, given this Court's recent guidance in *Desgagnés Transport*, in which it stated that the double aspect doctrine concerns “fact situations”. Moreover, the fact that Canada can be understood to be empowered to deal only with a different matter than the provinces does not change the resulting jurisdictional reality that where Canada is empowered to impose a minimum national standard, a double aspect situation arises: federal and provincial laws apply concurrently, but the federal law is paramount. From the perspective of provincial autonomy, the corrosive effect is the same. Therefore, courts must recognize that this amounts to an invitation to

[1988] 1 R.C.S. 749, p. 766. Il est arrivé qu'elle ne soit pas appliquée dans certains cas où la compétence fédérale relevait de la théorie de l'intérêt national : p. ex., *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467, par. 51.

[129] La théorie du double aspect prend une importance particulière dans les cas où, comme en l'espèce, le fédéral revendique compétence sur une matière impliquant l'imposition d'une norme nationale minimale au moyen d'une loi qui agit comme filet de sécurité. La reconnaissance d'une telle matière d'intérêt national va inévitablement entraîner une situation de double aspect. C'est de fait le principe même à la base d'un mécanisme d'un régime fédéral qui impose des normes nationales minimales : tant le fédéral que les provinces ont la faculté de légiférer à l'égard de la même situation de fait — en l'occurrence, la tarification des émissions de GES —, mais la loi fédérale a prépondérance.

[130] Je reconnais qu'il serait possible de soutenir que le fédéral et les provinces exercent leur compétence à l'égard de matières différentes, plutôt qu'à l'égard d'aspects différents de la même matière, à savoir que la compétence du fédéral se limite à l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES et qu'il s'agit d'une matière manifestement différente de celles à l'égard desquelles les provinces pourraient exercer leur compétence en matière de tarification des émissions des GES. Cette opinion trouve appui dans certains propos formulés par la Cour, par exemple son commentaire dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* selon lequel la théorie du double aspect concerne des « “aspects” variés de la “matière” » en question : par. 30. Toutefois, je ne peux donner une interprétation aussi étroite de cet arrêt, compte tenu des indications récentes fournies par la Cour dans *Transport Desgagnés*, arrêt dans lequel elle a déclaré que la théorie du double aspect concerne des « situations de fait ». En outre, le fait que le fédéral puisse être considéré comme ayant seulement le pouvoir d'intervenir à l'égard d'une matière différente de celle traitée par les provinces ne change rien à la réalité qu'entraîne, sur le plan des compétences, le fait que dans les cas où le fédéral a

identify a previously unidentified double aspect, with clear consequences for provincial autonomy.

[131] Beetz J.'s caution about the double aspect doctrine thus applies with particular force where Canada asserts jurisdiction over a matter that involves a minimum national standard. In such a case, even if the national concern test would otherwise be met, Beetz J.'s caution should act as an additional check. The court must be satisfied that Canada in fact has a "compelling interest" in enacting legal rules over the federal aspect of the activity at issue and that the "multiplicity of aspects is real and not merely nominal": *Desgagnés Transport*, at para. 85; *Bell Canada*, at p. 766. As I will explain in greater detail below, the court must be satisfied at the scale of impact step that the consequences of finding that the proposed matter is one of national concern are reconcilable with the division of powers.

### (3) National Concern Test

[132] I will now turn to the specifics of the test for identifying matters that are inherently of national concern. As I will explain below, the applicable framework involves a three-step process: the threshold question; the singleness, distinctiveness and indivisibility analysis; and the scale of impact analysis. Before detailing these steps, there are two points worth noting about the framework as a whole.

[133] First, the recognition of a matter of national concern must be based on evidence: see K. Swinton, "Federalism under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada" (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.*

le pouvoir d'imposer une norme nationale minimale, il en résulte une situation de double aspect : les lois fédérale et provinciale s'appliquent concurremment, mais la loi fédérale a prépondérance. Du point de vue de l'autonomie des provinces, l'effet corrosif est le même. En conséquence, les tribunaux doivent reconnaître que cette vision des choses équivaut à une invitation à identifier un double aspect jusque-là inconnu, détermination emportant des conséquences évidentes sur l'autonomie des provinces.

[131] La mise en garde du juge Beetz au sujet de la théorie du double aspect s'applique donc avec une force particulière lorsque le fédéral revendique compétence sur une matière impliquant l'imposition d'une norme nationale minimale. Dans un tel cas, même si l'analyse relative à l'intérêt national confirme par ailleurs la compétence, la mise en garde du juge Beetz devrait servir de mesure de contrôle supplémentaire. Le tribunal doit être convaincu que le fédéral a un « intérêt impérieux » à adopter des règles de droit concernant l'aspect fédéral de l'activité en cause, et que la « pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale » : *Transport Desgagnés*, par. 85; *Bell Canada*, p. 766. Comme je vais l'expliquer plus en détail plus loin, à l'étape de l'étendue de l'effet, le tribunal doit être convaincu que les conséquences d'une conclusion portant que la matière concernée est d'intérêt national sont conciliables avec le partage des compétences.

### (3) L'analyse relative à l'intérêt national

[132] Je vais maintenant examiner les critères précis de l'analyse permettant d'identifier les matières d'intérêt intrinsèquement national. Comme je l'explique ci-après, le cadre de cette analyse repose sur un processus en trois étapes : la question préliminaire; l'analyse relative à l'unicité, à la particularité et à l'indivisibilité; et l'analyse relative à l'étendue de l'effet. Avant de considérer ces étapes en détail, deux remarques s'imposent relativement à l'ensemble de ce cadre d'analyse.

[133] Premièrement, la reconnaissance d'une matière d'intérêt national doit être appuyée par la preuve : voir K. Swinton, « Federalism under Fire : The Role of the Supreme Court of Canada » (1992),

121, at p. 134; J. Leclair, “The Elusive Quest for the Quintessential ‘National Interest’” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353, at p. 370. I find the Court’s trade and commerce power jurisprudence instructive in this regard. In the *2011 Securities Reference*, Canada argued that securities trading had once been primarily a local matter, but that it had since evolved to become a “matter of transcendent national concern” that brought it within the trade and commerce power: para. 114. For this argument to succeed, Canada had to “present the Court with a factual matrix” supporting its assertion of jurisdiction: para. 115. In other words, the onus was on Canada to show that the statute at issue “addresses concerns that transcend local, provincial interests” by producing “not mere conjecture, but evidentiary support”: para. 116. Similarly, an onus rests on Canada throughout the national concern analysis to adduce evidence in support of its assertion of jurisdiction.

[134] Second, there is no requirement that a matter be historically new in order to be found to be one of national concern: *Crown Zellerbach*, at p. 432. Moreover, it is not helpful to link historical newness to a finding of federal jurisdiction. Many new developments may be predominantly local and provincial in character and fall under provincial heads of power. As LeBel and Deschamps JJ. wrote in *Assisted Human Reproduction Act* in the context of the federal criminal law power, reasoning that novelty alone justifies federal jurisdiction would upset the federal-provincial balance: paras. 255-56. I agree with scholars who have characterized newness as an unhelpful or neutral factor in the national concern analysis: Hogg, at p. 17-18; K. Lysyk, “Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91: Residual and Emergency Law-Making Authority” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 531, at pp. 571-72.

55 *Law & Contemp. Probs.* 121, p. 134; J. Leclair, « The Elusive Quest for the Quintessential “National Interest” » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353, p. 370. J’estime que la jurisprudence de notre Cour sur le trafic et le commerce est instructive à cet égard. Dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, le fédéral plaidait que le commerce des valeurs mobilières avait auparavant constitué une question de nature principalement locale, mais avait depuis évolué au point de devenir un « enjeu national » relevant du pouvoir en matière de trafic et de commerce : par. 114. Pour que cet argument puisse être retenu, le fédéral devait « présenter à la Cour un fondement factuel » qui appuie sa déclaration de compétence : par. 115. En d’autres mots, il devait démontrer que la loi en litige « abord[ait] des matières qui transcendent les intérêts de nature locale et provinciale », et appuyer sa thèse « non pas sur de simples conjectures, mais bien sur des éléments de preuve » : par. 116. Pareillement, il incombe au fédéral de présenter, tout au long de l’analyse relative à l’intérêt national, des éléments de preuve à l’appui de sa revendication de compétence.

[134] Deuxièmement, rien n’exige qu’une matière soit historiquement nouvelle afin d’être reconnue comme une matière d’intérêt national : *Crown Zellerbach*, p. 432. Qui plus est, il n’est pas utile d’amalgamer nouveauté historique et reconnaissance de compétence en faveur du fédéral. De nombreuses réalisations nouvelles sont susceptibles d’avoir un caractère principalement local et provincial et de relever de chefs de compétence provinciaux. Comme l’ont écrit les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, dans le contexte de la compétence fédérale en droit criminel, considérer que la nouveauté d’une matière justifie à elle seule de conclure à la compétence du fédéral bouleverserait l’équilibre entre le fédéral et les provinces : par. 255-256. Je souscris à l’opinion d’auteurs qui ont qualifié la nouveauté de facteur inutile ou neutre dans l’analyse relative à l’intérêt national : Hogg, p. 17-18; K. Lysyk, « Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91 : Residual and Emergency Law-Making Authority » (1979), 57 *R. du B. can.* 531, p. 571-572.

[135] Given that historical newness is irrelevant to the analysis, it may be helpful to explain certain references to “newness” in the jurisprudence. In *Re: Anti-Inflation Act*, Beetz J. spoke of the application of the national concern doctrine only to “new matters” (p. 458), whereas in *Crown Zellerbach*, Le Dain J. spoke of its applying to both “new matters” and matters that had “become” matters of national concern (p. 432). Some commentators suggest that *Crown Zellerbach* therefore represents a departure from Beetz J.’s approach: J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, at p. 429; E. Brouillet, *La Négation de la nation: L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien* (2005), at p. 295.

[136] In my view, all this confusion stems from what is meant by the word “new”. In *Re: Anti-Inflation Act*, Beetz J. intended “new” to refer to matters that could satisfy the national concern test. This included both “new” matters that did not exist in 1867 and matters that are “new” in the sense that our understanding of those subject matters has, in some way, shifted so as to bring out their inherently national character: see also Hogg, at pp. 17-17 to 17-18. The critical element of this analysis is the requirement that matters of national concern be inherently national in character, not that they be historically new. The use of the word “become” in *Crown Zellerbach* served to articulate that the newness of the matter can also refer to our belated understanding of a matter’s true or inherent nature: see pp. 427-28 and 430-31. This is what Beetz J. meant when he explained that these matters are ones “which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern”: *Re: Anti-Inflation Act*, at p. 457 (emphasis added). There is no inconsistency between *Re: Anti-Inflation Act* and *Crown Zellerbach* on this point. To be clear, the national concern doctrine does not allow Parliament to legislate in relation to matters that come within the classes of subjects assigned exclusively to the provinces. The purpose of the analysis is strictly

[135] Étant donné que la notion de nouveauté sur le plan historique n’est pas pertinente pour les besoins de l’analyse, il pourrait être utile d’expliquer certaines mentions de la notion de « nouveauté » dans la jurisprudence. Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, le juge Beetz a dit que la théorie de l’intérêt national s’appliquait seulement aux « nouvelles matières » (p. 458), alors que dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a dit qu’elle s’appliquait aux « nouvelles matières » et aux matières qui sont « devenues » des matières d’intérêt national (p. 432). Certains commentateurs suggèrent que l’arrêt *Crown Zellerbach* représente en conséquence un changement par rapport à l’approche préconisée par le juge Beetz : J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, p. 429; E. Brouillet, *La Négation de la nation : L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien* (2005), p. 295.

[136] À mon avis, toute cette confusion découle de ce que l’on entend par le mot « nouvelle ». Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, lorsque le juge Beetz utilisait le mot « nouvelles », il visait les matières capables de satisfaire à l’analyse relative à l’intérêt national. Cela visait à la fois les matières « nouvelles » qui n’existaient pas en 1867, et les matières qui sont « nouvelles » en ce que notre conception de celles-ci a, d’une certaine façon, évolué et fait ressortir leur caractère intrinsèquement national : voir aussi Hogg, p. 17-17 à 17-18. L’élément crucial de la présente analyse est l’exigence qui requiert qu’une matière d’intérêt national possède un caractère intrinsèquement national, et non qu’elle soit historiquement nouvelle. L’emploi du mot « devenues » dans l’arrêt *Crown Zellerbach* visait à exprimer que la nouveauté d’une matière peut également s’entendre du fait que la nature véritable ou intrinsèque d’une matière nous est apparue tardivement : voir p. 427-428 et 430-431. C’est ce que le juge Beetz voulait dire lorsqu’il a expliqué qu’il s’agit de matières qui « ne se rattachent à aucun des paragraphes de l’art. 92 et qui, de par leur nature, sont d’intérêt national » : *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 457 (je souligne). Il n’y a aucune incohérence entre le *Renvoi : Loi anti-inflation* et l’arrêt *Crown Zellerbach* sur ce point. Soyons clairs, la théorie de l’intérêt national n’autorise pas

to determine whether a matter is by nature one of national concern.

[137] It follows that the majority of the Court of Appeal of Alberta erred in adding, as a threshold restriction, that matters that originally fell under provincial heads of power other than s. 92(16) of the Constitution are incapable of acquiring national dimensions: para. 185. Instead, the possibility that an existing matter may be found to be one of national concern provides a principled basis for courts to be responsive to new evidence in their application of the constitutional text. This is as it should be: “Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner. Constitutional texts must also be interpreted in a manner that is sensitive to evolving circumstances because they ‘must continually adapt to cover new realities’”: *Comeau*, at para. 52 (citations omitted).

[138] Let us consider atomic energy, the matter of national concern that this Court identified in *Ontario Hydro*. This matter encompasses the mining of raw materials such as uranium — materials that existed and were mined prior to the discovery of atomic energy. Before World War II, the dominant characteristic of uranium mining would likely have been the management of natural resources within the province, which would have come within various enumerated provincial classes of subjects: ss. 92(5), 92(9), 92(10) and 92(13) (s. 92A, while also relevant, did not come into being until the Constitution was amended in 1982). But that did not prevent atomic energy, including the production of its raw materials, from being found to be a matter which is, by nature, of national concern because of its safety and security risks, particularly the risk of catastrophic interprovincial harm: see *Pronto*; *Denison*; *Ontario Hydro*. In other words, the discovery of atomic energy brought out the inherently national character of uranium mining. The fact that uranium mining would have fallen under provincial heads of power other than s. 92(16) prior to this discovery is irrelevant

le Parlement à légiférer relativement à des matières relevant des catégories de sujets assignés exclusivement aux provinces. L’analyse a strictement pour objet de déterminer si une matière est, de par sa nature, d’intérêt national.

[137] Il s’ensuit que la majorité de la Cour d’appel de l’Alberta a commis une erreur en ajoutant un critère restrictif préliminaire, à savoir que les matières visées par les chefs de compétence assignés exclusivement aux provinces, sauf celui prévu au par. 92(16) de la Constitution, ne peuvent acquérir une dimension nationale : par. 185. Au contraire, la possibilité qu’une matière existante puisse être déclarée matière d’intérêt national constitue une assise raisonnée permettant aux tribunaux de tenir compte de toute preuve nouvelle lorsqu’ils appliquent le texte de la Constitution. C’est ainsi que doivent être les choses : « Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet. Ils doivent également être interprétés d’une façon qui tient compte de l’évolution des circonstances puisqu’ils “doi[vent] être continuellement adapté[s] à de nouvelles réalités” » : *Comeau*, par. 52 (références omises).

[138] Examinons le cas de l’énergie atomique, la matière d’intérêt national identifiée par notre Cour dans l’arrêt *Ontario Hydro*. Cette matière englobe l’extraction de substances brutes comme l’uranium — des substances qui existaient et qu’on extrayait avant la découverte de l’énergie atomique. Avant la Deuxième Guerre mondiale, la caractéristique dominante de l’extraction de l’uranium aurait vraisemblablement été décrite comme étant la gestion des ressources naturelles sur le territoire de la province, activité qui aurait relevé de différentes catégories de sujets parmi la liste de ceux assignés aux provinces : par. 92(5), 92(9), 92(10) et 92(13) (l’art. 92A, bien que pertinent lui aussi, ne fait partie du texte de la Constitution que depuis la modification de celle-ci en 1982). Cela n’a toutefois pas empêché l’énergie atomique, y compris l’exploitation des substances brutes servant à sa production, d’être déclarée matière, qui est, de par sa nature, d’intérêt national en raison des risques qu’elle présente pour la santé et la sécurité, en particulier le risque de dommages interprovinciaux catastrophiques : voir *Pronto*; *Denison*; *Ontario Hydro*. Autrement dit, la découverte de l’énergie atomique a

to the analysis and did not preclude the finding that atomic energy is a matter of national concern. The “historical newness” of atomic energy is equally irrelevant; the dispositive feature of the cases in question was instead that the discovery of atomic energy had led to evidence grounding a new understanding of the inherent nature of the matter as one of national concern.

[139] It also follows that I do not agree with my colleague Rowe J.’s articulation of the national concern test, which consists of two requirements as follows: first, the matter must not come within the enumerated powers; and second, the matter “must be such that it cannot be shared between both orders of government and that it must be entrusted to Parliament, exclusively, to avoid a jurisdictional vacuum” (Rowe J.’s reasons, at para. 545). With great respect, I see a jurisprudential barrier to my colleague’s approach, which I find myself unable to resolve. I am not persuaded that the matters of national concern this Court has recognized, such as the development of the National Capital Region (*Munro*; see also: *Re: Anti-Inflation Act*, at p. 457) or the control of marine pollution by dumping (*Crown Zellerbach*), would necessarily meet his test if it were applied in the manner he proposes. Nor, in my view, can *Munro* or *Crown Zellerbach* be read as an application of my colleague’s methodology. In those cases, this Court did not proceed by way of a two-step search for a jurisdictional vacuum; rather, it applied the national concern test to identify matters of inherent national concern.

[140] Thus, *Munro* and *Crown Zellerbach* can be explained in light of a more conventional

fait ressortir le caractère intrinsèquement national de l’extraction de l’uranium. Le fait que l’extraction de l’uranium aurait relevé de chefs de compétence provinciaux autres que celui prévu au par. 92(16) avant cette découverte n’est pas pertinent pour les besoins de l’analyse, et n’a pas empêché la reconnaissance de l’énergie atomique en tant que matière d’intérêt national. La « nouveauté historique » de l’énergie atomique n’est pas une considération pertinente elle non plus; l’élément déterminant dans ces décisions était plutôt que la découverte de l’énergie atomique avait révélé des éléments qui avaient mené à une nouvelle conception de la nature intrinsèque de cette matière d’intérêt national.

[139] Il s’ensuit également que je ne peux souscrire à la formulation de l’analyse relative à l’intérêt national que propose mon collègue le juge Rowe, formulation qui se compose des deux conditions suivantes : premièrement, la matière ne doit pas relever des compétences énumérées; deuxièmement, la matière « doit être telle qu’elle ne [p]eut être partagée entre les deux ordres de gouvernement et [. . .] doit être confiée exclusivement au Parlement afin d’éviter un vide dans le partage des compétences » (motifs du juge Rowe, par. 545). Soit dit en tout respect, l’approche proposée par mon collègue fait face selon moi à un obstacle jurisprudentiel auquel je ne peux voir de solution. Je ne suis pas convaincu que les matières d’intérêt national qui ont été reconnues par notre Cour, par exemple l’aménagement de la région de la capitale nationale (*Munro*; voir aussi : *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 457) ou le contrôle de la pollution marine causée par l’immersion de déchets (*Crown Zellerbach*), seraient reconnues comme telles au terme de son analyse si celle-ci leur était appliquée de la manière qu’il propose. De plus, ni l’arrêt *Munro* ni l’arrêt *Crown Zellerbach* ne peuvent, à mon avis, être considérés comme des illustrations de la méthode de mon collègue. Dans ces affaires, notre Cour n’a pas procédé à une analyse en deux étapes en vue de déterminer s’il existait un vide de compétence; elle a plutôt appliqué l’analyse relative à l’intérêt national en vue d’identifier des matières d’intérêt intrinsèquement national.

[140] En conséquence, les arrêts *Munro* et *Crown Zellerbach* peuvent être expliqués suivant une

understanding of the national concern doctrine that was articulated in *Crown Zellerbach* itself and which I will explain in greater detail below. Marine pollution is predominantly extraprovincial and international in character, while the development of the national capital is of concern to Canada as a whole. The matters proposed in those cases were specific and identifiable and had ascertainable and reasonable limits. The requirement of provincial inability, understood in the sense of serious extraprovincial harm, was met: “. . . the failure of either Quebec or Ontario to cooperate in the development of the national capital region would have denied to all Canadians the symbolic value of a suitable national capital”, and “the failure of one province to protect its waters would probably lead to the pollution of the waters of other provinces as well as the (federal) territorial sea and high sea” (Hogg, at p. 17-14). Lastly, the recognition of these matters was compatible with the division of powers. The result of this analysis leads to the conclusion that these matters, by their nature, transcend the provinces. They were thus shown to fall outside of s. 92 and were appropriate matters for recognition under the national concern doctrine. I therefore respectfully disagree with my colleague’s articulation of the national concern test.

[141] To sum up, the purpose of the national concern analysis is to identify matters of inherent national concern — matters which, by their nature, transcend the provinces. “Historical newness” is irrelevant to this analysis, and there is no threshold question whether the matter can be characterized as being new. Instead, the analysis has three steps: the threshold question, which relates not to newness but to whether the matter is of sufficient concern to Canada as whole; the singleness, distinctiveness and indivisibility analysis; and the scale of impact analysis. The onus is on Canada to adduce evidence to satisfy the court that a matter of inherent national concern is made out. I will now discuss each of these three steps in detail.

conception plus conventionnelle de la théorie de l’intérêt national, qui a été exposée dans l’arrêt *Crown Zellerbach* lui-même et que je vais préciser davantage plus loin. La pollution des mers a un caractère principalement extraprovincial et international, alors que l’aménagement de la capitale nationale intéresse le Canada tout entier. Les matières proposées dans ces affaires étaient spécifiques et identifiables, et comportaient des limites raisonnables et vérifiables. Le critère de l’incapacité provinciale, considéré sous l’angle de dommages extraprovinciaux graves, était respecté : [TRADUCTION] « . . . la non-collaboration du Québec ou de l’Ontario à l’aménagement de la région de la capitale nationale aurait privé tous les Canadiens de la valeur symbolique d’une capitale nationale appropriée », et « l’omission par une province de protéger ses eaux mènerait probablement à la pollution des eaux des autres provinces ainsi que de la mer territoriale (fédérale) et de la haute mer » (Hogg, p. 17-14). Enfin, la reconnaissance de ces matières était conciliable avec le partage des compétences. L’analyse de ces matières amène à conclure que, de par leur nature, il s’agit de matières qui transcendent les provinces. Il a donc été démontré, sur cette base, que ces matières échappaient au champ d’application de l’art. 92 et qu’elles pouvaient être reconnues en vertu de la théorie de l’intérêt national. Avec égards, je dois en conséquence exprimer mon désaccord avec la formulation de l’analyse relative à l’intérêt national proposée par mon collègue.

[141] En résumé, l’objet de l’analyse relative à l’intérêt national consiste à identifier les matières intrinsèquement d’intérêt national — celles qui, de par leur nature, transcendent les provinces. Le facteur de la « nouveauté historique » n’est pas pertinent dans cette analyse, et il n’y a aucune question préliminaire visant à déterminer si la matière peut être qualifiée de nouvelle. L’analyse comporte plutôt trois étapes : la question préliminaire, qui consiste non pas à se demander si la matière est nouvelle, mais plutôt si elle présente un intérêt suffisant pour le Canada tout entier; l’analyse relative à l’unicité, à la particularité et à l’indivisibilité; et l’analyse relative à l’étendue de l’effet. C’est au fédéral qu’il incombe de présenter une preuve permettant de convaincre le tribunal que la matière concernée est d’intérêt national. Je vais maintenant examiner en détail chacune de ces trois étapes.

(a) *Threshold Question*

[142] Courts must approach a finding that the federal government has jurisdiction on the basis of the national concern doctrine with great caution. The analysis therefore begins by asking, as a threshold question, whether the matter is of sufficient concern to Canada as a whole to warrant consideration under the doctrine. This invites a common-sense inquiry into the national importance of the proposed matter.

[143] This Court’s analysis in key national concern decisions has begun with an assessment of whether the matter at issue is one “of concern to Canada as a whole”: *Crown Zellerbach*, at p. 436. In *Munro*, Cartwright J. began with an observation that the matter was “the concern of Canada as a whole”: p. 671. The reasons of the majorities of the Saskatchewan and Ontario courts of appeal in the instant case reflect this approach: Richards C.J.S. began his analysis on this subject with the “broad starting point” of “whether this matter is something of genuine national importance” (para. 146); Strathy C.J.O. first asked whether “the matter is both ‘national’ and a ‘concern’” before proceeding to the analysis of singleness, distinctiveness and indivisibility (para. 106). Although this inquiry was not identified as a distinct step of the analysis in *Crown Zellerbach*, it serves an important purpose. The threshold question ensures that the national concern doctrine cannot be invoked too lightly and provides essential context for the analysis that follows. Requiring that this question be asked as the first step of the test is an appropriate, incremental development in the law to ensure that federal power under the national concern doctrine is properly constrained.

[144] At the threshold step, Canada must adduce evidence to satisfy the court that the matter is of

a) *Question préliminaire*

[142] Les tribunaux doivent faire montre de beaucoup de prudence avant de conclure que le fédéral a compétence sur une matière en vertu de la théorie de l’intérêt national. L’analyse commence en conséquence par la question préliminaire de savoir si la matière proposée présente, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant pour justifier d’être prise en considération au regard de cette théorie. La détermination de l’importance nationale de la matière proposée requiert un examen fondé sur le sens commun.

[143] Dans ses arrêts clés sur l’intérêt national, la Cour a commencé son analyse en se demandant si la matière en litige est une matière qui « intéresse le Canada tout entier » : *Crown Zellerbach*, p. 436. Dans l’arrêt *Munro*, le juge Cartwright a d’abord fait observer que la matière en cause était une matière qui [TRADUCTION] « intéressait le Canada tout entier » : p. 671. Les motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Saskatchewan et de celle de l’Ontario dans la présente instance reflètent cette approche. Le juge en chef Richards de la Cour d’appel de la Saskatchewan a amorcé son analyse de cet aspect en partant du [TRADUCTION] « point de départ général » qu’il faut se demander si « la matière revêt une véritable importance nationale » (par. 146); le juge en chef Strathy de la Cour d’appel de l’Ontario s’est d’abord demandé si [TRADUCTION] « la matière constitue une question “d’intérêt” et s’il s’agit d’une question d’intérêt “national” » avant de procéder à l’analyse de l’unicité, de la particularité et de l’indivisibilité (par. 106). Bien que cet examen n’ait pas été décrit comme une étape distincte de l’analyse dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, il sert une fin importante. La question préliminaire fait en sorte que la théorie de l’intérêt national ne puisse pas être invoquée trop à la légère et fournit des éléments contextuels essentiels pour l’analyse qui va suivre. Le fait d’exiger l’examen de cette question à titre de première étape du critère représente une évolution appropriée et graduelle du droit pertinent, en vue de limiter adéquatement l’élargissement des pouvoirs fédéraux en vertu de la théorie de l’intérêt national.

[144] À l’étape de la question préliminaire, le fédéral doit apporter une preuve propre à convaincre

sufficient concern to Canada as a whole to warrant consideration in accordance with the national concern doctrine. If Canada discharges this burden, the analysis proceeds. This approach does not open the door to the recognition of federal jurisdiction simply on the basis that a legislative field is “important”; it operates to limit the application of the national concern doctrine.

(b) *Singleness, Distinctiveness and Indivisibility*

[145] The second step of the analysis was explained by Le Dain J. as follows in *Crown Zellerbach*: the matter “must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern” (p. 432). Le Dain J. added that this inquiry includes the provincial inability test: “In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter” (p. 432).

[146] The phrase “singleness, distinctiveness and indivisibility” requires some explanation. On its own, this phrase does not amount to a readily applicable legal test. Rather, in my view, two principles underpin the singleness, distinctiveness and indivisibility requirement and must be satisfied in order to determine that a matter is one of national concern. In Le Dain J.’s formulation, these characteristics are essential because they are features that *clearly distinguish* a matter of national concern from matters of provincial concern. This is the first principle underpinning the singleness, distinctiveness and indivisibility inquiry: to prevent federal overreach, jurisdiction based on the national concern doctrine should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern. The recognition of “provincial inability” as a marker of singleness, distinctiveness and indivisibility points to a second

le tribunal que la matière présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant pour justifier sa prise en considération conformément à cette théorie. Si le fédéral s’acquitte de ce fardeau, l’analyse peut alors être effectuée. Une telle approche n’ouvre pas la porte à la reconnaissance d’une compétence fédérale du seul fait qu’on est en présence d’un champ de compétence législative « important »; elle a pour effet de limiter l’application de la théorie de l’intérêt national.

b) *Unicité, particularité et indivisibilité*

[145] La deuxième étape de l’analyse a été expliquée ainsi par le juge Le Dain dans l’arrêt *Crown Zellerbach* : la matière « doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial » (p. 432). Le juge Le Dain a ajouté qu’il faut, à cette étape de l’analyse, appliquer le critère de l’incapacité provinciale : « Pour décider si une matière atteint le degré requis d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui la distingue clairement des matières d’intérêt provincial, il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extraprovinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra-provinciaux de cette matière » (p. 432).

[146] L’expression « une unicité, une particularité et une indivisibilité » appelle certaines explications. Elle ne constitue pas un critère juridique aisément applicable à sa simple lecture. J’estime qu’il existe deux principes qui sous-tendent l’exigence d’unicité, de particularité et d’indivisibilité et qui doivent être respectés pour qu’une matière puisse être jugée d’intérêt national. Selon le juge Le Dain, ces caractéristiques sont essentielles parce qu’elles sont des aspects qui *distinguent clairement* une matière d’intérêt national de matières d’intérêt provincial. Il s’agit là du premier principe qui sous-tend l’analyse de l’unicité, de la particularité et de l’indivisibilité : afin de prévenir un élargissement excessif des pouvoirs fédéraux, compétence ne devrait être reconnue sur la base de la théorie de l’intérêt national que si la matière en cause est particulière, identifiable et qualitativement différente de matières d’intérêt provincial. La reconnaissance de « l’incapacité provinciale » en

principle animating the inquiry: federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter. This means that the matter at issue is of a nature that the provinces cannot address either jointly or severally, because the failure of one or more provinces to cooperate would prevent the other provinces from successfully addressing it, *and* that a province's failure to deal with the matter within its own borders would have grave extraprovincial consequences.

[147] Regarding the first principle, the proposed federal matter must be specific and readily identifiable. As Beetz J. made clear in *Re: Anti-Inflation Act*, a matter that is “lacking in specificity” or is boundless cannot pass muster as a matter of national concern: p. 458. The specific and identifiable matter must also be qualitatively different from matters of provincial concern. It is clearly not enough for a matter to be quantitatively different from matters of provincial concern — the mere growth or extent of a problem across Canada is insufficient to justify federal jurisdiction: *Insurance Reference SCC*; see also *Le Dain*, at pp. 277-78; *Wetmore*, at p. 296. The case law points to several factors that properly inform this analysis.

[148] One key consideration for determining whether the matter is qualitatively different from matters of provincial concern is whether it is predominantly extraprovincial and international in character, having regard both to its inherent nature and to its effects. The case law demonstrates that this inquiry is central to the national concern doctrine. The finding that marine pollution is extraprovincial and international in its character and implications was critical to the recognition of a matter of national concern in *Crown Zellerbach*: p. 436; see also *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 64. In *Ontario Hydro*, the judges were unanimous in grounding the federal government's jurisdiction over atomic

tant qu'indice d'unicité, de particularité et d'indivisibilité révèle un deuxième principe guidant l'analyse : compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière. Cela signifie que la matière en cause est d'une nature telle que les provinces, soit conjointement soit individuellement, ne sont pas en mesure de s'en occuper, parce que l'absence de coopération d'une ou de plusieurs provinces empêcherait les autres de s'en occuper efficacement, *et* que le défaut d'une province d'agir à l'égard de cette matière sur son territoire aurait des conséquences extraprovinciales graves.

[147] Pour ce qui est du premier principe, la matière fédérale proposée doit être spécifique et facilement identifiable. Comme l'a clairement indiqué le juge Beetz dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, une matière « dépourvue de spécificité » et qui ne connaît pas de limites n'est pas acceptable comme matière d'intérêt national : p. 458. Cette matière spécifique et indetifiable doit en outre être qualitativement différente de matières d'intérêt provincial. De toute évidence, il ne suffit pas qu'une matière soit qualitativement différente de matières d'intérêt provincial — le simple fait qu'un problème s'aggrave ou s'étende à travers le Canada est insuffisant pour justifier de reconnaître compétence au fédéral : *Renvoi sur les assurances — CSC*; voir aussi *Le Dain*, p. 277-278; *Wetmore*, p. 296. La jurisprudence fait état de plusieurs facteurs qui éclairent adéquatement cette analyse.

[148] Un facteur clé pour déterminer si une matière est qualitativement différente des matières d'intérêt provincial consiste à se demander si la matière a un caractère principalement extraprovincial et international, eu égard à sa nature intrinsèque et à ses effets. La jurisprudence démontre que ce facteur est un aspect central de l'analyse relative à la théorie de l'intérêt national. La conclusion selon laquelle la pollution des mers a une nature et des incidences extraprovinciales et internationales a joué un rôle essentiel dans sa reconnaissance comme matière d'intérêt national dans l'arrêt *Crown Zellerbach* : p. 436; voir aussi *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 64. Dans l'arrêt *Ontario Hydro*, les juges ont

energy based on the POGG power in the potential for catastrophic interprovincial and international harm. By contrast, in *Hydro-Québec*, the judges who considered the issue concluded that the fact that the statute regulated substances whose effects were entirely intraprovincial and localized was a barrier to its recognition as a matter of national concern. However, they accepted that a matter dealing with toxic substances that originate in a particular province may nonetheless be predominantly extraprovincial and international in character if the substances in question have serious effects that can cross provincial boundaries: paras. 68, 74 and 76.

[149] International agreements may in some cases indicate that a matter is qualitatively different from matters of provincial concern. Consideration of international agreements figured into the Court's national concern analysis in *Johannesson* and in *Crown Zellerbach*: see also G. van Ert, "POGG and Treaties: The Role of International Agreements in National Concern Analysis" (2020), 43 *Dalhousie L.J.* 901, at p. 920. Significantly, the existence of treaty obligations is not determinative of federal jurisdiction: there is no freestanding federal treaty implementation power and Parliament's jurisdiction to implement treaties signed by the federal government depends on the ordinary division of powers: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). Treaty obligations and international agreements can be relevant to the national concern analysis, however. Depending on their content, they may help to show that a matter has an extraprovincial and international character, thereby supporting a finding that it is qualitatively different from matters of provincial concern.

[150] Furthermore, to be qualitatively different from matters of provincial concern, the matter must not be an aggregate of provincial matters: *Re*:

à l'unanimité fondé sur les risques de dommages catastrophiques interprovinciaux et internationaux la reconnaissance de la compétence du gouvernement fédéral sur l'énergie atomique en vertu du pouvoir POGG. À l'opposé, dans l'arrêt *Hydro-Québec*, les juges qui se sont penchés sur cette question ont conclu que le fait que la loi régissait des substances dont les effets étaient localisés et se faisaient ressentir exclusivement à l'intérieur de la province faisait obstacle à ce que le problème soit reconnu comme matière d'intérêt national. Toutefois, ils ont accepté qu'une matière portant sur des substances toxiques émanant d'une province donnée pouvait néanmoins présenter un caractère principalement extraprovincial et international si les substances en question produisent de graves effets qui peuvent déborder les frontières de cette province : par. 68, 74 et 76.

[149] Il est possible que, dans certains cas, des accords internationaux indiquent qu'une matière est qualitativement différente de matières d'intérêt provincial. La Cour a considéré des accords internationaux dans son analyse relative à l'intérêt national dans les arrêts *Johannesson* et *Crown Zellerbach* : voir également G. van Ert, « POGG and Treaties : The Role of International Agreements in National Concern Analysis » (2020), 43 *Dalhousie L.J.* 901, p. 920. Fait important, l'existence d'obligations issues de traités n'est pas déterminante relativement à l'existence d'une compétence fédérale : il n'existe aucun pouvoir fédéral autonome de mise en œuvre des traités et la compétence du Parlement fédéral de mettre en œuvre des traités signés par le gouvernement fédéral est fonction du partage ordinaire des compétences : *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.). Cependant, les obligations issues de traités et les accords internationaux peuvent être pertinents dans l'analyse relative à l'intérêt national. Dépendant de leur contenu, ils peuvent aider à démontrer qu'une matière a un caractère extraprovincial et international et ainsi appuyer la conclusion que cette matière est qualitativement différente de matières d'intérêt provincial.

[150] En outre, pour être qualitativement différente de matières d'intérêt provincial, la matière ne doit pas être un agrégat de matières provinciales :

*Anti-Inflation Act*, at p. 458. The federal legislative role must be distinct from and not duplicative of that of the provinces. Once again, the Court's trade and commerce jurisprudence is helpful in this regard. The Court's opinions with respect to securities regulation show that a regulatory field with an international or extraprovincial dimension can also have local features. While there are aspects of securities regulation that are national in character and have genuine national goals, much of this sphere is primarily focused on local concerns related to investor protection and market fairness: *2011 Securities Reference*, at paras. 115 and 124-28; *2018 Securities Reference*, at paras. 105-6. As the *2011 Securities Reference* and the *2018 Securities Reference* confirm, federal legislation will not be qualitatively distinct if it overshoots regulation of a national aspect of the field and instead duplicates provincial regulation or regulates issues that are primarily of local concern.

[151] Thus, the first principle underpinning the requirement of singleness, distinctiveness and indivisibility is that federal jurisdiction may only be recognized over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern. At this stage, the court should inquire into whether the matter is predominantly extraprovincial and international in its nature or its effects, into the content of any international agreements in relation to the matter, and into whether the matter involves a federal legislative role that is distinct from and not duplicative of that of the provinces.

[152] I will now turn to the second principle, that is, that federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter. This Court's jurisprudence in relation to the general branch of the trade and commerce power is helpful on this point, too. The starting point for this analysis should be the provincial inability test expressed through the fourth

*Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 458. Le rôle du législateur fédéral doit être distinct de celui des législateurs provinciaux et ne pas faire double emploi avec celui-ci. Une fois de plus, la jurisprudence de notre la Cour en matière de trafic et de commerce est utile à cet égard. Les opinions exprimées par la Cour sur la réglementation des valeurs mobilières montrent qu'un domaine de réglementation possédant une dimension internationale ou extraprovinciale peut également avoir des dimensions locales. Bien qu'il existe certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières possédant un caractère national et des objectifs véritablement nationaux, une grande partie de cette sphère d'activités demeure principalement axée sur des préoccupations locales liées à la protection des investisseurs et à l'équité des marchés : *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 115 et 124-128; *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, par. 105-106. Comme le confirment ces arrêts, une loi fédérale ne sera pas qualitativement distincte si elle déborde la réglementation d'un aspect national et fait double emploi avec la réglementation provinciale ou régit des questions qui sont principalement d'intérêt local.

[151] En conséquence, le premier principe qui sous-tend l'exigence d'unicité, de particularité et d'indivisibilité est le fait que la compétence du fédéral peut uniquement être reconnue à l'égard de matières particulières, identifiables et qualitativement différentes de matières d'intérêt provincial. À cette étape, les tribunaux doivent se demander si la matière a un caractère principalement extraprovincial et international de par sa nature ou ses effets, et examiner le contenu d'accords internationaux en lien avec la matière, ainsi que la question de savoir si la matière implique l'exercice par le fédéral d'un rôle législatif qui est distinct de celui des provinces et qui ne fait pas double emploi avec celui-ci.

[152] Je vais maintenant me pencher sur le second principe, à savoir que compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière. La jurisprudence de la Cour sur le volet général du pouvoir de légiférer sur le trafic et le commerce est utile à l'égard de cet aspect également. Le point de départ de cette analyse devrait être

and fifth indicia discussed in *General Motors*, at p. 662: (1) the legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (2) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country. For provincial inability to be established for the purposes of the national concern doctrine, both of these factors are required.

[153] But there is a third factor that is required in the context of the national concern doctrine in order to establish provincial inability: a province's failure to deal with the matter must have grave extraprovincial consequences. Professor Hogg explains that evaluating extraprovincial harm helps to determine whether a national law "is not merely desirable, but essential, in the sense that the problem 'is beyond the power of the provinces to deal with it'": p. 17-14, quoting D. Gibson, "Measuring 'National Dimensions'" (1976), 7 *Man. L.J.* 15, at p. 33. This connects the provincial inability test to the overall purpose of the national concern test, which is to identify matters of inherent national concern that transcend the provinces.

[154] The need for "grave consequences for the residents of other provinces" was adopted by this Court in *Labatt Breweries* (at p. 945) and can be seen woven throughout its national concern jurisprudence. In *Local Prohibition Reference*, the Privy Council suggested arms trafficking as an example of a potential matter of national concern, which is consistent with this requirement of grave extraprovincial consequences flowing from provincial inaction in relation to the matter: *Local Prohibition Reference*, at p. 362. And in *Johannesson*, Locke J. of this Court had emphasized that one province's failure to provide space for aerodromes could have the "intolerable" extraprovincial consequence of isolating northern regions of Canada: pp. 326-27. Although the extraprovincial harm at issue in *Munro* was of a different nature, it was nonetheless meaningful, as it would have resulted in the denial of a suitable national capital to all Canadians. In *Ontario Hydro*,

l'incapacité provinciale formulée dans les quatrième et cinquième indices examinés dans l'arrêt *General Motors*, à la p. 662 : (1) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et (2) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. Ces deux facteurs doivent être réunis pour que l'incapacité provinciale soit établie pour les besoins de la théorie de l'intérêt national.

[153] Toutefois, un troisième facteur doit être présent dans le contexte de la théorie de l'intérêt national pour établir l'incapacité provinciale : le défaut d'une province de s'occuper d'une matière doit avoir des conséquences extraprovinciales graves. Le professeur Hogg explique que l'évaluation du préjudice extraprovincial aide à déterminer si une loi nationale [TRADUCTION] « n'est pas simplement souhaitable, mais essentielle, en ce que le problème "dépasse la capacité des provinces de s'en occuper" » : p. 17-14, citant D. Gibson, « Measuring "National Dimensions" » (1976), 7 *Man. L.J.* 15, p. 33. Ce facteur rattache le critère de l'incapacité provinciale à l'objet général de l'analyse relative à l'intérêt national, qui est d'identifier les matières d'intérêt intrinsèquement national qui transcendent les provinces.

[154] L'exigence relative à l'existence de « conséquences graves pour les habitants des autres provinces » a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Brasseries Labatt* (p. 945) et elle est présente dans toute sa jurisprudence sur l'intérêt national. Dans le *Renvoi sur les prohibitions locales*, le Conseil privé a mentionné le trafic d'armes comme exemple d'une possible matière d'intérêt national, exemple compatible avec l'exigence de conséquences graves extraprovinciales découlant du défaut d'une province de s'occuper de la matière : *Renvoi sur les prohibitions locales*, p. 362. Et, dans *Johannesson*, le juge Locke de notre Cour a souligné que le défaut d'une province de fournir de l'espace pour l'aménagement d'aérodromes pourrait avoir pour conséquence extraprovinciale [TRADUCTION] « intolérable » d'isoler les régions nordiques du Canada : p. 326-327. Même si le préjudice extraprovincial était d'une nature différente dans l'arrêt *Munro*, il était néanmoins

La Forest J. reasoned that one province's failure to effectively regulate atomic energy "could invite disaster", endangering "the safety of people hundreds of miles from a nuclear facility": p. 379. In contrast, the majority in *Schneider* reasoned that one province's failure to provide treatment facilities for heroin users "will not endanger the interests of another province": p. 131. This conception of provincial inability was reaffirmed in *Crown Zellerbach*.

[155] The requirement of grave extraprovincial consequences sets a high bar for a finding of provincial inability for the purposes of the national concern doctrine. This requirement can be satisfied by actual harm or by a serious risk of harm being sustained in the future. It may include serious harm to human life and health or to the environment, though it is not necessarily limited to such consequences. Mere inefficiency or additional financial costs stemming from divided or overlapping jurisdiction is clearly insufficient: *Wetmore*, at p. 296. Moreover, as I noted above, the onus is on Canada to establish that provincial inability is made out, and evidence is required, "for the questions of provincial inability and the harm that flows therefrom are both factual in part": Swinton, at p. 134; see also Leclair (2005), at p. 370.

[156] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. characterized provincial inability as an indicium of singleness and indivisibility. But in much of this Court's national concern jurisprudence, it has been treated as a strict requirement rather than as a mere optional indicium. Provincial inability has been used on this basis to reject national concern arguments and limit the doctrine's application: *Labatt Breweries*; *Schneider*; *Wetmore*. In my view, provincial inability functions as a strong constraint on federal power and should

significatif, puisqu'il aurait privé l'ensemble de la population canadienne d'une capitale nationale appropriée. Dans l'arrêt *Ontario Hydro*, le juge La Forest a affirmé que le défaut d'une province de régir efficacement le secteur de l'énergie nucléaire « risque de donner lieu à un désastre » mettant en danger « la sécurité des personnes qui vivent à des centaines de milles d'un établissement nucléaire » : p. 379. À l'inverse, dans l'arrêt *Schneider*, les juges majoritaires ont statué que l'omission d'une province d'établir des services de cure à l'intention des héroïnomanes « ne met pas en péril les intérêts d'une autre province » : p. 131. Cette conception de l'incapacité provinciale a été confirmée dans l'arrêt *Crown Zellerbach*.

[155] L'exigence selon laquelle il doit exister des conséquences extraprovinciales graves place haut la barre à atteindre pour justifier un tribunal de conclure qu'il y a incapacité provinciale suivant la théorie de l'intérêt national. Cette exigence sera respectée s'il existe un préjudice réel ou un risque sérieux qu'un tel préjudice se matérialise dans le futur. Il peut s'agir d'une atteinte grave à la vie et à la santé humaines, ou encore à l'environnement, quoique les conséquences ne se limitent pas nécessairement à ce genre de préjudices. Un simple manque d'efficacité ou des coûts financiers supplémentaires résultant d'une compétence partagée ou d'un chevauchement de compétences sont clairement insuffisants : *Wetmore*, p. 296. Qui plus est, comme je l'ai mentionné plus tôt, il appartient au fédéral de démontrer l'incapacité provinciale, et une preuve est requise à cet égard, [TRADUCTION] « parce que tant l'incapacité provinciale que les préjudices qui en découlent sont des questions en partie factuelles » : Swinton, p. 134; voir aussi Leclair (2005), p. 370.

[156] Dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a qualifié l'incapacité provinciale d'indice de l'unicité et de l'indivisibilité de la matière. Cependant, dans la majeure partie de la jurisprudence de notre Cour sur l'intérêt national, l'incapacité provinciale a été traitée comme une exigence stricte plutôt que comme un simple indice facultatif. L'incapacité provinciale a été invoquée à ce titre pour rejeter des arguments fondés sur l'existence d'un intérêt national et pour limiter l'application de la théorie : *Brasseries*

be seen as a necessary but not sufficient requirement for the purposes of the national concern doctrine. Treating provincial inability as merely an optional indicium “rob[s] it of its initial, necessity-based, narrowing effect and opens doors for national concern”: G. Baier, “Tempering Peace, Order and Good Government: Provincial Inability and Canadian Federalism” (1998), 9 *N.J.C.L.* 277, at p. 291; see also Leclair (2005), at p. 360.

[157] In conclusion, there are two principles that apply in relation to singleness, distinctiveness and indivisibility: first, federal jurisdiction based on the national concern doctrine should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern; and second, federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter. Provincial inability will be established only if the matter is of a nature that the provinces cannot address either jointly or severally, because the failure of one or more provinces to cooperate would prevent the other provinces from successfully addressing it, *and* if a province’s failure to deal with the matter within its own borders would have grave extraprovincial consequences.

[158] A few further words about indivisibility are in order, because my colleagues Brown and Rowe JJ. say that it has been written out of the national concern test in these reasons. The requirement of indivisibility is given effect through both of the principles I have discussed. The first of these principles requires a specific and identifiable matter which is not a boundless aggregate. The second principle requires provincial inability, as it is clearly defined in *Crown Zellerbach* and, indeed, throughout the Court’s national concern jurisprudence, which is a marker of indivisibility.

*Labatt; Schneider; Wetmore*. À mon avis, l’incapacité provinciale agit comme une puissante limite à l’élargissement des pouvoirs fédéraux et doit être considérée comme une exigence nécessaire, mais insuffisante, pour les besoins de la théorie de l’intérêt national. Traiter le critère de l’incapacité provinciale comme un simple indice facultatif, c’est le [TRADUCTION] « dépouiller de son effet restrictif initial fondé sur la nécessité, et ouvrir la porte à l’application de l’intérêt national » : G. Baier, « Tempering Peace, Order and Good Government : Provincial Inability and Canadian Federalism » (1998), 9 *R.N.D.C.* 277, p. 291; voir aussi Leclair (2005), p. 360.

[157] Pour conclure, deux principes s’appliquent en ce qui concerne l’unicité, la particularité et l’indivisibilité : premièrement, compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral sur la base de la théorie de l’intérêt national qu’à l’égard de matières particulières, identifiables et qualitativement différentes de matières d’intérêt provincial; et, deuxièmement, compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l’incapacité des provinces de s’occuper de la matière. L’incapacité provinciale ne sera établie que s’il s’agit d’une matière d’une nature telle que les provinces ne sont pas en mesure de s’en occuper conjointement ou séparément, parce que le défaut d’une ou de plusieurs d’entre elles de coopérer empêcherait les autres provinces de s’en occuper efficacement, *et* que le défaut d’une province d’agir sur son territoire aurait des conséquences extraprovinciales graves.

[158] Quelques remarques supplémentaires s’imposent au sujet de l’indivisibilité, parce que mes collègues les juges Brown et Rowe affirment qu’il a été éliminé de l’analyse relative à l’intérêt national dans les présents motifs. Les deux principes que je viens d’examiner donnent effet à l’exigence d’indivisibilité. Le premier de ces principes requiert que l’on soit en présence d’une matière particulière et identifiable, qui ne constitue pas un agrégat illimité de sujets. Le second principe exige qu’il y ait incapacité provinciale, suivant la définition claire qui en est donnée dans l’arrêt *Crown Zellerbach* et, de fait, dans l’ensemble de la jurisprudence de la Cour sur l’intérêt national de notre Cour, incapacité qui est un indice d’indivisibilité.

[159] I respectfully disagree with my colleagues' understanding of indivisibility, according to which "interrelatedness" is a criterion for establishing indivisibility (Rowe J.'s reasons, at paras. 545 and 548, citing *Crown Zellerbach*, at p. 434). Le Dain J. referred to interrelatedness only once, in his explanation of why the provincial inability test helps the court determine whether a matter has the "character of singleness or indivisibility": p. 434. Thus, if a province's approach to the intraprovincial aspects of a matter could cause grave extraprovincial harm — that is, if the provincial inability test is met — the matter can be said to have an interrelatedness, which supports a finding of indivisibility. One difficulty with my colleagues' approach, in my view, is that they treat interrelatedness (a situation in which the provincial inability test is met) as sufficient to establish indivisibility, while at the same time maintaining that meeting the provincial inability test cannot establish indivisibility (Rowe J.'s reasons, at paras. 545 and 560; see also Brown J.'s reasons, at para. 383). Respectfully, I would favour giving effect to the requirement of indivisibility on the basis of the two principles I have set out, which is consistent both with Le Dain J.'s treatment of interrelatedness and with the national concern jurisprudence as a whole, and presents no such analytical difficulties.

(c) *Scale of Impact*

[160] At the final step of the national concern test, Canada must show that the proposed matter has "a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution": *Crown Zellerbach*, at p. 432; *Hydro-Québec*, at para. 66, per Lamer C.J. and Iacobucci J. (dissenting, but not on this point). Determining whether the matter's scale of impact is reconcilable with the division of powers requires the Court to balance competing interests.

[159] Avec égards, je ne saurais souscrire à la conception de l'indivisibilité préconisée par mes collègues, conception selon laquelle l'« interrelation » est un critère applicable pour établir l'indivisibilité (motifs du juge Rowe, par. 545 et 548, citant *Crown Zellerbach*, p. 434). Le juge Le Dain ne mentionne qu'une fois la notion de « corrélation » (ou « interrelation »), lorsqu'il explique pourquoi le critère de l'incapacité provinciale aide les tribunaux à déterminer si une matière revêt le « caractère d'unicité et d'indivisibilité nécessaire » : p. 434. En conséquence, si la façon dont une province traite les aspects intra-provinciaux d'une matière risque de causer des préjudices extraprovinciaux graves — c'est-à-dire, s'il est satisfait au critère de l'incapacité provinciale —, il est alors possible d'affirmer que la matière présente un caractère de corrélation ou d'interrelation, caractère qui étaye une conclusion d'indivisibilité. Selon moi, une difficulté que pose l'approche de mes collègues est qu'ils considèrent que cette corrélation ou interrelation (une situation où il est satisfait au critère de l'incapacité provinciale) suffit pour établir l'indivisibilité, tout en soutenant que le respect du critère de l'incapacité provinciale ne permet pas d'établir l'indivisibilité (motifs du juge Rowe, par. 545 et 560; voir aussi les motifs du juge Brown, par. 383). Soit dit en tout respect, j'estime préférable de donner effet à l'exigence d'indivisibilité conformément aux deux principes que j'ai exposés, approche qui est compatible à la fois avec la façon dont le juge Le Dain traite la corrélation et avec l'ensemble de la jurisprudence de notre Cour sur l'intérêt national, et qui ne présente de difficultés analytiques comme celle mentionnée plus haut.

c) *Étendue de l'effet*

[160] À la dernière étape de l'analyse relative à l'intérêt national, le fédéral doit démontrer que la matière proposée a « un effet sur la compétence provinciale qui [est] compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution » : *Crown Zellerbach*, p. 432; *Hydro-Québec*, par. 66, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissidents, mais pas sur ce point). Pour déterminer si l'étendue de l'effet est compatible avec le partage des compétences, la Cour doit soupeser

As Professor Elgie writes, it does not make sense to treat the acceptable impact on provincial authority as a static threshold; instead, the effect on provincial jurisdiction should be assessed in the context of the matter at issue: pp. 85-86.

[161] The purpose of the scale of impact analysis is to prevent federal overreach: S. Choudhry, *Constitutional Law and the Politics of Carbon Pricing in Canada* (2019), IRPP Study 74, at p. 15; *2011 Securities Reference*, at para. 61. In other words, it is designed to protect against unjustified intrusions on provincial autonomy. In accordance with this purpose, at this stage of the analysis, the intrusion upon provincial autonomy that would result from empowering Parliament to act is balanced against the extent of the impact on the interests that would be affected if Parliament were unable to constitutionally address the matter at a national level. Identifying a new matter of national concern will be justified only if the latter outweighs the former.

(d) *Summary of the Framework*

[162] In summary, finding that a matter is one of national concern involves a three-step analysis.

[163] First, Canada must establish that the matter is of sufficient concern to the country as a whole to warrant consideration as a possible matter of national concern. This question arises in every case, regardless of whether the matter can be characterized as historically new. If Canada discharges its burden at the step of this threshold inquiry, the analysis will proceed.

[164] Second, the court must undertake the analysis explained in *Crown Zellerbach* through the language of “singleness, distinctiveness and indivisibility”. More important than this terminology, however, are the principles underpinning the inquiry. The first of these principles is that, to prevent federal overreach,

des intérêts concurrents. Comme l’explique le professeur Elgie, il n’est pas logique de traiter l’effet acceptable sur les pouvoirs des provinces comme une mesure statique; au contraire, l’effet sur la compétence des provinces devrait être évalué suivant le contexte de la matière en litige : p. 85-86.

[161] L’analyse de l’étendue de l’effet a pour objet de prévenir l’élargissement excessif des pouvoirs fédéraux : S. Choudhry, *Constitutional Law and the Politics of Carbon Pricing in Canada* (2019), IRPP Study 74, p. 15; *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 61. En d’autres mots, l’analyse se veut une mesure de protection contre les empiètements injustifiés sur l’autonomie des provinces. Voilà pourquoi, conformément à cet objet, à cette étape de l’analyse, l’empiètement sur l’autonomie des provinces qui résulte de l’attribution au Parlement du pouvoir d’agir est mis en balance avec l’étendue des effets qu’aurait sur les intérêts touchés le fait que le Parlement ne serait pas capable, sur le plan constitutionnel, d’agir à l’égard de la question à l’échelle nationale. La reconnaissance d’une nouvelle matière d’intérêt national ne sera justifiée que si les effets de cette incapacité l’emportent sur les effets de l’empiètement.

d) *Résumé du cadre d’analyse*

[162] En résumé, pour décider si une matière est d’intérêt national, il faut procéder à une analyse en trois étapes.

[163] Premièrement, le fédéral doit établir que la matière en cause présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant qui justifie sa prise en considération comme possible matière d’intérêt national. Cette question se soulève dans tous les cas, peu importe si la matière peut ou non être qualifiée d’historiquement nouvelle. Si le fédéral s’acquitte de ce fardeau à cette étape de la question préliminaire, l’analyse se poursuit.

[164] Deuxièmement, le tribunal entreprend l’analyse décrite dans l’arrêt *Crown Zellerbach* par les mots « unicité, particularité et indivisibilité ». Les principes qui sous-tendent cette analyse sont toutefois plus importants que ces termes. Suivant le premier de ces principes, afin de prévenir l’élargissement

jurisdiction based on the national concern doctrine should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern. The second principle to be considered at this stage of the inquiry is that federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter.

[165] If these two principles are satisfied, the court will proceed to the third and final step and determine whether the scale of impact of the proposed matter of national concern is reconcilable with the division of powers.

[166] The onus is on Canada throughout this analysis, and evidence is required. Where a proposed federal matter satisfies the requirements of all three steps of the framework, there is a principled basis to conclude that the matter is one that, by its nature, transcends the provinces and should be recognized as a matter of national concern.

(4) Application to the GGPPA

(a) *Threshold Question*

[167] Canada has adduced evidence that clearly shows that establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions is of sufficient concern to Canada as a whole that it warrants consideration in accordance with the national concern doctrine. To begin, this matter's importance to Canada as a whole must be understood in light of the seriousness of the underlying problem. All parties to this proceeding agree that climate change is an existential challenge. It is a threat of the highest order to the country, and indeed to the world. This context, on its own, provides some assurance that in the case at bar, Canada is not seeking to invoke the national concern doctrine too lightly. The undisputed existence of a threat to the future of humanity cannot be ignored.

excessif des pouvoirs fédéraux, compétence ne devrait être reconnue sur la base de la théorie de l'intérêt national qu'à l'égard de matières particulières, identifiables et qualitativement différentes de matières d'intérêt provincial. Le second principe qui doit être considéré à cette étape est que compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière.

[165] Si ces deux principes sont respectés, le tribunal procède alors à la troisième et dernière étape, qui consiste à déterminer si l'étendue de l'effet de la matière proposée d'intérêt national est compatible avec le partage des compétences.

[166] Le fardeau de la preuve incombe au fédéral tout au long de l'analyse, et il doit apporter la preuve requise. Lorsque la matière fédérale proposée satisfait aux exigences prévues aux trois étapes du cadre d'analyse, il existe alors une assise raisonnée permettant de conclure que, de par sa nature, la matière transcende les provinces et doit être reconnue en tant que matière d'intérêt national.

(4) Application à la LTPGES

a) *La question préliminaire*

[167] Le fédéral a produit des éléments de preuve qui démontrent clairement que l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de la réduction des émissions de ces gaz présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant qui justifie la prise en considération de cette matière en vertu de la théorie de l'intérêt national. Au départ, l'importance de la matière pour le Canada tout entier doit être considérée au regard de la gravité du problème sous-jacent. Toutes les parties à la présente instance s'accordent pour dire que les changements climatiques constituent un défi existentiel. Il s'agit d'une menace de la plus haute importance pour le pays, et, de fait, pour le monde entier. À lui seul, ce contexte assure d'une certaine façon que, en l'espèce, le Canada ne cherche pas à invoquer à la légère la théorie de l'intérêt national. L'existence incontestée d'une menace pour l'avenir de l'humanité ne saurait être ignorée.

[168] That being said, the matter at issue here is not the regulation of GHG emissions generally, and Canada is not seeking to have all potential forms of GHG regulation classified as matters of national concern. Rather, the specific question before the Court is whether establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions is a matter of national concern.

[169] The history of efforts to address climate change in Canada reflects the critical role of carbon pricing strategies in policies to reduce GHG emissions. As discussed above, Canada and all the provinces committed, in the *Vancouver Declaration*, to including carbon pricing in the country's efforts to reduce GHG emissions. The subsequently established Working Group on Carbon Pricing Mechanisms recognized in its final report that many experts regard carbon pricing as a necessary tool for efficiently reducing GHG emissions: p. 5. The Working Group's final report had the support of all provinces and of Canada at the time it was published, and its affirmation of the importance of carbon pricing is supported by the record in this case. Similarly, the Specific Mitigation Opportunities Working Group, one of the other three working groups established under the *Vancouver Declaration*, listed, in its final report, "broad, economy-wide carbon pricing" as one of "three essential elements of a comprehensive approach to mitigating GHG emissions": *Final Report*, 2016 (online), at p. 17.

[170] Furthermore, there is a broad consensus among expert international bodies such as the World Bank, the Organization for Economic Cooperation and Development and the International Monetary Fund that carbon pricing is a critical measure for the reduction of GHG emissions. For example, the High-Level Commission on Carbon Prices' *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*,

[168] Cela dit, la matière litigieuse en l'espèce n'est pas la réglementation des émissions de GES en général, et le Canada ne sollicite pas la classification comme matières d'intérêt national de toutes les formes possibles de réglementation de ces émissions. Au contraire, la question précise dont la Cour est saisie est celle de savoir si l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de la réduction des émissions de GES est une matière d'intérêt national.

[169] L'historique des efforts déployés pour lutter contre les changements climatiques au Canada témoigne du rôle crucial des stratégies de tarification du carbone dans les politiques de réduction des émissions de GES. Comme il a été précisé précédemment, le fédéral et toutes les provinces se sont engagés, dans la *Déclaration de Vancouver*, à inclure la tarification du carbone dans les efforts nationaux visant la réduction des GES. Le Groupe de travail sur les mécanismes d'instauration d'un prix sur le carbone qui a été établi subséquemment a reconnu, dans son rapport final, que de nombreux experts considèrent la tarification du carbone comme un outil nécessaire pour réduire de manière efficace les émissions de GES : p. 5-6. Le rapport final du Groupe de travail a obtenu l'appui de toutes les provinces et du fédéral au moment de sa publication, et la déclaration qu'il contient sur l'importance de la tarification du carbone est étayée par le dossier dans la présente affaire. De même, le rapport final du Groupe de travail sur les possibilités d'atténuation spécifiques, l'un des trois autres groupes de travail établis conformément à la *Déclaration de Vancouver*, fait état d'une « vaste tarification du carbone, à la grandeur de l'économie » comme étant l'un des « trois éléments essentiels à une démarche globale d'atténuation des émissions de GES » : *Rapport final*, 2016 (en ligne), p. 19.

[170] En outre, il existe, parmi les organismes internationaux spécialisés comme la Banque mondiale, l'Organisation de coopération et de développement économiques et le Fonds monétaire international, un large consensus suivant lequel la tarification du carbone représente une mesure essentielle pour réduire les émissions de GES. Par exemple, dans le rapport de la Commission de haut niveau sur les

May 29, 2017 (online), states: “A well-designed carbon price is an indispensable part of a strategy for reducing emissions in an efficient way” (p. 1). And an International Monetary Fund Staff Discussion Note entitled *After Paris: Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change* states: “The central problem is that no single firm or household has a significant effect on climate, yet collectively there is a huge effect — so pricing is necessary to force the factoring of climate effects into individual-level decisions” (M. Farid, et al., *After Paris: Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change*, January 11, 2016 (online), at p. 6). In my view, the evidence reflects a consensus, both in Canada and internationally, that carbon pricing is integral to reducing GHG emissions.

[171] In summary, the evidence clearly shows that establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions is of concern to Canada as a whole. This matter is critical to our response to an existential threat to human life in Canada and around the world. As a result, it readily passes the threshold test and warrants consideration as a possible matter of national concern.

(b) *Singleness, Distinctiveness and Indivisibility*

[172] As I explained above, the first principle to be considered in the singleness, distinctiveness and indivisibility inquiry is that federal jurisdiction based on the national concern doctrine should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern. Recognizing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions

prix du carbone intitulé *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*, 29 mai 2017 (en ligne), on affirme ce qui suit : [TRADUCTION] « Une tarification du carbone bien conçue est un élément indispensable d’une stratégie efficace de réduction des émissions » (p. 1). De plus, dans une note de discussion du Fonds monétaire international intitulée *After Paris : Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change*, il est dit que [TRADUCTION] « [l]e problème principal est que, individuellement, aucune entreprise ni aucun ménage n’a d’effet significatif sur le climat, pourtant, collectivement, ils ont un effet énorme — en conséquence, la tarification est nécessaire pour obliger la prise en compte des effets climatiques dans les décisions prises à l’échelle individuelle » (M. Farid, et autres, *After Paris : Fiscal, Macroeconomic, and Financial Implications of Climate Change*, 11 janvier 2016 (en ligne), p. 6). À mon avis, la preuve reflète l’existence, tant au Canada que sur le plan international, d’un consensus portant que la tarification du carbone est un élément indispensable en vue de la réduction des émissions de GES.

[171] En résumé, la preuve démontre clairement que l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz présente un intérêt pour le Canada tout entier. Il s’agit d’une matière cruciale pour nous permettre de répondre à une menace existentielle à la vie humaine au Canada et dans le monde entier. En conséquence, elle franchit aisément l’étape de la question préliminaire et justifie d’être prise en considération comme possible matière d’intérêt national.

b) *Analyse relative à l’unicité, la particularité et l’indivisibilité*

[172] Comme je l’ai expliqué précédemment, suivant le premier principe devant être pris en compte dans l’analyse relative à l’unicité, à la particularité et à l’indivisibilité, compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral sur la base de la théorie de l’intérêt national qu’à l’égard de matières particulières, identifiables et qualitativement différentes de matières d’intérêt provincial. La reconnaissance de

as a matter of national concern satisfies this requirement.

[173] Given that the matter at issue is establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHGs, it is important to begin by observing that these gases are a specific and precisely identifiable type of pollutant. The harmful effects of GHGs are known, and the fuel and excess emissions charges are based on the global warming potential of the gases (see Sch. 3 of the *GGPPA*). Moreover, GHG emissions are predominantly extraprovincial and international in their character and implications. This flows from their nature as a diffuse atmospheric pollutant and from their effect in causing global climate change. GHG emissions are precisely the type of diffuse and persistent substances with serious deleterious extraprovincial effects that the dissent in *Hydro-Québec* suggested might appropriately be regulated on the basis of the national concern doctrine: para. 76. In *Interprovincial Co-operatives*, a case concerning one province's emission of pollutants into an interprovincial river, Pigeon J. observed that the Court was "faced with a pollution problem that is not really local in scope but truly interprovincial": p. 514. GHG emissions represent a pollution problem that is not merely interprovincial, but global, in scope.

[174] The international response to GHG emissions over the past three decades confirms this. As early as 1992, the preamble to the *UNFCCC* recognized climate change as "a common concern of humankind", and also acknowledged its "global nature". The acknowledgment that climate change is a common concern of humankind was reiterated in the *Paris Agreement*. As well, the need for an effective international response to climate change was recognized in both agreements. Specifically, the *Paris Agreement* identifies imperatives of holding

normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz en tant que matière d'intérêt national satisfait à cette exigence.

[173] Comme la matière en cause est l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz, il est important de commencer en soulignant que ces gaz constituent un type de polluant particulier et identifiable de façon précise. Les effets néfastes des GES sont connus, et la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires reposent sur le potentiel de réchauffement planétaire des gaz (voir l'ann. 3 de la *LTPGES*). En outre, les émissions de GES ont, de par leur nature et leurs répercussions, un caractère principalement extraprovincial et international. Cela découle de leur nature, à savoir des polluants diffusés dans l'atmosphère, et de leur effet, à savoir qu'ils causent des changements climatiques à l'échelle de la planète. Les émissions de GES constituent précisément le type de substance diffuse et persistante, produisant des effets nocifs graves à l'échelle extraprovinciale, qui, comme l'ont suggéré les juges dissidents dans l'arrêt *Hydro-Québec*, pourraient être régies de façon appropriée en vertu de la théorie de l'intérêt national : par. 76. De plus, dans l'arrêt *Interprovincial Co-operatives*, une affaire concernant le déversement de polluants par une province dans une rivière interprovinciale, le juge Pigeon a reconnu que la Cour était « en présence d'un problème de pollution qui n'est pas réellement de nature locale mais véritablement interprovinciale » : p. 514. Les émissions de GES représentent un problème de pollution dont l'envergure n'est pas seulement interprovinciale, mais mondiale.

[174] C'est ce que confirment les mesures qui ont été prises au cours des trois dernières décennies à l'échelle internationale à l'égard des émissions de GES. Dès 1992, le préambule de la *CCNUCC* reconnaissait que les changements climatiques étaient « un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière » et faisait aussi état de son « caractère planétaire ». Cette reconnaissance est reprise dans l'*Accord de Paris*. De plus, les deux accords attestent la nécessité d'une réponse internationale efficace aux changements climatiques. Plus précisément, l'*Accord de*

the increase in the global average temperature to well below 2.0°C above pre-industrial levels and achieving net zero emissions in the second half of the 21st century: arts. 2(1)(a) and 4(1). States parties are therefore required to make nationally determined contributions that are increasingly ambitious and to implement domestic mitigation measures for the purpose of ensuring that those contributions are achieved: arts. 4(2) and (3). Both the *UNFCCC* and the *Paris Agreement* help illustrate the predominantly extraprovincial and international nature of GHG emissions and support the conclusion that the matter at issue is qualitatively different from matters of provincial concern.

[175] Not only is the type of pollutant to which the matter applies identifiable and qualitatively different from matters of provincial concern, but the regulatory mechanism of GHG pricing is a specific, and limited, one. It operates in a particular way, seeking to change behaviour by internalizing the cost of climate change impacts, incorporating them into the price of fuel and the cost of industrial activity. The *Vancouver Declaration* and the Working Group on Carbon Pricing Mechanisms that it established reflect the status of carbon pricing as a distinct form of regulation. GHG pricing does not amount to the regulation of GHG emissions generally. It is also different in kind from regulatory mechanisms that do not involve pricing, such as sector-specific initiatives concerning electricity, buildings, transportation, industry, forestry, agriculture and waste.

[176] Minimum national standards of GHG price stringency, which are implemented in this case by means of the backstop architecture of the *GGPPA*, relate to a federal role in carbon pricing that is qualitatively different from matters of provincial concern. The *2011 Securities Reference* and *2018 Securities Reference* illustrate this point. The proposed legislation at issue in the *2011 Securities Reference* did not have a distinctly national focus; it ran afoul of the division of powers by replicating existing provincial

*Paris* indique qu'il est impératif de contenir l'élévation de la température de la planète nettement en dessous de 2,0°C par rapport aux niveaux préindustriels et d'arriver à la carboneutralité au cours de la deuxième moitié du 21<sup>e</sup> siècle : al. 2(1)a) et par. 4(1). Les États parties sont donc tenus d'établir des contributions déterminées au niveau national qui sont de plus en plus ambitieuses, et de prendre des mesures internes d'atténuation en vue de réaliser ces contributions : par. 4(2) et (3). Tant la *CCNUCC* que l'*Accord de Paris* aident à illustrer la nature principalement extraprovinciale et internationale des émissions de GES et à étayer la conclusion selon laquelle la matière en question est qualitativement différentes de matières d'intérêt provincial.

[175] Non seulement le type de polluant auquel s'applique la matière est identifiable et qualitativement différent des matières de ressort provincial, mais le mécanisme de réglementation de la tarification des GES est précis et limité. Il fonctionne de manière particulière et a pour objet de modifier les comportements en internalisant les coûts des effets des changements climatiques, par leur inclusion dans le prix des combustibles et les coûts des activités industrielles. La *Déclaration de Vancouver* et le Groupe de travail sur les mécanismes d'instauration d'un prix sur le carbone mis sur pied en vertu de celle-ci témoignent de la nature de la tarification du carbone en tant que forme distincte de réglementation. La tarification des émissions de GES n'est pas assimilable à la réglementation de ces émissions en général. Elle est également d'une nature différente de celle des mécanismes de réglementation non tarifaires, telles les initiatives spécifiques touchant l'électricité, le bâtiment, les transports, l'industrie, les forêts, l'agriculture et la gestion des déchets.

[176] Les normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES, dont la mise en œuvre en l'espèce repose sur le rôle de filet de sécurité de la *LTPGES*, reflètent l'exercice par le fédéral d'un rôle dans la tarification du carbone qui diffère qualitativement de matières d'intérêt provincial. Le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* et le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières* illustrent ce point. La loi proposée dont il était question dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* ne visait pas

schemes: para. 116. However, the Court held that “[l]egislation aimed at imposing minimum standards applicable throughout the country and preserving the stability and integrity of Canada’s financial markets might well relate to trade as a whole” and could be a matter of national importance to which the federal general trade and commerce power applies: para. 114. This was the approach the federal government took in the proposed legislation at issue in the *2018 Securities Reference*. The focus of that legislation was on controlling systemic risks that represented a threat to the stability of the country’s financial system as a whole. Its effect was “to address any risk that ‘slips through the cracks’ and poses a threat to the Canadian economy”: para. 92. Rather than displacing provincial securities legislation by ensuring the day-to-day regulation of securities trading, it sought to complement provincial legislation by addressing national economic objectives: para. 96.

[177] The backstop approach taken in the *GGPPA* is analogous to the approach taken in the proposed legislation that was at issue in the *2018 Securities Reference*. The *GGPPA* establishes minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions in order to ensure that Canada’s nationally determined contribution under the *Paris Agreement* is achieved. It does so on a distinctly national basis, one that neither represents an aggregate of provincial matters nor duplicates provincial GHG pricing systems.

[178] Moreover, the Governor in Council’s power to make a regulation that applies the *GGPPA*’s pricing system to a province may be exercised only if it is first determined that the province’s pricing mechanisms are insufficiently stringent: ss. 166 and 189. This is similar to the situation in the *2018 Securities Reference*, in which the legislation required the federal regulator to consider the adequacy

un objectif distinctement national; elle contrevenait au partage des compétences en reproduisant les régimes provinciaux existants : par. 116. La Cour a toutefois reconnu qu’une loi « qui vise à fixer des normes minimales applicables dans l’ensemble du pays et qui vise à assurer la stabilité et l’intégrité des marchés financiers du Canada pourrait fort bien avoir trait au commerce dans son ensemble » et pourrait constituer une matière d’importance nationale à laquelle s’applique la compétence générale du fédéral en matière de trafic et de commerce : par. 114. C’est cette approche qu’a adoptée le gouvernement fédéral dans la loi proposée dont il était question dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*. Cette loi visait à contrer les risques systémiques représentant une menace pour la stabilité du système financier du pays dans son ensemble. Elle avait pour effet « de parer à tout risque qui passe entre les “mailles du filet” et qui constitue une menace à l’économie canadienne » : par. 92. Elle ne visait pas à remplacer les lois provinciales sur les valeurs mobilières et à régler de façon courante le commerce des valeurs mobilières, elle visait plutôt à compléter les lois provinciales en s’attaquant à des objectifs économiques nationaux : par. 96.

[177] L’approche adoptée dans la *LTPGES*, soit le rôle de filet de sécurité, est analogue à celle adoptée dans la loi proposée dont il était question dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*. La *LTPGES* établit des normes minimales de tarification rigoureuse des GES visant à réduire les émissions de ces gaz, et ce, afin de permettre au Canada de réaliser sa contribution déterminée au niveau national dans le cadre de l’*Accord de Paris*. Elle le fait suivant une approche distinctement nationale, qui ne représente pas un agrégat de matières provinciales et ne reproduit pas les systèmes provinciaux de tarification des GES.

[178] De plus, le pouvoir du gouverneur en conseil d’établir un règlement prévoyant l’application à une province donnée du régime de tarification instauré par la *LTPGES* ne peut être exercé que s’il est d’abord déterminé que les mécanismes de tarification de cette province ne sont pas assez rigoureux : art. 166 et 189. Cette situation ressemble à celle qui existait dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, où

of existing provincial regulations before designating a benchmark or prescribing a product or practice: para. 92. If each province designed its own pricing system and all the provincial systems met the federal pricing standards, the *GGPPA* would achieve its purpose without operating to directly price GHG emissions anywhere in the country. In other words, the *GGPPA*'s pricing system comes into play only to address the risk of increased GHG emissions that would otherwise "slip through the cracks" as a result of one province's failure to implement a sufficiently stringent pricing mechanism.

[179] The *GGPPA* is tightly focused on this distinctly federal role and does not descend into the detailed regulation of all aspects of GHG pricing. While it is true that the administrative pricing mechanism set out in the *GGPPA* is detailed, it can apply only to provinces that fail to meet the federal stringency standard. Thus, the *GGPPA*'s fundamental role is a distinctly federal one: evaluating provincial pricing mechanisms against an outcome-based legal standard in order to address national risks posed by insufficient carbon pricing stringency in any part of the country. The *GGPPA* does not prescribe any rules for provincial pricing mechanisms as long as they meet the federally designated standard. Even if the *GGPPA* were to apply so as to supplement an insufficiently stringent provincial pricing scheme, the prior existence of similar provincial legislation is not, as this Court confirmed in the *2018 Securities Reference*, a constitutional bar to federal legislation that pursues a qualitatively different national concern: para. 114; see also *General Motors*, at pp. 680-82.

[180] Unlike the proposed legislation that was at issue in the *2011 Securities Reference*, the *GGPPA*

la loi exigeait que l'organisme de réglementation fédéral tienne compte du caractère adéquat de la réglementation provinciale existante avant de désigner un indice de référence, un produit ou une pratique : par. 92. Si chaque province conçoit son propre régime de tarification et que tous les régimes provinciaux respectent les normes de tarification fédérales, l'objet de la *LTPGES* sera réalisé sans que celle-ci n'entre en application et tarife directement les émissions de GES à quelque endroit que ce soit au pays. En d'autres mots, le régime de tarification prévu par la *LTPGES* n'entre en jeu que pour parer à un risque d'accroissement des émissions de GES qui autrement passerait « entre les mailles du filet » parce qu'une province n'aurait pas mis en place un mécanisme de tarification suffisamment rigoureux.

[179] La *LTPGES* est essentiellement axée sur ce rôle distinctement fédéral et ne régleme pas en détail tous les aspects de la tarification des GES. Bien qu'il soit vrai que le mécanisme administratif de tarification établi dans la *LTPGES* soit détaillé, il peut uniquement s'appliquer aux provinces qui ne satisfont pas à la norme de rigueur fédérale. En conséquence, le rôle fondamental de la *LTPGES* est un rôle distinctement fédéral : l'évaluation des mécanismes provinciaux de tarification au regard d'une norme légale fondée sur le rendement, afin de parer aux risques que pose à l'échelle nationale une tarification du carbone insuffisamment rigoureuse dans une région ou une autre du pays. La *LTPGES* ne prescrit pas de règles applicables aux mécanismes provinciaux de tarification tant que ceux-ci respectent la norme fixée par le gouvernement fédéral. Même si la *LTPGES* devait s'appliquer pour suppléer à un régime provincial de tarification insuffisamment rigoureux, le fait qu'il existe déjà une mesure législative provinciale similaire ne constitue pas, comme l'a confirmé notre Cour dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, un obstacle d'ordre constitutionnel à l'édiction d'une loi fédérale visant à répondre à des préoccupations nationales qualitativement différentes : par. 114; voir aussi *General Motors*, p. 680-682.

[180] Contrairement à la loi proposée dont il était question dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs*

does not depend on provinces “opt[ing] in”: para. 31. The *GGPPA* imposes minimum standards of price stringency on all provinces at all times. If a province is not listed, it is because the Governor in Council has determined that the province’s system meets the federally determined standard, not because the province has opted out. Thus, like the *2018 Securities Reference*, the instant case involves the distinctly federal role of setting national targets and stepping in to make up for an absence of provincial legislation or to supplement insufficient provincial legislation. The *GGPPA* deals with the specific regulatory mechanism of GHG pricing in a way that is qualitatively different than how the provinces do so.

[181] The second principle to be considered at this stage of the inquiry is that federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter. I find that provincial inability is established in this case.

[182] First, the provinces, acting alone or together, are constitutionally incapable of establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. The situation here is much like the one in the *2018 Securities Reference*, in which the provinces would be able to enact legislation to address national goals relating to systemic risk but could not do so on a sustained basis, because any province could choose to withdraw at any time: para. 113; see also *2011 Securities Reference*, at paras. 119-21. In the instant case, while the provinces could choose to cooperatively establish a uniform carbon pricing scheme, doing so would not assure a sustained approach to minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions: the provinces and territories are constitutionally incapable of establishing a binding outcome-based minimum legal standard — a national GHG pricing

*mobilières*, l’application du régime prévu par la *LTPGES* n’est pas tributaire de l’exercice ou non par les provinces d’un « libre choix de participer » : par. 31. La *LTPGES* impose des normes minimales de tarification rigoureuse applicables à toutes les provinces en tout temps. Si une province n’est pas assujettie, c’est parce que le gouverneur en conseil estime que le système établi par cette province respecte la norme fixée par le gouvernement fédéral, et non parce que la province a choisi de ne pas participer au régime. En conséquence, tout comme dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, la présente affaire soulève le rôle distinctement fédéral consistant à établir des cibles nationales et à intervenir pour suppléer à l’absence de législation provinciale ou pour compléter une loi provinciale insuffisante. La *LTPGES* traite du mécanisme particulier de réglementation que constitue la tarification des GES d’une façon qui est qualitativement différente de la façon dont le font les provinces.

[181] Suivant le second principe qui doit être pris en compte à ce stade de l’analyse, compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l’incapacité des provinces de s’occuper de la matière. Je conclus que l’incapacité provinciale est établie en l’espèce.

[182] Premièrement, qu’elles agissent seules ou de concert, les provinces ne sont pas habilitées par la Constitution à établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. La situation en l’espèce est fort semblable à celle qui existait dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières* où, même si les provinces pouvaient adopter leurs propres mesures législatives tendant à la réalisation d’objectifs nationaux liés à des risques systémiques, une telle approche coopérative n’était pas soutenable à long terme, puisque toute province pouvait à tout moment décider de retirer son adhésion à cette approche : par. 113; voir aussi le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 119-121. En l’espèce, bien que les provinces puissent choisir de coopérer à l’instauration d’un régime uniforme de tarification du carbone, cela n’assurerait pas l’application d’une

floor — that applies in all provinces and territories at all times.

[183] Second, a failure to include one province in the scheme would jeopardize its success in the rest of Canada. It is true that a cooperative scheme might continue to *exist* if one province withdrew from it, but the issue here is whether it would be successful. The withdrawal of one province from the scheme would clearly threaten its success for two reasons: emissions reductions that are limited to a few provinces would fail to address climate change if they were offset by increased emissions in other Canadian jurisdictions; and any province's failure to implement a sufficiently stringent GHG pricing mechanism could undermine the efficacy of GHG pricing everywhere in Canada because of the risk of carbon leakage.

[184] The evidence in the instant case shows that even significant emissions reductions in some provinces have failed to further the goals of any cooperative scheme, because they were offset by increased emissions in other provinces. Between 2005 and 2016, Canada's total GHG emissions declined by only 3.8 percent: Environment and Climate Change Canada, *National Inventory Report 1990-2016: Greenhouse Gas Sources and Sinks in Canada — Executive Summary*, 2018 (online), at p. 13. In that period, emissions fell by 22 percent in Ontario, 11 percent in Quebec and 5.1 percent in British Columbia, three of the five provinces with the highest levels of emissions in Canada, as well as by over 10 percent in New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Yukon. But these decreases were largely offset by increases of 14 percent in Alberta and 10.7 percent in Saskatchewan, the other two provinces among the five with the highest levels of GHG emissions: p. 13. As a result, Canada failed

approche soutenue en matière d'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz : les provinces et territoires sont incapables sur le plan constitutionnel d'établir une norme légale minimale contraignante fondée sur le rendement — un plancher national de tarification des émissions de GES — applicable en tout temps à l'ensemble des provinces et territoires.

[183] Deuxièmement, le défaut d'assujettir une province au régime mettrait en péril le succès de celui-ci dans le reste du Canada. Il est vrai qu'un régime coopératif pourrait continuer d'*exister* même si une province s'en retirait, mais la question qui se pose ici est de savoir si ce régime serait couronné de succès. Le retrait d'une province menacerait clairement le succès du régime pour deux raisons : des réductions des émissions dans quelques provinces seulement ne contribueraient pas à lutter contre les changements climatiques si elles sont annulées par des accroissements des émissions dans d'autres provinces canadiennes; et le refus d'une province de mettre en œuvre un régime de tarification des émissions de GES suffisamment rigoureux pourrait compromettre l'efficacité de la tarification de ces émissions partout au Canada en raison du risque de fuite de carbone.

[184] Dans la présente affaire, la preuve révèle que même des réductions importantes d'émissions dans certaines provinces n'ont pas permis de réaliser les objectifs d'un régime coopératif, parce qu'elles ont été annulées par des émissions accrues dans d'autres provinces. Entre 2005 et 2016, les émissions totales de GES du Canada n'ont baissé que de 3,8 p. 100 : Environnement et Changement climatique Canada, *Rapport d'inventaire national 1990-2016 : Sources et puits de gaz à effet de serre au Canada — Sommaire*, 2018 (en ligne), p. 14. Au cours de cette période, les émissions ont chuté de 22 p. 100 en Ontario, de 11 p. 100 au Québec et de 5,1 p. 100 en Colombie-Britannique, trois des cinq provinces produisant le plus d'émissions au Canada, et de plus de 10 p. 100 au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon. Toutefois, ces baisses ont été en grande partie annulées par des hausses de 14 p. 100 des émissions en Alberta et de 10,7 p. 100 des émissions en Saskatchewan, deux

to honour its commitment under the *Kyoto Protocol* before withdrawing from that agreement in 2011, and it is not currently on track to honour its *Copenhagen Accord* commitment.

[185] More recently, even though all the provinces made a commitment in the *Vancouver Declaration* in March 2016 to work collectively to significantly reduce GHG emissions, Saskatchewan had withdrawn by the time of the *Pan-Canadian Framework* seven months later, and Ontario and Alberta also subsequently withdrew. Together, these three provinces accounted for 71 percent of Canada's total GHG emissions in 2016: see *National Inventory Report*, at p. 13; Environment Canada, *A Climate Change Plan for the Purposes of the Kyoto Protocol Implementation Act — 2007*, 2007 (online), at p. 17. It is true that their withdrawal from the *Pan-Canadian Framework* does not mean that Saskatchewan, Ontario and Alberta will necessarily fail to reduce their GHG emissions. But when provinces that are collectively responsible for more than two thirds of Canada's total GHG emissions opt out of a cooperative scheme, this illustrates the stark limitations of a non-binding cooperative approach. The participating provinces can only reduce their own emissions — less than one third of Canada's total — and are vulnerable to the consequences of the lion's share of the emissions being generated by the non-participating provinces.

[186] What is more, any province's refusal to implement a sufficiently stringent GHG pricing mechanism could undermine GHG pricing everywhere in Canada because of the risk of carbon leakage. Carbon leakage is a phenomenon by which businesses in sectors with high levels of carbon emissions relocate to jurisdictions with less stringent carbon pricing policies: *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*, at p. 23. To be clear, the concern here is not with the economic extraprovincial consequences of carbon leakage. Jurisdictions routinely compete for business, and mere economic effects

des cinq provinces produisant le plus d'émissions au Canada : p. 14. Le Canada n'a donc pas respecté l'engagement qu'il avait pris dans le *Protocole de Kyoto* avant de s'en retirer en 2011, et il n'est pas en voie actuellement d'honorer l'engagement qu'il a pris dans l'*Accord de Copenhague*.

[185] Plus récemment, bien que toutes les provinces se soient engagées dans la *Déclaration de Vancouver* en mars 2016 à travailler ensemble pour réduire de façon significative les émissions de GES, la Saskatchewan s'était déjà retirée au moment du *Cadre pancanadien* sept mois plus tard, puis l'Ontario et l'Alberta ont fait de même subséquentement. Ensemble, ces trois provinces comptaient pour 71 p. 100 des émissions totales de GES du Canada en 2016 : voir le *Rapport d'inventaire national*, p. 14; Environnement Canada, *Plan sur les changements climatiques pour la Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto — 2007*, 2007 (en ligne), p. 19. Il est vrai que le retrait de la Saskatchewan, de l'Ontario et de l'Alberta du *Cadre pancanadien* ne signifie pas que ces provinces vont nécessairement être incapables de réduire leurs émissions de GES. Toutefois, lorsque les provinces qui sont collectivement responsables de plus des deux-tiers des émissions totales de GES au Canada choisissent de se retirer d'un régime de coopération, on est à même de constater les limites évidentes d'une approche coopérative non contraignante. Les provinces participantes peuvent uniquement réduire leurs propres émissions — soit moins d'un tiers du total des émissions au Canada — et sont vulnérables aux conséquences des émissions qui sont produites, en majeure partie par les provinces non participantes.

[186] Qui plus est, le refus d'une province de mettre en place un mécanisme de tarification des GES suffisamment rigoureux pourrait nuire à l'efficacité de la tarification des GES partout au Canada à cause du risque de fuite de carbone. La fuite de carbone se produit lorsque des entreprises de secteurs produisant beaucoup de carbone s'installent dans des ressorts aux politiques de tarification du carbone moins rigoureuses : *Report of the High-Level Commission on Carbon Prices*, p. 23. Je tiens à préciser que la préoccupation que je viens d'évoquer ne vise pas les conséquences extraprovinciales d'ordre économique

are not among the grave consequences that would support a finding of provincial inability in the national concern context. Rather, I am referring to the environmental consequences, and the resulting harm to humans, of carbon leakage — the risk that any emissions reductions achieved by pricing in one province would be offset by an increase in emissions in another province as a result of the relocation of businesses. Thus, provincial cooperation may not result in national emissions reductions, as businesses could simply relocate to non-cooperating provinces, leaving Canada’s net emissions unchanged and people across Canada vulnerable to the consequences of those emissions.

[187] Third, a province’s failure to act or refusal to cooperate would in this case have grave consequences for extraprovincial interests. It is uncontroversial that GHG emissions cause climate change. It is also an uncontested fact that the effects of climate change do not have a direct connection to the source of GHG emissions; every province’s GHG emissions contribute to climate change, the consequences of which will be borne extraprovincially, across Canada and around the world. And it is well-established that climate change is causing significant environmental, economic and human harm nationally and internationally, with especially high impacts in the Canadian Arctic, in coastal regions and on Indigenous peoples. This includes increases in average temperatures and in the frequency and severity of heat waves, extreme weather events like floods and forest fires, significant reductions in sea ice and sea level rises, the spread of life-threatening diseases like Lyme disease and West Nile virus, and threats to the ability of Indigenous communities to sustain themselves and maintain their traditional ways of life.

de la fuite de carbone. Les provinces et territoires rivalisent couramment pour attirer des entreprises, et de simples effets économiques ne font pas partie des conséquences graves qui permettraient de conclure à l’incapacité provinciale dans le contexte de la théorie de l’intérêt national. Je vise plutôt les conséquences environnementales de la fuite de carbone et les dommages en résultant pour les humains — le risque que toute réduction d’émission obtenue grâce à la tarification dans une province soit annulée par l’accroissement des émissions dans une autre par suite de la relocalisation d’entreprises. En conséquence, il est possible que la coopération provinciale n’entraîne pas de réductions des émissions à l’échelle nationale, dans la mesure où des entreprises pourraient tout simplement déménager dans des provinces qui ne coopèrent pas, laissant ainsi les émissions nettes du Canada inchangées et les gens partout au Canada vulnérables aux conséquences de ces émissions.

[187] Troisièmement, l’inaction d’une province ou son refus de coopérer aurait dans le cas présent de graves conséquences sur des intérêts extraprovinciaux. Les émissions de GES sont incontestablement responsables des changements climatiques. De plus, il est incontesté que les effets des changements climatiques n’ont pas de lien direct avec la source des émissions de GES; les émissions de GES de chaque province contribuent aux changements climatiques, et les conséquences de ces changements se feront ressentir à l’extérieur de la province, partout au Canada et dans le monde entier. De plus, il est bien établi que les changements climatiques causent des dommages considérables à l’environnement, à l’économie et aux êtres humains au pays et à l’étranger, et qu’ils ont des répercussions particulièrement sévères dans les régions arctiques et côtières du Canada, ainsi que pour les peuples autochtones. Parmi ces répercussions, mentionnons la hausse des températures moyennes, l’accroissement de la fréquence et de la sévérité des vagues de chaleur ainsi que des événements météorologiques extrêmes comme les inondations et les feux de forêt, d’importantes réductions de la glace marine et la hausse du niveau des mers, la propagation de maladies mortelles comme la maladie de Lyme et le virus du Nil occidental, et des menaces à la capacité des peuples autochtones de subvenir à leurs besoins et de conserver leur mode de vie traditionnel.

[188] Furthermore, I reject the notion that because climate change is “an inherently global problem”, each individual province’s GHG emissions cause no “measurable harm” or do not have “*tangible* impacts on other provinces”: Alta. C.A. reasons, at para. 324; I.F., Attorney General of Alberta, at para. 85 (emphasis in original). Each province’s emissions are clearly measurable and contribute to climate change. The underlying logic of this argument would apply equally to all individual sources of emissions everywhere, so it must fail.

[189] I note that similar arguments have been rejected by courts around the world. In *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), for instance, the majority of the U.S. Supreme Court rejected the federal government’s argument that projected increases in other countries’ emissions meant that there was no realistic prospect that domestic reductions in GHG emissions in the U.S. would mitigate global climate change. The Supreme Court reasoned that “[a] reduction in domestic emissions would slow the pace of global emissions increases, no matter what happens elsewhere”: p. 526. Similarly, in *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) v. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007, the Supreme Court of the Netherlands upheld findings of The Hague District Court and The Hague Court of Appeal that “[e]very emission of greenhouse gases leads to an increase in the concentration of greenhouse gases in the atmosphere” and thus contributes to the global harms of climate change: para. 4.6. The Hague District Court’s finding that “any anthropogenic greenhouse gas emission, no matter how minor, contributes to . . . hazardous climate change” was thus confirmed on appeal: *Stichting Urgenda v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, at para. 4.79. In *Gloucester Resources Limited v. Minister for Planning*, [2019] N.S.W.L.E.C. 7, a New South Wales court rejected an argument of a coal mining project’s proponent that the project’s GHG emissions would not make a meaningful contribution

[188] En outre, je rejette l’idée que, parce que les changements climatiques constituent [TRADUCTION] « un problème intrinsèquement mondial », les émissions de GES de chaque province ne causent pas de « préjudice mesurable » ou n’ont pas de « répercussions *tangibles* sur d’autres provinces » : motifs de la Cour d’appel de l’Alberta, par. 324; m. interv., procureur général de l’Alberta, par. 85 (en italique dans l’original). Les émissions de chaque province sont clairement mesurables et elles contribuent aux changements climatiques. Étant donné que, suivant la logique qui sous-tend cet argument, on pourrait appliquer ce raisonnement à l’égard de toute source individuelle d’émissions, où qu’elle soit, cet argument ne saurait être retenu.

[189] Soulignons que des tribunaux des quatre coins du monde ont rejeté des arguments similaires. Dans l’arrêt *Massachusetts c. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), par exemple, les juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis ont rejeté l’argument du gouvernement fédéral selon lequel, en raison des hausses anticipées des émissions dans d’autres pays, il était irréaliste de penser que la réduction des émissions de GES aux États-Unis atténuerait les changements climatiques planétaires. La Cour suprême a estimé qu’[TRADUCTION] « [u]ne réduction des émissions au pays ralentirait la vitesse à laquelle augmentent les émissions planétaires, peu importe ce qui se passe ailleurs » : p. 526. De même, dans l’arrêt *The State of the Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy) c. Stichting Urgenda*, ECLI:NL:HR:2019:2007, la Cour suprême des Pays-Bas a confirmé les conclusions de la Cour de district et de la Cour d’appel de La Haye suivant lesquelles [TRADUCTION] « [c]haque émission de gaz à effet de serre entraîne une concentration accrue de gaz à effet de serre dans l’atmosphère » et contribue ainsi aux préjudices causés par les changements climatiques dans le monde : para. 4.6. La conclusion de la Cour de district de La Haye portant que [TRADUCTION] « toute émission anthropique de gaz à effet de serre, aussi faible soit-elle, est responsable de [. . .] changements climatiques dangereux » a donc été confirmée en appel : *Stichting Urgenda c. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, par. 4.79. Dans la

to climate change. The court noted that many courts have recognized that “climate change is caused by cumulative emissions from a myriad of individual sources, each proportionally small relative to the global total of GHG emissions, and will be solved by abatement of the GHG emissions from these myriad of individual sources”: para. 516 (AustLII).

[190] While each province’s emissions do contribute to climate change, there is no denying that climate change is an “inherently global problem” that neither Canada nor any one province acting alone can wholly address. This weighs in favour of a finding of provincial inability. As a global problem, climate change can realistically be addressed only through international efforts. Any province’s failure to act threatens Canada’s ability to meet its international obligations, which in turn hinders Canada’s ability to push for international action to reduce GHG emissions. Therefore, a provincial failure to act directly threatens Canada as a whole. This is not to say that Parliament has jurisdiction to implement Canada’s treaty obligations — it does not — but simply that the inherently global nature of GHG emissions and the problem of climate change supports a finding of provincial inability in this case.

[191] I am accordingly unpersuaded by Huscroft J.A.’s observation in his dissenting reasons in the Court of Appeal for Ontario that “[t]here are many ways to address climate change and the provinces have ample authority to pursue them, whether alone or in partnership with other provinces”: para. 230.

décision *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, [2019] N.S.W.L.E.C. 7, un tribunal de la Nouvelle-Galles du Sud a rejeté l’argument du promoteur d’un projet de mine de charbon selon lequel les émissions de GES produites par le projet ne contribueraient pas de façon importante aux changements climatiques. Le tribunal a constaté que de nombreux tribunaux ont reconnu que les [TRADUCTION] « changements climatiques sont attribuables aux émissions cumulatives provenant d’une myriade de sources particulières, chacune étant proportionnellement faible par rapport aux émissions totales de GES dans le monde, et c’est l’atténuation des émissions de GES provenant de cette myriade de sources particulières qui permettra d’y remédier » : par. 516 (AustLII).

[190] Bien que les émissions de chaque province contribuent effectivement aux changements climatiques, il est impossible de nier que ces changements constituent un « problème intrinsèquement mondial » auquel ne peuvent s’attaquer entièrement ni le Canada, ni une province agissant seule. Cette constatation tend à indiquer qu’il y a incapacité provinciale. Parce que les changements climatiques constituent un problème mondial, la seule façon réaliste de les combattre est au moyen d’efforts internationaux. L’inaction de toute province menace la capacité du Canada de s’acquitter de ses obligations internationales, situation qui à son tour nuit à la capacité de notre pays de plaider en faveur de mesures internationales de réduction des émissions de GES. En conséquence, le défaut d’agir d’une province menace directement le Canada tout entier. Cela ne veut pas dire que le Parlement a le pouvoir de mettre en œuvre les obligations issues de traités du Canada — il ne dispose pas de ce pouvoir —, mais simplement que le caractère intrinsèquement mondial des émissions de GES et du problème des changements climatiques appuie la conclusion qu’il y a incapacité provinciale en l’espèce.

[191] En conséquence, je ne suis pas convaincu par l’observation du juge Huscroft, dissident en Cour d’appel de l’Ontario, portant qu’[TRADUCTION] « [i]l existe de nombreux moyens de lutter contre les changements climatiques et que les provinces disposent de vastes pouvoirs pour mettre en oeuvre de tels

The underlying premise of this position is that the provinces will implement sufficient controls on their GHG emissions, using GHG pricing or some other mechanism. But in the absence of a federal law binding the provinces, there is nothing whatsoever to protect individual provinces or the country as a whole from the consequences of one province's decision, in exercising its authority, to take insufficient action to control GHGs, or to take no steps at all. In short, federal action is indispensable, and GHG pricing in particular is an integral aspect of any scheme to reduce GHG emissions.

[192] In my view, the principles underpinning the singleness, distinctiveness and indivisibility inquiry clearly support a finding that the federal government has jurisdiction over the matter of establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions. The matter is specific, identifiable and qualitatively different from any provincial matters. As well, federal jurisdiction is necessitated by the provinces' inability to address the matter as a whole through cooperation, which exposes each province to grave harm that it is unable to prevent.

[193] I therefore respectfully disagree with my colleague Brown. J.'s view that the requirement of indivisibility is not met in this case. My colleague places great weight on "the difficulty of knowing the source and physical location" of pollution in *Crown Zellerbach*, asserting that because "no question arises as to physical location" in the case at bar, indivisibility cannot be made out: paras. 380-81. Even if it is assumed that this represents a valid distinction between *Crown Zellerbach* and the case at bar, Le Dain J. clearly confined this aspect of his reasoning to "the matter of marine pollution by the dumping of substances": p. 437. He did not purport to lay down the only way to determine whether

moyens, que ce soit par elles-mêmes ou en partenariat avec d'autres provinces » : par. 230. Cette position repose sur la prémisse que les provinces vont mettre en place des moyens suffisants pour limiter leurs émissions de GES, en recourant à la tarification des GES ou à d'autres mécanismes. Toutefois, en l'absence de loi fédérale liant les provinces, il n'existe absolument rien qui protège les provinces individuellement ou le pays dans son ensemble contre les conséquences découlant de la décision d'une province, dans l'exercice de ses pouvoirs, de prendre des mesures insuffisantes pour limiter les émissions de GES ou encore de ne prendre aucune mesure du tout. Bref, une intervention fédérale est indispensable, et la tarification des GES en particulier fait partie intégrante de tout régime de réduction des émissions de ces gaz.

[192] À mon avis, les principes qui sous-tendent l'analyse relative à l'unicité, à la particularité et à l'indivisibilité appuient clairement la conclusion selon laquelle le gouvernement fédéral a compétence sur la matière qui consiste à établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz. Il s'agit d'une matière particulière, identifiable et qualitativement différente de matières provinciales. Qui plus est, la compétence du fédéral à cet égard est nécessaire en raison de l'incapacité des provinces de s'occuper de la matière dans son ensemble par voie de coopération, situation qui expose chaque province à de graves dommages qu'elle est incapable d'empêcher.

[193] Avec égards, je ne peux en conséquence souscrire à l'opinion de mon collègue le juge Brown selon laquelle l'exigence d'indivisibilité n'est pas respectée en l'espèce. Mon collègue attache beaucoup d'importance à « la difficulté à connaître la source et l'emplacement physique » de la pollution dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, affirmant que, puisqu'« aucune question ne se pose quant à l'emplacement physique » en l'espèce, l'indivisibilité ne peut être établie : par. 380-381. Même en supposant que cela représente une distinction valable entre l'affaire *Crown Zellerbach* et celle qui nous occupe, le juge Le Dain a clairement limité cet aspect de son raisonnement à « la pollution des mers par

indivisibility is made out. This makes sense. A matter can be of inherent national concern even if it does not relate to something that is “difficult” to locate. There is no “difficulty” in determining the location of the National Capital Region, but the matter in *Munro* meets the requirement of indivisibility: pp. 671-72; *Re: Anti-Inflation Act*, at pp. 457-58; see also Rowe J.’s reasons, at para. 548. Likewise, there is no “difficulty” in identifying the sites of atomic energy generation, but atomic energy, too, is a matter of inherent national concern: *Ontario Hydro; Pronto; Denison*. In the instant case, the indivisibility of the matter — establishing minimum national standards of GHG price stringency — is made out, as my application of the two principles underpinning the singleness, distinctiveness and indivisibility inquiry shows. This is so regardless of the “difficulty” of locating the source or physical location of GHG emissions. “GHG emissions” are not the matter in this case, and the “difficulty” of identifying the source and location of what a matter relates to is not the test for indivisibility.

[194] The analogy between this case and *Crown Zellerbach* is clear. Le Dain J. emphasized the international character of marine pollution; GHG emissions represent a truly global pollution problem that demands a coordinated international response. Le Dain J. focused on the unique scientific characteristics of marine pollution that distinguish it from fresh water pollution; GHG emissions, like marine pollution, are a precisely identifiable form of pollution that can readily be scientifically distinguished from other atmospheric pollutants.

[195] But the case for finding that the matter is of national concern is even stronger here than in *Crown Zellerbach*. This is true for two reasons. First, in the case at bar, there is uncontested evidence of grave extraprovincial harm as a result of one province’s

l’immersion de substances » : p. 437. Il n’a pas prétendu exposer le seul moyen de déterminer si l’indivisibilité est démontrée. Cela a du sens. Une matière peut être d’intérêt intrinsèquement national même si elle ne porte pas sur quelque chose qui est « difficile » à situer. Il n’est pas « difficile » de déterminer l’emplacement de la région de la capitale nationale, mais la matière en cause dans l’arrêt *Munro* répond néanmoins à l’exigence d’indivisibilité : p. 671-672; *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 457-458; voir aussi les motifs du juge Rowe, par. 548. De même, il n’est pas « difficile » d’établir où se trouvent les centrales d’énergie atomique, mais l’énergie atomique, elle aussi, constitue une matière d’intérêt intrinsèquement national : *Ontario Hydro; Pronto; Denison*. Dans l’affaire qui nous occupe, l’indivisibilité de la matière — l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES — est établie, comme le démontre l’application que j’ai faite des deux principes qui sous-tendent l’analyse relative à l’unicité, à la particularité et à l’indivisibilité. C’est le cas, peu importe la « difficulté » à connaître la source ou l’emplacement physique des émissions de GES. Les « émissions de GES » ne sont pas la matière en cause dans la présente affaire, et la « difficulté » à connaître la source et l’emplacement de ce à quoi se rattache une matière ne représente pas le critère applicable pour statuer sur l’indivisibilité.

[194] L’analogie entre la présente affaire et l’affaire *Crown Zellerbach* est évidente. Le juge Le Dain a souligné le caractère international de la pollution marine; les émissions de GES représentent un véritable problème de pollution mondiale qui requiert une réponse internationale coordonnée. Le juge Le Dain a mis l’accent sur les caractéristiques scientifiques uniques de la pollution marine qui la distingue de celle des eaux douces; les émissions de GES, tout comme la pollution marine, constituent une forme de pollution tout aussi identifiable avec précision, qui peut facilement être distinguée scientifiquement des autres polluants atmosphériques.

[195] Cependant, la preuve permettant de conclure que la matière en cause est d’intérêt national est encore plus forte en l’espèce que dans l’affaire *Crown Zellerbach*, et ce, pour deux raisons. Premièrement, dans le cas qui nous occupe, il y a une preuve

failure to cooperate. In other words, this is a true interprovincial pollution problem of the highest order. This Court's decisions have consistently reflected the view that interprovincial pollution is constitutionally different from local pollution and that it may fall within federal jurisdiction on the basis of the national concern doctrine: *Interprovincial Co-operatives; Crown Zellerbach*, at pp. 445-46; *Hydro-Québec*, at para. 76; see also *Morguard Investments*, at p. 1099; Lederman, at p. 614. Second, the proposed federal matter in the instant case relates only to the risk of non-cooperation that gives rise to this threat of grievous extraprovincial harm. In other words, this matter would empower the federal government to do only what the provinces cannot do to protect themselves from this grave harm, and nothing more.

(c) *Scale of Impact*

[196] At this step of the analysis, as I explained above, the court must determine whether the matter's scale of impact on provincial jurisdiction is acceptable having regard to the impact on the interests that will be affected if Parliament is unable to constitutionally address the matter at a national level. This determination is made in light of the jurisdictional consequences of accepting the proposed matter of national concern. I conclude that, while it is true that finding that the federal government has jurisdiction over this matter will have a clear impact on provincial autonomy, the matter's impact on the provinces' freedom to legislate and on areas of provincial life that fall under provincial heads of power will be limited and will ultimately be outweighed by the impact on interests that would be affected if Parliament were unable to constitutionally address this matter at a national level.

[197] I accept that finding that this matter is one of national concern has a clear impact on provincial jurisdiction. It leads to the recognition of a previously

incontestée de dommages extraprovinciaux graves découlant de la non-coopération d'une province. Autrement dit, il s'agit d'un véritable problème de pollution interprovinciale de la plus haute importance. L'opinion selon laquelle la pollution interprovinciale est différente sur le plan constitutionnel de la pollution locale, et que de tels problèmes sont susceptibles de relever de la compétence fédérale en vertu de la théorie de l'intérêt national ressort de façon constante des arrêts de la Cour : *Interprovincial Co-operatives; Crown Zellerbach*, p. 445-446; *Hydro-Québec*, par. 76; voir aussi *Morguard Investments*, p. 1099; Lederman, p. 614. Deuxièmement, la matière fédérale proposée en l'espèce ne vise que le risque de non-coopération qui fait naître cette menace de dommages extraprovinciaux graves. En d'autres mots, cette matière habiliterait le gouvernement fédéral à accomplir uniquement ce que les provinces ne peuvent pas faire pour se protéger contre ces graves dommages, rien de plus.

c) *Étendue de l'effet*

[196] Comme je l'ai expliqué précédemment, à ce stade-ci de l'analyse, le tribunal doit décider si l'étendue de l'effet de la matière sur la compétence des provinces est acceptable eu égard à l'effet qu'aurait sur les intérêts qui seront touchés le fait que le Parlement ne pourrait pas, suivant la Constitution, s'occuper de la matière à l'échelle nationale. Cette décision se prend à la lumière des conséquences qu'entraînerait, sur le plan des compétences, la reconnaissance de la matière d'intérêt national proposée. Bien qu'il soit vrai que le fait de reconnaître compétence au fédéral sur cette matière aura un effet évident sur l'autonomie des provinces, j'arrive à la conclusion que l'effet de cette reconnaissance sur la liberté des provinces de légiférer de même que sur des sphères de vie provinciale relevant de chefs de compétence provinciaux sera limité, et est en définitive moins grand que l'effet qu'aurait sur les intérêts qui seront touchés le fait que le Parlement ne pourrait pas, suivant la Constitution, s'occuper de la matière à l'échelle nationale.

[197] Le fait de conclure que cette matière est d'intérêt national a, j'en conviens, un effet évident sur la compétence des provinces. Cette conclusion se

unidentified area of double aspect in which the federal law is paramount. Provinces can regulate GHG pricing from a local perspective (e.g., under ss. 92(13) and (16) and 92A), but legislation enacted on the basis of these provincial powers would apply concurrently in a field also occupied by a paramount federal law that establishes minimum standards of GHG price stringency. There is a clear impact on provincial autonomy. Provincial governments and their residents may well wish to pursue GHG pricing standards lower than those set by the federal government in order to protect the vitality of local industries, or may wish to choose policies that do not involve GHG pricing.

[198] However, I am persuaded that there is a real, and not merely nominal, federal perspective on the fact situation of GHG pricing: Canada can regulate GHG pricing from the perspective of addressing the risk of grave extraprovincial and international harm associated with a purely intraprovincial approach to GHG pricing. This is manifestly not the “same aspect of the same matter”. On the contrary, the compelling federal interest is in doing precisely — and only — what the provinces cannot do: protect themselves from the risk of grave harm if some provinces were to adopt insufficiently stringent GHG pricing standards. Moreover, the matter’s impact on the provinces’ freedom to legislate and on areas of provincial life that would fall under provincial heads of power is qualified and limited.

[199] First, the matter’s impact on the provinces’ freedom to legislate is minimal. It is important to mention that the issue in this case is not the freedom of the provinces and territories to legislate in relation to GHG emissions generally. Here, the matter is limited to GHG pricing of GHG emissions — a narrow and specific regulatory mechanism. Any legislation that related to non-carbon pricing forms of GHG

traduit par la reconnaissance d’un domaine jusqu’ici non identifié présentant un double aspect et à l’égard duquel la législation fédérale a prépondérance. Les provinces peuvent régir la tarification des GES suivant une perspective locale (p. ex., en vertu des par. 92(13) et 92(16) et de l’art. 92A). Toutefois, les mesures législatives adoptées en vertu de ces pouvoirs provinciaux s’appliqueraient concurremment dans un domaine où s’applique également une loi fédérale prépondérante qui établit des normes minimales de tarification rigoureuse des GES. Il y a un effet évident sur l’autonomie des provinces. Les gouvernements provinciaux et leurs résidents pourraient fort bien souhaiter adopter des normes de tarification des GES moins rigoureuses que celles fixées par le gouvernement fédéral afin de protéger la vitalité des industries locales, ou encore vouloir opter pour des politiques ne faisant pas appel à la tarification des GES.

[198] Cependant, je suis convaincu que, eu égard à la situation factuelle de la tarification des GES, il existe une perspective fédérale véritable, et non seulement symbolique : le fédéral peut réglementer la tarification des GES en vue de parer au risque de graves dommages extraprovinciaux et internationaux lié à une approche purement intraprovinciale en matière de tarification des GES. Il ne s’agit manifestement pas du « même aspect de la même matière ». Au contraire, l’intérêt impérieux du fédéral consiste à faire précisément — et uniquement — ce que les provinces ne peuvent pas faire : se protéger contre le risque de graves dommages pouvant être causés par le fait que certaines d’entre elles adopteraient des normes de tarification des GES qui ne sont pas suffisamment rigoureuses. De plus, l’effet de la matière sur la liberté des provinces de légiférer, ainsi que sur des sphères de vie provinciale relevant de chefs de compétence provinciaux, est limité et assorti de réserves.

[199] Premièrement, l’effet de la matière sur la liberté des provinces de légiférer est minimale. Il est important de mentionner que la question en litige dans la présente affaire n’est pas la liberté des provinces et des territoires de légiférer relativement aux émissions de GES en général. En l’espèce, la matière se limite à la tarification des émissions de GES — un mécanisme de réglementation précis et

regulation — legislation with respect to roadways, building codes, public transit and home heating, for example — would not fall under the matter of national concern.

[200] Nor is the freedom of the provinces and territories to legislate in relation to all methods of pricing GHG emissions at issue. Even where the specific regulatory mechanism of GHG pricing is concerned, the extent to which the matter interferes with provincial jurisdiction is strictly limited. Under the *GGPPA*, provinces and territories are free to design and legislate any GHG pricing system as long as it meets minimum national standards of price stringency. If a province wants to exceed the federal standards, it is free to do so without fear of federal legislation rendering its legislation inoperative, because the federal matter concerns minimum standards, not maximum standards. If a province fails to meet the minimum national standards, the *GGPPA* imposes a backstop pricing system, but only to the extent necessary to remedy the deficiency in provincial regulation in order to address the extraprovincial and international harm that might arise from the province's failure to act or to set sufficiently stringent standards. In Saskatchewan, for example, the provincially designed industrial GHG pricing scheme applies to many industrial emitters, but Part 2 of the *GGPPA* applies to electricity generation and natural gas transmission pipelines, the emissions of which Saskatchewan declined to price: see *Notice Establishing Criteria Respecting Facilities and Persons and Publishing Measures*, SOR/2018-213, ss. 2(b)(ii), 3(a) and (c)(x). The federal matter thus deals with GHG pricing stringency in a way that relates only to the risk of non-cooperation and the attendant risk of grave extraprovincial harm and has the ascertainable and reasonable limits required by *Crown Zellerbach* so as to ensure that provincial jurisdiction is not eroded more than necessary.

restreint. Toute loi se rapportant à des formes non tarifaire de réglementation des GES — par exemple des mesures législatives portant sur les chemins de fers, les codes du bâtiment, le transport en commun et le chauffage des résidences — ne relèverait pas de la matière d'intérêt national.

[200] N'est pas non plus en cause la liberté des provinces et des territoires de légiférer relativement à toutes les méthodes de tarification des émissions de GES. Même en ce qui a trait au mécanisme réglementaire spécifique de tarification des GES, l'empiètement de la matière sur la compétence des provinces est strictement limité. Suivant la *LTPGES*, les provinces et territoires sont libres de créer par voie législative tout système de tarification des GES, pourvu que ce système respecte les normes nationales minimales de tarification rigoureuse. Si une province souhaite aller au delà des normes fédérales, elle est libre de le faire sans craindre qu'une loi fédérale rende sa loi inopérante, étant donné que la matière fédérale s'intéresse aux normes minimales, et non aux normes maximales. Si une province ne respecte pas les normes nationales minimales, la *LTPGES* impose un système qui agit comme filet de sécurité en matière de tarification, mais seulement dans la mesure nécessaire pour remédier aux lacunes de de la réglementation provinciale, et ce, afin de parer aux dommages extraprovinciaux et internationaux susceptibles de découler de l'inaction d'une province ou de l'adoption par celle-ci de normes insuffisamment rigoureuses. En Saskatchewan, par exemple, le régime provincial de tarification des GES industriels s'applique à de nombreux émetteurs industriels, mais la partie 2 de la *LTPGES* s'applique à la production d'électricité et au transport du gaz naturel par gazoducs, activités dont la Saskatchewan a refusé de tarifier les émissions : voir l'*Avis concernant l'établissement des critères relatifs aux installations et aux personnes et la publication de mesures*, DORS/2018-213, sous-al. 2b)(ii), al. 3a) et sous-al. 3c)(x). En conséquence, la matière fédérale vise la tarification rigoureuse des GES mais en s'attachant uniquement au risque de non-coopération et au risque connexe de graves dommages extraprovinciaux, et elle comporte, comme l'exige l'arrêt *Crown Zellerbach*, des limites vérifiables et raisonnables afin d'éviter que la compétence des provinces soit érodée plus que de besoin.

[201] Second, the matter's impact on areas of provincial life that would generally fall under provincial heads of power is also limited. Although the identified matter of national concern could arguably apply to types of fuel and to industries to which the *GGPPA* does not apply at present, that matter is, crucially, restricted to standards for GHG pricing stringency. As the majority of the Court of Appeal for Saskatchewan pointed out, it leaves "individual consumers and businesses . . . free to choose how they will respond, or not, to the price signals sent by the marketplace": para. 160. Indeed, the federal power recognized in this case is significantly less intrusive than the one at issue in *Crown Zellerbach*, in which, as La Forest J. noted, the effect of finding that the federal government has jurisdiction over ocean pollution caused by the dumping of waste was to "virtually preven[t] a province from dealing with certain of its own public property without federal consent": p. 458.

[202] Nor does the federal "supervisory" jurisdiction of the *GGPPA* increase the matter's scale of impact on provincial jurisdiction. As I explained above, the Governor in Council's discretion under the *GGPPA* is limited by the purpose of the statute, by specific guidelines set out in it and by administrative law principles. The Governor in Council does not have an unfettered discretion to determine whether a provincial GHG pricing system is desirable, but is confined to determining whether it meets results-based standards.

[203] Moreover, the Governor in Council's decision-making role in the *GGPPA* is an incident of the flexibility the provinces retain in relation to GHG pricing within their borders. If provincial pricing systems are to be taken into account and federal intervention is to be limited to remedying deficiencies in those systems, the *GGPPA* must include a mechanism for determining whether provincial pricing

[201] Deuxièmement, l'effet de la matière sur des sphères de vie provinciale qui relèveraient habituellement de chefs de compétence provinciaux est lui aussi limité. Bien qu'il soit possible de soutenir que la matière d'intérêt national pourrait s'appliquer à des industries et à des types de combustibles auxquels la *LTPGES* ne s'applique pas en ce moment, cette matière se limite — ce qui est crucial — à l'établissement de normes rigoureuses de tarification des GES. Comme l'ont reconnu les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan, elle laisse [TRADUCTION] « les consommateurs et les entreprises décider individuellement [. . .] comment ils vont réagir ou s'abstenir de réagir aux signaux envoyés par le marché en qui a trait aux prix » : par. 160. De fait, la compétence reconnue au fédéral en l'espèce est considérablement moins envahissante que celle en cause dans l'affaire *Crown Zellerbach*, où, comme l'a souligné le juge La Forest, le fait de reconnaître compétence au fédéral sur la pollution des océans résultant de l'immersion de déchets avait pour effet d'« interdi[re] virtuellement à [la] province de disposer à sa guise de certains de ses biens publics, sans le consentement du fédéral » : p. 458.

[202] Le pouvoir de « surveillance » qu'exerce le fédéral au moyen de la *LTPGES* n'accroît pas non plus l'étendue de l'effet de la matière sur la compétence des provinces. Comme je l'ai expliqué précédemment, le pouvoir discrétionnaire que la *LTPGES* confère au gouverneur en conseil est limité par l'objet de cette loi, par les prescriptions précises qu'elle énonce et par les principes du droit administratif. Le gouverneur en conseil ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité l'autorisant à décider si l'adoption d'un régime provincial de tarification des GES est souhaitable; il doit plutôt se limiter à déterminer si ces régimes respectent des normes fondées sur le rendement.

[203] En outre, le rôle décisionnel confié au gouverneur en conseil dans la *LTPGES* est accessoire à la flexibilité que conservent les provinces relativement à la tarification des GES sur leur territoire. Si les systèmes provinciaux de tarification doivent être pris en compte et si l'intervention fédérale doit se limiter à remédier aux lacunes de ces systèmes, la *LTPGES* doit prévoir un mécanisme permettant

systems meet federal standards. It would not be feasible for the statute itself to indicate which provincial pricing systems meet federal standards, as provincial pricing schemes and policies frequently change. The Governor in Council's decision-making role thus seems to be an incident of a flexible model designed to preserve provincial regulation. Furthermore, the discretion of the Governor in Council is necessary in order to ensure that some provinces do not subordinate or unduly burden the other provinces through their unilateral choice of standards.

[204] Indeed, the design of the *GGPPA* to ensure provincial flexibility is consistent with the *2018 Securities Reference*. In that case, the proposed law also involved a “supervisory” aspect, given that the federal regulator’s intervention was contingent upon there being a risk that “slips through the cracks” of a provincial scheme that posed a threat to the Canadian economy: para. 92. The Court found that this feature weighed in favour of constitutionality, because the statute was a “carefully tailored” response to “this provincial incapacity”: para. 113.

[205] In summary, although the matter has a clear impact on provincial jurisdiction, its impact on the provinces’ freedom to legislate and on areas of provincial life that would fall under provincial heads of power is qualified and limited.

[206] On the whole, I am of the view that the scale of impact of this matter of national concern on provincial jurisdiction is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution. The *GGPPA* puts a Canada-wide price on carbon pollution. Emitting provinces retain the ability to legislate, without any federal supervision, in relation to all methods of regulating GHG emissions that do not involve pricing. They are free to design any GHG pricing system they choose as long as they meet the federal government’s outcome-based

de déterminer si ces systèmes respectent les normes fédérales. Il ne serait pas faisable d’indiquer dans la loi elle-même quels sont les systèmes provinciaux de tarification qui satisfont aux normes fédérales, étant donné que les politiques et mécanismes provinciaux de tarification changent fréquemment. Le rôle décisionnel du gouverneur en conseil semble donc accessoire au modèle flexible qui a été conçu afin de préserver la réglementation provinciale. De plus, le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil est nécessaire pour éviter que certaines provinces imposent à d’autres provinces leur volonté ou un fardeau indu par suite du choix unilatéral de leurs normes.

[204] D’ailleurs, le fait que la *LTPGES* soit conçue de manière à accorder de la souplesse aux provinces est conforme au *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*. Dans cette affaire, la loi proposée comportait elle aussi un aspect de « surveillance », parce que l’intervention de l’organisme de réglementation fédéral dépendait de l’existence d’un risque « pass[ant] entre les mailles du filet » d’un régime provincial et constituant une menace pour l’économie canadienne : par. 92. La Cour a conclu que cet aspect militait en faveur de la constitutionnalité de la loi, car la portée de celle-ci était « soigneusement circonscrite » pour remédier à « cette incapacité des provinces » : par. 113.

[205] En résumé, bien que la matière ait un effet évident sur la compétence des provinces, elle a un effet limité et assorti de réserves sur la liberté des provinces de légiférer, ainsi que sur des sphères de vie provinciale relevant de chefs de compétence provinciaux.

[206] Dans l’ensemble, j’estime que l’étendue de l’effet de cette matière d’intérêt national sur la compétence des provinces est conciliable avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs prévu par la Constitution. La *LTPGES* impose un prix pan-canadien sur la pollution causée par le carbone. Les provinces émettrices conservent la faculté de légiférer — sans être assujetties à aucune surveillance fédérale — relativement à toute méthode de réglementation des émissions de GES n’impliquant pas de tarification. Elles demeurent libres de concevoir

targets. The result of the *GGPPA* is therefore not to limit the provinces' freedom to legislate, but to partially limit their ability to refrain from legislating pricing mechanisms or to legislate mechanisms that are less stringent than would be needed in order to meet the national targets. Although this restriction may interfere with a province's preferred balance between economic and environmental considerations, it is necessary to consider the interests that would be harmed — owing to irreversible consequences for the environment, for human health and safety and for the economy — if Parliament were unable to constitutionally address the matter at a national level. This irreversible harm would be felt across the country and would be borne disproportionately by vulnerable communities and regions, with profound effects on Indigenous peoples, on the Canadian Arctic and on Canada's coastal regions. In my view, the impact on those interests justifies the limited constitutional impact on provincial jurisdiction.

(d) *Conclusion on the National Concern Doctrine*

[207] In conclusion, the *GGPPA* is *intra vires* Parliament on the basis of the national concern doctrine. Canada has adduced evidence that shows that the proposed matter of establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions is of clear concern to Canada as a whole and that the two principles underpinning the “singleness, distinctiveness and indivisibility” inquiry are satisfied. Considering the impact on the interests that would be affected if Canada were unable to address this matter at a national level, the matter's scale of impact on provincial jurisdiction is reconcilable with the division of powers.

le système de tarification des GES qu'elles désirent, pour autant que ces systèmes satisfassent aux normes fédérales fondées sur le rendement. La *LTPGES* n'a donc pas pour conséquence de restreindre la liberté des provinces de légiférer, mais plutôt de limiter partiellement leur faculté de choisir de ne pas adopter par voie législative de mécanismes de tarification ou encore d'adopter législativement des mécanismes de tarification qui sont moins rigoureux que ceux nécessaires pour atteindre les cibles nationales. Bien que cette restriction puisse compromettre l'équilibre que souhaitent établir les provinces entre les considérations économiques et les considérations environnementales, il est nécessaire de tenir compte des intérêts qui seraient affectés — par suite de conséquences irréversibles pour l'environnement, pour la santé et la sécurité des êtres humains et pour l'économie — si le Parlement était incapable suivant la Constitution de s'occuper de la matière à l'échelle nationale. Ces conséquences irréversibles se feraient sentir partout au pays, et elles toucheraient de façon disproportionnée les collectivités et régions vulnérables et auraient de profondes répercussions sur les peuples autochtones de même que sur l'Arctique canadien et les régions côtières du Canada. À mon avis, l'effet sur ces intérêts justifie l'effet constitutionnel limité sur la compétence des provinces.

d) *Conclusion sur la théorie de l'intérêt national*

[207] En conclusion, la *LTPGES* est *intra vires* du Parlement sur la base de la théorie de l'intérêt national. Le fédéral a produit des éléments de preuve démontrant que la matière proposée — à savoir l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz — présente clairement un intérêt pour le Canada tout entier, et que les deux principes qui sous-tendent l'analyse « de l'unicité, de la particularité et de l'indivisibilité » sont respectés. Compte tenu de l'effet qu'aurait sur les intérêts qui seraient touchés le fait que le fédéral ne pourrait pas s'occuper de cette matière à l'échelle nationale, l'étendue de l'effet sur la compétence des provinces est conciliable avec le partage des compétences.

[208] I wish to emphasize that nothing about this conclusion flows inevitably from the fact that this matter of national concern involves a minimum national standard. My colleague Brown J. warns that my analysis opens the floodgates to federal “minimum national standards” in all areas of provincial jurisdiction. Respectfully, this concern is entirely misplaced. As can be seen from the foregoing reasons, the test for finding that a matter is of national concern is an exacting one. Canada must establish not just that the matter is of concern to Canada as a whole, but also that it is specific and identifiable and is qualitatively different from matters of provincial concern, and that federal jurisdiction is necessitated by provincial inability to deal with the matter. Each of these requirements, as well as the final scale of impact analysis, represents a meaningful barrier to the acceptance of *any* matter of national concern that might be proposed in the future.

[209] This Court’s decision in *Schneider* demonstrates that where one province’s failure to deal with health care “will not endanger the interests of another province”, the national concern doctrine cannot apply: p. 131. This central insight from *Schneider* has application beyond the field of health care, and in my view precludes the application of the national concern doctrine to many of the fields my colleague suggests would be vulnerable to federal encroachment as a result of the case at bar. Many fields my colleague points to are ones in which the effects of one province’s approach are in fact primarily felt in that province only. I note as well that this Court recently emphasized that education is an area of exclusive provincial jurisdiction that has a uniquely intraprovincial character: *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2020 SCC 13, [2020] 1 S.C.R. 678, at para. 7. *Schneider* itself confirmed that “[the] view that the general jurisdiction over health matters is provincial . . . has prevailed and is now not seriously questioned”: p. 137.

[208] Je tiens à souligner que cette conclusion ne découle pas inévitablement du fait que cette matière d’intérêt national implique une norme nationale minimale. Mon collègue le juge Brown affirme que mon analyse ouvre la porte à une avalanche de « normes nationales minimales » fédérales dans tous les domaines de compétence provinciale. Soit dit en tout respect, cette inquiétude est tout à fait injustifiée. Comme le démontrent les motifs qui précèdent, l’analyse applicable pour déterminer si une matière est d’intérêt national est exigeante. Le fédéral doit établir non seulement que la matière présente un intérêt pour le Canada tout entier, mais aussi qu’il s’agit d’une matière particulière, identifiable et qualitativement différente de matières d’intérêt provincial, et que la compétence du fédéral sur cette matière est nécessaire en raison de l’incapacité des provinces de s’en occuper. Chacune de ces exigences, tout comme l’analyse finale relative à l’étendue de l’effet, représente un obstacle important à la reconnaissance de *n’importe quelle* matière d’intérêt national qui pourrait être proposée dans le futur.

[209] La décision de la Cour dans l’arrêt *Schneider* démontre que, lorsque le défaut d’une province d’agir en matière de soins de santé, « ne met pas en péril les intérêts d’une autre province », la théorie de l’intérêt national ne peut s’appliquer : p. 131. Cet enseignement essentiel de l’arrêt *Schneider* s’applique au delà du domaine des soins de santé, et empêche selon moi l’application de la théorie de l’intérêt national à bon nombre des champs de compétence qui, comme l’affirme mon collègue, seraient vulnérables à des empiètements fédéraux par suite de la présente affaire. De nombreux champs dont fait état mon collègue sont des champs dans lesquels les effets des mesures prises par une province se font sentir d’abord et avant tout dans cette province. Je tiens également à mentionner que notre Cour a récemment souligné que l’éducation est un domaine de compétence provinciale exclusive, qui possède un caractère singulièrement intraprovincial : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13, [2020] 1 R.C.S. 678, par. 7. L’arrêt *Schneider* lui-même a confirmé que « [l]e point de vue selon lequel la compétence générale en matière de santé appartient aux provinces [. . .] s’est imposé et n’est pas maintenant sérieusement contesté » : p. 137.

[210] Moreover, nothing in these reasons should be understood to diminish the significant place of s. 92(13), the provincial power over “Property and Civil Rights”, in the Canadian constitutional order. Historically and jurisprudentially, it is well known that this head of power serves as a means to accommodate regional and cultural diversity in law, and that it is of particular importance in this regard to the province of Quebec: see *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, at pp. 109-12; *Secession Reference*, at paras. 38 and 58-60. As a result, this Court has continued to affirm that this provincial power should be carefully protected: see, e.g., *Re: Anti-Inflation Act*, at pp. 440-41; *2018 Securities Reference*, at para. 100; *Desgagnés Transport*, at para. 57. In light of this, the rigorous national concern test represents a meaningful constraint on federal power.

[211] Even in a case in which a matter can be connected to climate change, a truly global pollution problem with grave extraprovincial consequences, I emphasize that much of the reasoning in this decision turns on the evidence before the Court with respect to GHG pricing itself: the critical value of GHG pricing as a tool for the mitigation of climate change, its nature as a distinct and limited regulatory mechanism, how it operates across the economy, and the risk of carbon leakage. Furthermore, finding that this matter is of national concern is appropriate only because the matter amounts to a real, and compelling, federal perspective on GHG pricing, focused on addressing only the well-established risk of grave extraprovincial harm, and doing so in a way that has a qualified and limited impact on provincial jurisdiction.

## VII. Validity of the Levies as Regulatory Charges

[212] Finally, I must address Ontario’s argument that the fuel and excess emission charges imposed by the *GGPPA* do not have a sufficient nexus with the

[210] De plus, rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme ayant pour effet de réduire la place importante du par. 92(13) — qui confère aux provinces compétence sur la « propriété et les droits civils » — dans l’ordre constitutionnel canadien. D’un point de vue historique et jurisprudentiel, il est bien connu que ce chef de compétence permet de tenir compte dans les lois de la diversité régionale et culturelle, et qu’il revêt une importance particulière à cet égard pour la province de Québec : voir *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons (Canada)* (1881), 7 App. Cas. 96, p. 109-112; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 38 et 58-60. En conséquence, notre Cour a constamment confirmé que ce chef de compétence provincial doit être soigneusement protégé : voir, p. ex., *Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 440-441; *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, par. 100; *Transport Desgagnés*, par. 57. À la lumière de ce qui précède, la rigoureuse analyse effectuée sur la base de la théorie de l’intérêt national constitue un frein important à l’élargissement des pouvoirs fédéraux.

[211] Même dans les cas où une matière peut être rattachée aux changements climatiques, un problème de pollution véritablement mondial causant des dommages extraprovinciaux graves, je souligne que la grande partie du raisonnement dans la présente décision repose sur la preuve soumise à la Cour concernant la tarification même des GES; la valeur cruciale de la tarification des GES en tant qu’outil d’atténuation des changements climatiques, sa nature en tant que mécanisme de réglementation distinct et limité, la façon dont il s’applique à l’ensemble de l’économie et le risque de fuites de carbone. En outre, s’il convient de conclure que cette matière est d’intérêt national, c’est qu’elle reflète une perspective fédérale véritable et impérieuse à l’égard de la tarification des GES, qu’elle vise seulement à parer au risque bien établi de graves dommages extraprovinciaux et qu’elle le fait d’une façon qui a un effet limité et assorti de réserves sur la compétence des provinces.

## VII. Validité des redevances en tant que prélèvements de nature réglementaire

[212] Enfin, je dois me pencher sur l’argument de l’Ontario selon lequel la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires imposées

regulatory scheme to be considered constitutionally valid regulatory charges.

[213] To be a regulatory charge, as opposed to a tax, a governmental levy with the characteristics of a tax must be connected to a regulatory scheme: *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at para. 43; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131, at para. 24. In *Westbank*, Gonthier J. set out a two-step approach for determining whether a governmental levy is connected to a regulatory scheme. The first step is to identify the existence of a relevant regulatory scheme. If such a scheme is found to exist, the second step is to establish a relationship between the charge and the scheme itself: *Westbank*, at para. 44; *620 Connaught*, at paras. 25-27.

[214] Ontario does not dispute that the *GGPPA* creates a regulatory scheme. Its argument instead focuses on the second step of the *Westbank* analysis: determining whether the levy has a sufficient nexus with the regulatory scheme. The *GGPPA* does not require that revenues collected under Parts 1 and 2 be expended in a manner connected to the regulatory purpose of the *GGPPA*. Ontario argues that this undermines the levies' characterization as regulatory charges; in its view, the nexus requirement cannot be met solely by showing that the regulatory purpose of a charge is to influence behaviour. It submits that, for there to be a nexus with the regulatory scheme, the revenues that are collected must be used to recover the cost of the scheme or be spent in a manner connected to a particular regulatory purpose, and that a conclusion to the contrary would undermine the "no taxation without representation" principle that underlies s. 53 of the Constitution: A.F., at para. 97.

par la *LTPGES* ne présentent pas un lien suffisant avec le régime de réglementation pour être considérées comme des prélèvements de nature réglementaire constitutionnellement valides.

[213] Pour constituer un prélèvement de nature réglementaire plutôt qu'une taxe, une redevance gouvernementale présentant des caractéristiques d'une taxe doit être liée à un régime de réglementation : *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 43; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131, par. 24. Dans l'arrêt *Westbank*, le juge Gonthier a établi une approche en deux étapes afin de déterminer si une redevance gouvernementale est liée à un régime de réglementation. La première étape consiste à déterminer s'il existe un régime de réglementation connexe. Si le tribunal conclut à l'existence d'un tel régime, il procède ensuite à la seconde étape et se demande s'il est possible d'établir un lien entre le prélèvement et le régime lui-même : *Westbank*, par. 44; *620 Connaught*, par. 25-27.

[214] L'Ontario ne conteste pas que la *LTPGES* crée un régime de réglementation. Dans son argumentation, elle met plutôt l'accent sur la deuxième étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Westbank* : la question de savoir si la redevance présente un lien suffisant avec le régime de réglementation. La *LTPGES* n'exige pas que les revenus perçus en vertu des parties 1 et 2 soient dépensés d'une manière liée à l'objectif de la *LTPGES* en matière de réglementation. L'Ontario soutient que cela s'oppose à la qualification des redevances comme prélèvements de nature réglementaire; à son avis, on ne peut satisfaire à l'exigence relative à l'existence d'un lien uniquement en démontrant qu'un prélèvement a pour objectif réglementaire d'influencer les comportements. D'après l'Ontario, pour établir un lien entre les fonds recueillis et le régime de réglementation, les fonds doivent être utilisés pour couvrir les coûts du régime ou dépensés d'une manière qui se rapporte à un objectif de réglementation particulier, et une conclusion à l'effet contraire aurait pour effet de contrevenir au principe selon lequel il n'y a « pas de taxation sans représentation », qui est à la base de l'art. 53 de la Constitution : m.a., par. 97.

[215] It is well-established that influencing behaviour is a valid purpose for a regulatory charge. As Rothstein J. put it in *620 Connaught*, a regulatory charge may be intended to “alter individual behaviour”, in which case “the fee may be set at a level designed to proscribe, prohibit or lend preference to a behaviour”: para. 20. Two examples Gonthier J. mentioned in *Westbank* were that “[a] per-tonne charge on landfill waste may be levied to discourage the production of waste [and that a] deposit-refund charge on bottles may encourage recycling of glass or plastic bottles”: para. 29. However, the case law on the required nexus in the *Westbank* framework for a behaviour-modifying charge is not settled. In *620 Connaught*, the Court explicitly left the question “[w]hether the costs of the regulatory scheme are a limit on the fee revenue generated, where the purpose of the regulatory charge is to proscribe, prohibit or lend preference to certain conduct,” for another day: para. 48.

[216] I agree with Strathy C.J.O. that regulatory charges need not reflect the cost of the scheme: paras. 159-60; see also *Canadian Assn. of Broadcasters v. Canada (F.C.A.)*, 2008 FCA 157, [2009] 1 F.C.R. 3. As contemplated in *620 Connaught*, the amount of a regulatory charge whose purpose is to alter behaviour is set at a level designed to proscribe, prohibit, or lend preference to a behaviour. Canada rightly observes that limiting such a charge to the recovery of costs would be incompatible with the design of a scheme of this nature: R.F., at para. 138. Nor must the revenues that are collected be used to further the purposes of the regulatory scheme. Rather, as Gonthier J. suggested in *Westbank*, the required nexus with the scheme will exist “where the charges themselves have a regulatory purpose”: para. 44. Where, as in the instant case, the charge itself is a regulatory mechanism that promotes compliance with the scheme or furthers its objective, the

[215] Il est bien établi qu’influencer les comportements constitue un objectif valable d’un prélèvement de nature réglementaire. Comme l’a dit le juge Rothstein dans l’arrêt *620 Connaught*, un prélèvement de nature réglementaire peut viser à « modifier les comportements », auquel cas « les droits peuvent être fixés [au] montant estimé nécessaire pour proscrire, interdire ou favoriser un comportement » : par. 20. Dans l’arrêt *Westbank*, le juge Gonthier a mentionné les deux exemples suivants : « Une redevance par tonne de déchets pour les sites d’enfouissement peut servir à décourager la production de déchets [et une] consigne remboursable peut favoriser le recyclage de bouteilles de verre et de plastique » : par. 29. Cependant, la jurisprudence n’est pas encore fixée en ce qui concerne le lien requis par le cadre d’analyse établi dans *Westbank* à l’égard d’un prélèvement visant à modifier les comportements. Dans l’arrêt *620 Connaught*, la Cour a expressément remis à une autre occasion l’examen de la question de savoir « si les coûts du régime de réglementation constituent une limite des recettes provenant des droits, lorsque les redevances de nature réglementaire visent à proscrire, à interdire ou à favoriser un comportement » : par. 48.

[216] À l’instar du juge en chef Strathy de la Cour d’appel de l’Ontario, j’estime qu’il n’est pas nécessaire que les prélèvements de nature réglementaires correspondent aux coûts du régime : par. 159-160; voir également *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs c. Canada (C.A.F.)*, 2008 CAF 157, [2009] 1 R.C.F. 3. Ainsi que le prévoit l’arrêt *620 Connaught*, le montant d’un prélèvement de nature réglementaire qui vise à modifier les comportements est fixé de manière à proscrire, à interdire ou à favoriser un comportement. Le fédéral souligne à juste titre que limiter un tel prélèvement à un rôle de recouvrement de coûts serait incompatible avec le but d’un régime de réglementation de cette nature : m.i., par. 138. Il n’est pas non plus nécessaire que les revenus générés par un prélèvement de nature réglementaire soient utilisés en vue de la réalisation des objectifs du régime de réglementation. Mais, comme l’a indiqué le juge Gonthier dans l’arrêt *Westbank*, le lien

nexus between the scheme and the levy inheres in the charge itself.

[217] This Court’s decision in *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, is of no assistance to Ontario. Ontario seizes on an aspect of *Allard* that Iacobucci J. specifically framed as an effort “to determine the scope of s. 92(9) rather than to define ‘taxation’ as such”: p. 398. The provincial licensing power under s. 92(9) raised specific questions about its interplay with the s. 92(2) limitation on provincial taxation to direct, as opposed to indirect, taxation, as well as about its relationship to other provincial heads of power. It had been argued that to give s. 92(9) a meaning independent of the other provincial heads of power, it ought not to be limited to raising money to support a regulatory scheme. In that context, very different from the one in the case at bar, Iacobucci J. remarked in *obiter* that a finding that there was “a power of indirect taxation in s. 92(9) extending substantially beyond regulatory costs could have the more serious consequence of rendering s. 92(2) meaningless”: pp. 404-5 (emphasis in original). It was unnecessary to decide the point, however, because the levy in *Allard* was intended only to cover the costs of the regulatory scheme: p. 412.

[218] It does not follow from *Allard* that a finding that there is a nexus with the regulatory scheme where the levy is a regulatory mechanism would, as Ontario asserts, “render s. 53 meaningless”: A.F., at para. 100. Section 53 codifies the principle of no taxation without representation by requiring any bill that imposes a tax to originate with the legislature: *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, at

nécessaire avec le régime de réglementation existe aussi « lorsque les redevances elles-mêmes ont un objet de réglementation » : par. 44. Si, comme en l’espèce, le prélèvement constitue en soi un mécanisme de réglementation qui favorise la conformité au régime ou la réalisation de l’objectif de celui-ci, le lien entre le régime de réglementation et la redevance réside dans le prélèvement lui-même.

[217] L’arrêt de notre Cour *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, n’est d’aucun secours à l’Ontario. L’Ontario invoque un aspect de l’arrêt *Allard* que le juge Iacobucci a décrit explicitement comme une tentative « de déterminer la portée du par. 92(9) et non de définir la “taxation” comme telle » : p. 398. Le pouvoir des provinces de délivrer des permis visé au par. 92(9) soulevait des questions précises relativement à son interaction avec la disposition, prévue au par. 92(2), limitant à la taxation directe, plutôt qu’indirecte, le pouvoir de taxation des provinces, et à son rapport avec d’autres chefs de compétence provinciaux. On avait plaidé que, pour donner au par. 92(9) un sens autonome de celui des autres chefs de compétence provinciale, on ne devait pas considérer qu’il autorisait seulement la perception de fonds au soutien d’un régime de réglementation. Dans ce contexte, qui diffère beaucoup de la présente affaire, le juge Iacobucci a indiqué, dans une remarque incidente, que le fait de conclure à l’existence d’« un pouvoir de taxation indirecte inclus dans le par. 92(9) permettant la perception de recettes de beaucoup supérieures aux coûts de la réglementation pourrait bien avoir comme conséquence plus grave de priver le par. 92(2) de tout sens » : p. 404-405 (souligné dans l’original). Il n’était toutefois pas nécessaire de trancher la question, puisque le prélèvement en cause dans *Allard* visait uniquement à couvrir les coûts du régime de réglementation : p. 412.

[218] Il ne découle pas de l’arrêt *Allard* que le fait de conclure à l’existence d’un lien avec le régime de réglementation lorsque le prélèvement constitue un mécanisme de réglementation « priverait l’art. 53 de tout sens », comme l’affirme l’Ontario : m.a., par. 100. L’article 53 codifie le principe selon lequel il n’y a pas de taxation sans représentation en exigeant que tout projet de loi qui impose une taxe

para. 30. Section 53 applies expressly to taxation. The *Westbank* approach remains adequate for the purpose of distinguishing between taxes and regulatory charges in order to determine whether s. 53 applies. Holding that the required nexus can be found to exist by establishing that the charge itself is a regulatory mechanism does not open the door to disguised taxation. Instead, in every case, the court must scrutinize the scheme in order to identify the primary purpose of the levy on the basis of *Westbank*. An attempt to circumvent s. 53 by disguising a tax as a regulatory charge without a sufficient nexus to a regulatory scheme would be colourable.

[219] In the instant case, there is ample evidence that the fuel and excess emission charges imposed by Parts 1 and 2 of the *GGPPA* have a regulatory purpose. Ontario does not assert, nor would such an assertion be supportable, that the levies in this case amount to disguised taxation. The *GGPPA* as a whole is directed to establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions, not to the generation of revenue. As Richards C.J.S. aptly observed, the *GGPPA* “could fully accomplish its objectives . . . without raising a cent”: para. 87. This is true of both Part 1 and Part 2. The levies imposed by Parts 1 and 2 of the *GGPPA* cannot be characterized as taxes; rather, they are regulatory charges whose purpose is to advance the *GGPPA*’s regulatory purpose by altering behaviour. The levies are constitutionally valid regulatory charges.

### VIII. A Final Matter

[220] In this case, I have identified the pith and substance of the *GGPPA* having regard to the statute and the regulations in force at the time of these appeals. My colleague Rowe J. has taken this opportunity to propose a methodology for assessing

émane du législateur : *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, par. 30. L’article 53 s’applique expressément à la taxation. L’approche retenue dans *Westbank* demeure applicable pour distinguer les taxes des prélèvements de nature réglementaire afin de déterminer si l’art. 53 s’applique. Affirmer qu’il est possible de conclure à l’existence du lien nécessaire en établissant que le prélèvement constitue lui-même un mécanisme de réglementation n’ouvre pas la porte à la taxation déguisée. Le tribunal doit plutôt, dans chaque cas, examiner attentivement le régime afin de dégager l’objet premier de la redevance selon l’arrêt *Westbank*. Essayer de contourner l’art. 53 en déguisant une taxe en prélèvement de nature réglementaire sans lien suffisant avec un régime de réglementation constituerait un argument spécieux.

[219] Il y a en l’espèce amplement d’éléments de preuve démontrant que la redevance sur les combustibles et celle pour émissions excédentaires imposées par les parties 1 et 2 de la *LTPGES* ont un objectif réglementaire. L’Ontario ne soutient pas que, dans la présente affaire, les redevances constituent de la taxation déguisée, et un tel argument ne serait d’ailleurs pas soutenable. La *LTPGES* dans son ensemble vise à établir des normes minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz, et non à produire des revenus. Comme l’a fait remarquer avec justesse le juge en chef Richards de la Cour d’appel de la Saskatchewan, la *LTPGES* [TRADUCTION] « pourrait réaliser entièrement ses objectifs [. . .] sans recueillir un sou » : par. 87. Cela vaut autant pour la partie 1 que pour la partie 2. Les redevances imposées par les parties 1 et 2 de la *LTPGES* ne peuvent être qualifiées de taxes; il s’agit plutôt de prélèvements de nature réglementaire qui visent à réaliser l’objectif réglementaire de la *LTPGES*, soit modifier les comportements. Les redevances constituent des prélèvements de nature réglementaire constitutionnellement valides.

### VIII. Un dernier point

[220] En l’espèce, j’ai identifié le caractère véritable de la *LTPGES* au regard de la loi et des règlements en vigueur au moment des présents pourvois. Mon collègue le juge Rowe profite de l’occasion pour proposer une méthode d’évaluation de la

the constitutionality of regulations made under the *GGPPA*. Although the underlying premise of my colleague's comments — that regulations made pursuant to an enabling statute must be consistent with the division of powers and further the purpose of the statute — is uncontroversial, his speculative concern that such regulations could be used to further industrial favouritism is neither necessary nor desirable. I would leave the matter of the validity of regulations under the *GGPPA* for a future case should the issue arise. It is not this Court's role to express opinions about the substance, arguments or merits of future challenges.

#### IX. Conclusion

[221] In conclusion, I would answer the reference questions in the negative. The *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* is constitutional. Accordingly, the Attorney General of Saskatchewan's appeal is dismissed, the Attorney General of Ontario's appeal is dismissed, and the Attorney General of British Columbia's appeal is allowed.

The following are the reasons delivered by

[222] CÔTÉ J. (dissenting in part) — I have read the carefully crafted reasons of the Chief Justice, and I am in agreement with his formulation of the national concern branch analysis. However, I must respectfully part company with the Chief Justice's ultimate conclusion that the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186 (“*GGPPA*” or “*Act*”) is, in its current form, constitutional. In my view, the *GGPPA*, as presently drafted, cannot be said to accord with the matter of national concern properly formulated by the Chief Justice because the breadth of the discretion conferred by the *Act* on the Governor in Council results in the absence of any meaningful limits on the power of the executive. Additionally, the provisions in the *GGPPA* that permit the Governor in Council to amend and override the *GGPPA* itself violate the *Constitution Act, 1867*, and the fundamental constitutional principles

constitutionnalité des règlements pris en vertu de la *LTPGES*. Bien que la prémisse sous-tendant les remarques de mon collègue — les règlements pris conformément à une loi habilitante doivent être conformes au partage des compétences et contribuer à la réalisation de l'objet de la loi — ne prête pas à controverse, son hypothèse selon laquelle de tels règlements pourraient encourager le favoritisme industriel n'est ni nécessaire, ni souhaitable. Je suis d'avis de remettre à une autre occasion l'examen de la validité des règlements pris en vertu de la *LTPGES*, si cette question devait se soulever. Il n'appartient pas à notre Cour d'exprimer des opinions sur la teneur, les arguments ou le mérite de contestations à venir.

#### IX. Conclusion

[221] En conclusion, je suis d'avis de répondre par la négative aux questions posées dans les renvois. La *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* est constitutionnelle. En conséquence, le pourvoi du procureur général de la Saskatchewan est rejeté, le pourvoi du procureur général de l'Ontario est rejeté, et le pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique est accueilli.

Version française des motifs rendus par

[222] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — J'ai lu les motifs soigneusement rédigés du juge en chef, et j'adhère à sa formulation de l'analyse de la théorie de l'intérêt national. Toutefois, je dois, avec égard, me dissocier de sa conclusion ultime selon laquelle la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186 (« *LTPGES* » ou « *Loi* »), dans sa forme actuelle, est constitutionnelle. À mon avis, il n'est pas possible d'affirmer que la *LTPGES*, tel qu'elle est présentement rédigée, satisfait à la norme de la question d'intérêt national, formulée comme il se doit par le juge en chef, parce que l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au gouverneur en conseil donne à l'exécutif un pouvoir sans limite véritable. De plus, les dispositions de la *LTPGES* qui autorisent le gouverneur en conseil à modifier la loi elle-même et à y déroger violent la *Loi constitutionnelle de 1867*

of parliamentary sovereignty, rule of law, and the separation of powers.

[223] This Court must decide the constitutionality of the *GGPPA* based on the totality of the measures it authorizes, and not simply the steps currently taken under the *Act*. Thus, when I consider what the *GGPPA* authorizes, irrespective of whether it has in fact been implemented, it is clear that the *Act*, as it is currently written, vests inordinate discretion in the executive with no meaningful checks on fundamental alterations of the current pricing schemes.

[224] Although delegation of legislative power is not inherently problematic, as discretion provides flexibility and makes it possible to overcome the practical difficulties associated with amending provisions and enacting regulations at the legislative level, when an Act endows a select few with the power to re-write, and thus reengineer, a law which affects virtually every aspect of individuals' daily lives and provincial industrial, economic, and municipal activities, it goes too far.

[225] I would therefore find that the *Act* is unconstitutional in part.

I. The *GGPPA* Vests a Considerable Amount of Discretion in the Executive

[226] A detailed review of the provisions of the *Act* leads to the conclusion that a considerably high degree of discretion has been vested in the Governor in Council.

A. *Part 1 of the Act*

[227] Part 1 of the *Act* establishes a fuel charge against certain producers, distributors, and importers of various greenhouse gas (“GHG”) producing fuels named in Sch. 2 (which includes aviation gasoline, aviation turbo fuel, butane, ethane, gas liquids,

ainsi que les principes constitutionnels fondamentaux de la souveraineté parlementaire, de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs.

[223] La Cour doit se prononcer sur la constitutionnalité de la *LTPGES* à la lumière de la totalité des mesures qu'elle autorise, et non uniquement des mesures prises actuellement en vertu de la *Loi*. Ainsi, lorsque je tiens compte de ce que la *LTPGES* autorise, sans égard à ce qui a été mis en œuvre dans les faits, il est clair que, tel qu'elle est rédigée présentement, elle confère un pouvoir discrétionnaire démesuré à l'exécutif sans qu'il existe de contrôles véritables à l'encontre des modifications significatives qu'il pourrait apporter aux régimes actuels de tarification.

[224] Certes, la délégation de pouvoirs législatifs n'est pas problématique en soi, puisque l'existence d'un pouvoir discrétionnaire donne de la souplesse et permet de remédier aux difficultés pratiques associées à la modification de dispositions législatives et à la prise de règlements au niveau législatif. Toutefois, lorsqu'une loi confie à quelques privilégiés le pouvoir de réécrire, et donc de remanier, un texte législatif qui touche pratiquement tous les aspects de la vie quotidienne des individus et des activités industrielles, économiques et municipales des provinces, elle va trop loin.

[225] Je suis donc d'avis de conclure que la *Loi* est partiellement inconstitutionnelle.

I. La *LTPGES* confère un pouvoir discrétionnaire considérable à l'exécutif

[226] Un examen détaillé des dispositions de la *Loi* amène à conclure que le gouverneur en conseil s'est vu conférer un pouvoir discrétionnaire extrêmement étendu.

A. *Partie 1 de la Loi*

[227] La partie 1 de la *Loi* crée une redevance sur les combustibles payable par certains producteurs, distributeurs et importateurs de divers combustibles produisant des gaz à effet de serre (« GES ») dont la liste figure à l'ann. 2 (dont l'essence d'aviation,

gasoline, heavy and light fuel oils, kerosene, methanol, naphtha, petroleum coke, pentanes plus, propane, coke oven gas, marketable and non-marketable natural gas, still gas and coal) and on combustible waste. In s. 3 of the *Act*, the critical feature of the fuel levy — that being, what fuels are covered by the *Act* — is so open-ended, allowing any substance, if prescribed by the Governor in Council, to fall within the ambit of the fuel charge regime:

**combustible waste** means

(a) tires or asphalt shingles whether in whole or in part; or

(b) a prescribed substance, material or thing. (*déchet combustible*)

...

**fuel** means

(a) a substance, material or thing set out in column 2 of any table in Schedule 2, other than

(i) combustible waste,

(ii) a substance, material or thing that is prepackaged in a factory sealed container of 10 L or less, or

(iii) a prescribed substance, material or thing; and

(b) a prescribed substance, material or thing. (*combustible*)

[228] The operative provisions of Part 1 similarly prescribe vast legislative law-making power to the executive such that the very nature of the regime can be altered. For example:

#### Covered facility of a person

5 For the purposes of this Part, a covered facility is a covered facility of a person if

le carburéacteur, le butane, l'éthane, les liquides de gaz, l'essence, le mazout lourd et léger, le kérosène, le méthanol, le naphtha, le coke de pétrole, le pentane plus, le propane, le gaz de four à coke, le gaz naturel commercialisable et non commercialisable, le gaz de distillation ainsi que le charbon) et sur les déchets combustibles. À l'article 3 de la *Loi*, la caractéristique essentielle de la redevance sur les combustibles — soit celle de savoir quels combustibles sont visés par la *Loi* — est si ouverte, que toute substance, si le gouverneur en conseil le prescrit, peut tomber sous le coup du régime de la redevance sur les combustibles :

**déchet combustible**

a) Pneu ou bardeau bitumé, même partiel;

b) substance, matière ou chose visée par règlement. (*combustible waste*)

...

**combustible**

a) Substance, matière ou chose indiquée à la colonne 2 d'un tableau figurant à l'annexe 2, sauf :

(i) un déchet combustible,

(ii) une substance, matière ou chose préemballée dans un contenant scellé en usine de 10 L ou moins,

(iii) une substance, matière ou chose visée par règlement;

b) substance, matière ou chose visée par règlement. (*fuel*)

[228] Les dispositions opérantes de la partie 1 confèrent de même un pouvoir réglementaire si vaste à l'exécutif que la nature même du régime peut être modifiée. Par exemple :

#### Installation assujettie d'une personne

5 Pour l'application de la présente partie, une installation assujettie est une installation assujettie d'une personne si, selon le cas :

...

(b) the person is a prescribed person, a person of a prescribed class or a person meeting prescribed conditions in respect of the covered facility.

...

### **Delivery of marketable natural gas — distribution system**

14 For the purposes of this Part, if marketable natural gas is delivered to a particular person by means of a distribution system, the person that is considered to deliver the marketable natural gas is

...

(b) if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met, the person that is a prescribed person, a person of a prescribed class or a person meeting prescribed conditions.

...

### **Charge — regulations**

26 Subject to this Part, a prescribed person, a person of a prescribed class or a person meeting prescribed conditions must pay to Her Majesty in right of Canada a charge in respect of a type of fuel or combustible waste in the amount determined in prescribed manner if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met. The charge becomes payable at the prescribed time.

### **Charge not payable — regulations**

27 A charge under this Part in respect of a type of fuel or combustible waste is not payable

(a) by a prescribed person, a person of a prescribed class or a person meeting prescribed conditions; or

...

b) la personne est une personne visée par règlement, une personne d'une catégorie réglementaire ou une personne qui satisfait aux conditions prévues par règlement relativement à l'installation assujettie.

...

### **Livraison de gaz naturel commercialisable — réseau de distribution**

14 Pour l'application de la présente partie, si du gaz naturel commercialisable est livré à une personne donnée au moyen d'un réseau de distribution, est considérée comme étant la personne qui livre le gaz naturel commercialisable la personne suivante :

...

b) si les circonstances prévues par règlement s'avèrent ou les conditions prévues par règlement sont remplies, la personne qui est une personne visée par règlement, une personne d'une catégorie réglementaire ou une personne qui satisfait aux conditions prévues par règlement.

...

### **Redevance — règlement**

26 Sous réserve de la présente partie, la personne visée par règlement, la personne d'une catégorie réglementaire ou la personne qui satisfait aux conditions prévues par règlement est tenue de payer à Sa Majesté du chef du Canada une redevance relativement à un type de combustible ou à un déchet combustible d'un montant déterminé selon les modalités réglementaires si les circonstances prévues par règlement s'avèrent ou les conditions prévues par règlement sont remplies. La redevance devient payable au moment visé par règlement.

### **Redevance non payable — règlement**

27 Une redevance prévue par la présente partie relativement à un type de combustible ou à un déchet combustible n'est pas payable par une personne dans les cas suivants :

a) la personne est une personne visée par règlement, une personne d'une catégorie réglementaire ou une personne qui satisfait aux conditions prévues par règlement;

(b) if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met.

...

#### Charge amount — mixture

**40(2)** Despite subsection (1), if a manner is prescribed in respect of a mixture that is deemed to be fuel of a prescribed type under subsection 16(2), the amount of a charge payable under this Division in respect of such a mixture is equal to the amount determined in prescribed manner.

#### Charge amount — regulations

**40(3)** Despite subsection (1), if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met, the amount of a charge payable under this Division in respect of fuel and a listed province is equal to the amount determined in prescribed manner.

...

#### Charge amount — regulations

**41(2)** Despite subsection (1), if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met, the amount of a charge payable in respect of combustible waste and a listed province is equal to the amount determined in prescribed manner.

...

#### Amount of rebate — regulations

**47(3)** Despite subsection (2), if prescribed circumstances exist or prescribed conditions are met, the amount of a rebate payable under this section is equal to the amount determined in prescribed manner.

[229] The full breadth of executive powers can be seen most notably within ss. 166 and 168 of the *Act*. Section 166(1)(a) states that the Governor in Council may make regulations “prescribing anything that, by this Part, is to be prescribed or is to be determined or

b) les circonstances prévues par règlement s’avèrent ou les conditions prévues par règlement sont remplies.

...

#### Montant de la redevance — mélange

**40(2)** Malgré le paragraphe (1), si des modalités réglementaires sont établies relativement à un mélange qui est réputé être du combustible d’un type prévu par règlement en vertu du paragraphe 16(2), le montant d’une redevance payable en vertu de la présente section relativement à ce mélange est égal au montant déterminé selon les modalités réglementaires.

#### Montant de la redevance — règlements

**40(3)** Malgré le paragraphe (1), si les circonstances prévues par règlement s’avèrent ou si les conditions prévues par règlement sont remplies, le montant d’une redevance payable en vertu de la présente section relativement à du combustible et à une province assujettie est égal au montant déterminé selon les modalités réglementaires.

...

#### Montant de la redevance — règlements

**41(2)** Malgré le paragraphe (1), si les circonstances prévues par règlement s’avèrent ou si les conditions prévues par règlement sont remplies, le montant de la redevance payable relativement à un déchet combustible et à une province assujettie est égal au montant déterminé selon les modalités réglementaires.

...

#### Remboursement — règlements

**47(3)** Malgré le paragraphe (2), si les circonstances prévues par règlement s’avèrent ou si les conditions prévues par règlement sont remplies, le montant du remboursement payable en vertu du présent article est égal au montant déterminé selon les modalités réglementaires.

[229] L’étendue complète des pouvoirs de l’exécutif ressort notamment des art. 166 et 168 de la *Loi*. L’alinéa 166(1)a) énonce que le gouverneur en conseil peut, par règlement, « prendre toute mesure d’ordre réglementaire prévue par la présente

regulated by regulation”. The only limit whatsoever on s. 166’s expansive regulation-making powers is that s. 166(3) stipulates that in making a regulation under subsection (2) — that is, amending Part 1 of Sch. 1 to modify the list of provinces where the fuel levy is payable — “the Governor in Council shall take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions”. No such factor applies to the Governor in Council’s regulation-making powers under Part 1’s provisions. Most importantly, by virtue of s. 166(4), the executive has a wholly-unfettered ability to amend Part 1 of the *Act*:

**166(4)** The Governor in Council may, by regulation, amend Schedule 2 respecting the application of the fuel charge under this Part including by adding, deleting, varying or replacing a table.

[230] Sections 168(2) and 168(3) also allow the Governor in Council to make and amend regulations in relation to the fuel charge system, its application, and its implementation. These wide-ranging powers set forth a wholly-unfettered grant of broad discretion to amend Part 1 of the *Act*:

**168(2)** The Governor in Council may make regulations, in relation to the fuel charge system,

(a) prescribing rules in respect of whether, how and when the fuel charge system applies and rules in respect of other aspects relating to the application of that system, including rules deeming, in specified circumstances and for specified purposes, the status of anything to be different than what it would otherwise be, including when an amount under this Part became due or was paid, when fuel or a substance, material or thing was delivered, how and when an amount under this Part is required to be reported and accounted for and when any period begins and ends;

(b) prescribing rules in respect of whether, how and when a change in a rate, set out in any table in Schedule 2 for a type of fuel and for a province or

partie ». La seule limite qui soit aux vastes pouvoirs réglementaires conférés par l’art. 166 est prévue au par. 166(3), qui prescrit que pour la prise de règlements en application du par. (2) — soit, pour modifier la partie 1 de l’ann. 1 afin de changer la liste des provinces où la redevance sur les combustibles est payable — « le gouverneur en conseil tient compte avant tout de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre ». Aucune restriction de ce type ne s’applique aux pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil prévus aux dispositions de la partie 1 de la *Loi*. Plus important encore, le par. 166(4) donne à l’exécutif la capacité illimitée de modifier la partie 1 de la *Loi* :

**166(4)** Le gouverneur en conseil peut, par règlement, modifier l’annexe 2 relativement à l’application de la redevance sur les combustibles en application de la présente partie, notamment en ajoutant, supprimant modifiant ou remplaçant un tableau.

[230] Les paragraphes 168(2) et (3) autorisent aussi le gouverneur en conseil à prendre et à modifier des règlements relatifs au régime de redevance sur les combustibles, à son application et à sa mise en œuvre. Ces pouvoirs étendus lui accordent sans restriction un vaste pouvoir discrétionnaire pour modifier la partie 1 de la *Loi* :

**168(2)** En ce qui concerne le régime de redevance sur les combustibles, le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) établir les règles prévoyant le moment à partir duquel ce régime s’applique, ainsi que ses modalités d’application, et les règles relatives à d’autres aspects concernant l’application de ce régime, y compris les règles selon lesquelles l’état d’une chose est réputé, dans des circonstances déterminées et à des fins déterminées, être différent de ce qu’il serait par ailleurs, notamment le moment où un montant prévu par la présente partie est devenu dû ou a été payé, le moment où du combustible ou une substance, matière ou chose a été livré, le moment et la manière dont un montant prévu par la présente partie doit être déclaré et comptabilisé ainsi que le début et la fin de toute période;

b) établir les règles prévoyant le moment à partir duquel un changement de taux, prévu dans un tableau de l’annexe 2 pour un type de combustible et pour

area, applies and rules in respect of a change to another parameter affecting the application of the fuel charge system in relation to such a fuel or province or area, including rules deeming, in specified circumstances and for specified purposes, the status of anything to be different than what it would otherwise be, including when an amount under this Part became due or was paid, when fuel or a substance, material or thing was delivered, how and when an amount under this Part is required to be reported and accounted for and when any period begins and ends;

(c) prescribing rules in respect of whether, how and when a change to the provinces or areas listed in Part 1 of Schedule 1 or referenced in Schedule 2 applies and rules in respect of a change to another parameter affecting the application of the fuel charge system in relation to a province or area or to a type of fuel, including rules deeming, in specified circumstances and for specified purposes, the status of anything to be different than what it would otherwise be, including when an amount under this Part became due or was paid, when fuel or a substance, material or thing was delivered, how and when an amount under this Part is required to be reported and accounted for and when any period begins and ends;

(d) if an amount is to be determined in prescribed manner in relation to the fuel charge system, specifying the circumstances or conditions under which the manner applies;

(e) providing for rebates, adjustments or credits in respect of the fuel charge system;

(f) providing for rules allowing persons, which elect to have those rules apply, to have the provisions of this Part apply in a manner different from the manner in which those provisions would otherwise apply, including when an amount under this Part became due or was paid, when fuel or a substance, material or thing was delivered, how and when an amount under this Part is

une province ou une zone, s'applique, ainsi que ses modalités d'application, et les règles relatives à un changement à un autre paramètre touchant l'application du régime de redevance sur les combustibles relativement à ce type de combustible ou à cette province ou zone, y compris les règles selon lesquelles l'état d'une chose est réputé, dans des circonstances déterminées et à des fins déterminées, être différent de ce qu'il serait par ailleurs, notamment le moment où un montant prévu par la présente partie est devenu dû ou a été payé, le moment où du combustible ou une substance, matière ou chose a été livré, le moment et la manière dont un montant prévu par la présente partie doit être déclaré et comptabilisé ainsi que le début et la fin de toute période;

c) établir les règles prévoyant le moment à partir duquel un changement aux provinces ou zones figurant à la partie 1 de l'annexe 1 ou à l'annexe 2 s'applique, ainsi que ses modalités d'application, et les règles relatives à un changement à un autre paramètre touchant l'application du régime de redevance sur les combustibles relativement à une province ou zone ou à un type de combustible, y compris les règles selon lesquelles l'état d'une chose est réputé, dans des circonstances déterminées et à des fins déterminées, être différent de ce qu'il serait par ailleurs, notamment le moment où un montant prévu par la présente partie est devenu dû ou a été payé, le moment où du combustible ou une substance, matière ou chose a été livré, le moment et la manière dont un montant prévu par la présente partie doit être déclaré et comptabilisé ainsi que le début et la fin de toute période;

d) dans le cas où un montant est à déterminer selon les modalités réglementaires relativement au régime de redevance sur les combustibles, préciser les circonstances ou les conditions dans lesquelles ces modalités s'appliquent;

e) prévoir les remboursements, redressements ou crédits relatifs au régime de redevance sur les combustibles;

f) établir les règles permettant aux personnes qui ont choisi de faire appliquer ces règles d'appliquer les dispositions de la présente partie d'une manière différente de la manière dont elles s'appliqueraient normalement, y compris le moment où un montant prévu par la présente partie est devenu dû ou a été payé, le moment où du combustible ou une substance, matière ou chose

required to be reported or accounted for and when any period begins and ends;

(g) specifying circumstances and any terms or conditions that must be met for the payment of rebates in respect of the fuel charge system;

(h) prescribing amounts and rates to be used to determine any rebate, adjustment or credit that relates to, or is affected by, the fuel charge system, excluding amounts that would otherwise be included in determining any such rebate, adjustment or credit, and specifying circumstances under which any such rebate, adjustment or credit must not be paid or made;

(i) respecting information that must be included by a specified person in a written agreement or other document in respect of specified fuel or a specified substance, material or thing and prescribing charge-related consequences in respect of such fuel, substance, material or thing, and penalties, for failing to do so or for providing incorrect information;

(j) deeming, in specified circumstances, a specified amount of charge to be payable by a specified person, or a specified person to have paid a specified amount of charge, for specified purposes, as a consequence of holding fuel at a specified time;

(k) prescribing compliance measures, including anti-avoidance rules; and

(l) generally to effect the transition to, and implementation of, that system in respect of fuel or a substance, material, or thing and in respect of a province or area.

a été livré, le moment et la manière dont un montant prévu par la présente partie doit être déclaré et comptabilisé ainsi que le début et la fin de toute période;

g) préciser les circonstances qui doivent s'avérer, ainsi que les conditions à remplir, pour le paiement de remboursements dans le cadre du régime de redevance sur les combustibles;

h) prévoir les montants et taux devant entrer dans le calcul du montant de tout remboursement, redressement ou crédit relatif au régime de redevance sur les combustibles ou sur lequel celui-ci a une incidence, exclure les montants qui entreraient par ailleurs dans le calcul d'un tel remboursement, redressement ou crédit et préciser les circonstances dans lesquelles un tel remboursement, redressement ou crédit n'est pas payé ou effectué;

i) prévoir les renseignements qu'une personne déterminée est tenue d'inclure dans une convention écrite ou un autre document portant sur un combustible déterminé ou une substance, matière ou chose déterminée et prévoir les conséquences liées à la redevance relativement à un tel combustible ou une telle substance, matière ou chose, ainsi que les pénalités pour avoir manqué à cette obligation ou avoir indiqué des renseignements erronés;

j) prévoir que, dans des circonstances déterminées, un montant déterminé de redevance est réputé être payable ou avoir été payé, à des fins déterminées, par une personne déterminée du fait qu'elle détient du combustible à un moment déterminé;

k) prévoir des mesures d'observation, y compris des règles anti-évitement;

l) prendre toute mesure en vue de la transition à ce régime, et de sa mise en œuvre, relativement au combustible ou à une substance, matière ou chose et à l'égard d'une province ou zone.

[231] Most notably, s. 168(4) of the *Act* states that in the event of a conflict between the statute enacted by Parliament and the regulations made by the executive, “the regulation prevails to the extent of the conflict”. This breathtaking power circumvents the exercise of law-making power by the legislative branch by permitting the executive to amend by regulation the very statute which authorizes the

[231] Surtout, le par. 168(4) de la *Loi* prévoit qu'advenant une incompatibilité entre la loi adoptée par le Parlement et un règlement pris par l'exécutif, « les dispositions du règlement l'emportent sur les dispositions incompatibles de la présente partie ». Ce pouvoir renversant contourne l'exercice du pouvoir législatif par la branche qui en est titulaire en permettant à l'exécutif de modifier, par

regulation. Section 168(4), along with ss. 166(2) and 166(4), all constitute what are known as “Henry VIII clauses”. Their name, Henry VIII clauses, is inspired by the King whose lust for power included the Statute of Proclamations (*An Act that Proclamations made by the King shall be obeyed* (Eng.), 1539, 31 Hen. 8, c. 8), which elevated the King’s proclamations to have the same legal force as Acts of Parliament (J. W. F. Allison, “The Westminster Parliament’s Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective” (2017), 34 *Journal of Constitutional History* 57, at pp. 62-63).

#### B. *Part 2 of the Act*

[232] The output-based pricing system (“OBPS”) created under Part 2 of the *Act* exempts certain industrial enterprises, defined as “covered facilities”, from Part 1’s fuel charge regime. I have concerns about the Chief Justice’s assertion that “no aspect of the discretion provided for in Part 2 permits the Governor in Council to regulate GHG emissions broadly or to regulate specific industries in any way other than by setting GHG emissions limits and pricing excess emissions across the country” (para. 76). In my view, and with respect, it is clear from a review of Part 2’s provisions that the broad powers accorded to the executive allow for this very result.

[233] Section 192 contains a Henry VIII clause and empowers the Governor in Council to make regulations for a variety of matters, including regulations:

- (a) defining *facility*;
- (b) respecting covered facilities, including the circumstances under which they cease to be covered facilities;
- (c) allowing for the determination of the persons that are responsible for a facility or covered facility;

règlements, la loi même qui autorise la prise des règlements. Le paragraphe 168(4) de même que les par. 166(2) et 166(4) constituent tous ce qu’on appelle des « clauses Henry VIII ». Leur nom, clauses Henry VIII, est inspiré du roi dont la soif de pouvoir avait donné lieu à la *Statute of Proclamations* (*An Act that Proclamations made by the King shall be obeyed* (Eng.), 1539, 31 Hen. 8, c. 8), qui accordait aux proclamations du roi la même force juridique qu’avaient les lois adoptées par le Parlement (J. W. F. Allison, « The Westminster Parliament’s Formal Sovereignty in Britain and Europe from a Historical Perspective » (2017), 34 *Journal of Constitutional History* 57, p. 62-63).

#### B. *Partie 2 de la Loi*

[232] Le système de tarification fondé sur le rendement (« STFR ») créé par la partie 2 de la *Loi* soustrait certaines entreprises industrielles, définies comme des « installations assujetties », au régime de redevance sur les combustibles créé par la partie 1. Je suis préoccupée par l’affirmation du juge en chef selon laquelle « aucun aspect du pouvoir discrétionnaire conféré par la partie 2 n’autorise le gouverneur en conseil à régir les émissions de GES de manière générale ou à régir des industries particulières si ce n’est en établissant des limites d’émission de GES et en tarifant les émissions excédentaires partout au pays » (par. 76). À mon avis, et avec égards, il ressort clairement d’un examen des dispositions de la partie 2 que les vastes pouvoirs conférés à l’exécutif ouvrent la voie à ce résultat précis.

[233] L’article 192 contient une clause Henry VIII et confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements sur divers sujets, y compris des règlements :

- a) définissant *installation*;
- b) concernant les installations assujetties, notamment les circonstances dans lesquelles elles cessent d’être des installations assujetties;
- c) permettant de déterminer qui est responsable d’une installation ou d’une installation assujettie;

- (d)** respecting designations and cancellations of designations under section 172;
- (e)** respecting compliance periods and the associated regular-rate compensation deadlines and increased-rate compensation deadlines;
- (f)** respecting the reports and verifications referred to in section 173 and subsections 176(2) and 177(2);
- (g)** respecting greenhouse gas emissions limits referred to in sections 173 to 175, subsection 178(1), section 182 and subsection 183(1);
- (h)** respecting the quantification of greenhouse gases that are emitted by a facility;
- (i)** respecting the circumstances under which greenhouse gases are deemed to have been emitted by a facility;
- (j)** respecting the methods, including sampling methods, and equipment that are to be used to gather information on greenhouse gas emissions and activities related to those emissions;
- (k)** respecting the compensation referred to in sections 174 and 178;
- (l)** respecting compliance units, including transfers of compliance units, the circumstances under which transfers of compliance units are prohibited and the recognition of units or credits issued by a person other than the Minister as compliance units;
- (m)** respecting the tracking system referred to in section 185 and the accounts in that system;
- (n)** providing for user fees;
- (o)** respecting the rounding of numbers;
- (p)** respecting the retention of records referred to in section 187; and
- (q)** respecting the correction or updating of information that has been provided under this Division.
- (d)** concernant les désignations ou l'annulation de ces désignations en vertu de l'article 172;
- e)** concernant les périodes de conformité et les délai de compensation à taux régulier et délai de compensation à taux élevé afférents;
- f)** concernant les rapports et les vérifications visés à l'article 173 et aux paragraphes 176(2) et 177(2);
- g)** concernant la limite d'émissions de gaz à effet de serre visée aux articles 173 à 175, au paragraphe 178(1), à l'article 182 et au paragraphe 183(1);
- h)** concernant la détermination de la quantité de gaz à effet de serre émise par une installation;
- i)** concernant les circonstances dans lesquelles un gaz à effet de serre est réputé avoir été émis par une installation;
- j)** concernant l'utilisation de méthodes, notamment en matière d'échantillonnage, et d'équipement pour la production de renseignements sur les émissions de gaz à effet de serre et les activités liées à de telles émissions;
- k)** concernant la compensation prévue aux articles 174 et 178;
- l)** concernant les unités de conformité, notamment leurs transferts, les circonstances dans lesquelles ces transferts sont interdits et la reconnaissance d'unités ou de crédits émis par une personne autre que le ministre à titre d'unités de conformité;
- m)** concernant le système de suivi visé à l'article 185 et les comptes dans le système;
- n)** prévoyant des frais d'utilisation;
- o)** concernant l'arrondissement de nombres;
- p)** concernant la conservation des registres visés à l'article 187;
- q)** concernant la correction ou la mise à jour de renseignements fournis au titre de la présente section.

[234] Additionally, a number of provisions in Part 2 allow the executive, in accordance with the regulations crafted by said executive, to: designate

[234] De plus, un grand nombre de dispositions dans la partie 2 autorisent l'exécutif, dans la mesure où il agit conformément aux modalités réglementaires

a facility as a covered facility, thus making it exempt from paying the fuel charge (s. 172(1)), cancel the designation of a covered facility (s. 172(3)), suspend or revoke compliance units (s. 180(1)), recover compensation owing in compliance units (s. 182), or close an account (s. 186(3)). The sole limit on the executive’s expansive discretion found in Part 2, similar to Part 1, is in s. 189(2); when amending Part 2 of Sch. 1 to modify the list of provinces where the OBPS applies, “the Governor in Council shall take into account, as the primary factor, the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions”. Again, as in Part 1, no such factor applies to the Governor in Council’s regulation-making powers under Part 2’s provisions.

[235] While the Governor in Council’s powers in this regard are ostensibly exercisable to allow for ongoing review, I am in agreement with both Justices Brown and Rowe that Part 2’s “skeletal” framework accords the executive vast discretion to unilaterally set standards on an industry-by-industry basis, creating the potential for differential treatment of industries at the executive’s whim.

## II. “Minimum” Standards Are Set By the Executive, Not the Act

[236] As noted above, I agree with the Chief Justice that the use of minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions is legally viable as a matter of national concern. However, the *Act*, as it is currently written, cannot be said to establish national standards of price stringency because there is no meaningful limit to the power of the executive. In my view, it is not the *Act*, but the executive, who sets, constrains, or expands, the standards.

[237] The legislative decision to transfer law and policy-making power to the executive is central to

qu’il a lui-même conçues : à désigner une installation à titre d’installation assujettie, la soustrayant ainsi à l’obligation de payer la redevance sur les combustibles (par. 172(1)), à annuler la désignation d’une installation assujettie (par. 172(3)), à suspendre ou à révoquer des unités de conformité (par. 180(1)), à prélever la compensation due en unités de conformité (art. 182), ou à fermer un compte (par. 186(3)). La seule limite au vaste pouvoir discrétionnaire de l’exécutif prévue à la partie 2 — semblable à celle prévue à la partie 1 — est décrite au par. 189(2) : lorsqu’il modifie la partie 2 de l’ann. 1 pour changer la liste des provinces où s’applique le STFR, « le gouverneur en conseil tient compte avant tout de la rigueur des mécanismes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre ». De nouveau, à l’instar de ce que prévoit la partie 1, aucune restriction de ce type ne s’applique aux pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil prévus aux dispositions de la partie 2.

[235] Bien que les pouvoirs du gouverneur en conseil à cet égard puissent prétendument être exercés pour permettre un examen continu, je souscris à l’opinion des juges Brown et Rowe selon laquelle le cadre « schématique » prévu par la partie 2 accorde à l’exécutif un vaste pouvoir discrétionnaire d’établir unilatéralement des normes par industrie, ce qui risque de donner lieu au traitement différent des diverses industries selon les caprices de l’exécutif.

## II. Les normes « minimales » sont fixées par l’exécutif et non par la Loi

[236] Comme je l’ai mentionné, je conviens avec le juge en chef que l’utilisation de normes nationales minimales de tarification rigoureuse aux fins de réduction des émissions de GES est légalement viable à titre de question d’intérêt national. Cependant, il n’est pas possible d’affirmer que la *Loi*, tel qu’elle est présentement libellée, établit des normes nationales de tarification rigoureuse, puisqu’elle ne fixe pas de limite véritable au pouvoir de l’exécutif. Selon moi, ce n’est pas la *Loi*, mais bien l’exécutif, qui fixe, restreint ou élargit les normes.

[237] La décision du législateur de transférer à l’exécutif le pouvoir de prendre des règlements et

the contours of the *GGPPA*. In his article “The Case for a Canadian Nondelegation Doctrine” (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 817, (Alyn) James Johnson, a constitutional and administrative law scholar, notes the deleterious consequences of this excessive delegation:

Legislatures are high-profile bodies where law and policy making on contentious issues can occur with a degree of public awareness, scrutiny, and input. Courts and executive bodies, on the other hand, while themselves institutionally distinct, both lack the open and broadly-deliberative character that gives legislatures their unique position in a democratic society. [Footnote omitted; pp. 825-26.]

This excessively broad delegation of power removes the regulation of GHGs from the legitimizing forum of the legislature and places it into the hands of the few.

[238] The Chief Justice emphasizes that regulation-making power is conscribed to the statutory purpose of reducing GHG emissions through GHG pricing — such as imposing a fuel charge and industrial GHG emissions pricing regimes. But, in my view, this is not a meaningful limitation to the executive’s power. As Justice Brown has helpfully outlined, rather than establishing minimum national standards, Part 2 of the *Act* empowers the executive to establish variable and inconsistent standards on an industry-by-industry basis. For instance, the executive could decide to impose such strict limits on the fossil fuel or potash industries, both heavy emitters of GHG emissions, that the industries would be decimated. According to the majority’s reasoning, this example, regardless of its improbability, would fulfill the statutory purpose of reducing GHG emissions through GHG pricing and therefore be a valid use of the executive’s regulatory powers accorded by the *GGPPA*. This cannot be so.

d’élaborer les politiques est centrale à l’esprit de la *LTPGES*. Dans son article intitulé « The Case for a Canadian Nondelegation Doctrine » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 817, (Alyn) James Johnson, un spécialiste du droit constitutionnel et administratif, souligne les conséquences néfastes de cette délégation excessive :

[TRADUCTION] Les assemblées législatives sont des institutions très visibles où l’élaboration des lois et des politiques relatives à des sujets controversés peut avoir lieu de telle sorte que le public peut y être sensibilisé, en faire l’examen et y contribuer. Par contre, les tribunaux et les organes de l’exécutif, bien qu’ils soient eux-mêmes distincts sur le plan institutionnel, sont tant les uns que les autres dépourvus du caractère ouvert et largement délibératif qui confère aux assemblées législatives leur position unique dans une société démocratique. [Note en bas de page omise; p. 825-826.]

Cette délégation de pouvoirs excessive retire la réglementation des GES du forum qui la légitime que sont les assemblées législatives et la confie à un nombre restreint d’individus.

[238] Le juge en chef souligne que le pouvoir réglementaire est circonscrit par l’objet de la loi, soit la réduction des émissions de GES au moyen de leur tarification — par exemple, en prescrivant une redevance sur les combustibles et des régimes de tarification des émissions industrielles de GES. Or, selon moi, il ne s’agit pas d’une limite véritable au pouvoir de l’exécutif. Comme le juge Brown le signale fort à propos, la partie 2 de la *Loi* confère le pouvoir à l’exécutif d’établir non pas des normes nationales minimales, mais plutôt des normes variables et incohérentes par industrie. Par exemple, l’exécutif pourrait décider d’imposer des limites si strictes aux industries des combustibles fossiles ou de la potasse, deux grandes émettrices de GES, que ces industries en seraient décimées. Selon le raisonnement des juges majoritaires, cet exemple, en dépit de son improbabilité, servirait l’objet de la loi, soit réduire les émissions de GES en les tarifant, et constituerait donc une utilisation valide du pouvoir réglementaire que confère la *LTPGES* à l’exécutif. Il ne peut pas en être ainsi.

[239] I recognize that in response, one may argue that Canadian citizens can simply make their displeasure known at election time. However, the fact that the executive is permitted to place a number of conditions on individuals and industries at any time, and is moreover allowed to revise those conditions at any time to any extent, is untenable. This results in provinces having applicable regimes one day, and being under the federal scheme the next. The meaningful check on the legislation ought to be the separation of powers analysis, not simply a further delegation to the ballot box.

[240] The *Act*, as it is currently written, employs a discretionary scheme that knows no bounds. While I agree with the Chief Justice's reasons that a matter which is restricted to minimum national GHG pricing stringency standards properly fits within federal authority, the *Act* does not reflect this crucial restriction. Given the boundless discretion that is contained within the provisions, including the ability to expand the ambit of both Parts to fundamentally change the nature of the fuel charge regime or target specific industries, the *Act* cannot be said to accord with the matter.

### III. Constitutional Restrictions on Delegated Power

[241] Moreover, I am of the view that certain parts of the *Act* are so inconsistent with our system of democracy that they are independently unconstitutional. I explain why below.

[242] Sections 166(2), 166(4) and 192 all confer on the Governor in Council the power to amend parts of the *Act*. Section 168(4) confers the power to adopt secondary legislation that is inconsistent with Part 1 of the *Act*. Scholars have long warned that executive power to amend or repeal provisions in primary legislation raises serious constitutional concerns (see Hewart L.C.J., *The New Despotism* (1929); D. J. Mullan, "The Role of the Judiciary in the Review of Administrative Policy Decisions: Issues of Legality", in M. J. Mossman and G. Otis, eds., *The Judiciary*

[239] Je reconnais que, en réponse, on pourrait faire valoir que les citoyens canadiens peuvent manifester leur mécontentement lors des élections. Cependant, le fait que l'exécutif soit autorisé à imposer un grand nombre de conditions à tout moment aux individus et aux industries, et en outre à réviser ces conditions à tout moment dans quelque mesure que ce soit, est indéfendable. Les provinces se retrouvent alors un jour avec des régimes applicables, et le lendemain régies par le régime fédéral. Le contrôle véritable de la législation devrait être l'analyse de la séparation des pouvoirs, et non pas simplement une délégation supplémentaire aux urnes.

[240] La *Loi*, tel qu'elle est présentement libellée, recourt à un régime discrétionnaire sans limites. Je suis d'accord avec les motifs du juge en chef voulant qu'une matière restreinte à des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES relève de la compétence du fédéral, toutefois, la *Loi* ne respecte pas cette restriction cruciale. Compte tenu du pouvoir discrétionnaire illimité conféré par les dispositions, y compris la capacité d'étendre la portée des deux parties pour changer fondamentalement la nature de la redevance sur les combustibles ou pour viser des industries spécifiques, il n'est pas possible de dire que la *Loi* est conforme à la matière en question.

### III. Les restrictions constitutionnelles à la délégation de pouvoir

[241] En outre, je suis d'avis que certaines portions de la *Loi* sont incompatibles avec notre système démocratique au point d'être indépendamment inconstitutionnelles. J'explique pourquoi ci-après.

[242] Les paragraphes 166(2) et 166(4) de même que l'art. 192 confèrent tous au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier des portions de la *Loi*. Pour sa part, le par. 168(4) confère le pouvoir d'adopter des règlements d'application incompatibles avec la partie 1 de la *Loi*. Or, les universitaires préviennent depuis longtemps que le pouvoir de l'exécutif de modifier ou d'abroger des dispositions législatives primaires soulève de graves préoccupations sur le plan constitutionnel (voir Lord juge en chef Hewart, *The New Despotism* (1929); D. J. Mullan, « The Role of

as *Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy* (1999), 313, at p. 375; L. Neudorf, “Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada” (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, at p. 545; Johnson; see also M. Mancini, “The Non-Abdication Rule in Canadian Constitutional Law” (2020), 83 *Sask. L. Rev.* 45). The time has come to acknowledge that clauses that purport to empower a body other than Parliament to amend primary legislation are contrary to ss. 17 and 91 of the *Constitution Act, 1867*. Therefore, ss. 166(2), 166(4), 168(4) and 192 of the *GGPPA* are unconstitutional.

#### A. *The Architecture of the Constitution of Canada*

[243] The Constitution of Canada is a “comprehensive set of rules and principles which are capable of providing an exhaustive legal framework for our system of government” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32). The rules and principles that compose the Constitution of Canada “emerge from an understanding of the constitutional text itself, the historical context, and previous judicial interpretations of constitutional meaning” (*Secession Reference*, at para. 32). They include both written and unwritten elements (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 92; *Secession Reference*, at para. 32). The question here is whether these rules and principles permit Parliament to authorize the Governor in Council to amend an Act of Parliament.

[244] One of the core features of the Constitution of Canada is the identification and definition of three constituent elements of the state: the executive, the legislative and the judicial (*Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 23; *Provincial Judges Reference*, at para. 108). The *Constitution Act, 1867*, plays a critical role in defining these three constituent elements. Part III of the *Constitution Act, 1867*, defines the Executive

the Judiciary in the Review of Administrative Policy Decisions: Issues of Legality », dans M. J. Mossman et G. Otis, éd., *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation* (1999), 313, p. 375; L. Neudorf, « Reassessing the Constitutional Foundation of Delegated Legislation in Canada » (2018), 41 *Dal. L.J.* 519, p. 545; Johnson; voir aussi M. Mancini, « The Non-Abdication Rule in Canadian Constitutional Law » (2020), 83 *Sask. L. Rev.* 45). Le temps est venu de reconnaître que les clauses censées conférer à un autre organe que le Parlement le pouvoir de modifier des dispositions législatives contreviennent aux art. 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les paragraphes 166(2), 166(4), 168(4) et l’article 192 de la *LTPGES* sont donc inconstitutionnels.

#### A. *L’architecture de la Constitution du Canada*

[243] La Constitution du Canada consiste en un « ensemble complet de règles et de principes offrant un cadre juridique exhaustif pour notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32). Les règles et les principes qui composent la Constitution du Canada « ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle » (*Renvoi sur la sécession*, par. 32). Ils comprennent à la fois des éléments écrits et d’autres non écrits (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 92; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32). La question à trancher en l’espèce est celle de savoir si ces règles et ces principes permettent au Parlement d’autoriser le gouverneur en conseil à modifier une loi du Parlement.

[244] Une des caractéristiques fondamentales de la Constitution du Canada consiste en l’identification et en la définition de trois éléments constitutifs de l’État : l’exécutif, le législatif et le judiciaire (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 23; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 108). La *Loi constitutionnelle de 1867* joue un rôle crucial dans la définition de ces trois éléments constitutifs. La partie III de la *Loi*

Power, Part IV the Legislative Power and Part VII the Judicature. Additionally, Part V establishes the executive and legislative powers for provinces and Part VI establishes the distribution of legislative powers between the Parliament of Canada and provincial legislatures.

[245] Constitutional documents must be interpreted in a broad and purposive manner, informed by not only the proper linguistic, philosophic and historical contexts but also by the foundational principles of the Constitution (*Senate Reference*, at para. 25; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). They must also be read in light of the broader architecture of the Constitution (*Senate Reference*, at para. 26; *Secession Reference*, at para. 50; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57).

[246] We must thus begin with the actual text of the *Constitution Act, 1867*. Under Part IV, the first provision declares that “[t]here shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons” (s. 17). Under Part VI, the first provision provides:

**91.** It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say . . .

[247] A linguistic or ordinary and grammatical reading of these sections leads me to conclude that they simultaneously confer the federal legislative

*constitutionnelle de 1867* définit le pouvoir exécutif, la partie IV le pouvoir législatif et la partie VII le pouvoir judiciaire. De plus, la partie V établit les pouvoirs exécutifs et législatifs des provinces et la partie VI la distribution des pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales.

[245] L’interprétation des documents constitutionnels doit être large et téléologique; elle doit en outre non seulement être éclairée par leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés, mais aussi reposer sur les principes de base de la Constitution (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 25; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Ces documents doivent aussi être interprétés en fonction de l’architecture plus large de la Constitution (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 26; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 50; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 57).

[246] Nous devons donc commencer notre analyse en nous penchant sur le texte lui-même de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première disposition de la partie IV prévoit qu’« [i]l y aura pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d’une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des Communes » (art. 17). La première disposition de la partie VI prévoit ce qui suit :

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

[247] Une lecture linguistique ou ordinaire et grammaticale de ces dispositions m’amène à conclure qu’elles confèrent le pouvoir législatif fédéral au

power upon the Parliament of Canada and constrain how the Parliament of Canada may exercise the legislative power. Section 17 begins by emphasizing “[t]here shall be One Parliament for Canada”, meaning that all of the legislative power conferred upon the federal state shall reside in a single Parliament. Then comes the constraint on how legislative power must be exercised, arising from the decision of the Fathers of Confederation to “particularize the participants in the law making process” (*Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54, at p. 74). Sections 17 and 91 both affirm that the authority to legislate is exclusively exercisable by the Queen, with the advice and consent of the Senate and the House of Commons. This means, at the federal level, every exercise of legislative power — every enactment, amendment and repeal of a statute — must have the consent of all three elements of Parliament: the Queen, the Senate and the House of Commons. In contrast, under Part III “Executive Power”, s. 9 vests the “Executive Government and Authority of and over Canada” exclusively upon the Queen alone.

[248] Our case law also supports this interpretation. In *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, the Privy Council held that a province could lawfully delegate the power to set regulations regarding liquor licensees to License Commissioners. However, Sir Barnes Peacock for the panel noted that “[i]t is obvious that such an authority is ancillary to legislation, and without it an attempt to provide for varying details and machinery to carry them out might become oppressive, or absolutely fail” and that there were an “abundance of precedents for this legislation, entrusting a limited discretionary authority to others” (p. 132 (emphasis added)). He also noted that the provincial legislature “retains its powers intact, and can, whenever it pleases, destroy the agency it has created and set up another, or take the matter directly into his own hands” (p. 132).

[249] In *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, the Privy Council reviewed the constitutionality of Manitoba’s *Initiative and Referendum*

Parlement du Canada, tout en limitant comment celui-ci peut exercer ce pouvoir. L’article 17 commence en insistant sur le fait qu’« [i]l y aura pour le Canada, un parlement », ce qui signifie que tout le pouvoir législatif conféré au fédéral sera exercé par un seul Parlement. Vient ensuite la contrainte à la façon dont le pouvoir législatif doit être exercé, découlant de la décision des Pères de la Confédération de « nomme[r] [. . .] les organes du pouvoir législatif » (*Renvoi relatif à la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, p. 74). Les articles 17 et 91 énoncent tous les deux que le pouvoir législatif ne peut être exercé que par la Reine, de l’avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes. Ainsi, au fédéral, tout exercice du pouvoir législatif — chaque adoption, modification et abrogation d’une loi — doit faire l’objet du consentement des trois organes du Parlement, soit la Reine, le Sénat et la Chambre des communes. En revanche, la partie III, qui définit le « pouvoir exécutif », attribue à l’art. 9 « le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada » exclusivement à la Reine.

[248] Notre jurisprudence soutient en outre cette interprétation. Dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, le Conseil privé a jugé qu’une province peut légalement déléguer aux commissaires au permis le pouvoir de prendre des règlements relatifs aux permis d’alcool. Toutefois, Sir Barnes Peacock au nom de la formation de juges a noté qu’il [TRA-DUCTION] « est évident qu’un tel pouvoir est accessoire à la loi et que, sans lui, toute tentative de prévoir les divers détails et les mécanismes nécessaires à leur réalisation pourrait s’avérer une lourde tâche, ou être totalement voué à l’échec » et qu’il existait un « grand nombre d’exemples de lois antérieures de ce type, conférant un pouvoir discrétionnaire limité à d’autres » (p. 132 (je souligne)). Il a également souligné que la législature provinciale « conserve les mêmes pouvoirs et peut, selon son bon vouloir, détruire l’organisme qu’elle a créé et en instituer un autre, ou encore reprendre elle-même les choses en main » (p. 132).

[249] Dans *In Re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, le Conseil privé a examiné la constitutionnalité d’une loi du Manitoba, la *Initiative and*

*Act*, S.M. 1916, c. 59. This Act provided that laws may be made and repealed by referendum, and that such laws would have the same effect as laws made by an Act of the Legislature (s. 7). The Manitoba Court of Appeal had found that s. 92 of the *British North America Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*) vested the power of law making exclusively with the Legislature and the Legislature could not confer that power upon any other body (*Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1).

[250] For the Privy Council, Viscount Haldane found that “[t]he language of s. 92 is important. That section commences by enacting that ‘in such Province the Legislature may exclusively make laws in relation to matters’ coming within certain classes of subjects” (p. 943). Although he went on to dismiss the appeal on the basis that Manitoba did not have jurisdiction to interfere with the office of Lieutenant-Governor, in “a deliberate and important *obiter*” (*OPSEU*, at p. 47), Viscount Haldane continued on to discuss the limits of legislative power:

Sect. 92 of the Act of 1867 entrusts the legislative power in a Province to its Legislature, and to that Legislature only. No doubt a body, with a power of legislation on the subjects entrusted to it so ample as that enjoyed by a Provincial Legislature in Canada, could, while preserving its own capacity intact, seek the assistance of subordinate agencies, as had been done when in *Hodge v. The Queen*, the Legislature of Ontario was held entitled to entrust to a Board of Commissioners authority to enact regulations relating to taverns; but it does not follow that it can create and endow with its own capacity a new legislative power not created by the Act to which it owes its own existence. [Emphasis added; footnote omitted; p. 945.]

[251] In *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*, the Court reiterated this finding that “s. 92 of the Act vests the power to make or repeal laws exclusively in the Legislature and that it did not contemplate the creation of a new legislative body to which the Legislature could delegate its

*Referendum Act*, L.M. 1916, c. 59. Cette loi prévoyait que les lois pouvaient être adoptées et abrogées par référendum, et que les lois de ce type auraient le même effet que celles adoptées par la législature (art. 7). La Cour d’appel du Manitoba a conclu que l’art. 92 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) conférait le pouvoir législatif exclusivement à la législature et que celle-ci n’était pas autorisée à le confier à une autre instance (*Re The Initiative and Referendum Act* (1916), 27 Man. R. 1).

[250] Au nom du Conseil privé, le vicomte Haldane a jugé que [TRADUCTION] « [l]e libellé de l’art. 92 est important. Cette disposition commence en énonçant que “[d]ans chaque province la législature pourra exclusivement faire les lois relatives aux matières” tombant dans certaines catégories de sujets » (p. 943). Même s’il a ensuite rejeté l’appel en se fondant sur l’absence de compétence du Manitoba pour interférer avec les fonctions du lieutenant-gouverneur, le vicomte Haldane, dans « une opinion incidente délibérée et importante » (*SEFPO*, p. 47), a poursuivi sa réflexion sur les limites du pouvoir législatif :

[TRADUCTION] L’article 92 de la Loi de 1867 confère le pouvoir législatif dans une province à sa législature et uniquement à elle. Nul doute qu’un organisme jouissant, sur les matières qui relèvent de sa compétence, d’un pouvoir de légiférer aussi étendu que celui qui appartient à une législature provinciale au Canada pourrait, tout en préservant l’intégrité de ses propres pouvoirs, se faire aider par des organismes subordonnés. C’est ce qui s’est produit dans l’affaire *Hodge v. The Queen*, où le Conseil privé a décidé que la législature de l’Ontario avait le droit de confier à un bureau de commissaires le pouvoir d’édicter des règlements relatifs aux tavernes; il ne s’ensuit pas toutefois qu’elle peut créer et doter de sa propre capacité un nouveau pouvoir législatif non créé par la Loi à laquelle elle doit sa propre existence. [Je souligne; note en bas de page omise; p. 945.]

[251] Dans le *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, la Cour a réitéré la conclusion selon laquelle « l’art. 92 de l’Acte confère à la législature le pouvoir exclusif d’édicter ou d’abroger des lois et qu’il ne vise pas l’institution d’un nouvel organisme législatif à qui la

powers of legislation or with which it would share them” (p. 72).

[252] In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court affirmed the Constitution requires that each part of a legislature — in the case of Manitoba, both the Legislative Assembly and the Lieutenant-Governor — consent to a bill in order to validly exercise legislative power. Section 4(1) of *An Act Respecting the Operation of Section 23 of the Manitoba Act in Regard to Statutes*, S.M. 1980, c. 3, provided that statutes could be enacted in one official language and subsequently be translated into the other official language. It authorized the translation to merely be deposited with the Clerk of the House in order to become law. The Court found this to be “an unconstitutional attempt to interfere with the powers of the Lieutenant-Governor. Royal assent is required of all enactments” (*Manitoba Language Rights*, at p. 777).

[253] There is, however, one authority that presents a different view of Parliament’s ability to delegate legislative power. In *Re George Edwin Gray* (1918), 57 S.C.R. 150, a majority of the Supreme Court upheld an Order in Council which contradicted a statute. *Re Gray* was an application for *habeas corpus*. George Gray was a young farmer who had been exempted from military service under *The Military Service Act, 1917*, S.C. 1917, c. 19, because of his farming duties. Section 6 of *The War Measures Act, 1914*, S.C. 1914, c. 2, provided that “[t]he Governor in Council shall have power to do and authorize such acts and things, and to make from time to time such orders and regulations, as he may by reason of the existence of real or apprehended war . . . deem necessary or advisable for the security, defence, peace, order and welfare of Canada”. Section 13(5) of *The Military Service Act, 1917*, correspondingly provided: “Nothing in this Act contained shall be held to limit or affect . . . the powers of the Governor in Council under *The War Measures Act, 1914*.”

législature pourrait déléguer ses pouvoirs législatifs ou avec lequel elle pourrait les partager » (p. 72).

[252] Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a affirmé que la Constitution exige que chaque élément constitutif de la législature — soit, dans le cas du Manitoba, à la fois l’Assemblée législative et le lieutenant-gouverneur — consente à un projet de loi pour que le pouvoir législatif soit exercé valablement. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur l’application de l’article 23 de l’Acte du Manitoba aux textes législatifs*, L.M. 1980, c. 3, prévoyait que les lois pouvaient être adoptées dans une langue officielle et traduites ultérieurement dans l’autre langue officielle. Il autorisait que la traduction soit simplement déposée auprès du greffier de la Chambre pour qu’elle devienne loi. La Cour a conclu qu’il s’agissait d’une « tentative inconstitutionnelle de porter atteinte aux pouvoirs du lieutenant-gouverneur. Toutes les lois doivent recevoir la sanction royale » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 777).

[253] Il existe toutefois une décision qui exprime un point de vue différent quant à la capacité du Parlement de déléguer son pouvoir législatif. Dans l’arrêt *Re George Edwin Gray* (1918), 57 R.C.S. 150, une majorité des juges de la Cour suprême a confirmé un décret qui contredisait une loi. Cette affaire concernait une demande d’*habeas corpus*. George Gray était un jeune fermier qui avait été exempté du service militaire en application de la *Loi du service militaire, 1917*, L.C. 1917, c. 19, en raison de ses obligations en tant que fermier. L’article 6 de la *Loi des mesures de guerre, 1914*, L.C. 1914, c. 2, prévoyait que « [l]e gouverneur en conseil a le pouvoir de faire et autoriser tels actes et choses et de faire de temps à autre tels ordres et règlements qu’il peut, à raison de l’existence réelle ou appréhendée de la guerre [. . .], juger nécessaires ou à propos pour la sécurité, la défense, la paix, l’ordre et le bien-être du Canada ». Le paragraphe 13(5) de la *Loi du service militaire, 1917*, prévoyait en conséquence que « [r]ien de contenu dans la présente loi n’est censé limiter ou atténuer [. . .] les pouvoirs du Gouverneur en conseil sous le régime de la *Loi des mesures de guerre, 1914*. »

[254] On April 19, 1918, the Senate and House of Commons passed a joint resolution: “That in the opinion of this House, it is expedient that regulations respecting Military Service shall be made and enacted by the Governor in Council in manner and form and in the words and figures following, that is to say . . .” (*Votes and Proceedings of the House of Commons of the Dominion of Canada*, No. 22, 1st Sess., 13th Parl., April 19, 1918, at p. 242; *Journals of the Senate of Canada*, vol. 54, 1st Sess., 13th Parl., April 19, 1918, at p. 100). The resolution went on to repeat verbatim a set of regulations that the Governor in Council made the next day. These regulations altered the exemptions from military service such that Mr. Gray was no longer exempt. The Order in Council’s military service requirements were contrary to *The Military Service Act, 1917*.

[255] The sole question before the Court was whether there was authority for the Order in Council nullifying the exemption. Writing in the majority, Fitzpatrick C.J. found that while it was argued that Parliament alone may make laws, Parliament could delegate legislative powers so long as it did not amount to abdicating its role (*Re Gray*, at pp. 156-57). He then turned to *The War Measures Act, 1914*, to determine whether the Order in Council was *intra vires*. *The War Measures Act, 1914*, did not expressly authorize the Governor in Council to promulgate orders inconsistent with statutes, but according to Fitzpatrick C.J. express language was not necessary:

It seems to me obvious that parliament intended, as the language used implies, to clothe the executive with the widest powers in time of danger. Taken literally, the language of the section contains unlimited powers. Parliament expressly enacted that, when need arises, the executive may for the common defence make such orders and regulations as they may deem necessary or advisable for the security, peace, order and welfare of Canada. The enlightened men who framed that section, and the members of parliament who adopted it, were providing for a very great emergency, and they must be understood to have employed words in their natural sense, and to have intended what they have said. [Emphasis added; pp. 158-59.]

[254] Le 19 avril 1918, le Sénat et la Chambre des communes ont adopté une résolution conjointe selon laquelle : « . . . cette Chambre croit qu’il est opportun que le Gouverneur en conseil édicte en la forme et teneur suivante les règlements concernant le service militaire à savoir . . . » (*Journaux de la Chambre des communes du Canada*, n° 22, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 19 avril 1918, p. 242; *Journaux du Sénat du Canada*, vol. 54, 1<sup>re</sup> sess., 13<sup>e</sup> lég., 19 avril 1918, p. 100). La résolution répétait ensuite textuellement un ensemble de règlements que le gouverneur en conseil a pris le lendemain. Ces règlements modifiaient les exemptions au service militaire de telle sorte que M. Gray n’était plus exempté. Les exigences en matière de service militaire énoncées dans le décret étaient contraires à la *Loi du service militaire, 1917*.

[255] La seule question dont la Cour était saisie était celle de savoir si le décret pouvait abolir l’exemption. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Fitzpatrick a conclu que, même s’il avait été plaidé que seul le Parlement pouvait adopter des lois, celui-ci pouvait déléguer des pouvoirs législatifs à condition que cela n’équivaille pas à l’abdication de son rôle (*Re Gray*, p. 156-157). Il s’est ensuite penché sur la *Loi des mesures de guerre, 1914*, pour examiner si le décret était *intra vires*. La loi en question n’autorisait pas expressément le gouverneur en conseil à promulguer des décrets incompatibles avec des lois, mais, selon le juge en chef Fitzpatrick, il n’était pas nécessaire que cela soit exprimé explicitement :

[TRADUCTION] Il me semble évident, comme le laisse entendre le libellé utilisé, que le Parlement avait l’intention de conférer à l’exécutif les pouvoirs les plus larges en temps de danger. Lu littéralement, le libellé de la disposition traite de pouvoirs illimités. Le Parlement a expressément prévu dans la loi que, au besoin, l’exécutif pouvait, pour la défense commune, adopter des décrets et prendre des règlements qu’il estime nécessaires ou souhaitables pour la sécurité, la paix, l’ordre et le bien-être du Canada. Les hommes éclairés qui l’ont adoptée, envisageaient une situation d’extrême urgence et s’y préparaient, et il faut tenir pour acquis qu’ils ont employé les mots dans leur sens naturel et ont voulu ce qu’ils ont dit. [Je souligne; p. 158-159.]

[256] In finding that the statute conferred unlimited power, Fitzpatrick C.J. was most certainly influenced by the urgency of war: “Our legislators were no doubt impressed in the hour of peril with the conviction that the safety of the country is the supreme law against which no other law can prevail. It is our clear duty to give effect to their patriotic intention” (p. 160 (emphasis added)). Justices Duff and Anglin were similarly concerned, with Anglin J. even noting that thousands of men had already been drafted and were on their way to Europe under the authority of this Order in Council (pp. 169, 174 and 180). Were it not for the urgency of war, it is difficult to see any justice agreeing to permit the Governor in Council to exercise what appears to be unlimited power, as such power is the very antithesis to the rule of law. As Lord Bingham wrote:

The rule of law does not require that official or judicial decision-makers should be deprived of all discretion, but it does require that no discretion should be unconstrained so as to be potentially arbitrary. No discretion may be legally unfettered.

(*The Rule of Law* (2010), at p. 54)

[257] In contrast, the dissenting judges refused to accept the “bald proposition” that *The Military Service Act, 1917*, “was liable to be repealed or nullified by an order in council” (*Re Gray*, at p. 164). Even with the emergency of war, overruling statutes by Order in Council was not cognizable, “such conceptions of law as within the realm of legislation assigned by the ‘British North America Act’ to the Dominion have no existence” (p. 165).

[258] The Chief Justice cites *Re Gray* as establishing the constitutionality of Henry VIII clauses (para. 85). With great respect, I do not read *Re Gray* as being conclusive of the constitutionality of Henry VIII clauses. First, the comments of the majority justices in *Re Gray*, particularly with respect to the unlimited powers of the Governor in Council, demonstrate that their findings are not in accord

[256] En concluant que la loi conférait un pouvoir illimité, le juge en chef Fitzpatrick a très certainement été influencé par l’urgence due à la guerre : [TRADUCTION] « . . . nos législateurs ont sans aucun doute été poussés, à l’heure du péril, par la conviction que la sécurité du pays est la loi suprême contre laquelle aucune autre loi ne peut prévaloir. Nous avons clairement le devoir de donner effet à leur intention patriotique » (p. 160 (je souligne)). Les juges Duff et Anglin étaient également préoccupés, ce dernier soulignant même que des milliers d’hommes avaient déjà été conscrits et étaient en route pour l’Europe par suite de l’application de ce décret (p. 169, 174 et 180). N’eût été l’urgence due à la guerre, il est difficile de concevoir que quelque juge que ce soit aurait consenti à autoriser le gouverneur en conseil à exercer ce qui semble être un pouvoir illimité, puisqu’un tel pouvoir est l’antithèse même de la primauté du droit. Comme l’a écrit le lord Bingham :

[TRADUCTION] La primauté du droit ne requiert pas que les décideurs officiels ou judiciaires soient privés de tout pouvoir discrétionnaire. Elle exige cependant qu’aucun pouvoir discrétionnaire ne soit illimité au point qu’il puisse être exercé arbitrairement. Aucun pouvoir discrétionnaire ne saurait être légalement exercé sans entrave.

(*The Rule of Law* (2010), p. 54)

[257] En revanche, les juges dissidents ont refusé d’accepter la [TRADUCTION] « proposition simpliste » voulant que la *Loi du service militaire, 1917*, « puisse être abrogée ou annulée par un décret » (*Re Gray*, p. 164). Même lorsqu’il y a urgence due à la guerre, l’annulation des lois par décret était inconcevable; « il n’existe pas de telles conceptions du droit qui relèvent de la législation attribuée au Dominion par “l’Acte de l’Amérique du Nord britannique” » (p. 165).

[258] Le juge en chef cite l’arrêt *Re Gray* et affirme que ce dernier établit la constitutionnalité des clauses Henry VIII (par. 85). Avec égards, selon ma lecture de cet arrêt, celui-ci n’est pas concluant sur la question. Premièrement, les commentaires des juges majoritaires dans cette décision, en particulier en ce qui a trait aux pouvoirs illimités du gouverneur en conseil, illustrent que leurs conclusions ne sont pas

with our contemporary understandings of core constitutional principles. The justices in *Re Gray* were clearly moved by the great emergency of war. In the case before us, Parliament did not pass the impugned legislation under the emergency branch. Second, *Re Gray* is distinguishable from the present case in that all three of the bodies charged under ss. 17 and 91 with the exclusive authority to make legislation agreed with the Order in Council. Although not passed as an Act of Parliament, the joint resolution of the Senate and House of Commons along with the Order in Council may adequately meet the demands of ss. 17 and 91 in the urgent situation of war. There was no consent of the House of Commons or Senate to the regulations promulgated by the Governor in Council under the *GGPPA*. Third, this reading is inconsistent with our most recent pronouncement on delegation of law-making powers.

[259] The Chief Justice also cites *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1 (“*Chemicals Reference*”), and *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, as cases relying upon the findings in *Re Gray* (Chief Justice’s reasons, at para. 85). Neither of these cases concerned Henry VIII clauses. In the *Chemicals Reference*, the Governor in Council had established various boards to assist with the Second World War effort. The question at issue was whether the Governor in Council could delegate its power under *The War Measures Act, 1914*, to these other bodies. Not only was there no Henry VIII clause at issue, but the Court unanimously ruled that part of the Order in Council was *ultra vires* for being contrary to the enabling statute (pp. 7, 21, 27, 32 and 37). Despite the broad statements about Parliament’s ability to delegate “legislative” power in time of emergency, Duff C.J. also recognized that the *British North America Act, 1867*, may impose limits upon Parliament’s ability to commit legislative powers to the executive (p. 10). I use the word “legislative” in quotation marks because Duff C.J. spoke of actions that are legislative in character (p. 12). For the purpose of the present appeals, I define legislative power more

compatibles avec notre compréhension contemporaine des principes constitutionnels fondamentaux. Dans l’arrêt *Re Gray*, les juges ont manifestement été incités à conclure comme ils l’ont fait par l’urgence majeure due à la guerre. Dans la cause dont nous sommes saisis, le Parlement n’a pas adopté la loi contestée en vertu du volet relatif à l’urgence. Deuxièmement, l’arrêt *Re Gray* se distingue de la présente affaire dans la mesure où les trois organes chargés par les art. 17 et 91 du pouvoir exclusif de légiférer avaient donné leur assentiment au décret. Même si elle n’avait pas pris la forme d’une loi du Parlement, la résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes de concert avec le décret pouvait adéquatement satisfaire aux exigences des art. 17 et 91 dans une situation d’urgence due à la guerre. Or, ni la Chambre des communes ni le Sénat n’ont consenti à la promulgation par le gouverneur en conseil des règlements pris en vertu de la *LTPGES*. Troisièmement, cette interprétation est incompatible avec notre décision la plus récente sur la délégation des pouvoirs législatifs.

[259] Le juge en chef cite également la décision *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1 (« *Chemicals Reference* »), et l’arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, comme des causes s’appuyant sur les conclusions de l’arrêt *Re Gray* (motifs du juge en chef, par. 85). Or, aucune de ces causes n’a traité des clauses Henry VIII. Dans *Chemicals Reference*, le gouverneur en conseil avait créé divers organismes pour aider à l’effort de guerre durant la Seconde Guerre mondiale. La question en litige était celle de savoir si le gouverneur en conseil pouvait déléguer le pouvoir que lui conférait la *Loi sur les mesures de guerre, 1914*, à ces autres instances. Non seulement n’y avait-il pas de clause Henry VIII en cause, mais la Cour a jugé à l’unanimité qu’une portion du décret était *ultra vires* puisqu’elle n’était pas conforme à la loi habilitante (p. 7, 21, 27, 32 et 37). En dépit des énoncés généraux quant à la capacité du Parlement de déléguer son pouvoir « législatif » en situation d’urgence, le juge en chef Duff a également reconnu que l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, pourrait imposer des restrictions à la capacité du Parlement de confier des pouvoirs législatifs à l’exécutif (p. 10). Je mets le terme « législatif » entre

narrowly, referring specifically to the formal power to enact, amend or repeal an Act of Parliament. On this definition, no legislative power was at issue in the *Chemicals Reference*.

[260] *Furtney* is part of a different line of jurisprudence regarding inter-governmental delegation that, in my view, only lends support to the unconstitutionality of Henry VIII clauses. In *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, this Court held that Parliament could not delegate its legislative powers to a provincial legislature and similarly, the provincial legislature could not delegate its legislative powers to Parliament. Although Rinfret C.J. distinguished this from cases where a delegation is made to a body subordinate to Parliament, his focus on the word “exclusively” in both ss. 91 and 92, along with the lack of an express delegation power, supports my reading of ss. 17 and 91 (pp. 34-35). In the *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, we affirmed that the *Constitution Act, 1867*, prohibits Parliament from delegating legislative powers to another legislature (para. 75). Throughout the judgment we repeatedly emphasize the ability of Parliament to delegate the power to make “subordinate” regulations (paras. 73 and 75-76 (emphasis in original)) or exercise “administrative” powers (paras. 123 and 125 (emphasis in original)). At no point do we support the delegation of primary legislative authority.

[261] I thus cannot take *Re Gray* to be conclusive of the issue. I turn now to the fundamental principles of the Constitution which further support my reading of ss. 17 and 91.

guillemets parce que le juge en chef Duff parlait d’actes de nature législative (p. 12). Pour les fins des présents pourvois, je définis le pouvoir législatif plus étroitement, soit en référant spécifiquement au pouvoir formel d’adopter, de modifier et d’abroger une loi du Parlement. Suivant cette définition, aucun pouvoir législatif n’était en cause dans *Chemicals Reference*.

[260] L’arrêt *Furtney* s’inscrit dans un courant jurisprudentiel différent concernant la délégation inter-gouvernementale qui, à mon avis, ne fait que soutenir l’inconstitutionnalité des clauses Henry VIII. Dans l’arrêt *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, la Cour a jugé que le Parlement n’est pas habilité à déléguer ses pouvoirs législatifs à une législature provinciale et que, de même, une législature provinciale ne peut pas déléguer ses pouvoirs législatifs au Parlement. Bien que le juge en chef Rinfret ait établi une distinction entre cette affaire et d’autres où il est question d’une délégation à un organisme subordonné au Parlement, l’attention particulière qu’il a accordée au terme « exclusivement » utilisé dans les art. 91 et 92, de pair avec l’absence d’un pouvoir exprès de délégation, étayent mon interprétation des art. 17 et 91 (p. 34-35). Dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, nous avons confirmé que la *Loi constitutionnelle de 1867* interdit au Parlement de déléguer des pouvoirs législatifs à la législature d’un autre ordre de gouvernement (par. 75). Tout au long du jugement, nous insistons à plusieurs reprises sur la capacité du Parlement de déléguer le pouvoir de prendre des mesures législatives « subordonnées » (par. 73 et 75-76 (en italique dans l’original)) ou d’exercer des pouvoirs « administratifs » (par. 123 et 125 (en italique dans l’original)). Nulle part ne donnons-nous notre appui à la délégation de la compétence législative primaire.

[261] Je ne peux donc pas considérer que l’arrêt *Re Gray* est concluant sur la question. Je vais maintenant traiter des principes fondamentaux de la Constitution qui étayent encore davantage mon interprétation des art. 17 et 91.

## B. *Fundamental Principles of the Constitution of Canada*

[262] This Court’s recent jurisprudence demonstrates that the unwritten principles of our Constitution help to inform the written text (*Manitoba Language Rights*, at pp. 750-51; *Secession Reference*, at para. 53; *Provincial Judges Reference*, at paras. 94-95 and 104; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paras. 44 and 57; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 54).

[263] In my view, there are three fundamental principles that must inform the interpretation of ss. 17 and 91: parliamentary sovereignty, rule of law and the separation of powers.

### (1) Parliamentary Sovereignty

[264] Parliamentary sovereignty is a foundational principle in the Westminster system of government that the Constitution of Canada employs. Parliamentary sovereignty is generally thought to mean that Parliament has “the right to make or unmake any law whatever” (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 39-40). Of course, in Canada the sovereignty of Parliament has always been qualified by the written constitution (*Pan-Canadian Securities Reference*, at para. 56). For that reason, the Court has said that it may be more useful to refer to our system of government as one of constitutional supremacy, rather than parliamentary supremacy (*Secession Reference*, at para. 72). Nonetheless, parliamentary sovereignty remains an important constitutional principle, as absent constitutional restraint, Parliament may make or unmake any law.

[265] At first glance, parliamentary sovereignty supports Parliament’s ability to delegate whatever they want to whomever they wish. If Parliament can make or unmake any law whatever, then Parliament can make a law empowering the Governor in Council

## B. *Principes fondamentaux de la Constitution du Canada*

[262] Il ressort de la jurisprudence récente de notre Cour que les principes non écrits de notre Constitution aident à interpréter le texte écrit (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 750-751; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 53; *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 94-95 et 104; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 44 et 57; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 54).

[263] À mon avis, trois principes fondamentaux doivent guider l’interprétation des art. 17 et 91 : la souveraineté parlementaire, la primauté du droit et la séparation des pouvoirs.

### (1) La souveraineté parlementaire

[264] La souveraineté parlementaire est un principe fondamental dans le système de gouvernement hérité de la tradition de Westminster qu’emploie la Constitution du Canada. La souveraineté parlementaire est généralement comprise comme conférant au Parlement [TRADUCTION] « le droit d’adopter ou d’abroger quelque loi que ce soit » (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10<sup>e</sup> éd. 1959), p. 39-40). Bien entendu, au Canada, la souveraineté du Parlement a toujours été restreinte par la constitution écrite (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 56). Pour cette raison, la Cour a affirmé qu’il pouvait être plus utile de qualifier notre système de gouvernement de suprématie constitutionnelle plutôt que de suprématie parlementaire (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 72). Néanmoins, la souveraineté parlementaire demeure un principe constitutionnel important puisque, en l’absence de restriction constitutionnelle, le Parlement peut adopter ou abroger quelque loi que ce soit.

[265] À première vue, la souveraineté parlementaire permettrait au Parlement de déléguer tout ce qu’il veut à qui il le veut. Si le Parlement peut adopter ou abroger quelque loi que ce soit, il pourrait adopter une loi qui donne au gouverneur en conseil le

to amend Acts of Parliament. However, this is not the case. Parliamentary sovereignty contains both a positive and negative aspect. The positive aspect is, as we have seen, that Parliament has the ability to create any law. The negative aspect, however, is that no institution is competent to override the requirements of an Act of Parliament. Dicey covered both of these aspects in his definition:

The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament. [Footnote omitted; pp. 39-40.]

[266] It is this negative aspect of parliamentary sovereignty that Henry VIII clauses run afoul of. Henry VIII clauses “give the executive the authority to override the requirements of primary legislation and thereby directly violate the principle of parliamentary sovereignty” (A. Tucker, “Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation”, in A. Horne and G. Drewry, eds., *Parliament and the Law* (2nd. 2018), 347, at p. 359). In the 2010 Mansion House Speech to the Lord Mayor of London, the Lord Chief Justice of England and Wales agreed, declaring that “proliferation of clauses like these will have the inevitable consequence of yet further damaging the sovereignty of Parliament and increasing yet further the authority of the executive over the legislature . . . Henry VIII clauses should be confined to the dustbin of history” (Lord Judge, July 13, 2010 (online), at p. 6; see also Lord Judge, “Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII”, speech delivered at King’s College London, April 12, 2016 (online), at p. 3).

[267] In *Pan-Canadian Securities Reference*, this Court emphasized the negative aspect of parliamentary sovereignty in its definition of parliamentary sovereignty: “. . . the legislature has the *exclusive* authority to enact, amend, and repeal any law as it sees fit, and . . . there is no matter in respect of

pouvoir de modifier des lois du Parlement. Or, il n’en est pas ainsi. La souveraineté parlementaire comporte à la fois un aspect positif et un aspect négatif. L’aspect positif est, comme nous l’avons vu, que le Parlement a la capacité de créer quelque loi que ce soit. Cependant, l’aspect négatif est qu’aucun organisme n’a compétence pour déroger aux exigences d’une loi du Parlement. Le professeur Dicey a fait état de ces deux aspects dans sa définition :

[TRADUCTION] Le principe de la souveraineté parlementaire veut tout simplement dire que le Parlement, ainsi défini, a, en vertu de la constitution anglaise, le droit d’adopter ou d’abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les écarter. [Note en bas de page omise; p. 39-40.]

[266] C’est cet aspect négatif de la souveraineté parlementaire auquel contreviennent les clauses Henry VIII. Ces clauses [TRADUCTION] « confèrent à l’exécutif le pouvoir de déroger aux exigences de mesures législatives primaires, violant ainsi directement le principe de la souveraineté parlementaire » (A. Tucker, « Parliamentary Scrutiny of Delegated Legislation », dans A. Horne et G. Drewry, dir., *Parliament and the Law* (2<sup>e</sup> éd. 2018), 347, p. 359). Dans l’allocution qu’il a prononcée en 2010 à la Mansion House à l’intention du lord-maire de Londres, le lord juge en chef d’Angleterre et du Pays de Galles s’est prononcé en ce sens, déclarant que [TRADUCTION] « la prolifération de clauses comme celles-ci aura pour conséquence inévitable de porter atteinte davantage à la souveraineté du Parlement et d’accroître davantage le pouvoir de l’exécutif sur la législature [. . .] Il faut reléguer les clauses Henry VIII aux oubliettes de l’Histoire » (lord juge, 13 juillet 2010 (en ligne), p. 6; voir aussi lord juge, « Ceding Power to the Executive; the Resurrection of Henry VIII », allocution prononcée au King’s College de Londres, le 12 avril 2016 (en ligne), p. 3).

[267] Dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, notre Cour a souligné l’aspect négatif de la souveraineté parlementaire dans la définition qu’il en a donnée : « . . . la législature jouit du pouvoir *exclusif* d’adopter, de modifier et d’abroger des lois comme elle l’entend

which it may not make laws” (para. 54 (emphasis in original)). The Court unanimously found that it was consistent with parliamentary sovereignty to limit Parliament’s ability to delegate its legislative powers to provincial legislatures:

To put it simply: while Parliament or a provincial legislature may delegate the regulatory authority to make subordinate laws (like binding rules and regulations) in respect of matters over which it has jurisdiction to another person or body, it is nevertheless barred from transferring its primary legislative authority — that is, its authority to enact, amend and repeal statutes — with respect to a particular matter over which it has exclusive constitutional jurisdiction to a legislature of the other level of government. [Underlining added; para. 76.]

[268] Even if one were to reject the idea that parliamentary sovereignty entails accepting that no other body can enact, amend or repeal statutes, the concept of parliamentary sovereignty has other inherent limitations. For instance, in order for Parliament to be sovereign it cannot be limited by the actions of previous Parliaments and therefore “neither Parliament nor the legislatures can, by ordinary legislation, fetter themselves against some future legislative action” (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 119). Similarly, logic limits Parliament from achieving two contradictory purposes simultaneously. For instance, Parliament cannot create a body of limited jurisdiction and simultaneously insulate that body from judicial review because “it is a contradiction in terms to create a tribunal with limited jurisdiction and unlimited power to determine such limit at its own will and pleasure — such a tribunal would be autocratic, not limited” (*R. v. Shoreditch Assessment Committee*, [1910] 2 K.B. 859 (C.A.), at p. 880). Henry VIII clauses create a contradiction within an Act by simultaneously requiring the executive to do something and authorizing the executive to defy that requirement. For instance, in the *GGPPA*, s. 168(2) empowers the Governor in Council to regulate several specific subjects relating to the fuel charge, such as “providing for rebates, adjustments or credits in respect of the fuel charge system” (s. 168(2)(e)). However

et aucun sujet n’échappe à son pouvoir de légiférer » (par. 54 (en italique dans l’original)). La Cour a conclu à l’unanimité qu’il était conforme à la souveraineté parlementaire de restreindre la capacité du Parlement de déléguer ses pouvoirs législatifs aux législatures provinciales :

Pour dire les choses simplement, bien que le Parlement ou une législature provinciale puisse déléguer à une autre personne ou un autre organisme le pouvoir de réglementation permettant d’adopter des mesures législatives subordonnées (comme des règles et des règlements contraignants) sur des matières qui relèvent de sa compétence, il lui est interdit de transférer à une législature de l’autre ordre de gouvernement sa compétence législative primaire — c’est-à-dire le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois — sur une matière en particulier à l’égard de laquelle la Constitution lui confère la compétence exclusive. [Je souligne; par. 76.]

[268] Même si nous rejetons l’idée selon laquelle la souveraineté parlementaire nous oblige à admettre qu’aucun autre organe ne peut adopter, modifier ou abroger des lois, la notion de souveraineté parlementaire comporte d’autres restrictions inhérentes. Par exemple, pour que le Parlement soit souverain, il ne saurait être restreint par les mesures prises par des Parlements précédents, si bien qu’il est « interdit au Parlement et aux législatures d’entraver, par une loi ordinaire, l’exercice futur de leur pouvoir de légiférer » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 119). De même, la logique fait obstacle à la capacité du Parlement d’atteindre deux objectifs contradictoires simultanément. Par exemple, le Parlement ne peut pas créer un organisme dont la compétence est circonscrite et simultanément le mettre à l’abri du contrôle judiciaire, parce qu’il [TRADUCTION] « est intrinsèquement contradictoire de créer un tribunal doté à la fois d’une compétence limitée et d’un pouvoir illimité de déterminer quelles sont les limites en question selon son bon vouloir — un tel tribunal serait autocratique et non investi d’un pouvoir limité » (*R. c. Shoreditch Assessment Committee*, [1910] 2 K.B. 859 (C.A.), p. 880). Les clauses Henry VIII créent une contradiction dans les lois où elles se retrouvent en exigeant que l’exécutif fasse quelque chose tout en l’autorisant simultanément à défier cette exigence. Par exemple, dans la *LTPGES*, le

s. 168(4) provides that the Governor in Council can act contrary to any provision in Part 1. Therefore, Parliament simultaneously attempts to limit the Governor in Council to regulating specific subjects whilst also attempting to permit the Governor in Council to regulate anything they want.

[269] Recently, some of the senior judiciary in England and Wales have accepted that another inherent limit is that parliamentary sovereignty demands an impartial, independent and authoritative body to interpret Parliament's acts. Because Parliament can only speak through written texts, its work can only be effective when interpreted by such a body (*R. (Cart) v. Upper Tribunal*, [2009] EWHC 3052 (Admin.), [2011] Q.B. 120, at paras. 37-39, per Laws L.J.; *R. (Privacy International) v. Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22, [2020] A.C. 491, at paras. 189-90 and 208-10). Henry VIII clauses are incompatible with this conception of sovereignty. Henry VIII clauses limit the availability of judicial review by providing no meaningful limits against which a court could review. This is a problem that equally affects the rule of law, a principle to which I now turn.

## (2) The Rule of Law

[270] The rule of law is one of the fundamental principles of the Constitution, lying “at the root of our system of government” (*Secession Reference*, at para. 70; see also *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142). It is also expressly recognized in the preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: “Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law.”

par. 168(2) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de réglementer divers sujets spécifiques relatifs à la redevance sur les combustibles comme celui de « prévoir les remboursements, redressements ou crédits relatifs au régime de redevance sur les combustibles » (al. 168(2)e)). Or, le par. 168(4) prévoit que le gouverneur en conseil peut prendre un règlement contraire à n'importe quelle disposition de la partie 1. En conséquence, le Parlement tente simultanément de limiter le pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil à des sujets spécifiques et de l'autoriser à réglementer tout ce qu'il souhaite.

[269] Récemment, certains membres de la haute magistrature d'Angleterre et du Pays de Galles ont admis qu'une autre limite inhérente tient au fait que la souveraineté parlementaire exige qu'il existe un organe impartial, indépendant et faisant autorité pour interpréter les lois du Parlement. Parce que le Parlement ne peut s'exprimer que par des textes écrits, son travail ne peut être efficace que lorsqu'il est interprété par un tel organe (*R. (Cart) c. Upper Tribunal*, [2009] EWHC 3052 (Admin.), [2011] Q.B. 120, par. 37-39, le lord juge Laws; *R. (Privacy International) c. Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22, [2020] A.C. 491, par. 189-190 et 208-210). Or, les clauses Henry VIII sont incompatibles avec cette conception de la souveraineté. Elles restreignent la possibilité d'avoir recours au contrôle judiciaire en ne fournissant aucune limite véritable à l'égard de laquelle un tribunal peut exercer un contrôle. Il s'agit là d'un problème qui touche également la primauté du droit, un principe sur lequel je vais maintenant me pencher.

## (2) La primauté du droit

[270] La primauté du droit est un des principes fondamentaux de la Constitution, étant « à la base de notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 70; voir aussi *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 p. 142). Elle est en outre expressément reconnue dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit ».

[271] The rule of law embraces three related principles (*Imperial Tobacco*, at para. 58). First, “the law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power” (*Manitoba Language Rights*, at p. 748). Second, “the rule of law requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order” (at p. 749). Third, “the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule” (*Provincial Judges Reference*, at para. 10). In other words, “[a]t its most basic level, the rule of law vouchsafes to the citizens and residents of the country a stable, predictable and ordered society in which to conduct their affairs. It provides a shield for individuals from arbitrary state action” (*Secession Reference*, at para. 70).

[272] Even in its most formal sense, the rule of law requires that all legislation be enacted in the manner and form prescribed by law (*Imperial Tobacco*, at para. 60). This includes the requirements that legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent (*Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at paras. 37-41). When the Governor in Council amends legislation, it does not follow this prescribed manner and thus violates the rule of law.

[273] There are two additional rule of law concerns with the delegation of legislative power to the executive. The first, as Professor Elmer A. Driedger noted, the “delegation of power to amend a statute is generally regarded as objectionable for the reason that the text of the statute is then not to be found in the statute book” (*The Composition of Legislation: Legislative Forms and Precedents* (2nd rev. ed. 1976), at p. 198). This gives rise to confusion and uncertainty, which are inimical to the rule of law (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 72).

[271] La primauté du droit embrasse trois principes apparentés (*Imperial Tobacco*, par. 58). Premièrement, « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l’influence de l’arbitraire » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 748). Deuxièmement, « la primauté du droit exige la création et le maintien d’un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l’ordre normatif » (*Droits linguistiques au Manitoba*, p. 749). Troisièmement, « l’exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d’une règle de droit » (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 10). Autrement dit, « [à] son niveau le plus élémentaire, le principe de la primauté du droit assure aux citoyens et résidents une société stable, prévisible et ordonnée où mener leurs activités. Elle fournit aux personnes un rempart contre l’arbitraire de l’État » (*Renvoi sur la sécession*, par. 70).

[272] Même dans son sens le plus formel, la primauté du droit exige que tous les textes législatifs soient adoptés conformément aux conditions légales de manière et de forme (*Imperial Tobacco*, par. 60). Cela comprend les exigences voulant que les projets de loi fassent l’objet de trois lectures au Sénat et à la Chambre des communes et qu’ils reçoivent la sanction royale (*Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 37-41). Lorsque le gouverneur en conseil modifie une loi, cela ne respecte pas les exigences de manière et contrevient donc à la primauté du droit.

[273] La délégation du pouvoir législatif à l’exécutif soulève deux préoccupations supplémentaires en ce qui concerne la primauté du droit. La première, comme l’a souligné le professeur Elmer A. Driedger, découle de ce que [TRADUCTION] « la délégation du pouvoir de modifier une loi est généralement considérée comme condamnable parce que, dans ces conditions, le texte de la loi ne se trouve pas dans le recueil des lois » (*The Composition of Legislation: Legislative Forms and Precedents* (2<sup>e</sup> éd. rév. 1976), p. 198). Cela engendre de la confusion et de l’incertitude, lesquelles sont hostiles à la notion de primauté du droit (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 72).

[274] The second additional concern is that Henry VIII clauses endow the executive with authority to act arbitrarily. They do so by permitting the executive to act contrary to the empowering statute, creating an authority without meaningfully enforceable limits and thus an absolute discretion. Dicey articulated the rule of law's concern with preventing arbitrary power:

[The rule of law] means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. [p. 202]

[275] In the Canadian context, Justice Rand's famous reasons in *Roncarelli* also warn against absolute power:

... there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. [p. 140]

[276] The Chief Justice says that the Governor in Council will be bound by the express terms and overall purpose and object of the *GGPPA* (para. 87). I agree with Brown J. when he says that Henry VIII clauses cannot merely be treated as a matter of administrative law (para. 414). My concerns are constitutional in nature because I do not see the Governor in Council as being constrained by meaningful limits that can be enforced through judicial review. For example, s. 168(4) expressly authorizes the Governor in Council to act contrary to the provisions of Part 1. Further, the overall purpose and object of the *Act* is so broad that the only limit on the Governor in Council is to act within the matter of national concern identified by the Chief Justice. When executive action is only limited by the division of powers and not by its empowering statute, then we can no longer call it executive action. Review for constitutional compliance

[274] La deuxième préoccupation supplémentaire découle de ce que les clauses Henry VIII confèrent à l'exécutif le pouvoir d'agir arbitrairement. Elles le font en lui permettant d'agir contrairement à la loi habilitante, créant ainsi un pouvoir qui n'est soumis à aucune limite véritablement contraignante et donc de la nature d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Le professeur Dicey formule ainsi le souci de la primauté du droit d'empêcher le pouvoir arbitraire :

[TRADUCTION] [La primauté du droit] s'entend, en premier lieu, de la suprématie ou de la prépondérance absolue du droit ordinaire, par opposition à l'influence du pouvoir arbitraire, et exclut l'existence de l'arbitraire, de la prérogative, voire d'un large pouvoir discrétionnaire de la part du gouvernement. [p. 202]

[275] Dans le contexte canadien, les motifs célèbres du juge Rand dans l'arrêt *Roncarelli* mettent également en garde contre le pouvoir absolu :

[TRADUCTION] ... il n'y a rien de tel qu'une « discrétion » absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans égard à la nature ou au but de cette loi. [p. 140]

[276] Le juge en chef affirme que le gouverneur en conseil sera lié par les termes exprès et l'objet général de la *LTPGES* (par. 87). Je suis d'accord avec le juge Brown lorsqu'il affirme que les clauses Henry VIII ne peuvent pas être traitées comme une simple question de droit administratif (par. 414). Mes préoccupations sont de nature constitutionnelle, parce que le gouverneur en conseil ne m'apparaît pas être contraint par des limites véritables pouvant être appliquées au moyen d'un contrôle judiciaire. Par exemple, le par. 168(4) l'autorise expressément à agir contrairement aux dispositions de la partie 1. Qui plus est, l'objet général de la *Loi* est tellement large que la seule restriction imposée au gouverneur en conseil est d'agir dans les limites de la compétence en matière d'intérêt national identifiée par le juge en chef. Lorsqu'une mesure exécutive n'est restreinte que par le partage des compétences et non

with the division of powers is not enough. When an empowering Act contains a privative clause, the rule of law is not satisfied merely by judicial review for constitutional compliance.

[277] In order to protect the rule of law, and prevent arbitrary conduct, courts have a constitutional duty to judicially review actions of the executive (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; see also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21). In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the majority affirmed that “[j]udicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes” (para. 28).

[278] Given that judicial review is constitutionally required, legislation cannot oust review, either expressly or implicitly (*Crevier*, at p. 238; *Dunsmuir*, at para. 31). When the Governor in Council is given the power to amend an Act, or to act in a manner inconsistent with the Act, it cannot be said that they are meaningfully limited by the Act. In the words of Campbell J.:

This power is constitutionally suspect because it confers upon the government the unprotected authority to pull itself up by its own legal bootstraps and override arbitrarily, with no further advice from the Legislative Assembly, and no right to be heard by those who may be adversely affected by the change, the very legislative instrument from which the government derives its original authority.

(*Ontario Public School Boards’ Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 363)

par sa loi habilitante, on ne peut alors plus parler de mesure exécutive. Le contrôle de la constitutionnalité eu égard au partage des compétences ne suffit pas. Lorsqu’une loi habilitante renferme une clause privative, la primauté du droit n’est pas respectée uniquement par le contrôle judiciaire de la constitutionnalité.

[277] Afin de protéger la primauté du droit, et d’empêcher la conduite arbitraire, les tribunaux ont une obligation constitutionnelle de contrôler les mesures de l’exécutif (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; voir aussi *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21). Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, les juges majoritaires ont affirmé que « [l]e contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s’assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l’équité du processus administratif et de la décision rendue » (par. 28).

[278] Puisque le contrôle judiciaire est prescrit par la Constitution, une loi ne peut l’écarter, que ce soit expressément ou implicitement (*Crevier*, p. 238; *Dunsmuir*, par. 31). Lorsque le gouverneur en conseil se voit conférer le pouvoir de modifier une loi, ou d’agir d’une manière incompatible avec la loi, on ne saurait affirmer que son pouvoir est concrètement limité par la loi. Dans les mots du juge Campbell :

[TRADUCTION] Ce pouvoir est suspect, sur le plan constitutionnel, parce qu’il confère au gouvernement l’autorité absolue de s’appuyer sur un pouvoir juridique qu’il s’est lui-même attribué, et de déroger de façon arbitraire — sans autre conseil de l’Assemblée législative, et sans que ceux qui sont susceptibles d’être touchés négativement par le changement aient le droit d’être entendus — à l’instrument législatif même d’où il tire son propre pouvoir.

(*Ontario Public School Boards’ Assn. c. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346 (C.J. Ont. (div. gén.)), p. 363)

### (3) The Separation of Powers

[279] Like parliamentary sovereignty and the rule of law, the separation of powers is “a fundamental principle of the Canadian Constitution” (*Provincial Judges Reference*, at para. 138). Although it is often said that Canada does not have a strict separation of powers, time and time again this Court has recognized the separation of powers as “an essential feature of our constitution”, “a cornerstone of our constitutional regime”, “[o]ne of the defining features of the Canadian Constitution” and a “backbone of our constitutional system” (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at paras. 52 and 54; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 107; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at paras. 3 and 10).

[280] As an abstract theory, the separation of powers may embody three dimensions: the same persons should not form part of more than one branch, one branch should not control or intervene in the work of another, and one branch should not exercise the functions of another (E. C. S. Wade and G. G. Phillips, *Constitutional Law* (3rd ed. 1946), at p. 18).

[281] In Canada, the first two dimensions of the separation of powers are not always met. For instance, it is well accepted that “the same individuals control both the executive and the legislative branches of government” (*Wells*, at paras. 53-54; see also *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312, at pp. 320-21). However, this does not mean that our Constitution fuses the legislative and executive powers (*Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 103). Instead, the Constitution of Canada insists on a separation of powers according to the third dimension — the separation of function. In *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, Dickson C.J. described the basic functions of each of the three branches:

### (3) La séparation des pouvoirs

[279] À l’instar de la souveraineté parlementaire et de la primauté du droit, la séparation des pouvoirs est « un principe fondamental de la Constitution du Canada » (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 138). Bien qu’on dise souvent qu’il n’y a pas de séparation formelle des pouvoirs au Canada, notre Cour a reconnu à maintes reprises que la séparation des pouvoirs est « un élément essentiel de notre constitution », une « pierre d’assise de notre régime constitutionnel », « une des caractéristiques fondamentales de la Constitution canadienne » et « la base de notre système constitutionnel » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 52 et 54; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 107; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 3 et 10).

[280] Sur le plan théorique, la séparation des pouvoirs peut comporter trois dimensions : les mêmes personnes ne doivent pas faire partie de plus d’une branche, une branche ne doit pas contrôler le travail d’une autre ni autrement intervenir dans ce travail et une branche ne doit pas exercer les fonctions d’une autre (E. C. S. Wade et G. G. Phillips, *Constitutional Law* (3<sup>e</sup> éd. 1946), p. 18).

[281] Au Canada, les deux premières dimensions de la séparation des pouvoirs ne sont pas toujours satisfaites. Par exemple, il est bien reconnu que « les mêmes personnes contrôlent à la fois les organes exécutif et législatif du gouvernement » (*Wells*, par. 53-54; voir aussi *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 320-321). Toutefois, cela ne veut pas dire que notre Constitution fusionne les pouvoirs législatif et exécutif (*Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 103). En effet, la Constitution du Canada insiste sur la séparation des pouvoirs au chapitre de la troisième dimension — soit celle de la séparation des fonctions. Dans l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, le juge en chef Dickson a décrit ainsi les fonctions essentielles de chacune des trois branches :

There is in Canada a separation of powers among the three branches of government — the legislature, the executive and the judiciary. In broad terms, the role of the judiciary is, of course, to interpret and apply the law; the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy; the role of the executive is to administer and implement that policy. [pp. 469-70]

[282] The separation of powers does not strictly require that all of these functions remain exclusive. Our Constitution permits one branch to exercise some of the functions of another branch, when it does so in a way that respects both roles. These appeals provide a perfect example. We, members of the judiciary, are called upon to provide advice to three Lieutenant Governors in Council on the constitutionality of the *GGPPA* — something that would typically be an executive function (*Secession Reference*, at para. 15). However, our jurisprudence also clearly establishes that “[t]he separation of powers requires, at the very least, that some functions must be exclusively reserved to particular bodies” (*Provincial Judges Reference*, at para. 139).

[283] In *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, my colleague, Karakatsanis J., confirmed the importance of identifying and protecting each branch’s core functions:

Over several centuries of transformation and conflict, the English system evolved from one in which power was centralized in the Crown to one in which the powers of the state were exercised by way of distinct organs with separate functions. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement — le législatif, l’exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d’interpréter et d’appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d’énoncer des politiques; le rôle de l’exécutif est d’administrer et d’appliquer ces politiques. [p. 469-470]

[282] La séparation des pouvoirs n’exige pas de façon stricte que toutes ces fonctions demeurent exclusives. Notre Constitution permet à une branche d’exercer certaines fonctions relevant d’une autre branche lorsqu’elle le fait d’une manière qui respecte leurs rôles respectifs. Les présents pourvois en fournissent un excellent exemple. Nous, membres de l’organe judiciaire, sommes appelés à donner un avis sur la constitutionnalité de la *LTPGES* à trois lieutenants-gouverneurs en conseil — ce qui serait normalement une fonction exécutive (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 15). Notre jurisprudence établit toutefois clairement que « [l]e principe de la séparation des pouvoirs exige, à tout le moins, que certaines fonctions soient réservées exclusivement à des organismes particuliers » (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 139).

[283] Dans l’arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, ma collègue, la juge Karakatsanis, a confirmé l’importance d’identifier et de protéger les fonctions fondamentales de chaque branche du gouvernement :

Au fil de plusieurs siècles de transformation et de conflits, le système anglais est passé d’un régime où la Couronne détenait tous les pouvoirs à un régime où des organes indépendants aux fonctions distinctes les exercent. L’évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l’acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l’État, car lui seul peut autoriser l’affectation de fonds publics. L’exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

All three branches have distinct institutional capacities and play critical and complementary roles in our constitutional democracy. [Emphasis added; paras. 28-29.]

[284] Justice Karakatsanis’s reasons aptly articulate one of the normative goals underlying the separation of powers: ensuring that power is allocated according to skillset and institutional capacities. Another reason was provided by McLachlin J. (as she then was) in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, where she emphasized the importance of maintaining the balance of power established between the three branches, finding that “[i]t is fundamental to the working of government as a whole that all these parts play their proper role. It is equally fundamental that no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other” (p. 389). Maintaining this balance prevents an accumulation of power in any one branch.

[285] The Court’s concern for protecting the core functions of each branch from intrusion is perhaps most well developed in the judicial sphere. Grounded in the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, both legislative and executive bodies are incapable of intruding upon the core jurisdiction of superior courts or infringing upon the independence of the judiciary (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 2 and 15; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at para. 56; *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paras. 19 and 26; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31). This core judicial function includes the duty to maintain the rule of law and protect citizens from arbitrary action by supervising state action (*MacMillan Bloedel*, at paras. 32-35; *Crevier*, at pp. 234-38).

[286] There are also well developed doctrines to protect core executive functions from judicial

Les trois pouvoirs ont des attributions institutionnelles distinctes et jouent des rôles à la fois cruciaux et complémentaires dans notre démocratie constitutionnelle. [Je souligne; par. 28-29.]

[284] Les motifs de la juge Karakatsanis expriment bien un des objectifs normatifs qui sous-tendent la séparation des pouvoirs, soit celui de faire en sorte que le pouvoir soit attribué en fonction des compétences et des capacités institutionnelles. La juge McLachlin (plus tard juge en chef) a énoncé une autre raison dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, où elle a souligné l’importance de maintenir les rapports de forces établis entre les trois branches, concluant qu’« il est essentiel que toutes ces composantes jouent le rôle qui leur est propre. Il est également essentiel qu’aucune de ces branches n’outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l’autre » (p. 389). Le maintien de cet équilibre empêche l’accumulation du pouvoir au sein d’une seule branche.

[285] C’est peut-être dans la sphère judiciaire que le souci de la Cour de protéger les fonctions fondamentales de chaque branche contre l’empiètement est le mieux établi. Sur la base des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire, les organes législatif et exécutif sont incapables d’empiéter sur la compétence fondamentale des cours supérieures ou de porter atteinte à l’indépendance du pouvoir judiciaire (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 2 et 15; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, par. 56; *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, par. 19 et 26; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31). Cette fonction judiciaire fondamentale comprend le devoir de maintenir la primauté du droit et de protéger les citoyens contre les mesures arbitraires en contrôlant les mesures étatiques (*MacMillan Bloedel*, par. 32-35; *Crevier*, p. 234-238).

[286] Il existe en outre des théories bien établies pour protéger les fonctions fondamentales

intrusion. For instance, our jurisprudence demonstrates the importance of restraint when reviewing certain exercises of royal prerogative (*Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Secession Reference*, at paras. 26-28; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 36-37; see also *Hupacasath First Nation v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737). The doctrine of cabinet privilege similarly serves to protect core executive functions (*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Babcock*, at paras. 18-19 and 60).

[287] The Court has also established limits on judicial interference with essential legislative functions, most notably through acknowledging the existence of parliamentary privilege over core legislative activities. As Binnie J. said, “[e]ach of the branches of the State is vouchsafed a measure of autonomy from the others”; “[p]arliamentary privilege, therefore, is one of the ways in which the fundamental constitutional separation of powers is respected” (*Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 21; see also *New Brunswick Broadcasting Co.*, at p. 377). Parliamentary privilege provides immunity “necessary to protect legislators in the discharge of their legislative and deliberative functions, and the legislative assembly’s work in holding the government to account for the conduct of the country’s business” (*Vaid*, at para. 41; see also *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687, at paras. 27 and 127).

[288] In addition to respecting the bounds of parliamentary immunity, courts have refrained from imposing procedural fairness requirements on legislating, other than requiring that legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent (*Authorson*, at paras. 37-41). Recently, a majority of this Court held that the duty to consult does not apply to ministers of the Crown engaged in drafting bills, as this is a

de l’exécutif contre l’empiètement judiciaire. Par exemple, la jurisprudence de notre Cour illustre l’importance de faire preuve de retenue lorsqu’il s’agit d’examiner certains exercices de la prérogative royale (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 26-28; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 36-37; voir aussi *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2015 CAF 4). La théorie du privilège du Cabinet sert pareillement à protéger les fonctions fondamentales de l’exécutif (*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Babcock*, par. 18-19 et 60).

[287] La Cour a également établi des limites sur l’ingérence judiciaire au sein des fonctions législatives essentielles, plus particulièrement en reconnaissant l’existence des privilèges parlementaires à l’égard d’activités législatives fondamentales. Comme l’a affirmé le juge Binnie, « [c]haque des pouvoirs de l’État se voit garantir une certaine autonomie par rapport aux autres »; « [l]e privilège parlementaire constitue donc l’un des moyens qui permettent d’assurer le respect du principe fondamental de la séparation constitutionnelle des pouvoirs » (*Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 21; voir aussi *New Brunswick Broadcasting Co.*, p. 377). Les privilèges parlementaires confèrent une immunité « qui est indispensable pour protéger les législateurs dans l’exécution de leurs fonctions législatives et délibératives et de la tâche de l’assemblée législative de demander des comptes au gouvernement relativement à la conduite des affaires du pays » (*Vaid*, par. 41; voir aussi *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 27 et 127).

[288] En plus de respecter les limites de l’immunité parlementaire, les tribunaux se sont abstenus d’imposer les exigences de l’équité procédurale à l’acte de légiférer, et se sont contentés d’exiger qu’un projet de loi fasse l’objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu’il reçoive la sanction royale (*Authorson*, par. 37-41). Récemment, notre Cour a conclu à la majorité que l’obligation de consulter ne s’applique pas aux ministres de la

legislative function: “Extending the duty to consult doctrine to the legislative process would oblige the judiciary to step beyond the core of its institutional role and threaten the respectful balance between the three pillars of our democracy” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at para. 2; see also paras. 117, 122, 148, 163-64 and 167).

[289] Most of these protections are against judicial intrusion. However, the Court has also recognized that the executive cannot interfere with the legislative process in a manner that would restrict the power to enact, amend and repeal legislation, despite the important role played by the executive in the legislative process (*Pan-Canadian Securities Reference*, at para. 53). Chief Justice Lamer noted that “there is a hierarchical relationship between the executive and the legislature, whereby the executive must execute and implement the policies which have been enacted by the legislature in statutory form” (*Provincial Judges Reference*, at para. 139).

[290] The separation of powers equally demands that the core function of enacting, amending and repealing statutes be protected from the executive and remain exclusive to the legislature. Doing so supports the two main normative principles underlying the separation of powers.

[291] First, the legislature is the institution best suited to set policy down into legislation. The constitutionally mandated process in ss. 17 and 91 of the *Constitution Act, 1867*, ensures that the legislation is made in public forums that provide opportunities for substantial examination and debate. The legislative process provides equally for high-level policy debates and line-by-line technical edits. Most importantly, legislating through legislatures requires, by “its very nature, the need to build majorities [and] necessitates compromise, negotiation, and deliberation. No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solutions to public problems will rise

Couronne qui se livrent à la rédaction de projets de loi, puisqu’il s’agit d’une fonction législative : « Étendre la doctrine de l’obligation de consulter au processus législatif obligerait l’organe judiciaire à outrepasser les aspects essentiels de son rôle institutionnel et menacerait l’équilibre respectueux qui règne entre les trois piliers de notre démocratie » (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 2; voir aussi les par. 117, 122, 148, 163-164 et 167).

[289] La plupart de ces protections servent à contrer l’ingérence des tribunaux. Toutefois, la Cour a en outre reconnu que l’exécutif ne peut pas empiéter sur le processus législatif d’une manière qui restreindrait le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger des lois, malgré le rôle important que joue l’exécutif dans le processus législatif (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 53). Le juge en chef Lamer a affirmé qu’« il existe, entre l’exécutif et le législatif, un rapport hiérarchique suivant lequel l’exécutif doit exécuter et appliquer les politiques adoptées par le législatif sous forme de lois » (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, par. 139).

[290] La séparation des pouvoirs exige également que la fonction fondamentale d’adopter, de modifier et d’abroger les lois soit protégée à l’encontre de l’exécutif et demeure exclusive à la législature. Cela appuie les deux grands principes normatifs qui sous-tendent la séparation des pouvoirs.

[291] En premier lieu, la législature est l’institution la mieux placée pour traduire les politiques en lois. Ce processus constitutionnellement prescrit par les art. 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* assure que les lois sont élaborées devant une tribune publique offrant l’opportunité de les examiner de manière substantielle et d’en débattre. Le processus législatif permet aussi bien des débats sur les orientations générales qu’une étude détaillée article par article. Fait plus important, l’élaboration des lois par l’entremise des législatures, « par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché

to the top” (*Secession Reference*, at para. 68). This is why “the role of the legislature is to decide upon and enunciate policy” (*Fraser*, at p. 470).

[292] Second, limiting the power to enact, amend and repeal legislation to the legislature helps to confine power and prevent an even greater concentration of power in the executive. There is no doubt that the executive branch wields great power in this country. In practice, the executive can control the day-to-day operations of the legislature (*Blaikie*, at p. 320). However, an executive branch with the power to legislate on its own, without the legislature at all, wields a much greater and far more dangerous power. As we have seen above, the legislative process takes place in public before the scrutiny of non-government members and the press. When the government does not control a majority of seats in the legislature, the legislative process can require extensive compromise. In contrast, when Cabinet amends the *GGPPA*, it does so shrouded in cabinet secrecy, free from public scrutiny. There can be no doubt as to “the pre-eminent importance of the House of Commons as ‘the grand inquest of the nation’” (*Vaid*, at para. 20).

[293] The Fathers of Confederation and the Framers of the *Constitution Act, 1982*, both recognized the importance of the parliamentary process by requiring that Parliament sit at least once every twelve months (s. 20 of the *British North America Act, 1867* (as enacted) and s. 5 of the *Charter*). There is nothing more core to the legislative power than legislating. When the executive usurps this function, the separation of powers is clearly violated.

#### IV. Conclusion

[294] When the clear text of ss. 17 and 91 of the *Constitution Act, 1867*, is read in light of the foundational constitutional principles of parliamentary sovereignty, rule of law and separation of powers, I

des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l’emporteront » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 68). C’est pourquoi « le rôle du législatif est de prendre des décisions et d’énoncer des politiques » (*Fraser*, par. 470).

[292] En deuxième lieu, le fait de réserver à la législature le pouvoir d’adopter, de modifier et d’abroger les lois aide à circonscrire le pouvoir et à empêcher une concentration encore plus grande de celui-ci entre les mains de l’exécutif. Il n’y a aucun doute que l’exécutif exerce un pouvoir énorme dans ce pays. En pratique, il peut contrôler les opérations quotidiennes de la législature (*Blaikie*, p. 320). Toutefois, un organe exécutif ayant le pouvoir de légiférer par lui-même, sans la moindre intervention de la législature, exerce un pouvoir beaucoup plus grand et beaucoup plus dangereux. Comme nous l’avons vu, le processus législatif se déroule en public, en plus d’être soumis à l’examen de députés qui ne font pas partie du gouvernement et de la presse. Lorsque le gouvernement ne contrôle pas la majorité des sièges dans la législature, le processus législatif peut exiger des compromis importants. En revanche, lorsque le Cabinet modifie la *LTPGES*, il le fait sous le sceau du secret ministériel, sans examen du public. On ne peut douter de « l’importance prépondérante de la Chambre des communes en tant que “grand enquêteur de la nation” » (*Vaid*, par. 20).

[293] Les Pères de la Confédération et les auteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont chacun reconnu l’importance du processus parlementaire en exigeant que le Parlement siège au moins une fois tous les douze mois (art. 20 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* (dans sa version promulguée) et art. 5 de la *Charte*). Il n’y a rien de plus fondamental au pouvoir législatif que de légiférer. Lorsque l’exécutif usurpe cette fonction, la séparation des pouvoirs est manifestement violée.

#### IV. Conclusion

[294] Lorsque le texte clair des art. 17 et 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est lu à la lumière des principes constitutionnels fondamentaux que sont la souveraineté parlementaire, la primauté du droit et

have no doubt that clauses that purport to confer on the executive branch the power to nullify or amend Acts of Parliament are unconstitutional. In addition, the *GGPPA* cannot fall within a matter of national concern defined by minimum standards when such standards are those of the executive, and not those of the Parliament.

[295] Therefore, while I agree with the Chief Justice’s formulation of the national concern branch analysis, I do not agree with his application of the law to the facts of this case. As this *Act* is presently drafted, it does not set minimum standards and delegates a legislative power to the executive. Accordingly, while I join the Chief Justice in finding that Parliament has the power to enact constitutionally valid legislation in this realm, I must partially dissent.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. (dissenting) —

### I. Introduction

[296] With the aim of mitigating climate change, the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186 (“*Act*”), implements measures — specifically, carbon pricing (in the case of Part 1 of the *Act*) and the regulation of heavy industry (in the case of Part 2) — to discourage activities that emit greenhouse gases (“GHGs”) into the atmosphere.

[297] The issue before us is whether the *Act* is *intra vires* Parliamentary authority. Importantly, the issue is *not* whether Parliament can act to combat climate change. It clearly can — indeed, it can do much of what it seeks to do in the *Act* by, for example, exercising its taxation power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Nor is the issue whether Parliament can act to confront this or other existential threats to the country. Again, it clearly can, by relying upon its broad residual power to legislate in

la séparation des pouvoirs, je n’ai aucun doute que les dispositions censées conférer à la branche exécutive le pouvoir d’annuler ou de modifier des lois du Parlement sont inconstitutionnelles. En outre, la *LTPGES* ne saurait relever d’une question d’intérêt national définie par des normes minimales lorsque ces normes sont celles de l’exécutif, et non celles du Parlement.

[295] Pour ces motifs, bien que je sois d’accord avec la formulation par le juge en chef de l’analyse de la théorie de l’intérêt national, je n’adhère pas à son application du droit aux faits de la présente affaire. Telle qu’elle est présentement libellée, la *Loi* ne fixe pas de normes minimales et délègue un pouvoir législatif à l’exécutif. En conséquence, bien que je souscrive à la conclusion du juge en chef selon laquelle le Parlement a la compétence d’adopter des lois constitutionnellement valides dans ce domaine, je me dois d’exprimer ma dissidence en partie.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN (dissident) —

### I. Introduction

[296] Dans le but d’atténuer les changements climatiques, la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186 (« *Loi* »), met en œuvre des mesures — plus particulièrement, la tarification du carbone (dans le cas de la partie 1 de la *Loi*) et la réglementation de l’industrie lourde (dans le cas de la partie 2) — pour réprimer les activités qui émettent des gaz à effet de serre (« GES ») dans l’atmosphère.

[297] La question dont nous sommes saisis est de savoir si la *Loi* relève de la compétence du législateur fédéral. Il est important de souligner que la question n’est *pas* de savoir si le Parlement peut prendre des mesures pour lutter contre les changements climatiques. Il le peut manifestement — de fait, il peut adopter plusieurs mesures de la nature de celles contenues dans la *Loi*, par exemple, en exerçant le pouvoir de taxation que lui confère l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La question n’est

response to emergencies for the peace, order, and good government of Canada (“POGG”).

[298] In other words, the constitutionality of the scheme that Parliament has enacted in this case does not govern *whether* Parliament can seek to control GHG emissions so as to meet reduction targets. It can. The question before us goes simply to *how* Parliament has chosen to do so — and, in particular, whether it has chosen a means of doing so that is supported by its legislative authority as conferred by the Constitution of Canada. This question properly directs our attention to the structure and operation of the *Act* — features which receive little to no consideration in the majority’s reasons — and to the jurisdictional basis upon which the Attorney General of Canada seeks to uphold it. Again, it is worth stressing — since all parties before us say that much is at stake in the fight against climate change — that Parliament’s capacity to contribute meaningfully to that fight *does not* hang on the Court’s answer to the reference question.

[299] The Attorney General of Canada urges us to find that the *Act* represents a constitutionally valid exercise by Parliament *not* of the powers it clearly has to address climate change, but of its residual authority to legislate with respect to matters of “national concern” under POGG. The significance of this cannot be overstated. This power — unlike Parliament’s authority to legislate in the face of national emergencies — *permanently vests exclusive* jurisdiction in Parliament over the matter said to be of national concern. Were this simply the straightforward matter, as the Attorney General of Canada says, of requiring polluters to “pay”, the consequences for the division of powers would be minor. But neither the Attorney General nor the majority fairly or completely describes what the *Act* does. In particular, they downplay significantly what the *Act* actually authorizes the Governor in Council — that is, the

pas non plus de savoir si le Parlement peut prendre des mesures pour parer à cette menace existentielle, ou d’autres, que connaît le pays. Encore une fois, il le peut manifestement, en s’appuyant sur son vaste pouvoir résiduel de légiférer en réponse à des urgences pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada (« POBG »).

[298] Autrement dit, la constitutionnalité du régime que le Parlement a édicté en l’espèce ne détermine pas *si* le Parlement peut chercher à contrôler les émissions de GES de manière à atteindre des cibles de réduction. Il le peut. La question dont nous sommes saisis se rapporte uniquement à *la façon* dont le Parlement a choisi de le faire — et, en particulier, s’il a choisi un moyen qui relève de la compétence législative que lui confère la Constitution du Canada. Cette question nous amène donc à examiner la structure et l’application de la *Loi* — caractéristiques dont il n’est à peu près pas question dans les motifs des juges majoritaires — et le chef de compétence sur lequel se fonde le procureur général du Canada pour tenter d’en faire reconnaître la validité. Encore une fois, il convient de mettre en évidence, puisque toutes les parties devant nous soulignent l’ampleur de l’enjeu que représente la lutte contre les changements climatiques, que la capacité du Parlement de contribuer utilement à cette lutte *ne dépend pas* de la réponse de la Cour à la question du renvoi.

[299] Le procureur général du Canada nous presse de conclure que la *Loi* représente un exercice constitutionnellement valide par le Parlement *non pas* des compétences dont il dispose manifestement pour prendre des mesures à l’égard des changements climatiques, mais de sa compétence résiduelle de légiférer à l’égard de matières « d’intérêt national » au titre du pouvoir POBG. On ne saurait trop insister sur la portée de cette thèse. Ce pouvoir — contrairement au pouvoir du Parlement de légiférer en cas d’urgence nationale — confère *en permanence* au Parlement la compétence *exclusive* à l’égard de la matière dite d’intérêt national. S’il s’agissait simplement, comme le soutient le procureur général du Canada, d’obliger les pollueurs à « payer », l’incidence sur le partage des compétences serait mineure. Toutefois, ni le procureur général du Canada ni les juges majoritaires ne décrivent fidèlement ou complètement la portée de

federal Cabinet — to do, and ignore the detailed regulatory intrusion into matters of provincial jurisdiction authorized by Part 2 of the *Act*. The result is a permanent and significant expansion of federal power at the expense of provincial legislative authority — unsanctioned by our Constitution, and indeed, as I will explain, expressly precluded by it.

[300] The majority accedes to all these things, granting the Attorney General of Canada everything he seeks. But it does not stop there. The majority goes even further, in substance abandoning and re-writing this Court’s jurisprudence on the national concern branch of POGG as stated in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. Specifically, it dilutes the test stated in *Crown Zellerbach*, which required that a national concern exhibit qualities of “singleness, distinctiveness and indivisibility” (p. 432) from a matter falling within provincial legislative authority, by injecting into that test a body of unrelated trade and commerce jurisprudence. The result is a new three-step test. Under this new test, the requirement of “singleness, distinctiveness and indivisibility” is informed by two “principles” that “animat[e]” the inquiry (Chief Justice’s reasons, at para. 146). The first of these “animating” principles is two-pronged, and one of those prongs is informed by three “factors” (paras. 147, 151 and 157). The second “animating principle” is to be analyzed by reference to three other requirements (paras. 152-56). To add to the confusion, the inevitable resulting expansion of federal authority under the national concern branch is fortified by the injection of judicial discretion into the scale of impact analysis, by which the scale of impact on provincial jurisdiction is balanced in light of other “interests”, which implicitly include the judiciary’s view of the *importance* of the matter (paras. 161 and 206). (It is apparently to be assumed that all important matters fall within federal jurisdiction.)

la *Loi*. En particulier, ils minimisent considérablement ce que la *Loi* autorise réellement le gouverneur général en conseil (c’est-à-dire le Cabinet fédéral) à faire, et font abstraction de l’empiètement réglementaire profond dans des matières de compétence provinciale autorisé par la partie 2 de la *Loi*. Il s’en suit une expansion permanente et considérable des compétences fédérales aux dépens de la compétence législative provinciale — non sanctionnée par notre Constitution, et même, comme je l’expliquerai, expressément interdite par celle-ci.

[300] Les juges majoritaires acceptent toutes ces prétentions, accordant au procureur général du Canada tout ce qu’il demande. Mais les choses ne s’arrêtent pas là. Les juges majoritaires vont encore plus loin, abandonnant et récrivant essentiellement la jurisprudence de notre Cour sur le volet intérêt national du pouvoir POBG décrit dans *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. Plus particulièrement, ils édulcorent le test énoncé dans cet arrêt, qui exige qu’un intérêt national présente les qualités « d’unicité, de particularité et d’indivisibilité » (p. 432) par rapport aux matières qui relèvent de la compétence législative provinciale, en incorporant dans ce cadre d’analyse un corpus de jurisprudence sur le trafic et le commerce qui n’a rien à voir avec le pouvoir POBG ou avec la présente affaire. Le résultat est un nouveau critère en trois étapes. Suivant celui-ci, l’exigence « d’unicité, de particularité et d’indivisibilité » est fondée sur deux « principes » qui « guid[ent] » l’analyse (motifs du juge en chef, par. 146). Le premier de ceux-ci comporte deux volets, et un de ces volets est guidé par trois « facteurs » (par. 147, 151 et 157). Le deuxième principe doit être analysé en fonction de trois autres exigences (par. 152-156). Pour ajouter à la confusion, l’expansion inévitable de la compétence fédérale au titre du volet intérêt national qui en découle est renforcée par l’ajout d’un pouvoir discrétionnaire du tribunal à l’analyse relative à l’étendue de l’effet, par lequel l’étendue de l’effet sur la compétence provinciale est mise en balance à la lumière d’autres « intérêts », qui comprennent implicitement l’appréciation par les tribunaux de l’*importance* de la matière (par. 161 et 206). (On doit apparemment présumer que toutes les matières importantes relèvent de la compétence fédérale.)

[301] But the true danger in the majority’s reasons for judgment does not lie in the blending of trade and commerce jurisprudence with POGG jurisprudence, or in the confusing and confused test that it states. It is in the majority’s abandonment of any meaningful constraint on the national concern branch of the POGG power.

[302] I concur with Rowe J.’s reasons and therefore adopt his review of the jurisprudence on the residual POGG power, conferred upon Parliament by the preamble to s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. My reasons proceed as follows. First, I will canvass the scheme of the *Act* itself, with a view to explaining its structure and operation so as to characterize its pith and substance, and to classify it among the heads of legislative authority prescribed in the Constitution. In so doing, I will explain why Parliament’s reliance on the national concern doctrine to defend the *Act* encounters an insurmountable constitutional problem. The *Act*’s very structure belies any argument that its dominant subject matter relates to a distinctly federal matter, since it applies only where provincial legislatures have not enacted carbon pricing measures, either at all or as stringent as those preferred by the federal Cabinet. In other words, the *Act*’s structure and operation is *premised* on provincial legislatures *having authority* to enact the same scheme. This is fatal to the constitutionality of the *Act* under the POGG national concern branch, since s. 91 states provincial legislative authority is “assigned exclusively” — that is, to the exclusion of Parliament’s authority to act. This is a fundamental limiting feature of the federal POGG power for which the majority’s reasons do not account.

[303] I will then consider how the Attorneys General of Canada and of British Columbia, seeking to overcome that objection, argue that the imposition of *minimum national standards* is the distinctly

[301] Toutefois, le véritable danger que posent les motifs des juges majoritaires ne vient pas du fait qu’ils combinent la jurisprudence sur le trafic et le commerce et celle sur la paix, l’ordre et le bon gouvernement, ni du test déroutant et confus qu’ils énoncent. Il vient plutôt du fait que les juges majoritaires abandonnent toute contrainte significative pour l’application de la théorie de l’intérêt national du pouvoir POBG.

[302] Je souscris aux motifs du juge Rowe et j’adopte en conséquence son examen de la jurisprudence portant sur le pouvoir résiduel en matière de POBG, que confère au Parlement le préambule de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Mes motifs sont exposés dans l’ordre suivant. Dans un premier temps, j’examinerai attentivement l’économie de la *Loi* elle-même, dans le but d’en expliquer la structure et l’application de manière à déterminer son caractère véritable, et à la classer eu égard aux chefs de compétence législative prescrits dans la Constitution. Ce faisant, j’expliquerai pourquoi le Parlement, en s’appuyant sur la théorie de l’intérêt national pour défendre la *Loi*, se bute à un problème constitutionnel insurmontable. La structure même de la *Loi* empêche de prétendre que sa principale matière visée a trait à une matière distinctement fédérale, puisqu’elle ne s’applique que lorsque les législateurs provinciaux n’ont pas adopté de mesures de tarification du carbone, ou du moins des mesures aussi rigoureuses que celles privilégiées par le Cabinet fédéral. Autrement dit, la structure et l’application de la *Loi* reposent sur la prémisse que les législatures provinciales *ont compétence* pour adopter le même régime. Cela porte un coup fatal à la constitutionnalité de la *Loi* au titre du volet intérêt national du pouvoir POBG, puisque l’art. 91 prévoit que la compétence législative provinciale est « exclusivement assigné[e] » — c’est-à-dire à l’exclusion de la compétence du Parlement. Il s’agit là d’une caractéristique limitative fondamentale du pouvoir fédéral en matière de POBG que les motifs des juges majoritaires ne prennent pas en compte.

[303] J’examinerai ensuite les arguments des procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique qui, voulant parer à cette objection, plaident que l’imposition de *normes nationales*

federal or national aspect of the matter. But this simply begs the question — minimum national standards *of what?* If the subject of those “minimum national standards” is a matter falling within provincial legislative authority — which, again, the *Act* by its very structure contemplates — the injection of “minimum national standards” adds nothing. For example, until this Court’s judgment from which I now dissent, it would have been no more constitutional for Parliament to adopt “minimum national standards” governing hospital administration, the location or construction of hydroelectric generating facilities, the inflationary effects of intra-provincial trade and commerce (such as wage and price controls), or the exploration and development of non-renewable natural resources. Now, such things are entirely possible (at least, where a judge views them as being “important”).

[304] It follows that the *Act* is not a valid exercise of Parliament’s residual legislative authority. Nor — though the argument was hardly pursued by the Attorney General of Canada — can the *Act* be upheld as a valid exercise of any other federal head of power, at least not without the benefit of fuller argument than the passing reference contained in the Attorney General’s factum. I would therefore conclude that the *Act* is wholly *ultra vires* Parliament.

[305] Having disposed of the reference question by applying this Court’s jurisprudence, I will then turn to consider the majority’s dilution of the *Crown Zellerbach* test.

## II. The Act

[306] The *Act*’s preamble describes climate change as a national problem, which cannot be contained within geographic boundaries and requires immediate action. It therefore states its intention to create “incentives for . . . behavioural change” by

*minimales* représente l’aspect distinctement fédéral ou national de la matière. Cependant, se pose alors la question suivante : des normes nationales minimales *portant sur quoi?* Si ces « normes nationales minimales » ont pour sujet une matière relevant de la compétence législative provinciale — ce que prévoit, rappelons-le, la *Loi* de par sa structure même — l’inclusion de « normes nationales minimales » n’ajoute rien. Par exemple, jusqu’à ce que la Cour rende le présent arrêt dans lequel j’exprime ma dissidence, il n’aurait pas été davantage constitutionnel que le Parlement adopte des « normes nationales minimales » régissant l’administration des hôpitaux, l’emplacement ou la construction de centrales hydroélectriques, les effets inflationnistes du trafic et du commerce intraprovincial (comme le contrôle des salaires et des prix), ou l’exploration et l’exploitation de ressources naturelles non renouvelables. Désormais, de telles normes sont tout à fait possibles (ou du moins le sont-elles lorsqu’un juge estime qu’elles visent une matière « importante »).

[304] Il s’ensuit que la *Loi* ne constitue pas un exercice valable de la compétence législative résiduelle du Parlement. Bien que le procureur général du Canada n’ait pas véritablement fait valoir d’arguments subsidiaires, j’ajouterais que la validité de la *Loi* ne peut pas non plus être reconnue à titre d’exercice valable de quelque autre chef de compétence fédérale que ce soit, du moins en l’absence d’arguments plus étoffés que la mention au passage que l’on trouve dans son mémoire. Je suis donc d’avis que la *Loi*, dans sa totalité, outrepassé la compétence du Parlement.

[305] Après avoir tranché la question du renvoi en appliquant la jurisprudence de notre Cour, j’examinerai ensuite la reformulation édulcorée du test établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach* proposée par les juges majoritaires.

## II. La Loi

[306] Le préambule de la *Loi* décrit les changements climatiques comme un problème national, qui ne peut être circonscrit à un territoire déterminé et qui requiert des mesures immédiates. Il énonce par conséquent l’intention du législateur fédéral

implementing a “federal greenhouse gas emissions pricing scheme”.

[307] Two distinct regulatory mechanisms are authorized by the *Act*. Part 1 creates a regulatory charge on GHG-emitting fuels, which will increase annually until 2022. This charge is levied against certain producers, distributors and importers, with the expectation that they will pass this charge on to end consumers. In this way, it is expected to change public behaviour, thereby reducing demand for and consumption of GHG-emitting fuels. Subject to a number of exceptions, the charge applies to fuels that are produced, delivered or used in a “listed province”, brought into a listed province from another place in Canada, or imported into Canada at a location in a listed province (ss. 17 to 39). The fuel charge currently applies to 22 fuels that emit GHGs when burned, including gasoline, diesel fuel, natural gas and “combustible waste”. The fuels are listed in Sch. 2 of the *Act* and are subject to modification by the federal Cabinet.

[308] The second mechanism, created under Part 2, is described as an output-based pricing system (“OBPS”). The structure of the OBPS casts significant doubt on the correctness of the majority’s characterization of the entire *Act*’s pith and substance as “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions” (para. 57). Rather, the OBPS is animated by concerns over industrial competitiveness in *specific* emissions-intensive Canadian industries that compete in international markets, and with the consequent economic and environmental impacts of “carbon leakage” — the movement of industry to jurisdictions with a lower carbon price. Part 2, therefore, is designed not only “to create incentives for . . . behavioural change”, but also to maintain the international competitiveness of *some* emissions-intensive and trade-exposed industries (being those selected by the federal Cabinet) by *exempting* them from the fuel charge established by Part 1, and subjecting them

« d’encourager [des] changements de comportement » en mettant en œuvre un « régime fédéral de tarification des émissions de gaz à effet de serre ».

[307] La *Loi* établit deux régimes réglementaires distincts. La partie 1 crée une redevance réglementaire sur les combustibles émettant des GES, qui augmentera annuellement jusqu’en 2022. Cette redevance est imposée à certains producteurs, distributeurs et importateurs, et l’on s’attend à ce qu’ils refilent cette redevance aux consommateurs. De cette façon, on s’attend à ce que le comportement du public change, réduisant ainsi la demande et la consommation de combustibles qui émettent des GES. Sous réserve d’un certain nombre d’exceptions, la redevance s’applique aux combustibles qui sont produits, livrés ou utilisés dans une « province assujettie », transportés dans une province assujettie à partir d’un autre endroit au Canada, ou importés au Canada à un endroit situé dans une province assujettie (art. 17 à 39). La redevance sur les combustibles s’applique actuellement à 22 combustibles qui émettent des GES lorsqu’ils sont brûlés, notamment l’essence, le carburant diesel, le gaz naturel et les « déchets combustibles ». Les combustibles sont énumérés à l’ann. 2 de la *Loi* et le Cabinet fédéral peut apporter des modifications à cette annexe.

[308] Le deuxième mécanisme, créé en application de la partie 2, est décrit comme un système de tarification fondé sur le rendement (« STFR »). La structure du STFR soulève des doutes sérieux quant à la justesse de la qualification que font les juges majoritaires du caractère véritable de la *Loi* dans son ensemble, c’est-à-dire « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz » (par. 57). Le STFR repose plutôt sur des craintes à propos de la compétitivité dans certaines industries canadiennes *précises* à forte intensité d’émissions qui doivent être concurrentielles sur les marchés internationaux, et à propos des incidences économiques et environnementales découlant de la « fuite de carbone » — le mouvement de l’industrie vers des territoires où le prix du carbone est plus bas. La partie 2, par conséquent, est conçue non seulement « pour encourager [l]es changements de comportement », mais aussi pour préserver la compétitivité

instead to different levels of carbon pricing based on Cabinet's responsiveness to the competitiveness and carbon leakage concerns of that particular industry.

[309] Part 2 achieves its goal by authorizing the federal Cabinet to limit the total emissions that can be produced without charge by an industrial facility. It applies to facilities located in a listed province that either meet the criteria set out in the regulations or are designated by the Minister of the Environment. Facilities subject to the OBPS that operate within their emissions limit receive surplus credits called compliance units which can be sold or banked to offset future emissions. Facilities that exceed their limit must pay an excess emissions charge, remit compliance units, or both.

[310] The emissions limit of a particular facility is calculated by multiplying its volume of production by a factor — in the language of the *Act*, a sector-specific “output-based standard” — set out in the *Output-Based Pricing System Regulations*, SOR/2019-266 (“*Regulations*”). This standard is typically based on a percentage of the national, production-weighted average emissions intensity of the specific industrial activity in question (a large exception is electricity generation, where the standards are based on whether solid, liquid or gaseous fuels are used). The percentage used to calculate the standard is adjusted based on an assessment of competitiveness and carbon leakage concerns for that particular industrial activity. This assessment is crucial because the cost per tonne of carbon emitted in relation to any given industrial activity is dictated solely by the percentage used to set the output-based standard.

internationale de *certaines* industries à forte intensité d'émissions et exposées aux échanges commerciaux (étant celles choisies par le Cabinet fédéral). Elle les *dispense* de verser la redevance sur les combustibles établie à la partie 1 et les assujettit plutôt à différents niveaux de tarification du carbone fondés sur la sensibilité du Cabinet aux préoccupations liées à la compétitivité et à la fuite de carbone de cette industrie en particulier.

[309] La partie 2 atteint son objectif en autorisant le Cabinet fédéral à limiter les émissions totales qui peuvent être produites par une installation industrielle sans que celle-ci n'ait à verser de redevance. Elle s'applique aux installations situées dans une province assujettie, qui remplissent les critères prévus par règlement ou qui sont désignées par le ministre de l'Environnement. Les installations assujetties au STFR dont les activités produisent des émissions en deçà de leur limite d'émissions reçoivent des crédits excédentaires appelés unités de conformité qui peuvent être vendues ou conservées pour compenser des émissions futures. Les installations qui dépassent leurs limites doivent verser une redevance pour émissions excédentaires, remettre des unités de conformité ou les deux.

[310] La limite d'émissions d'une installation en particulier est calculée en multipliant son volume de production par un facteur — pour reprendre les termes de la *Loi*, une « norme de rendement » propre au secteur — prévu dans le *Règlement sur le système de tarification sur le rendement*, DORS/2019-266 (« *Règlement* »). Cette norme est habituellement établie à partir du pourcentage de l'intensité moyenne nationale des émissions pondérée en fonction la production de l'activité industrielle spécifique en question (une exception de taille est la production d'électricité, où les normes sont établies en fonction des combustibles utilisés, selon qu'ils sont solides, liquides ou gazeux). Le pourcentage utilisé pour calculer la norme est ajusté selon une évaluation des enjeux de compétitivité et de fuite de carbone liés à cette activité industrielle en particulier. Cette évaluation est cruciale, puisque le coût par tonne de carbone émis en lien avec une activité industrielle donnée est déterminé uniquement par le pourcentage utilisé pour fixer la norme de rendement.

[311] In the result, Part 2 grants the federal Cabinet the power to set carbon costs on an activity-by-activity basis. Schedule 1 of the *Regulations* sets out the standards for an array of different products, from bitumen to potash to pulp, that give rise to different carbon prices for emissions related to that product.

[312] A key feature of the *Act* is that its application is dependent upon whether and how provinces have exercised their legislative authority to reduce GHG emissions. Meaning, the *Act* is designed to operate as a backstop, applying in only those provinces that have not (1) adopted carbon pricing as the means for reducing GHG emissions, (2) to a stringency that meets the federal Cabinet’s preferred measure. To allow for this contingent operation, the *Act* grants the federal Cabinet discretion to determine whether it will apply in a given province. (As I will discuss below, this is a significant consideration militating against the *Act*’s constitutionality.) In Part 1, s. 166(2) and (3) provide that, “[f]or the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the [federal Cabinet] considers appropriate”, Cabinet may designate the listed provinces in which the fuel charge regime will apply, taking into account “the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions” as the primary factor. In Part 2, s. 189(1) and (2) authorize Cabinet to designate the backstop jurisdictions in which Part 2 will apply, “[f]or the purpose of ensuring that the pricing of greenhouse gas emissions is applied broadly in Canada at levels that the [federal Cabinet] considers appropriate” taking into account, again, “the stringency of provincial pricing mechanisms for greenhouse gas emissions” as the primary factor.

### III. Analysis for Constitutionality

[313] A reviewing court must apply two steps to determine whether an enactment falls within the

[311] Par conséquent, la partie 2 confère au Cabinet fédéral le pouvoir de fixer les coûts du carbone pour chaque activité industrielle. L’annexe 1 du *Règlement* énonce les normes pour un éventail de différents produits — du bitume à la potasse à la pâte — qui donnent lieu à divers prix du carbone pour les émissions liées à ce produit.

[312] Une caractéristique fondamentale de la *Loi* est que son application dépend de la question de savoir si les provinces ont exercé ou non leur compétence législative pour réduire les émissions de GES et de la façon dont elles l’ont fait, le cas échéant. Autrement dit, la *Loi* est conçue pour servir de « *backstop* » (un minimum réglementaire), ne s’appliquant que dans les provinces qui n’ont pas (1) adopté la tarification du carbone comme moyen de réduire les émissions de GES, (2) avec une rigueur qui satisfait à la norme choisie par le Cabinet fédéral. Pour permettre cette application conditionnelle, la *Loi* confère au Cabinet fédéral le pouvoir discrétionnaire de déterminer si elle s’appliquera dans une province donnée. (Comme je l’expliquerai plus loin, il s’agit là d’une considération importante qui milite contre la constitutionnalité de la *Loi*.) Dans la partie 1, les par. 166 (2) et (3) prévoient qu’« [a]fin d’assurer l’application étendue au Canada d’une tarification des émissions de gaz à effet de serre à des niveaux que le [Cabinet fédéral] considère appropriés », celui-ci peut désigner les provinces assujetties dans lesquelles s’appliquera le régime de redevances sur les combustibles, tenant compte avant tout « de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre ». Dans la partie 2, les par. 189(1) et (2) autorisent le Cabinet à désigner les administrations dans lesquelles la partie 2 s’appliquera, comme « *backstop* », « [a]fin d’assurer au Canada une application étendue d’une tarification des émissions de gaz à effet de serre à des niveaux que le [Cabinet fédéral] estime appropriés », tenant compte avant tout, encore une fois, « de la rigueur des mécanismes provinciaux de tarification des émissions de gaz à effet de serre ».

### III. Analyse de la constitutionnalité

[313] Une cour de révision doit appliquer une analyse en deux étapes pour déterminer si une loi relève

legislative authority of the enacting body. First, the enactment must be characterized to determine its pith and substance or dominant subject matter. Secondly, the identified subject matter must be classified, with reference to the classes of subjects described in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* (*Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228, at para. 30). Each step must be treated distinctly. Characterizing an enactment with reference to the heads of power creates “a danger that the whole exercise will become blurred and overly oriented towards results” (*Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, at para. 16; see also A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 490). At the same time, however, we cannot lose sight of how these two distinct steps interact. As Professor P. W. Hogg explains in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at p. 15-6:

. . . neither of these two steps has any significance by itself. The challenged statute is characterized . . . as in relation to a “matter” (step 1) only to determine whether it is authorized by some head of power in the Constitution. The “classes of subjects” are interpreted (step 2) only to determine which one will accommodate the matter of a particular statute.

[314] The analytical process differs somewhat, however, where, as here, Parliament relies upon the national concern branch of POGG as the source of its authority to legislate. After identifying the pith and substance of the impugned law, and deciding that it does not fall under an enumerated head of power, the reviewing court must then consider whether the matter said to be of national concern satisfies the requirements stated in *Crown Zellerbach*.

#### A. *Characterization*

[315] The pith and substance of a law has been described as “an abstract of the statute’s content”, or the law’s “dominant purpose”, “leading feature”, “true nature and character”, or “dominant or most important characteristic” (*Whitbread v. Walley*,

de la compétence législative de l’organisme qui l’a adoptée. En premier lieu, le texte de loi doit être qualifié en vue de déterminer son caractère véritable ou la matière visée. En deuxième lieu, la matière identifiée doit être classée en fonction des différents chefs de compétence énoncés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Transport Desgagnés Inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228, par. 30). Chaque étape doit être traitée de façon distincte. Si on qualifie un texte de loi en renvoyant aux chefs de compétence, « l’exercice tout entier risque d’être confus et indûment axé sur les résultats » (*Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 16; voir également A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 490). Cependant, il ne faut pas pour autant perdre de vue la façon dont ces deux étapes distinctes interagissent entre elles. Comme l’explique le professeur P. W. Hogg dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, p. 15-6 :

[TRADUCTION] . . . aucune de ces deux étapes ne revêt de l’importance à elle seule. La loi contestée n’est qualifiée [. . .] par rapport à une « matière » (étape 1) que pour déterminer si elle relève d’un chef de compétence dans la Constitution. Les « catégories de sujets » ne sont interprétées (étape 2) que pour déterminer celle de laquelle relèvera la matière d’une loi en particulier.

[314] Toutefois, le processus analytique diffère quelque peu lorsque, comme en l’espèce, le Parlement s’appuie sur le volet intérêt national du pouvoir POGG comme source de sa compétence de légiférer. Après avoir déterminé le caractère véritable de la loi contestée et décidé qu’il ne relève pas d’un chef de compétence énuméré, la cour de révision doit ensuite se demander si la matière dite d’intérêt national satisfait aux exigences énoncées dans l’arrêt *Crown Zellerbach*.

#### A. *Qualification*

[315] Le caractère véritable d’une loi a été décrit comme un « résumé du contenu de la loi », ou l’« objet principal », l’« idée maîtresse » ou la « caractéristique principale ou la plus importante » de la loi (*Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1286,

[1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286, citing P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 313; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 482). It is well established that the dominant subject matter of an enactment is determined by considering its purpose and effects (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29).

[316] Determining the appropriate breadth by which to characterize the impugned law is essential. The legislation's dominant subject matter must be characterized precisely enough for it to be associated with a specific class of subjects described in the Constitution's heads of power. Characterizations that are too broad, vague, or general "are unhelpful in that they can be superficially assigned to various heads of powers" (*Desgagnés*, at para. 35; see also *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 190).

(1) Broad Proposed Characterizations

[317] The Attorneys General of Ontario and Alberta describe the *Act's* pith and substance as relating to the regulation of GHG emissions. I agree with the Attorneys General of Canada and British Columbia that this is too broad because it does not facilitate classification under a federal or provincial head of power. GHG emissions are produced by virtually *all* facets of human activity and can therefore be regulated in innumerable different ways that will correspond to different heads of power. In that sense, identifying "regulating GHG emissions" as the pith and substance of a law suffers from the same deficiency as "regulating the environment" which, as this Court has said, is "not an independent matter of legislation" but rather "a sweeping subject or theme virtually all-pervasive in its legislative implications", that "touch[es] several of the heads of power assigned to the respective levels of government" (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 63-64; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 154, quoting W. R. Lederman, "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.*

citant P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1985), p. 313; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482). Il est bien établi que l'on détermine la principale matière visée par un texte législatif en examinant son objet et ses effets (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29).

[316] Il est essentiel d'établir le degré d'abstraction avec lequel il convient de qualifier la loi contestée. La principale matière visée par un texte législatif doit être qualifiée de façon suffisamment précise pour pouvoir être associée à une catégorie spécifique de sujets décrite dans les chefs de compétence de la Constitution. Les qualifications qui sont trop larges, vagues ou générales « sont inutiles, car elles peuvent être artificiellement rattachées à plusieurs chefs de compétence » (*Desgagnés*, par. 35; voir également *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 190).

(1) Qualifications larges proposées

[317] Les procureurs généraux de l'Ontario et de l'Alberta décrivent le caractère véritable de la *Loi* comme se rapportant à la réglementation des émissions de GES. Je suis d'accord avec les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique pour dire que cette qualification est trop large, car elle ne facilite pas la classification au titre d'un chef de compétence fédérale ou provinciale. Pratiquement *toutes* les facettes de l'activité humaine produisent des émissions de GES, et celles-ci peuvent donc être réglementées d'innombrables façons qui correspondront aux différents chefs de compétence. En ce sens, la « réglementation des émissions de GES » en tant que caractère véritable d'une loi souffre du même défaut que la « réglementation de l'environnement » qui, comme l'a affirmé la Cour, « n'est pas un domaine distinct de compétence législative », mais plutôt « un vaste sujet dont l'incidence législative se fait sentir presque partout », qui « touch[e] plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 63-64; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 154, citant W. R. Lederman, « Unity

597, at p. 610). Identifying the pith and substance requires greater specificity in describing *how* the legislation proposes to regulate GHG emissions. Again, the purpose of characterization must be borne in mind: it is to facilitate classification so as to determine whether the Constitution grants the enacting body — in this case, Parliament — legislative authority over the subject matter.

[318] In support of a broad characterization, Ontario says that legislative purpose must not be confused with the means chosen to achieve it, a proposition various parties attribute to this Court’s decision in *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25 (A.F., Attorney General of Ontario, at para. 35; I.F., Attorney General of New Brunswick (38663 and 38781), at para. 20; I.F., Attorney General of Manitoba (38663 and 38781), at para. 25). But *Ward* simply reinforces the view that greater specificity than “regulating GHG emissions” is required. While the provision at issue in *Ward* imposed a prohibition on the “sale, trade or barter” of whitecoat and blueback seals, to refer to the legislation as prohibiting trade in baby seals was insufficiently precise. The same prohibition might relate to property and trade (authorized by s. 92(13)), or to conserving the economic viability of the seal fishery (authorized by s. 91(12)). It was clear from the broader context, however, that the enactment’s purpose was to conserve the seal fishery, and the enactment was therefore authorized by the federal government’s fisheries power (paras. 23 and 49). This Court’s statement in *Ward* was, accordingly, directed to cases where describing legislation *only* in terms of its means would not accurately capture its dominant subject matter. Nothing in *Ward* requires altogether excluding legislative means from the pith and substance analysis.

and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation » (1975), 53 *R. du B. can.* 597, p. 610). La détermination du caractère véritable exige une plus grande spécificité dans la description de *la façon* dont la loi propose de réglementer les émissions de GES. Encore une fois, il faut se rappeler à quoi sert la qualification : elle vise à faciliter la classification pour déterminer si la Constitution confère à l’organisme qui a adopté le texte législatif — en l’espèce, le Parlement — la compétence législative à l’égard de la matière en cause.

[318] Au soutien d’une qualification large, l’Ontario soutient qu’il ne faut pas confondre l’objet de la mesure législative avec le moyen choisi pour le réaliser, affirmation que diverses parties attribuent à l’arrêt *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25, de notre Cour (m.a., procureur général de l’Ontario, par. 35; m. interv., procureur général du Nouveau-Brunswick (38663 et 38781), par. 20; m. interv., procureur général du Manitoba (38663 et 38781), par. 25). Toutefois, l’arrêt *Ward* ne fait que renforcer la thèse voulant qu’une spécificité plus grande que « la réglementation des émissions de GES » soit exigée. Bien que la disposition en cause dans l’arrêt *Ward* imposait une interdiction sur « la vente, l’échange ou le troc » de blanchons et de jeunes à dos bleu, sa qualification en tant que mesure interdisant le commerce des bébés phoques n’était pas suffisamment précise. La même interdiction était susceptible de se rapporter à la propriété et au commerce (autorisés par le par. 92(13)), ou à la préservation de la viabilité économique de la pêche aux phoques (autorisée par le par. 91(12)). Cependant, il ressortait du contexte plus général que le texte réglementaire avait pour objet de préserver la pêche aux phoques; il était donc autorisé par la compétence du gouvernement fédéral en matière de pêcheries (par. 23 et 49). En conséquence, ce que notre Cour a dit dans l’arrêt *Ward* visait les cas où le fait de décrire le texte législatif *seulement* en faisant référence à ses moyens ne traduisait pas avec exactitude sa principale matière en cause. L’arrêt *Ward* n’exige pas que les moyens législatifs soient exclus complètement de l’analyse portant sur le caractère véritable.

[319] Moreover, it will not always be possible to clearly distinguish between means and purpose. The end goal at one level of abstraction may be viewed as the means to some broader goal at another level of abstraction. Here, for example, carbon pricing is the chosen means to generate behavioral change, which is the chosen means to reduce GHG emissions, which is the chosen means to combat climate change. Feasibility and efficacy aside, alternatives exist at each level of abstraction: the government might opt to remove GHGs from the atmosphere to combat climate change; it might prohibit certain products or activities to reduce GHG emissions; and it might reward “green” behaviours to generate behavioral change. It cannot therefore be said, as a general proposition, that the dominant subject matter of an enactment must not refer to the means chosen to implement the legislative purpose. That said, and as I will explain below, to incorporate the legislative means within the pith and substance of a statute will have particular consequences when deciding its constitutionality under the national concern branch of POGG.

[320] Whether one views the stated subject matter as the means or the objective depends, then, on the chosen level of abstraction. And the determinative consideration in identifying an appropriate level of abstraction should be *facilitating the subject matter’s classification* among the classes of subjects described in ss. 91 and 92 so far as necessary to resolve the case. If an enactment’s subject matter could be classified under different heads of power listed under both ss. 91 and 92, then the subject matter should be identified with more precision until it is clear which single level of authority (as between federal and provincial) may legislate in respect thereof (*Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 190). A sufficiently precise description may well refer to why *and* how the law operates (*Chatterjee*, at para. 16).

[319] Qui plus est, il ne sera pas toujours possible d’établir une distinction nette entre le moyen et l’objet. Le but ultime, à un niveau d’abstraction donné, peut être considéré comme le moyen d’atteindre un but plus général à un autre niveau d’abstraction. En l’espèce, par exemple, la tarification du carbone est le moyen choisi pour amener des changements de comportement, qui est le moyen choisi pour réduire les émissions de GES, qui est le moyen choisi pour lutter contre les changements climatiques. Laissant de côté la faisabilité et l’efficacité, d’autres moyens existent à chaque niveau d’abstraction : le gouvernement peut choisir de retirer les GES de l’atmosphère pour lutter contre les changements climatiques; il peut interdire certains produits ou activités pour réduire les émissions de GES; et il peut récompenser les comportements « verts » pour induire des changements de comportement. On ne peut donc poser comme principe général que la principale matière visée par un texte législatif ne doit pas porter sur les moyens choisis pour mettre en œuvre l’objectif législatif. Cela dit, et comme je l’expliquerai ci-dessous, l’incorporation des moyens législatifs dans le caractère véritable d’une loi aura des conséquences particulières lorsqu’il s’agit de juger de sa constitutionnalité au regard du volet intérêt national du pouvoir POBG.

[320] Par conséquent, on considérera que la matière énoncée est soit le moyen soit l’objectif, selon le niveau d’abstraction choisi. Qui plus est, la considération déterminante afin d’identifier le niveau d’abstraction approprié devrait être de *faciliter la classification de la matière en cause* parmi les catégories de sujets décrits aux art. 91 et 92 dans la mesure nécessaire pour trancher l’affaire. Si la matière visée par un texte législatif peut être classée sous différents chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92, elle devrait en conséquence être identifiée de manière plus précise jusqu’à ce qu’il soit clair quel ordre de gouvernement (fédéral ou provincial) peut légiférer à son égard (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 190). Il se peut fort bien qu’une description suffisamment précise renvoie à l’objectif de la loi *et* à la façon dont elle s’applique (*Chatterjee*, par. 16).

(2) Narrow Proposed Characterizations

[321] I turn now to the characterizations advanced by the Attorneys General of Canada and British Columbia in support of their arguments that the *Act* is *intra vires* Parliamentary authority to regulate matters of national concern under POGG.

[322] I observe at the outset that, when Parliament seeks to permanently and exclusively regulate a matter of national concern, one would expect the Attorney General of Canada to have a single, clear, and consistent position about just *what* he thinks Parliament was doing. More particularly, he should be able to readily — and, again, consistently — identify the narrow and distinct matter that the legislation in question addresses. That has not occurred here. Instead, the Attorney General has offered up a vast array of shifting arguments in various courts at various stages in the proceedings. This alone should provoke deep suspicion about the correctness of those arguments.

[323] To assuage these suspicions, the Attorney General of Canada acknowledges that his approach has “evolved”, having been “informed” along the way “by the characterizations of [the] courts below” (R.F., at para. 61). So where has this “evolution” brought him? Before this Court, it has at last brought him to the revelation that the *Act*’s dominant subject matter is “establishing minimum national standards integral to reducing nationwide GHG emissions” (para. 56 (emphasis deleted)).

[324] This is similar to the characterization that the Attorney General of British Columbia successfully urged the Court of Appeal for Saskatchewan to adopt: “. . . ‘minimum national standards of stringency for pricing GHG emissions’” (2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398, at paras. 11 and 431). Before us, British Columbia urged a variation, specifically: “. . . establishing minimum national pricing standards to allocate part of Canada’s targets for GHG emissions reduction” (A.F., at para. 2 (emphasis deleted)).

(2) Qualifications étroites proposées

[321] Je me penche maintenant sur les qualifications que proposent les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique au soutien de leur argument selon lequel la *Loi* relève de la compétence du Parlement de régir des matières d’intérêt national au titre du pouvoir POBG.

[322] Je note d’entrée de jeu que lorsque le Parlement cherche à régir de façon permanente et exclusive une matière d’intérêt national, on s’attendrait à ce que le procureur général du Canada ait un point de vue unique, clair et constant à propos de *ce que*, à son avis, faisait le Parlement. Plus particulièrement, il devrait être capable de déterminer facilement — et, je le répète, avec constance — la matière précise et distincte dont traite la loi en cause. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Le procureur général a plutôt offert un large éventail d’arguments changeants devant diverses juridictions à diverses étapes de l’instance. Ce fait à lui seul devrait susciter des doutes sérieux quant à la justesse de ces arguments.

[323] Pour apaiser ces doutes, le procureur général du Canada reconnaît que son approche a [TRADUCTION] « évolué », ayant été « guidée » en cours d’instance « par les qualifications [des] juridictions inférieures » (m.i., par. 61). Alors, où cette « évolution » l’a-t-il mené? Devant notre Cour, elle l’a finalement mené à la révélation que la principale matière visée par la *Loi* est d’« établir des normes nationales minimales indispensables à la réduction des émissions de GES dans le pays tout entier » (par. 56 (italique omis)).

[324] Cette qualification est semblable à celle que le procureur général de la Colombie-Britannique a pressé avec succès la Cour d’appel de la Saskatchewan d’adopter, à savoir [TRADUCTION] « “des normes nationales minimales de rigueur pour la tarification des émissions de GES” » (2019 SKCA 40, 440 D.L.R. (4th) 398, par. 11 et 431). Devant nous, la Colombie-Britannique a plaidé une version légèrement différente, à savoir [TRADUCTION] « . . . établir des normes nationales minimales de tarification afin d’attribuer une partie des cibles du Canada pour la réduction des émissions de GES » (m.a., par. 2 (italique omis)).

[325] None of these characterizations can be sustained.

[326] The principal difficulty with these submissions is the invocation of “minimum national standards”. It adds nothing to the pith and substance of a matter, which is directed *not* to the fact of a *standard*, but to *the subject matter* to which the standard is to be applied. In other words, identifying “minimum national standards” as part of the dominant subject matter begs the very question which the characterization analysis seeks to answer: minimum national standards *of what?*

[327] “Minimum national standards” is a *nothing*. It is an *artifice* — or, as the Attorney General of Alberta puts it, a rhetorical “sleight of hand” (R.F., at para. 44). *Only* federally enacted standards can be both “national” (in the sense that only federal legislation can apply nationwide, while provincial legislative authority cannot extend beyond its borders) *and* a “minimum” (since, if a provincial standard is different from a corresponding federal standard, the operation of paramountcy ensures that the federal standard will prevail). In the result, using “minimum” and “national” to describe the *Act*’s pith and substance is empty and misleading.

[328] None of this is answered by the majority. Indeed, nowhere does the majority justify the inclusion of “minimum national standards” in its characterization of the pith and substance of the *Act*. Instead, the majority simply and peremptorily expresses its “view” that “the federal government’s intention was not to take over the field of regulating GHG emissions, or even that of GHG pricing, but was, rather, to establish minimum national standards of GHG price stringency for GHG emissions”, and that “minimum national standards” adds something “essential” to the pith and substance of the *Act* (paras. 65 and 81). The majority also says that the impugned federal legislation in *Hydro-Québec* (which also included a backstop) was not described by this Court as imposing minimum national standards (at

[325] Aucune de ces qualifications ne peut être retenue.

[326] La principale difficulté que présentent ces qualifications est qu’elles invoquent des « normes nationales minimales ». Cela n’ajoute rien au caractère véritable d’une matière, lequel concerne *non pas* l’existence d’une norme, mais plutôt *la matière* à laquelle la norme doit s’appliquer. Autrement dit, identifier des « normes nationales minimales » comme faisant partie de la principale matière visée soulève la question même à laquelle l’exercice de qualification cherche à répondre : des normes nationales minimales *portant sur quoi?*

[327] Les « normes nationales minimales » ne sont *rien du tout*. Il s’agit d’un *artifice* — ou, comme l’a décrit le procureur général de l’Alberta, un [TRA-DUCTION] « tour de passe-passe » rhétorique (m.i., par. 44). *Seules* les normes édictées par le Parlement fédéral peuvent être à la fois « nationales » (en ce sens que seules les lois fédérales peuvent s’appliquer à l’échelle du pays, alors que la compétence législative provinciale ne peut dépasser les limites territoriales de la province) *et* « minimales » (car si une norme provinciale diffère d’une norme fédérale correspondante, l’application de la prépondérance fera en sorte que la norme fédérale l’emportera). Par conséquent, l’emploi des termes « minimales » et « nationales » pour décrire le caractère véritable de la *Loi* est vide de sens et trompeur.

[328] Les juges majoritaires ne répondent à rien de tout cela. De fait, ils ne justifient nulle part l’inclusion de « normes nationales minimales » dans leur qualification du caractère véritable de la *Loi*. Ils se contentent plutôt d’exprimer péremptoirement leur « avis » selon lequel « l’intention du gouvernement fédéral n’est pas de s’approprier le domaine de la réglementation des émissions de GES, ni même celui de la tarification des GES, mais plutôt d’établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse des émissions de GES » et que les « normes nationales minimales » ajoutent un élément « essentiel » au caractère véritable de la *Loi* (par. 65 et 81). Les juges majoritaires affirment aussi que la loi fédérale contestée dans l’arrêt *Hydro-Québec* (qui comprenait elle aussi un « backstop ») n’a pas été

para. 33, per Lamer C.J. and Iacobucci J., dissenting, and at paras. 130 and 146, per La Forest J.), because the backstop nature of that legislation was but a “mere feature” — whereas, in this case, the backstop nature of the *Act* is its “main thrust”, “dominant characteristic”, and “defining feature” (Chief Justice’s reasons, at para. 82). Respectfully, the distinction between a legislative structure that operates as a “mere” feature as opposed to a “dominant” or “defining” one is elusive. Indeed, my colleagues appear also to find it so, since they do not explain it. Little in Part 1 or 2 of the *Act* is cited in support for the proposition that, *here*, the backstop model is a “defining”, as opposed to a “mere”, feature. We are simply to accept that this is so because the majority declares it to be so, citing *not* the actual statute and what it does, but instead the *Final Report* of the Federal-Provincial-Territorial Working Group on Carbon Pricing Mechanisms, 2016 (online), two federal reports, and excerpts from debates in the House of Commons (paras. 65–67). While these sources form part of the relevant backdrop, they are not a proxy for serious judicial scrutiny of the *Act* and, in particular, of Part 2 — the slightest attention to which reveals, as I have already described, that it does indeed have the potential to “take over the field of regulating GHG emissions” in the listed industries.

[329] The majority responds to this point by stating that *some* federal legislation — such as the legislation at issue in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (“*2011 Securities Reference*”), which allowed provinces to opt-in — does not necessarily apply nationally or create a minimum standard. Here, by contrast, the *Act* “applies in all the provinces at all times” (yet it is not a “blunt unified national system”) (Chief Justice’s reasons, at para. 81). This, says the majority, somehow legitimizes the inclusion of “minimum national standards” in its description of the *Act*’s pith and substance (para. 81). With respect, this misses the

décrite par notre Cour comme imposant des normes nationales minimales (par. 33, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci, dissidents, et par. 130 et 146, le juge La Forest), parce que la nature de « *backstop* » de cette loi n’était qu’un « aspect parmi d’autres » — alors que, en l’espèce, la nature de « *backstop* » de la *Loi* est son « objet principal », sa « caractéristique dominante » et sa « caractéristique déterminante » (motifs du juge en chef, par. 82). Soit dit en tout respect, la distinction entre une structure législative qui ne constitue qu’un « aspect parmi d’autres » plutôt qu’une caractéristique « dominante » ou « déterminante » est difficile à cerner. De fait, mes collègues semblent être aussi de cet avis, car ils ne l’expliquent pas. Aucune disposition de la partie 1 ou de la partie 2 de la *Loi* n’est citée au soutien de la proposition selon laquelle, *en l’espèce*, le modèle de « *backstop* » est « déterminant », et ne constitue pas qu’un « aspect parmi d’autres ». Nous devons simplement accepter que tel est le cas parce que les juges majoritaires le déclarent être tel, citant *non pas* la loi en question et ce qu’elle fait, mais plutôt le *Rapport final* du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mécanismes d’instauration d’un prix sur le carbone, 2016 (en ligne), deux rapports fédéraux, et des extraits des débats à la Chambre des communes (par. 65–67). Bien que ces sources fassent partie du contexte pertinent, elles ne peuvent remplacer un examen judiciaire rigoureux de la *Loi* et, en particulier, de la partie 2 — dont l’analyse la plus sommaire révèle, comme je l’ai déjà signalé, qu’elle risque bel et bien de « s’approprier le domaine de la réglementation des émissions de GES » dans les industries assujetties.

[329] Les juges majoritaires répondent à cette observation en indiquant que *certaines* lois fédérales — comme celle en question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (« *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières* »), qui permettait la participation volontaire des provinces — ne s’appliquent pas nécessairement à l’échelle nationale ni ne créent de norme minimale. En revanche, dans le cas qui nous occupe, la *Loi* « s’applique dans toutes les provinces en tout temps » (mais il ne s’agit pas d’un « système unifié national général ») (motifs du juge en chef, par. 81). Selon les juges majoritaires, cela légitime d’une

critical point. It is not that *all* federal legislation imposes minimum national standards, but rather that, by operation of paramountcy and the territorial limits of provincial jurisdiction, only Parliament *is capable* of imposing minimum national standards. The inclusion of “minimum national standards” in the pith and substance of a federal statute effectively decides the jurisdictional dispute. While, as I have explained, it can be appropriate to include reference to the legislative means in the pith and substance, it is entirely inappropriate to short-circuit the analysis by describing the means as something that only federal legislative authority can undertake.

[330] In short, and remarkably, the majority barely acknowledges that this idea of describing the pith and substance of a statute in terms of “minimum national standards” might be the least bit controversial, saying nothing to justify it, either generally or specifically. Indeed, in the face of objections thereto from the parties, and majority and dissenting judgments at the courts of appeal, one can only surmise that the majority does not wish to truly engage the point. This may well be because the device of “minimum national standards” allows the majority to effectively bypass several steps of their diluted reformulation of the test for the national concern branch from *Crown Zellerbach* — a subject to which I return below.

[331] A final point about “minimum national standards”. Even if “minimum national standards” represented anything meaningful for our purposes, the fact remains that Part 2 of the *Act* imposes *no* explicit standards, whether “minimum” or “national”. Rather, it allows the federal Cabinet to selectively impose an array of carbon prices on an array of different trade-exposed industries, with the stated goal of maintaining their international competitiveness and minimizing carbon leakage.

manière ou d’une autre l’inclusion de « normes nationales minimales » dans leur description du caractère véritable de la *Loi* (par. 81). Soit dit en tout respect, ils passent à côté du point crucial. Ce n’est pas que *toutes* les lois fédérales imposent des normes nationales minimales, mais plutôt que par l’application de la prépondérance et des limites territoriales de la compétence provinciale, seul le Parlement *est en mesure* d’imposer des normes nationales minimales. L’inclusion de « normes nationales minimales » dans le caractère véritable d’une loi fédérale tranche dans les faits le conflit de compétence. Bien qu’il puisse être approprié, comme je l’ai signalé, d’inclure une mention des moyens législatifs dans le caractère véritable, il est tout à fait inapproprié de court-circuiter l’analyse en décrivant les moyens comme quelque chose que seul le pouvoir législatif fédéral peut entreprendre.

[330] En somme, et étonnamment, les juges majoritaires reconnaissent à peine que cette idée de décrire le caractère véritable d’une loi en termes de « normes nationales minimales » puisse soulever la moindre controverse, ne disant rien pour la justifier, que ce soit de façon générale ou particulière. En effet, vu les objections à cette idée de la part des parties, et les jugements majoritaires et dissidents des juridictions d’appel, force nous est de supposer que les juges majoritaires ne souhaitent pas véritablement aborder ce point. Il se peut très bien que cela s’explique par le fait que le mécanisme des « normes nationales minimales » permet aux juges majoritaires d’escamoter dans les faits plusieurs étapes de leur reformulation édulcorée du test relatif au volet intérêt national de l’arrêt *Crown Zellerbach* — sujet auquel je reviendrai plus loin.

[331] Dernier point à propos des « normes nationales minimales ». Même si celles-ci revêtaient une importance quelconque pour nos fins, il n’en demeure pas moins que la partie 2 de la *Loi* n’impose *aucune* norme explicite, qu’elle soit « minimale » ou « nationale ». Elle permet plutôt au Cabinet fédéral d’imposer sélectivement un éventail de prix du carbone à un éventail d’industries différentes exposées aux échanges commerciaux, dans le but déclaré de préserver leur compétitivité internationale et de minimiser la fuite de carbone.

[332] The Attorney General of Canada’s reference to “integral” standards also has no relevance to identifying the *Act’s* pith and substance. Determining whether the standards implemented through the *Act* are “integral” to reducing Canada’s GHG emissions would require this Court to consider whether the standards set out in the *Act* are effective. Yet, as this Court has repeatedly maintained, “the efficacy of the law is not a valid consideration in the pith and substance analysis” (*Ward*, at para. 22). Indeed, “the wisdom or expediency or likely success of a particular policy expressed in legislation is not subject to judicial review” (*Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 425). Whether and to what extent any given standard is integral to reducing Canada’s GHG emissions is a matter of policy that has no bearing on the constitutional question facing this Court.

[333] Without “minimum national standards” and “integral” to round out the characterization proposed by the Attorney General of Canada, we are left with “reducing nationwide GHG emissions” which — as a statement of *the goal* of the law without any reference to *the means* proposed to achieve it — obviously lacks the specificity necessary to enable classification. This Court’s description of the *Act’s* subject matter should provide “an abstract of [its] content, instancing the subjects or situations to which it applies and the ways it proposes to govern them” (Abel, at p. 490). In order to determine whether the federal government can enact any particular GHG emission “standard of stringency”, we must describe, concisely but precisely, how that standard operates.

[334] Turning to the Attorney General of British Columbia’s proposed characterization, without “minimum national standards”, we are left with “allocat[ing] part of Canada’s targets for GHG emissions reduction”. However, as the Attorney General of Alberta points out, it is difficult to accept that the *Act* allocates part of Canada’s overall targets when

[332] La mention, par le procureur général du Canada, de normes [TRADUCTION] « indispensables » n’est d’aucune pertinence non plus dans la détermination du caractère véritable de la *Loi*. Pour déterminer si les normes mises en œuvre par la *Loi* sont « indispensables » à la réduction des émissions de GES du Canada, il faudrait que notre Cour examine la question de savoir si les normes énoncées dans la *Loi* sont efficaces. Or, comme notre Cour l’a conclu à maintes reprises, « l’efficacité de la loi n’est pas une considération valable dans l’analyse du caractère véritable » (*Ward*, par. 22). En effet, « la sagesse, l’opportunité ou les chances de succès d’une politique exprimée dans une loi ne sont pas sujet[tes] à examen judiciaire » (*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 425). La question de savoir si, et dans quelle mesure, une norme donnée est indispensable à la réduction des émissions de GES du Canada est une question de politique qui n’a aucune incidence sur la question constitutionnelle dont notre Cour est saisie.

[333] Sans les expressions « normes nationales minimales » et « indispensables » pour compléter la qualification proposée par le procureur général du Canada, il nous reste les mots « la réduction des émissions de GES dans le pays tout entier », lesquels sont — en tant qu’énoncé de l’*objectif* de la loi sans la moindre mention *des moyens* proposés pour l’atteindre — évidemment dépourvus de la spécificité nécessaire pour permettre la classification. La description que fait notre Cour de la matière visée par la *Loi* devrait fournir [TRADUCTION] « un résumé de [son] contenu, énonçant les sujets ou situations auxquels elle s’applique et les façons de les régir qu’elle propose » (Abel, p. 490). Pour déterminer si le gouvernement fédéral peut édicter une « norme de rigueur » particulière en matière d’émissions de GES, nous devons décrire, de façon concise mais précise, comment cette norme s’applique.

[334] Pour ce qui est de la qualification proposée par le procureur général de la Colombie-Britannique, sans l’expression « normes nationales minimales », il nous reste la formule [TRADUCTION] « attribu[ant] une partie des cibles du Canada pour la réduction des émissions de GES ». Toutefois, comme le souligne le procureur général de l’Alberta, il est difficile

it “neither sets nor allocates any targets” at all (R.F., at para. 45). The *Act* imposes a fuel charge and gives the federal Cabinet policy levers to set carbon prices by industry. This is an odd way to allocate emissions reduction targets.

[335] For these reasons, Canada and British Columbia’s proposed characterizations of the *Act*’s pith and substance must be rejected. It is therefore necessary to analyze anew the purpose and effects of the law so as to characterize them appropriately.

### (3) Purpose and Effects

[336] There is no real dispute about the *Act*’s purpose. Its broad aim is to reduce Canada’s GHG emissions to mitigate climate change. More narrowly, the *Act*’s purpose is to change behaviour. Its preamble states that behavioral change “is necessary for effective action against climate change” and, further, that “the pricing of greenhouse gas emissions on a basis that increases over time is an appropriate and efficient way to create incentives for that behavioural change”. The *Act* refers to Canada having made international commitments to reducing its GHG emissions.

[337] The difficulty with many of the submissions before us, however, including those of the Attorney General of Canada, is that they attempt to characterize the pith and substance of the *Act* as if Parts 1 and 2 were each doing the same thing in the same way. The majority’s pith and substance analysis is based on the same premise (para. 71). This is both *inexplicable* and *superficial*. *Inexplicable*, because the two parts of the *Act* are not remotely similar to each other; Parliament could have set out each Part in its own statute. Indeed, doing so might have prompted the majority to consider the distinct operational features of each Part. And *superficial*, because it pays little attention to the regulations; where regulations have been passed, they can — and, here, *should* — be scrutinized to ascertain the

d’admettre que la *Loi* attribue une partie des cibles globales du Canada alors qu’elle « ne fixe ni n’attribue quelque cible » que ce soit (m.i., par. 45). La *Loi* impose une redevance sur les combustibles et donne au Cabinet fédéral des leviers politiques pour fixer les prix du carbone par industrie. Il s’agit là d’une façon étrange d’attribuer des cibles de réduction des émissions.

[335] Pour ces motifs, les qualifications du caractère véritable de la *Loi* que proposent le Canada et la Colombie-Britannique doivent être rejetées. Il nous faut donc analyser de nouveau l’objet et les effets de la loi pour les qualifier comme il se doit.

### (3) Objet et effets

[336] Personne ne conteste vraiment l’objet de la *Loi*. Son objectif général est la réduction des émissions de GES du Canada en vue d’atténuer les changements climatiques. Plus précisément, la *Loi* a pour objectif de changer les comportements. Il est indiqué dans son préambule que « pour combattre efficacement les changements climatiques, des changements de comportement [. . .] sont nécessaires » et, en outre, qu’« une tarification progressive des émissions de gaz à effet de serre est un moyen approprié et efficace d’encourager ces changements de comportement ». La *Loi* mentionne que le Canada a pris des engagements internationaux en vue de réduire ses émissions de GES.

[337] Cependant, la difficulté que posent bon nombre des observations qui nous ont été présentées, y compris celles du procureur général du Canada, est qu’elles tentent de qualifier le caractère véritable de la *Loi* comme si les parties 1 et 2 faisaient chacune la même chose de la même façon. L’analyse du caractère véritable à laquelle se livrent les juges majoritaires est fondée sur le même postulat (par. 71). Cela est à la fois *inexplicable* et *superficiel*. *Inexplicable*, parce que les deux parties de la *Loi* ne sont pas du tout semblables; le Parlement aurait pu énoncer chacune des parties dans des lois distinctes. Aussi, s’il l’avait fait, cela aurait peut-être amené les juges majoritaires à prendre en compte les caractéristiques opérationnelles distinctes de chaque partie. *Superficiel*, parce que peu d’attention n’est

true intent of the legislature (*Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 84). While Part 1 of the *Act* increases the cost of producing, delivering, using, or importing fuels that produce GHG emissions (which is expected to be passed on to consumers through an increase in the ultimate retail cost of those fuels), Part 2 does something quite different: it increases the cost of certain industrial activities by charging large facilities for producing GHG emissions over prescribed limits based on their particular industry and production processes. Part 2 also alleviates the impact of carbon pricing on *some* industries, but *not all*: the OBPS covers only the emissions-intensive trade-exposed industries that carry out an activity that the federal Cabinet chooses to list in the regulations. Picking winners and losers in this way is the stuff of industrial policy, not carbon price stringency.

[338] It becomes even more difficult to reconcile Part 2 with the notion of carbon price stringency when considering the effects of the *Regulations* themselves. My colleague Rowe J. has comprehensively reviewed the provisions in the *Act* that empower the federal Cabinet to make regulations, and I endorse his analysis, to which I add this. The current regulations impose varying carbon costs on the industries subject to the OBPS. The present *Regulations* establish, by my count, 78 separate output-based standards across 38 industrial activities. As these output-based standards depend on a chosen level of stringency (to be decided based on competitiveness and carbon leakage concerns), the output-based standards — and thus the average cost per tonne of GHG emissions — varies for each of these activities. For example, the 2019 Regulatory Impact Analysis Statement indicates that a stringency of 95 percent of the average emissions intensity is prescribed for iron, steel and cement production, which (with an excess emissions charge of \$40 per tonne of carbon emissions in 2021) sets an average carbon cost of \$2

prêtée aux règlements; lorsque des règlements ont été adoptés, ils peuvent — et, en l'espèce, *devraient* — être soigneusement examinés afin d'identifier la véritable intention du législateur (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 84). Alors que la partie 1 de la *Loi* augmente le coût de production, de livraison, d'utilisation ou d'importation des combustibles qui produisent des émissions de GES (coût qui devrait être refilé aux consommateurs au moyen d'une augmentation du coût de détail final de ces combustibles), la partie 2 fait quelque chose de fort différent : elle augmente le coût de certaines activités industrielles en imposant une redevance aux grandes installations qui produisent des émissions de GES au-delà des limites prescrites en fonction de leur industrie et de leurs processus de production particuliers. La partie 2 allège en outre l'incidence de la tarification du carbone sur *certaines* industries, mais *pas toutes* : le STFR ne vise que les industries à forte intensité d'émissions et exposées aux échanges commerciaux qui exercent une activité que le Cabinet fédéral a décidé d'assujettir dans les règlements. Choisir les gagnants et les perdants de cette façon relève de la politique industrielle, et non de la rigueur de la tarification du carbone.

[338] Il devient encore plus difficile de concilier la partie 2 avec la notion de rigueur de la tarification du carbone lorsque l'on se penche sur les effets du *Règlement* en tant que tels. Mon collègue le juge Rowe a fait un examen exhaustif des dispositions de la *Loi* qui confèrent au Cabinet fédéral le pouvoir de prendre des règlements et je souscris à son analyse, à laquelle j'ajoute ceci. Les règlements actuels imposent divers coûts du carbone aux industries assujetties au STFR. Le *Règlement* établit, d'après mon calcul, 78 normes de rendement distinctes réparties sur 38 activités industrielles. Puisque ces normes de rendement dépendent d'un niveau de rigueur choisi (à déterminer en fonction des enjeux de compétitivité et de fuite de carbone), les normes de rendement — et, par conséquent, le coût moyen par tonne d'émissions de GES — varient pour chacune de ces activités. Par exemple, il ressort du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de 2019 qu'un niveau de rigueur de 95 p. 100 de l'intensité moyenne des émissions est prescrit pour la production de fer, d'acier et de ciment, qui (conjugué à une

per tonne; a stringency of 90 percent is prescribed for refineries and petrochemical production, setting an average carbon cost of \$4 per tonne; and a stringency of 80 percent is prescribed for mining, potash and bitumen production and upgrading, setting an average carbon cost of \$8 per tonne (*Canada Gazette*, Part II, vol. 153, No. 14, July 10, 2019, at pp. 5387-88 and 5391).

[339] I stress Part 2 here because, in analysing the scale and sweep of discretion granted to the federal Cabinet under Part 2 of the *Act*, the majority vastly understates what Part 2 actually does. For example, after referring to the federal Cabinet’s power under Part 2 to regulate and issue orders that take it deep into matters of industrial policy, the majority says that, like in Part 1, “no aspect of the discretion provided for in Part 2 permits the Governor in Council to regulate GHG emissions broadly or to regulate specific industries in any way other than by setting GHG emissions limits and pricing excess emissions across the country” (para. 76). But this ignores the detailed regulation-making powers in Part 2, including the federal Cabinet’s discretion to set — on an industry-by-industry basis — output-based pricing standards under the *Regulations*, and to select which industries are exempt from having to pay the Part 1 fuel charge so as to preserve their international competitiveness. Rather than establish minimum national standards, therefore, it seems more correct to say that the *Act* empowers the federal Cabinet to establish variable and inconsistent standards for an array of different industrial activities.

[340] It follows from the foregoing that the pith and substance of Parts 1 and 2 of the *Act* ought to be characterized separately. And it also follows from the foregoing that the pith and substance of Part 1

redevance pour émissions excédentaires de 40 \$ par tonne d’émissions de carbone en 2021) établit un coût moyen de carbone de 2 \$ la tonne; un niveau de rigueur de 90 p. 100 est prescrit pour les raffineries et la production pétrochimique, établissant un coût moyen de carbone de 4 \$ la tonne; et un niveau de rigueur de 80 p. 100 est prescrit pour les mines et la production et la valorisation de la potasse et du bitume, établissant un coût moyen de carbone de 8 \$ la tonne (*Gazette du Canada*, Partie II, vol. 153, n° 14, 10 juillet 2019, p. 5387-5388 et 5391).

[339] J’insiste sur la partie 2 ici parce que, dans leur analyse de l’ampleur et de l’étendue du pouvoir discrétionnaire conféré au Cabinet fédéral dans la partie 2 de la *Loi*, les juges majoritaires minimisent considérablement ce que fait la partie 2 en réalité. Par exemple, après avoir mentionné le pouvoir du Cabinet fédéral prévu dans la partie 2 de prendre des règlements et des décrets qui se rapportent encore plus étroitement à des questions de politique industrielle, les juges majoritaires affirment qu’à l’instar de la partie 1, « aucun aspect du pouvoir discrétionnaire conféré par la partie 2 n’autorise le gouverneur en conseil à régir les émissions de GES de manière générale ou à régir des industries particulières si ce n’est en établissant des limites d’émission de GES et en tarifant les émissions excédentaires partout au pays » (par. 76). Toutefois, cette affirmation passe sous silence les pouvoirs de réglementation détaillés prévus dans la partie 2, y compris le pouvoir discrétionnaire du Cabinet fédéral de fixer — par industrie — des normes de tarification fondées sur le rendement en application du *Règlement*, et de choisir les industries qui sont dispensées de l’obligation de payer la redevance sur les combustibles prévue à la partie 1 de façon à ce que leur compétitivité internationale soit préservée. Plutôt que d’établir des normes nationales minimales, il semble donc plus exact d’affirmer que la *Loi* confère au Cabinet fédéral le pouvoir d’établir des normes variables et incohérentes pour un éventail d’activités industrielles différentes.

[340] Compte tenu de ce qui précède, le caractère véritable de la partie 1 de la *Loi* et celui de la partie 2 devraient être qualifiés séparément. Il découle aussi de ce qui précède que le caractère véritable de

of the *Act* is the reduction of GHG emissions by raising the cost of fuel. The pith and substance of Part 2 of the *Act* is the reduction of GHG emissions by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure.

### B. *Classification*

[341] I now turn to determining the class of subjects — that is, the heads of power under our Constitution — to which each of the enactment’s two dominant subject matters belongs. While the Attorney General of Canada and my colleagues in the majority have rushed directly to consider whether the *Act*’s dominant subject matter fits within the national concern branch of POGG, doing so is unsound as a matter of constitutional methodology: generally, courts should look *first* to the enumerated powers, resorting to the residual POGG authority only if necessary (*Hydro-Québec*, at para. 110, per La Forest J.; see also Hogg, at pp. 17-4 to 17-7; and D. Gibson, “Measuring ‘National Dimensions’” (1976), 7 *Man. L.J.* 15, at p. 17).

#### (1) Provincial Jurisdiction

[342] It must be remembered that the *Act*’s entire scheme is *premised* on the provinces *having* jurisdiction to do precisely what Parliament has presumed to do in the *Act* — that is, to impose carbon pricing through a comparable scheme.

[343] Provincial jurisdiction over property and civil rights authorized by s. 92(13) stands out as the most relevant source of legislative authority for the pith and substance of Parts 1 and 2 of the *Act*. Regulating trade and industrial activity, all within the boundaries of specified provinces, is indisputably captured by this broad head of power, which includes the regulation of business not coming within one of the enumerated federal heads of power, as well as, of course, the law of property and of contracts (Hogg,

la partie 1 de la *Loi* est la réduction des émissions de GES au moyen de la hausse du coût des combustibles. Le caractère véritable de la partie 2 de la *Loi* est la réduction des émissions de GES au moyen de la tarification des émissions d’une manière qui fait une distinction entre les industries selon l’intensité des émissions et l’exposition aux échanges commerciaux.

### B. *Classification*

[341] Je vais maintenant déterminer la catégorie de sujets — c’est-à-dire les chefs de compétence établis dans notre Constitution — à laquelle appartient chacune des deux principales matières du texte législatif. Bien que le procureur général du Canada et mes collègues les juges majoritaires se soient empressés de se demander si la principale matière visée par la *Loi* se rattachait au volet intérêt national du pouvoir POBG, il ne s’agit pas de la bonne façon de faire sur le plan de la méthodologie constitutionnelle : règle générale, les tribunaux doivent *d’abord* examiner les pouvoirs énumérés, ne prenant en compte le pouvoir résiduel en matière de POBG que s’il est nécessaire de le faire (*Hydro-Québec*, par. 110, le juge La Forest; voir également Hogg, p. 17-4 à 17-7; et D. Gibson, « Measuring “National Dimensions” » (1976), 7 *Man. L.J.* 15, p. 17).

#### (1) Compétence provinciale

[342] Il faut se rappeler que toute l’économie de la *Loi* repose sur la *prémisse* selon laquelle les provinces *ont* compétence pour faire précisément ce que le Parlement a voulu faire dans la *Loi* — c’est-à-dire imposer la tarification du carbone au moyen d’un régime comparable.

[343] La compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils que confère le par. 92(13) paraît être la source de compétence législative la plus pertinente en ce qui concerne le caractère véritable des parties 1 et 2 de la *Loi*. La réglementation des échanges commerciaux et de l’activité industrielle, le tout à l’intérieur des limites territoriales des provinces assujetties, est indiscutablement visée par ce vaste chef de compétence, qui comprend la réglementation du commerce qui ne relève pas de l’un des

at pp. 21-2 to 21-3 and 21-8 to 21-10; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at p. 110; Lederman, at pp. 603-4). Indeed, as I have explained, the *Act* operates as a backstop, operating only where provincial legislative authority is not exercised, or not exercised in a manner acceptable to the federal Cabinet.

[344] The majority acknowledges the importance of s. 92(13), emphasizing its importance for Quebec. Ironically, as I shall explain below, that importance is reinforced by *Quebec's* conspicuous absence from s. 94's provision for the uniformity of laws governing property and civil rights — an important feature of the terms on which Quebec entered Confederation, and which the majority ignores. Further, the majority's meager appreciation of s. 92(13)'s significance is made evident *both* by the majority's description of it as a tool merely for preserving “regional and cultural diversity” (para. 210), *and* by the hard reality that, under this legislation, the authority of Quebec and the other provinces under s. 92(13) is now subordinate to federal authority. To announce that the new national concern test invented by the majority is both “rigorous” and a “meaningful constraint” on federal power does not make it so (para. 210). With respect, and as I shall also explain, the majority's new test, far from constraining federal authority, instead enables it to encroach on provincial authority, notably that under s. 92(13).

[345] The provincial residuum in s. 92(16), granting authority over all matters of a local or private nature, could also authorise Parts 1 and 2 of the *Act* in the alternative (Hogg, at pp. 21-4 to 21-5).

[346] Part 2 of the *Act*, as a deep foray into industrial policy, also falls within matters of provincial legislative authority granted by s. 92(10) over local works and undertakings. Also relevant to Part 2 of

chefs de compétence fédérale énumérés, ainsi que, bien entendu, le droit des biens et des contrats (Hogg, p. 21-2 à 21-3 et 21-8 à 21-10; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons*, (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 110; Lederman, p. 603-604). En effet, comme je l'ai expliqué, la *Loi* fait office de « *backstop* », ne s'appliquant que lorsque la compétence législative provinciale n'est pas exercée, ou n'est pas exercée d'une manière que le Cabinet fédéral juge acceptable.

[344] Les juges majoritaires reconnaissent l'importance du par. 92(13), soulignant son importance pour le Québec. Ironiquement, comme je l'explique plus loin, cette importance est renforcée par l'absence manifeste du *Québec* de la disposition prévue à l'art. 94 portant sur l'uniformité des lois régissant la propriété et les droits civils — une caractéristique importante des modalités selon lesquelles le Québec a adhéré à la Constitution, et dont les juges majoritaires ne tiennent pas compte. De plus, leur faible appréciation de l'importance du par. 92(13) ressort à *la fois* de leur description de celui-ci en tant qu'outil servant simplement à préserver « la diversité régionale et culturelle » (par. 210), *et* de la dure réalité qui est que, selon cette loi, la compétence du Québec et des autres provinces aux termes du par. 92(13) est maintenant subordonnée à la compétence fédérale. Annoncer que le nouveau test de l'intérêt national inventé par les juges majoritaires est à la fois « rigoureux[x] » et un « frein important » au pouvoir fédéral ne le rend pas tel (par. 210). Soit dit en tout respect, et comme je vais l'expliquer, le nouveau test des juges majoritaires, loin de restreindre le pouvoir fédéral, lui permet plutôt d'empiéter sur la compétence provinciale, notamment celle prévue au par. 92(13).

[345] Subsidiairement, le pouvoir résiduel des provinces prévu au par. 92(16), leur conférant compétence à l'égard de toutes les matières d'une nature purement locale ou privée, pourrait également autoriser les législatures provinciales à adopter les parties 1 et 2 de la *Loi* (Hogg, p. 21-4 à 21-5).

[346] La partie 2 de la *Loi*, parce qu'elle représente une incursion profonde dans la politique industrielle, relève elle aussi de la compétence législative provinciale que confère le par. 92(10) à l'égard des travaux

the *Act* — with its emphasis on heavy industrial emitters, trade exposure, and international competitiveness — is s. 92A. This head of power gives the provinces the exclusive jurisdiction to make laws in relation to the exploration, development, conservation, and management of non-renewable natural resources in the province. Though not intended to derogate from the existing powers of Parliament, the resource amendment fortifies the pre-existing provincial powers in this area and gives the provinces indirect taxation powers, and greater control over, their natural resources (W. D. Moull, “Section 92A of the Constitution Act, 1867” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 715, at p. 716; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, at pp. 375-77; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 84).

[347] The foregoing identification of several areas of provincial legislative authority over the dominant subject matter of a federal statute should — and, as a matter of this Court’s constitutional methodology, *always has* — led this Court to the conclusion that the statute is *ultra vires* Parliament (barring application of the double aspect or ancillary powers doctrines). As McLachlin C.J. wrote for the majority in *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 19:

The first step in determining the validity of the amendments brought by by-law No. 260 is to identify their dominant characteristic. This is known as the “matter” of the legislation. Once the matter of the legislation has been determined, the next step is to assign this matter to one or more heads of legislative power. If the matter comes within one of the heads of power allocated to the provinces under the Constitution Act, 1867, then the impugned law is valid. If it does not, then the court must consider whether the prima facie invalid law is saved by the doctrine of ancillary powers. [Emphasis added; citations omitted.]

et entreprises d’une nature locale. L’article 92A est, lui aussi, pertinent en ce qui concerne la partie 2 de la *Loi* — laquelle porte principalement sur les grands émetteurs industriels, l’exposition aux échanges commerciaux et la compétitivité internationale. Ce chef de compétence confère aux provinces la compétence exclusive pour légiférer dans les domaines de la prospection, de l’exploitation, de la conservation et de la gestion des ressources naturelles non renouvelables de la province. Même si elle ne visait pas à réduire les compétences existantes du Parlement, la modification portant sur les ressources renforce les compétences provinciales préexistantes dans ce domaine et accorde aux provinces des pouvoirs de taxation indirecte et un plus grand contrôle sur leurs ressources naturelles (W. D. Moull, « Section 92A of the Constitution Act, 1867 » (1983), 61 *R. du B. can.* 715, p. 716; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, p. 375-377; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, par. 84).

[347] L’identification qui précède de plusieurs domaines de compétence législative provinciale pouvant englober la principale matière visée par une loi fédérale devrait mener — et, suivant la méthodologie constitutionnelle de notre Cour, *a toujours mené* — notre Cour à la conclusion que la loi outrepassa la compétence du Parlement (sous réserve de l’application des doctrines du double aspect ou des pouvoirs accessoires). Comme le soulignait la juge en chef McLachlin, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 19 :

La première étape de l’examen relatif à la validité des modifications introduites par le règlement n° 260 consiste à dégager leur caractéristique dominante. C’est ce qu’on appelle la « matière » visée par la législation. Une fois cette matière déterminée, il s’agit ensuite de la rattacher à un ou à plusieurs chefs de compétence législative. Si la matière se rattache à l’un des chefs de compétence attribués aux provinces par la Loi constitutionnelle de 1867, la législation contestée est valide. Dans le cas contraire, la cour doit alors se demander si ce texte législatif, à première vue invalide, est sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires. [Je souligne; citations omises.]

[348] And so, in this case the identification of several applicable provincial heads of power should truly be the end of the matter. This is because all such heads of power, including those I have just identified as applicable here, are, by the terms of s. 92 (and s. 92A(1)), matters over which provincial legislatures “may exclusively make Laws”. And, by the terms of s. 91, the POGG power applies only “in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”. While the constitutional text of “not coming within the Classes of Subjects . . . assigned exclusively to . . . the Provinces” is recounted in passing by my colleagues in the majority, they give it no consideration (Chief Justice’s reasons, at para. 89). Instead, they offer up bromides about the need to “maintain the autonomy of the provinces and respect the diversity of Confederation” (paras. 4, 48-50 and 89-90) — which assurances are belied by majority judgment’s eliding of clear constitutional text that was intended to maintain that very provincial autonomy and diversity. The objection, therefore, remains unanswered: the *exclusivity* of provincial jurisdiction over matters falling under s. 92 is fundamental to the Canadian brand of federalism, and was a unique and deliberate choice by the makers of our Constitution who were concerned about federal overreach via the POGG power — a concern, until now, shared by this Court.

[349] The language of “peace, order, and good government” (often in the form of “peace, welfare, and good government”, or “welfare, peace, and good government”) was frequently included in Imperial constituting documents long before the *Constitution Act, 1867* (appearing, for example, in the *Royal Proclamation 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1); the Commission appointing James Murray, Captain General and Governor in Chief of the Province of Quebec, November 21, 1763 (reproduced in *Sessional Papers*, vol. XLI, 3rd Sess., 10th Parl., 1907, No. 18, at p. 128); the *Quebec Act, 1774* (G.B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduced in R.S.C.

[348] Par conséquent, en l’espèce, la détermination de plusieurs chefs de compétence provinciale applicables aurait dû véritablement clore la question. Il en est ainsi parce que tous ces chefs de compétence, y compris ceux que je viens de déterminer comme étant applicables en l’espèce, sont, suivant le libellé de l’art. 92 (et du par. 92A(1)), des matières à l’égard desquelles les législatures provinciales « pour[ont] exclusivement faire des lois ». Qui plus est, suivant le libellé de l’art. 91, le pouvoir POBG ne s’applique que « relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces ». Bien que les juges majoritaires mentionnent au passage dans leurs motifs la formule « ne tombant pas dans les catégories de sujets [. . .] exclusivement assignés aux [. . .] provinces » prévue dans la Constitution, ils n’en tiennent nullement compte (motifs du juge en chef, par. 89). Ils offrent plutôt des banalités concernant la nécessité de « préserver l’autonomie des provinces et de respecter la diversité de la Confédération » (par. 4, 48-50 et 89-90) — ces garanties étant contredites par le fait que les juges majoritaires escamotent le texte constitutionnel clair qui visait à préserver cette même autonomie provinciale et cette même diversité. Par conséquent, cette objection reste sans réponse : l’*exclusivité* de la compétence provinciale à l’égard des matières visées par l’art. 92 est un élément fondamental du fédéralisme canadien, et représentait un choix unique et délibéré des auteurs de notre Constitution qui se préoccupaient de la portée excessive du pouvoir fédéral en matière de POBG — préoccupation que partageait, jusqu’ici, notre Cour.

[349] L’expression « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » (parfois exprimée par la formule « la paix, le bon ordre et le bon gouvernement » ou « la paix, le bien-être et le bon gouvernement ») était fréquemment incluse dans les documents constitutifs impériaux bien avant la *Loi constitutionnelle de 1867* (figurant, par exemple, dans la *Proclamation royale 1763* (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1); la Commission constituant James Murray capitaine général et gouverneur en chef de la province de Québec, 21 novembre 1763 (reproduit dans *Documents de la session*, vol. XLI, 3<sup>e</sup> sess., 10<sup>e</sup> lég., 1907, n° 18, p. 128); l’*Acte de Québec 1774*

1985, App. II, No. 2); *An Act for the better regulating the Government of the Province of the Massachusetts Bay in New England* (G.B.), 1774, 14 Geo. 3, c. 45; the *Constitutional Act, 1791* (G.B.), 31 Geo. 3, c. 31 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 3); *An Act to make temporary Provision for the Government of Lower Canada* (U.K.), 1838, 1 & 2 Vict., c. 9; the *Union Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 4); *An Act to provide for the Government of British Columbia* (U.K.), 1858, 21 & 22 Vict., c. 99; and the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63). (See, generally, S. Reid and M. Scott, *Interpretative note on the terms, “Peace, order and good government” and “Peace, welfare and good government”*, April 7, 2020 (online).)

[350] What is different, however, about s. 91 of the *Constitution Act, 1867* is the caveat that laws made under the POGG power may “not com[e] within the Classes of Subjects . . . assigned exclusively to . . . the Provinces”. While the above-listed constitutional documents all contain a caveat, it was to the effect that the law-making power being conferred should not be exercised in a manner inconsistent with the laws of the Imperial Parliament. For example, the *Royal Proclamation* cautioned that laws enacted for the “Peace, Welfare, and good Government” should be “as near as may be agreeable to the Laws of England”. But our Constitution imposed a new kind of caveat, by its terms clearly designed to preserve the integrity of provincial legislative authority. And it makes clear that the federal law-making authority for the peace, order, and good government of Canada was intended to be subject to the division of powers. Within their areas of legislative authority, provinces are not only sovereign, but *exclusively so*. Hence the constitutional impossibility of the *Act’s* backstop model: if the provinces *have* jurisdiction to do what the *Act* does — and, that is, again, the very premise of the *Act’s* scheme — then the *Act* cannot be constitutional under the national concern branch of POGG.

(G.-B.), 14 Geo. 3, c. 83 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2); *An Act for the better regulating the Government of the Province of the Massachusetts Bay in New England* (G.-B.), 1774, 14 Geo. 3, c. 45; la *Constitutional Act, 1791* (G.-B.), 31 Geo. 3, c. 31 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 3); *An Act to make temporary Provision for the Government of Lower Canada* (R.-U.), 1838, 1 & 2 Vict., c. 9; l’*Acte d’Union, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35 (reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 4); *An Act to provide for the Government of British Columbia* (R.-U.), 1858, 21 & 22 Vict., c. 99; et la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., c. 63). (Voir, généralement, S. Reid et M. Scott, *Interpretative note on the terms, « Peace, order and good government » and « Peace, welfare and good government »*, 7 avril 2020 (en ligne).)

[350] Toutefois, ce qui distingue l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est la réserve selon laquelle les lois adoptées en vertu du pouvoir POBG ne peuvent pas « tomb[er] [. . .] dans les catégories de sujets [. . .] exclusivement assignés aux [. . .] provinces ». Bien que les documents constitutionnels susmentionnés renferment tous *une* réserve, celle-ci avait pour objet de prévoir que le pouvoir de légiférer conféré ne devait pas être exercé de manière incompatible avec les lois du Parlement impérial. Par exemple, la *Proclamation royale* indiquait que les lois édictées pour « la paix, le bon ordre et le bon gouvernement » devaient être « conform[es] autant que possible aux lois d’Angleterre ». Toutefois, notre Constitution a imposé une nouvelle sorte de réserve qui, suivant son libellé, était manifestement conçue pour préserver l’intégrité de la compétence législative provinciale. Qui plus est, elle prévoit clairement que le pouvoir fédéral de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada était censé être assujéti au partage des compétences. Dans leurs champs de compétence législative, les provinces sont non seulement souveraines, mais elles le sont à *titre exclusif*. D’où l’impossibilité constitutionnelle de concevoir la *Loi* comme un « *backstop* » : si les provinces *ont* compétence pour faire ce que fait la *Loi* — et, je le répète, c’est la prémisse même de l’économie de la *Loi* — alors la *Loi* ne saurait être constitutionnelle au titre du volet intérêt national du pouvoir POBG.

[351] Again, my colleagues in the majority do not grapple with this fundamental objection, despite accepting that the provinces have the jurisdiction under ss. 92(13) and (16) and 92A to do precisely what the *Act* does (para. 197). Instead, they accept the submissions of the Attorneys General of Canada and of British Columbia that *something else* is going on here, that *some aspect* of the *Act* is truly and distinctly national in scope and lies outside provincial jurisdiction which can be regulated by Parliament under the POGG residual authority over matters of national concern. While these submissions are premised on what I have explained is an inadequate description of the pith and substance of the *Act*, I now turn to show that this view is unsustainable on this Court’s jurisprudence.

(2) The National Concern Branch of POGG

(a) *Defining the Matter of National Concern*

[352] The Attorneys General of Canada and British Columbia urge us to find that their proposed characterizations of the pith and substance of the *Act* are one and the same as the matters of national concern falling under the POGG power. This point reveals a lack of clarity in the jurisprudence, stemming from the particular way in which the division of powers analysis proceeds under POGG relative to the enumerated heads of power under s. 91. As I have explained, where an enumerated head of power is relied upon, the pith and substance of the impugned law is identified at the characterization step (for instance, “enhancing public safety by controlling access to firearms through prohibitions and penalties” in *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 4), and that pith and substance is then classified under a head of power or class of subjects (in that case, the criminal law power in s. 91(27)).

[353] The analysis proceeds somewhat differently, however, where, as here, Parliament relies

[351] Encore une fois, mes collègues les juges majoritaires ne s’attardent pas à cette objection fondamentale, bien qu’ils acceptent que les provinces aient compétence en vertu des par. 92(13) et (16) et de l’art. 92A pour faire précisément ce que fait la *Loi* (par. 197). Ils acceptent plutôt les arguments des procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique portant qu’il se passe *autre chose* en l’espèce, et qu’un *certain aspect* de la *Loi* a une portée véritablement et distinctement nationale et ne relève pas de la compétence provinciale, et peut être réglementé par le Parlement en vertu du pouvoir résiduel en matière de POBG sur les matières d’intérêt national. Bien que ces arguments s’appuient sur ce qui est, comme je l’ai expliqué, une description inadéquate du caractère véritable de la *Loi*, je me propose maintenant de démontrer que cette thèse est indéfendable au regard de la jurisprudence de notre Cour.

(2) Le volet intérêt national du pouvoir POBG

a) *Définir la matière d’intérêt national*

[352] Les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique nous pressent de conclure que les qualifications du caractère véritable de la *Loi* qu’ils proposent et les matières d’intérêt national au titre du pouvoir POBG sont une seule et même chose. Ce point révèle un manque de clarté dans la jurisprudence, découlant de la façon particulière par laquelle se fait l’analyse du partage des compétences au titre du pouvoir POBG par rapport aux chefs de compétence énumérés à l’art. 91. Comme je l’ai expliqué, lorsque l’on s’appuie sur un chef de compétence énuméré, le caractère véritable de la loi contestée est déterminé à l’étape de la qualification (par exemple, « améliorer la sécurité publique en régissant l’accès aux armes à feu, au moyen d’interdictions et de sanctions » dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 4), et le caractère véritable est ensuite classé sous un chef de compétence ou une catégorie de sujets (dans cette affaire, la compétence en matière de droit criminel prévue au par. 91(27)).

[353] Cependant, l’analyse se déroule de façon quelque peu différente lorsque, comme en l’espèce,

upon the national concern branch of POGG as the source of its authority to legislate. After identifying the pith and substance of the impugned law, and after deciding that it does not fall under an enumerated head of power, the reviewing court must then consider whether the matter said to be of national concern satisfies the requirements stated in *Crown Zellerbach*. If so, the matter is placed under exclusive and permanent federal jurisdiction. The question arises, however, whether the pith and substance of the impugned legislation should or can be *coextensive* with the matter of national concern, or whether the matter of national concern should or can be *broader* than the pith and substance of the legislation. The POGG jurisprudence offers little guidance on this point. The cases have described the matters of national concern both broadly (as in *Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292 (aeronautics), and *Ontario Hydro* (atomic energy)) and narrowly (as in *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663 (the development, conservation and improvement of the National Capital Region in accordance with a coherent plan)), depending on the particular question to be resolved. What the cases have not done — with the possible exception of *Crown Zellerbach* — is include, within the description of the matter of national concern, the *legislative means* of the particular statute under review. (In *Crown Zellerbach*, the matter of national concern is described at p. 436 as both “[m]arine pollution” and “the control of marine pollution by the dumping of substances”, although later cases have described the matter of national concern identified in *Crown Zellerbach* as only “marine pollution”, without the additional reference to legislative means: see *Hydro-Québec*, at para. 115, and *Friends of the Oldman River Society*, at p. 64.)

[354] As a general proposition, if a proposed matter of national concern is described more narrowly — for instance, by including legislative means — it will be easier for that matter to qualify under the test for applying the national concern doctrine stated in *Crown Zellerbach*. This is because, again generally, it is easier to demonstrate that a narrowly defined matter has a singleness, distinctiveness and

le Parlement s’appuie sur le volet intérêt national du pouvoir POBG comme source de son pouvoir de légiférer. Après avoir déterminé le caractère véritable de la loi contestée et décidé qu’il ne relève pas d’un chef de compétence énuméré, la cour de révision doit ensuite se demander si la matière dite d’intérêt national répond aux exigences énoncées dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Si c’est le cas, la matière est classée sous la compétence fédérale exclusive et permanente. Toutefois, il faut se demander si le caractère véritable de la loi contestée et la matière d’intérêt national doivent ou peuvent *coïncider*, ou si la matière d’intérêt national doit ou peut être *plus large* que le caractère véritable de la loi. La jurisprudence portant sur le pouvoir POBG ne nous éclaire pas beaucoup sur ce point. La jurisprudence a décrit les matières d’intérêt national tantôt largement (comme dans *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292 (aéronautique), et *Ontario Hydro* (énergie atomique)) et tantôt étroitement (comme dans *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663 (l’aménagement, la conservation et l’embellissement de la région de la capitale nationale conformément à un plan cohérent)), selon la question particulière qui devait être réglée. Ce que la jurisprudence n’a pas fait — à l’exception, peut-être, de l’arrêt *Crown Zellerbach* — est d’inclure dans la description de la matière d’intérêt national, les *moyens législatifs* de la loi particulière faisant l’objet de l’examen. (Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, la matière d’intérêt national est décrite à la p. 436 comme à la fois « la pollution des mers » et « le contrôle de la pollution des mers due à l’immersion de substances », alors que des arrêts subséquents ont décrit la matière d’intérêt national déterminée dans cet arrêt comme la « pollution des mers » sans autre mention des moyens législatifs : voir *Hydro-Québec*, par. 115, et *Friends of the Oldman River Society*, p. 64.)

[354] À titre de postulat général, si une matière d’intérêt national proposée est décrite plus étroitement — par exemple, en incluant les moyens législatifs — il sera plus facile pour cette matière de se qualifier au regard du test d’application de la théorie de l’intérêt national énoncé dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Il en est ainsi parce que, généralement encore, il est plus facile de démontrer qu’une matière

indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern. And, of course, the narrower the matter, the less the impact on provincial jurisdiction. The majority accepts the proposition that identifying the matter of national concern is simply a matter of identifying the pith and substance of the statute under review, which can, as here, include legislative means. Indeed, the majority says it *must* be so; one must always be the same as the other (paras. 115-16). But accepting this view effectively confines Parliament to that particular legislative means in responding to the matter of national concern. This would be unprecedented and undesirable. The arguments of the Attorneys General of Canada and of British Columbia illustrate this point.

[355] The Attorney General of Canada urges us to find that the matter of national concern to be recognized under POGG is precisely the same as its proposed pith and substance of the law, namely, “establishing minimum national standards integral to reducing nationwide GHG emissions”. The Attorney General of British Columbia similarly urges us to accept the matter of national concern in the same terms as his proposed pith and substance of the law: “. . . establishing minimum national pricing standards to allocate part of Canada’s targets for GHG emissions reduction”. To be clear, then, each of these submissions couple a description of *the legislative means* (minimum national standards) with *the purpose* of the law.

[356] Considering first the Attorney General of Canada’s proposed matter of national concern, I have already explained that it is not a court’s place to consider whether regulatory measures are “effective” or “integral”. Doing so is no more appropriate at the classification step than it is at the characterization step — and, in any event, the efficacy of legislation is irrelevant to distinguishing an area of distinctly federal jurisdiction from that of provincial jurisdiction. What is of greater significance here is the

définie étroitement possède l’unicité, la particularité et l’indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial. En outre, bien entendu, plus étroite est la matière, moindre sera son effet sur la compétence provinciale. Les juges majoritaires acceptent la proposition selon laquelle la détermination de la matière d’intérêt national revient simplement à déterminer le caractère véritable de la loi faisant l’objet de l’examen, ce qui, comme en l’espèce, comprend les moyens législatifs. De fait, les juges majoritaires affirment qu’il *doit* en être ainsi; l’une doit toujours être la même que l’autre (par. 115-116). Toutefois, accepter ce raisonnement revient en fait à astreindre le Parlement à ces moyens législatifs précis dans sa réponse à la matière d’intérêt national. Cela serait inédit et peu souhaitable. Les arguments des procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique illustrent ce point.

[355] Le procureur général du Canada nous presse de conclure que la matière d’intérêt national devant être reconnue au titre du pouvoir POBG correspond en tous points au caractère véritable de la loi qu’il propose, à savoir [TRADUCTION] « établir des normes nationales minimales indispensables à la réduction des émissions de GES dans le pays tout entier ». De même, le procureur général de la Colombie-Britannique nous presse de reconnaître la matière d’intérêt national suivant le même libellé que le caractère véritable de la loi qu’il propose, soit [TRADUCTION] « établir des normes nationales minimales de tarification afin d’attribuer une partie des cibles du Canada pour la réduction des émissions de GES ». En termes clairs, donc, chacun de ces arguments associe une description des *moyens législatifs* (des normes nationales minimales) à l’*objet* de la loi.

[356] D’abord, en ce qui concerne la matière d’intérêt national que propose le procureur général du Canada, je rappelle qu’il n’appartient pas aux tribunaux de se demander si des mesures réglementaires sont « efficaces » ou si elles sont « indispensables » à quelque chose. Une telle analyse n’est pas plus indiquée à l’étape de la classification qu’elle ne l’est à l’étape de la qualification — et, de toute façon, il n’est pas pertinent de déterminer l’efficacité de la loi pour faire la distinction entre un domaine de

invocation, common to the proposals of the Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia, of “minimum national standards”. As I have also explained, when used to characterize the pith and substance of the *Act*, this phrase is empty and misleading, and it can be rejected for that reason alone. But reliance upon “minimum national standards” is even less tenable as a proposed matter of national concern. Indeed, its acceptance as such would work pernicious effects on federalism.

[357] By way of explanation, the Attorney General of Canada urges us in his factum to find that a matter formerly under provincial jurisdiction is “transformed” (*how*, he does not say) into a matter of national concern when “minimum national standards” are invoked. This is simply not possible. Were it so, Parliament could unilaterally create an area of distinctly federal jurisdiction from matters that fall within exclusive provincial jurisdiction simply by doing the very thing that exclusive provincial jurisdiction was intended to preclude: legislating a national standard in respect of that matter. So understood, *every* subject matter listed under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* could be viewed as having a national component. The possibilities are endless: “minimum national standards” governing hospital and health care administration; “minimum national standards” governing the availability of bilingual municipal services; “minimum national standards” governing the location or construction of hydroelectric generating stations; “minimal national standards” of second-language education in public schools; or “minimum national standards” governing the content of public school courses in 18th century Canadian history.

[358] For this to serve as a basis for recognizing that *some aspect* of an area of provincial jurisdiction is truly and distinctly “national” in scope, and therefore actually lies *outside* provincial jurisdiction, “is to create something out of nothing and to subject

compétence distinctement fédérale et un domaine de compétence provinciale. Ce qui revêt encore plus d’importance en l’espèce est le recours, que l’on retrouve dans les thèses du procureur général du Canada et du procureur général de la Colombie-Britannique, à la notion de « normes nationales minimales ». Encore une fois, je rappelle que lorsqu’elle est employée pour qualifier le caractère véritable de la *Loi*, cette formule est vide de sens et trompeuse, et elle peut être rejetée pour ce seul motif. Cependant, il est encore moins défendable d’invoquer les « normes nationales minimales » en tant que matière d’intérêt national proposée. De fait, l’accepter comme telle aurait des effets pernicious sur le fédéralisme.

[357] Précisons que le procureur général du Canada, dans son mémoire, nous presse de conclure qu’une matière relevant de la compétence provinciale [TRADUCTION] « évolue » (*comment*, il ne le précise pas) en une matière d’intérêt national lorsque des « normes nationales minimales » sont invoquées. Cela n’est tout simplement pas possible. Si ce l’était, le Parlement pourrait unilatéralement créer un domaine de compétence distinctement fédérale à partir de matières qui relèvent de la compétence provinciale exclusive en faisant simplement ce que cette compétence provinciale exclusive était censée empêcher : établir par voie législative une norme nationale à l’égard de cette matière. Dans cette optique, *toute* matière relevant de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pourrait être vue comme comportant un élément national. Les possibilités sont illimitées : « normes nationales minimales » régissant l’administration des hôpitaux et les services de santé; « normes nationales minimales » régissant l’offre de services municipaux bilingues; « normes nationales minimales » régissant l’emplacement ou la construction de centrales hydroélectriques; « normes nationales minimales » d’enseignement en langue seconde dans les écoles publiques; et « normes nationales minimales » régissant le contenu des cours d’histoire du Canada du 18<sup>e</sup> siècle dans les écoles publiques.

[358] Que cela serve de fondement à la reconnaissance qu’un *certain aspect* d’un domaine de compétence provinciale est véritablement et distinctement de portée « nationale » et que, de ce fait, il *outrepasse* en réalité la compétence provinciale. [TRADUCTION]

every area of provincial jurisdiction to the potential setting of national standards that denude provincial power” (D. Newman, “Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes” (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187, at p. 199). It represents a model of *supervisory* federalism. This is all but acknowledged by my majoritarian colleagues who, in minimizing the *Act’s* effects on provincial authority, *repeatedly* stress that provinces are “free” to “implement their own GHG pricing mechanisms”, to “prescribe any rules for provincial pricing mechanisms”, to “design and legislate any GHG pricing system”, or to “design any GHG pricing system they choose” — but *then* adding, *every time*, the caveat “**as long as**” (or “**provided**”) they are “**sufficiently** stringent” to meet “the federally designated standard”, or “targets” (paras. 27, 61, 65, 72, 79, 81, 178, 179, 183, 186, 200 and 206 (emphasis added)). In other words, the provinces can exercise their jurisdiction however they like, *as long as* they do so in a manner that the federal Cabinet also likes. And yet, “[e]nsuring provincial compliance with Parliament’s wishes” is hardly an appropriate basis for recognizing a new matter of national concern (J. Hunter, “Saving the Planet Doesn’t Mean You Can’t Save the Federation: Greenhouse Gases Are Not a Matter of National Concern” (2021), 100 *S.C.L.R.* (2d) 59, at p. 79).

[359] Much the same can be said about British Columbia’s submission that “allocat[ing] part of Canada’s targets for GHG emissions reduction” is an appropriate matter of national concern. As I have already explained, this is not an accurate description of the pith and substance of the *Act*. More to the point, however, the notion of allocating national *targets* encounters the same objection as Canada’s minimum national *standards*: it is an artifice which, once grafted onto matters that are plainly of provincial jurisdiction (as the backstop scheme of the *Act* itself contemplates) adds nothing. And like minimum national standards, it can be applied to open up any

« revient à créer quelque chose à partir de rien et à soumettre tous les domaines de compétence provinciale à l’établissement éventuel de normes nationales qui vident de son contenu le pouvoir provincial » (D. Newman, « Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes » (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187, p. 199). Il s’agit là d’un modèle de fédéralisme *de supervision*. Mes collègues les juges majoritaires ne le reconnaissent pas ouvertement. Ceux-ci, en minimisant les effets de la *Loi* sur la compétence provinciale, soulignent à *maintes reprises* que les provinces sont « libres » « d’établir leur propre régime de tarification des GES », de « prescri[re] de[s] règles applicables aux mécanismes provinciaux de tarification », de « créer par voie législative tout système de tarification des GES » ou de « concevoir le système de tarification des GES qu’elles désirent » — mais ajoutent *ensuite, chaque fois*, la réserve « **pour autant que** » (ou « **pourvu que** ») ce régime soit « **suffisamment** rigoureux » pour respecter les « normes » ou les « cibles » « fix[ées] par le gouvernement fédéral » (par. 27, 61, 65, 72, 79, 81, 178, 179, 183, 186, 200 et 206 (soulignements et caractères gras ajoutés)). Autrement dit, les provinces peuvent exercer leur compétence comme elles le veulent, *tant qu’elles* le font d’une manière qui convient également au Cabinet fédéral. Pourtant, [TRADUCTION] « [a]ssurer la conformité provinciale aux souhaits du Parlement » n’est guère un fondement convenable pour reconnaître une nouvelle matière d’intérêt national (J. Hunter, « Saving the Planet Doesn’t Mean You Can’t Save the Federation: Greenhouse Gases Are Not a Matter of National Concern » (2021), 100 *S.C.L.R.* (2d) 59, p. 79).

[359] On peut en grande partie reprendre les mêmes propos à l’égard de l’argument de la Colombie-Britannique voulant que l’[TRADUCTION] « attribu[tion] des cibles du Canada pour la réduction des émissions de GES » soit une matière d’intérêt national adéquate. Comme je l’ai déjà expliqué, il ne s’agit pas d’une description juste du caractère véritable de la *Loi*. Plus particulièrement, cependant, l’idée d’attribuer des *cibles* nationales se bute à la même objection que celle que l’on peut opposer aux *normes* nationales minimales invoquées par le Canada : il s’agit d’un artifice qui, une fois greffé à des matières relevant manifestement de la

area of provincial jurisdiction to unconstitutional federal intrusion once Parliament decides to legislate uniform treatment in the form of mandatory, national “targets”. In this sense, there is no difference between Parliament legislating national standards and legislating national targets.

[360] British Columbia responds to this concern by raising the provincial inability test, coupled with a submission that, in most areas of provincial jurisdiction, there is no need for Parliament to interfere by enacting national targets. This is because, the argument goes, provincial legislation on such matters — for instance, education — has primarily *intra*-provincial impacts, such that the costs and benefits of the legislature’s policy choice are felt principally within the province. Education is therefore said to be unlike GHG emissions, since minimum national standards in education “would not indivisibly address a provincial inability” (A.F., Attorney General of British Columbia, at para. 49).

[361] But this submission misconceives the proper focus of the provincial inability test, a subject to which I will return below. For now, it suffices to observe that the existence of extra-provincial impacts does not mean that uniform legislative treatment is truly *essential* — as is made clear by considering, with reference to *Anti-Inflation*, the extra-provincial inflationary impacts of intra-provincial economic activities. It hardly seems likely that a similarly imaginative argument in that case about imposing “minimum national standards” or “allocating national targets” related to the containment and reduction of inflation would have moved Beetz J. from his conclusion that inflation was inappropriate as a matter of national concern.

compétence provinciale (comme le prévoit l’économie de la *Loi* elle-même, qui se veut un « *backstop* ») n’ajoute rien. Qui plus est, à l’instar des normes nationales minimales, il peut s’appliquer de manière à exposer n’importe quel domaine de compétence provinciale à un empiètement fédéral inconstitutionnel dès lors que le Parlement décide d’imposer par voie législative un traitement uniforme sous forme de « cibles » obligatoires nationales. En ce sens, que le Parlement impose par voie législative des normes nationales ou des cibles nationales revient au même.

[360] La Colombie-Britannique répond à cette préoccupation en soulevant le critère de l’incapacité provinciale, conjugué à l’argument voulant qu’il ne soit pas nécessaire que le Parlement s’immisce dans la plupart des champs de compétence provinciale en édictant des normes nationales. Suivant cet argument, la législation provinciale en ces matières — par exemple, l’éducation — a surtout des effets *intraprovinciaux*, de sorte que les coûts et les avantages du choix de politique de la législature sont ressentis principalement à l’intérieur de la province. L’éducation se distinguerait donc des émissions de GES, puisque des normes nationales minimales en éducation [TRADUCTION] « ne viseraient pas indivisiblement une incapacité provinciale » (m.a., procureur général de la Colombie-Britannique, par. 49).

[361] Toutefois, cet argument témoigne d’une méprise de ce sur quoi doit porter le critère de l’incapacité provinciale, sujet sur lequel je reviendrai plus loin. Pour le moment, il suffit de souligner que l’existence d’effets extraprovinciaux ne veut pas dire qu’un traitement législatif uniforme est véritablement *essentiel* — comme l’illustre clairement l’examen, dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, des effets inflationnistes extraprovinciaux d’activités économiques intraprovinciales. Il semble peu probable que si on avait présenté, dans cette affaire, un argument tout aussi audacieux à propos de l’imposition de « normes nationales minimales » ou de « l’attribution de cibles nationales » en lien avec l’endiguement et la réduction de l’inflation, le juge Beetz n’eût pas conclu que l’inflation ne pouvait être qualifiée de matière d’intérêt national.

[362] More fundamentally, I reject the idea that adding “minimum national standards” or the “allocation of nationwide targets” to a proposed matter creates or identifies a distinctly federal aspect of that matter. On this point, various parties invoked the concept of “systemic risk”, borrowed from the securities references — as indeed does the majority (at paras. 176 and 182) — to support a finding that the proposed matter met the requirements of the provincial inability test. In the *2011 Securities Reference*, this Court accepted that federal securities legislation engaged trade as a whole (as is required under the trade and commerce power), but nevertheless found that the law went too far by delving into “detailed regulation of *all* aspects of trading in securities, a matter that has long been viewed as provincial” (para. 114 (emphasis in original)). A more focussed law that was “limited to addressing issues and risk of a *systemic* nature that may represent a material threat to the stability of Canada’s financial system” was later upheld in the *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189 (“*2018 Securities Reference*”) because “the regulation of systemic risk in capital markets goes to promoting the stability of the economy generally, not the stability of one economic sector in particular” (para. 111 (emphasis in original)).

[363] The submission that the proposed matter is suitable as a matter of national concern because it addresses the systemic risks of climate change has superficial appeal. But this ignores fundamental differences between the respective analyses under the POGG national concern doctrine and under the s. 91(2) trade and commerce power. The federal power to regulate trade and commerce has no requirement for singleness, distinctiveness and indivisibility. On the contrary, subjects like competition law or systemic risk to capital markets can be diffuse and permeate the economy as a whole, and yet still validly fall under the federal trade and commerce power

[362] Plus fondamentalement, je rejette l’idée que l’ajout de « normes nationales minimales » ou l’« attribution de cibles à l’échelle nationale » à une matière proposée a pour effet de créer ou d’identifier un aspect distinctement fédéral de cette matière. Sur ce point, certaines parties ont invoqué la notion de « risques systémiques », empruntée aux renvois relatifs aux valeurs mobilières — comme le font d’ailleurs les juges majoritaires (par. 176 et 182) — pour appuyer une conclusion portant que la matière proposée satisfaisait aux exigences du critère de l’incapacité provinciale. Dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, notre Cour a accepté que la législation fédérale sur les valeurs mobilières mettait en jeu le commerce dans son ensemble (un des volets de la compétence en matière de trafic et de commerce), mais a néanmoins conclu que la loi allait trop loin en s’attardant à « la réglementation détaillée de *tous* les aspects du commerce des valeurs mobilières, une matière qui est considérée de longue date comme une compétence provinciale » (par. 114 (en italique dans l’original)). Par la suite, une loi d’application plus précise qui « se limit[ait] [. . .] à s’occuper des problèmes et du risque d’une nature *systémique* pouvant constituer une menace réelle à la stabilité du système financier canadien » a été jugée valide dans le *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189 (« *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières* »), parce que « réglementer le risque systémique dans les marchés de capitaux vise à favoriser la stabilité de l’économie dans son ensemble et non celle de certains secteurs d’activités en particulier » (par. 111 (en italique dans l’original)).

[363] L’argument selon lequel la matière proposée convient à titre de matière d’intérêt national parce qu’elle vise les risques systémiques des changements climatiques a un attrait superficiel. Toutefois, cela fait abstraction des différences fondamentales entre l’analyse fondée sur la théorie de l’intérêt national justifiant l’exercice du pouvoir POBG et celle fondée sur la compétence en matière de trafic et de commerce prévue au par. 91(2). Le pouvoir fédéral de réglementer le trafic et le commerce n’est pas assujéti à l’exigence d’unicité, de particularité et d’indivisibilité. Au contraire, des sujets comme le droit de la concurrence ou le risque systémique pour les

(see, for instance, para. 87 of the *2011 Securities Reference*, which discusses the diffuse nature of the competition law that was at issue in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641). “Systemic risk” is, therefore, an ill-fitting concept to borrow from the s. 91(2) analysis.

[364] Finally, I note that, in advancing an expansive national concern doctrine so as to augment federal power, both the Attorney General of Canada and the majority rush past s. 94 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that “the Parliament of Canada may make Provision for the Uniformity of all or any of the Laws relative to Property and Civil Rights”. As that section makes clear, the Constitution already contemplates that Parliament might wish to enact uniform laws related to property and civil rights in the provinces, as it does by the *Act*. But s. 94 also imposes certain constraints: it does not apply to Quebec and, in the provinces where it does apply, it requires the consent of the provincial legislatures.

[365] In other words, in bypassing s. 94 so as to embrace their centralized vision of Canadian federalism, both the Attorney General of Canada and the majority would (1) strip Quebec of its protection from federally imposed uniformity of laws relative to property and civil rights, and (2) write out of the Constitution the requirement for provincial consent elsewhere. This deprives the provinces, and Quebec in particular, of part of the bargain negotiated among the partners, without which “the agreement of the delegates from Canada East . . . could [not] have been obtained” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 36-37). As the Privy Council recognized more generally in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, at p. 361, s. 94 “would be idle and abortive, if it were held that the Parliament of Canada

marchés de capitaux peuvent représenter un vaste domaine et imprégner l’économie dans son ensemble, et néanmoins valablement relever de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce (voir, par exemple, le par. 87 du *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, où il est question du caractère diffus du droit de la concurrence qui était en cause dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641). Par conséquent, la notion de « risque systémique », empruntée à l’analyse au regard du par. 91(2), est inadaptée à la présente affaire.

[364] Enfin, j’observe qu’en préconisant une théorie de l’intérêt national large de manière à accroître le pouvoir fédéral, le procureur général du Canada et les juges majoritaires escamotent l’art. 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit que « le parlement du Canada pourra adopter des mesures à l’effet de pourvoir à l’uniformité de toutes les lois ou de parties des lois relatives à la propriété et aux droits civils ». Comme l’énonce clairement cette disposition, la Constitution prévoit déjà la possibilité que le Parlement veuille édicter des lois uniformes en matière de propriété et de droits civils dans les provinces, comme il le fait par la *Loi*. Toutefois, l’art. 94 impose aussi certaines restrictions : il ne s’applique pas au Québec et, dans les provinces où il s’applique, il exige le consentement des législatures provinciales.

[365] Autrement dit, en passant outre à l’art. 94 pour ainsi soutenir leur vision centralisée du fédéralisme canadien, tant le procureur général du Canada que les juges majoritaires (1) dépouilleraient le Québec de sa protection contre l’uniformité des lois imposées par le pouvoir fédéral relativement à la propriété et aux droits civils et (2) écarteraient de la Constitution l’exigence du consentement des autres provinces. Cela prive les provinces, et le Québec en particulier, d’une partie de l’entente négociée entre les partenaires, sans laquelle « l’accord des délégués du Canada-Est [. . .] n’aurai[t] pu être obten[u] » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 36-37). Comme l’a reconnu le Conseil privé plus généralement dans l’arrêt *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, p. 361,

derives jurisdiction from the introductory provisions of s. 91, to deal with any matter which is in substance local or provincial, and does not truly affect the interest of the Dominion as a whole”.

[366] It is no simple matter to tinker with the Constitution. This is why that task is left by the amending formula to legislatures, who can deliberate upon the complexities in depth, and not to courts which lack the necessary institutional competencies to navigate those complexities — as here, where, by engorging federal power as it does under the residual POGG power, the majority not only risks doing violence to s. 92 (and, for that matter, to s. 92A), but also trips over s. 94.

[367] This goes to a more fundamental point. As I will discuss below, both the Attorney General of Canada and the majority speak of a “balance” — the Attorney General of striking a “balance of federalism”, and the majority of a “federal-provincial balance” (R.F., at para. 69 (emphasis deleted); Chief Justice’s reasons, at paras. 102, 117 and 134). But what my colleagues in the majority do not appreciate is that they are *undoing* a balance. And that is because, as difficult as it may be for them to accept, the “balance” that *they* presume to strike, and that *they* would have *the judiciary* strike in future cases, has *already been struck* by Part VI of the *Constitution Act, 1867* (“Distribution of Legislative Powers”). The role of the courts is *not* to *strike* a balance, but to *maintain and preserve* the balance that is already recorded by our Constitution in its division of powers. As this Court wrote in *Reference re Firearms Act*, “it is beyond debate that an appropriate balance must be maintained between the federal and provincial heads of power” (para. 48 (emphasis added)). Section 94, like ss. 91 and 92, is part of a larger package that itself, and as a whole, reflects a “balance” that was agreed to by both the federal and provincial levels of government or their colonial predecessors.

l’art. 94 [TRADUCTION] « ser[ait] oiseux et stéril[e] si l’on maintenait que les dispositions introductives de l’art. 91 confèrent au Parlement canadien le pouvoir de légiférer en toute matière essentiellement locale ou provinciale et où l’intérêt du Dominion tout entier n’est pas véritablement en jeu ».

[366] Remanier la Constitution n’a rien d’anodin. C’est pourquoi la procédure de modification confie cette tâche aux législatures, qui peuvent délibérer en profondeur des complexités de cet exercice, et non aux tribunaux qui n’ont pas les compétences institutionnelles voulues pour s’y retrouver — comme en l’espèce, où, en élargissant le pouvoir fédéral comme ils le font au titre du pouvoir résiduel en matière de POGG, les juges majoritaires risquent non seulement de faire violence à l’art. 92 (et par le fait même, à l’art. 92A), mais se butent aussi à l’art. 94.

[367] Cela touche un point plus fondamental. Comme nous le verrons, le procureur général du Canada et les juges majoritaires parlent d’un « équilibre » — le premier parlant d’établir un « équilibre du fédéralisme », et les seconds parlant d’un « équilibre des pouvoirs entre le fédéral et les provinces » (m.i., par. 69 (italique omis); motifs du juge en chef, par. 102, 117 et 134). Toutefois, ce que mes collègues les juges majoritaires ne réalisent pas, c’est qu’ils sont en train de *rompre* un équilibre. Il en est ainsi parce que, aussi difficile soit-il pour eux de l’accepter, l’« équilibre » qu’ils prétendent établir, et celui qu’ils voudraient que *les tribunaux* établissent dans des affaires futures, a *déjà été établi* par la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« Distribution des pouvoirs législatifs »). Le rôle des tribunaux n’est *pas d’établir* un équilibre, mais plutôt *de maintenir et de préserver* l’équilibre qui est déjà inscrit dans notre Constitution dans le partage des compétences. Comme l’a affirmé notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, « il est [. . .] incontestable que l’équilibre approprié doit être maintenu entre les chefs de compétence fédéraux et provinciaux » (par. 48 (je souligne)). L’article 94, à l’instar des art. 91 et 92, fait partie d’un tout plus grand et qui reflète lui-même et dans l’ensemble un « équilibre » dont les ordres de gouvernement provincial et fédéral, ou leurs prédécesseurs coloniaux, ont convenu.

[368] Of course, re-balancing may occasionally be desirable or necessary — hence, for example, the negotiations that led to s. 92A, and hence certain particulars of the amending formula. But when that need arises, *if* it arises, it is not in the gift of either the Attorney General of Canada or of the Court to meet it. Indeed, their attempting to do so simply upsets the balance — by, as here, effectively stripping Quebec of an immunity held for over 150 years under the Constitution of Canada, which immunity protected, among other things, Quebec’s rights to the use of civil law in private matters, guaranteed nearly 250 years ago by the *Quebec Act*.

[369] For all these reasons, the matters of national concern proposed by the Attorneys General of Canada and British Columbia are constitutionally untenable. While it is unnecessary to resolve here the question of whether a newly recognized matter of national concern under POGG can ever be so narrowly defined to encompass only the pith and substance of the impugned law (and including the legislative means), I offer the following observations. As noted by Huscroft J.A., in dissent, describing the new matter of national concern so narrowly in effect constitutionalizes the law under review, and the particular means it adopts (2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65, at para. 224). It also risks the analysis devolving into results-oriented thinking, which must be avoided in the division of powers analysis (*Chatterjee*, at para. 16). Further, *Crown Zellerbach* suggests that the broader approach is appropriate. Recall that once a matter is recognized to be of national concern under POGG, Parliament is granted an “exclusive jurisdiction of a plenary nature to legislate in relation to that matter, including its intra-provincial aspects” (p. 433). This language suggests that, in relation to a matter of national concern, Parliament is granted a scope of jurisdiction — and the ability to employ means — beyond that specifically contemplated by the law under review.

[368] Bien entendu, un rééquilibrage peut parfois être souhaitable ou nécessaire — d’où, par exemple, les négociations qui ont mené à l’art. 92A, et d’où certains détails de la procédure de modification. Toutefois, au besoin, *si* besoin est, il n’appartient ni au procureur général du Canada ni à la Cour d’y répondre. De fait, leur tentative de le faire ne fait que rompre l’équilibre — en dépouillant dans les faits le Québec, comme en l’espèce, d’une immunité qu’il possède depuis plus de 150 ans en vertu de la Constitution du Canada, immunité qui protégeait, entre autres choses, le droit du Québec d’avoir recours au droit civil en matière privée, droit garanti il y a presque 250 ans par l’*Acte de Québec*.

[369] Pour tous ces motifs, les matières d’intérêt national proposées par les procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique sont constitutionnellement indéfendables. Bien qu’il ne soit pas nécessaire de régler en l’espèce la question de savoir si une matière d’intérêt national nouvellement reconnue au titre du pouvoir POBG peut être définie de façon si étroite qu’elle n’engloberait que le caractère véritable de la loi contestée (y compris les moyens législatifs), je vais formuler les observations suivantes. Comme l’a souligné le juge Huscroft dans sa dissidence, décrire de façon si étroite la nouvelle matière d’intérêt national a pour effet de constitutionnaliser la loi examinée et les moyens particuliers qu’elle adopte (2019 ONCA 544, 146 O.R. (3d) 65, par. 224). Une telle description risque en outre de faire en sorte que l’analyse devienne un raisonnement axé sur les résultats, ce qui doit être évité dans l’analyse du partage des compétences (*Chatterjee*, par. 16). Qui plus est, l’arrêt *Crown Zellerbach* laisse entendre que l’approche plus large est celle qui convient. Rappelons que lorsqu’une matière est reconnue comme étant d’intérêt national au titre du pouvoir POBG, le Parlement se voit conférer une « compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intraprovinciaux » (p. 433). Cette formulation laisse entendre que, en rapport avec une matière d’intérêt national, le Parlement se voit accorder une compétence dont la portée — et la faculté d’employer des moyens — dépassent ce qui est nommément prévu par la loi examinée.

[370] All this said, I decline to conclude that, as a general proposition, it would never be appropriate to describe a matter of national concern so narrowly as to encompass only the law under review and the legislative means it employs. Still, in the case at bar, a broad characterization of the national concern is unavoidable. Defining a matter of national concern that encompasses *both* the reduction of GHG emissions by raising the cost of fuel (Part 1) and the reduction of GHG emissions by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure (Part 2) requires broad strokes. The legislative means employed by Parts 1 and 2 are mutually distinct. Indeed, each is quite different from the other, sharing only a purpose: the reduction of GHG emissions. This, and my conclusion stated above that the definition of the matter of national concern should not tie Parliament to a particular legislative means, tend to support the identification of the matter said to be of national concern as the purpose of the *Act: the reduction of GHG emissions*. The only remaining question, then, is whether the reduction of GHG emissions satisfies the test stated in *Crown Zellerbach* for a valid national concern.

(b) *Singleness, Distinctiveness and Indivisibility*

[371] “The reduction of GHG emissions” does not meet the requirements of *Crown Zellerbach*. This would be so, even if it were appropriate to consider each of the pith and substance of Parts 1 and 2 as proposed matters of national concern, since the reduction of GHG emissions by raising the cost of fuel (Part 1) and by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure (Part 2) each fail to meet the requirement of distinctiveness. Neither of these matters is distinct from matters falling under provincial jurisdiction under s. 92. I begin, therefore, by considering why the pith and substance of each of Parts 1 and 2, respectively, fail to meet the requirement of distinctiveness (even if they were appropriate matters of national concern). Then, I

[370] Cela dit, je refuse de conclure qu’à titre de postulat général, il ne serait jamais approprié de décrire une matière d’intérêt national de façon si étroite qu’elle n’engloberait que la loi examinée et les moyens législatifs qu’elle emploie. Néanmoins, en l’espèce, une qualification large de l’intérêt national est inévitable. La définition d’une matière d’intérêt national qui englobe *à la fois* la réduction des émissions de GES au moyen de la hausse du coût des combustibles (partie 1) et la réduction des émissions de GES au moyen de la tarification des émissions d’une manière qui fait une distinction entre les industries en fonction de l’intensité des émissions et de l’exposition aux échanges commerciaux (partie 2) doit se faire à grands traits. Les moyens législatifs employés par les parties 1 et 2 sont entièrement distincts. De fait, ils sont chacun assez différents l’un de l’autre, ne partageant qu’un objet : la réduction des émissions de GES. Cela, et ma conclusion énoncée ci-dessus selon laquelle la définition de la matière d’intérêt national ne devrait pas restreindre le Parlement à un moyen législatif en particulier, tendent à indiquer que la matière dite d’intérêt national est la même que l’objet de la *Loi*, c’est-à-dire *la réduction des émissions de GES*. La seule question qu’il nous reste à trancher est donc celle de savoir si la réduction des émissions de GES satisfait au test énoncé dans l’arrêt *Crown Zellerbach* pour constituer une matière d’intérêt national valable.

b) *Unicité, particularité et indivisibilité*

[371] « La réduction des émissions de GES » ne respecte pas les exigences énoncées dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Tel serait le cas même s’il était approprié de considérer le caractère véritable de chacune des parties 1 et 2 comme étant les matières d’intérêt national proposées, puisque la réduction des émissions de GES au moyen de la hausse du coût des combustibles (partie 1) et de la tarification des émissions d’une manière qui fait une distinction entre les industries en fonction de l’intensité des émissions et de l’exposition aux échanges commerciaux (partie 2) ne satisfont ni l’une ni l’autre à l’exigence de particularité. Aucune de ces matières n’est distincte des matières relevant de la compétence provinciale en vertu de l’art. 92. Je commencerai donc par expliquer pourquoi le caractère véritable de chacune

consider why the proper matter of national concern as I understand it (“the reduction of GHG emissions”) fails to meet the requirements of singleness and indivisibility.

(i) The Pith and Substance of Each Part Is Not Distinct

[372] Here again, the backstop model of the *Act* is of significance. The principal difficulty in finding that the reduction of GHG emissions (whether by raising the cost of fuel, or by pricing emissions in a manner that distinguishes among industries based on emissions intensity and trade exposure) has the requisite distinctiveness to be recognized as a matter of national concern is illustrated by the very quality of the scheme that Parliament has legislated. Through the *Act*, Parliament encourages provinces to enact substantially *the same* scheme to serve *the same* regulatory purpose of altering behaviour. Again, this demonstrates that Parliament has legislated in respect of a matter that falls within provincial legislative authority, specifically, ss. 92(10) (local works and undertakings), (13) (property and civil rights), (16) (matters of a local nature) and 92A (natural resources). The *Act*’s backstop scheme admits of no other conclusion (Newman, at p. 197). This is much like *Hydro-Québec*, where the legislation contained no opt-out for the provinces, but rather empowered the Governor in Council to exempt provinces that had equivalent regulations in force (para. 57, per Lamer C.J. and Iacobucci J., dissenting, but not on this point). The observations of Lamer C.J. and Iacobucci J. on this point are therefore apposite:

The s. 34(6) equivalency provision also implicitly undermines the appellant’s submission that the provinces are incapable of regulating toxic substances. If the provinces were unable to regulate, there would be even more reason for the federal government not to agree to withdraw from

des parties 1 et 2, respectivement, ne respecte pas l’exigence de particularité (même si elles étaient des matières d’intérêt national valables). J’expliquerai ensuite pourquoi la matière d’intérêt national adéquate selon mon interprétation (« la réduction des émissions de GES ») ne respecte pas les exigences d’unicité et d’indivisibilité.

(i) Le caractère véritable de chaque partie n’est pas distinct

[372] Ici encore, le modèle de « *backstop* » de la *Loi* est important. La principale difficulté liée au fait de conclure que la réduction des émissions de GES (que ce soit au moyen de la hausse du coût des combustibles, ou de la tarification des émissions d’une manière qui fait une distinction entre les industries selon l’intensité des émissions et l’exposition aux échanges commerciaux) a la particularité requise pour être reconnue en tant que matière d’intérêt national ressort de la qualité même du régime qu’a édicté le Parlement. Par la *Loi*, le Parlement incite les provinces à adopter en grande partie *le même* régime visant la réalisation *du même* objectif de réglementation, soit de modifier les comportements. Encore une fois, cela démontre que le Parlement a légiféré à l’égard d’une matière qui relève de la compétence législative provinciale, plus particulièrement des par. 92(10) (travaux et entreprises d’une nature locale), (13) (propriété et droits civils), (16) (matières d’une nature locale) et de l’art. 92A (ressources naturelles). Le régime de « *backstop* » de la *Loi* n’admet aucune autre conclusion (Newman, p. 197). Cela ressemble beaucoup à la situation dans l’arrêt *Hydro-Québec*, où la loi ne permettait pas aux provinces de s’y soustraire, mais donnait plutôt au gouverneur en conseil le pouvoir d’exempter de son application les provinces où des règlements équivalents étaient en vigueur (par. 57, les juges Lamer et Iacobucci, dissidents, mais pas sur ce point). Les observations des juges Lamer et Iacobucci sur ce point sont donc pertinentes :

La disposition relative aux dispositions équivalentes que l’on trouve au par. 34(6) mine aussi implicitement la prétention de l’appelant que les provinces sont incapables de réglementer les substances toxiques. Si les provinces étaient incapables de réglementer ces substances,

the field. Section 34(6) demonstrates that the broad subject matter of regulating toxic substances, as defined by the Act, is inherently or potentially divisible. [para. 77]

[373] Proponents of the *Act* urge us to find that, even if the *Act* and provincially legislated GHG pricing schemes address the same matter, they each address different *aspects* of that matter. This argument rests on the applicability of the double aspect doctrine, whose application here the majority not only accepts but describes as *inevitable* whenever minimum national standards are employed (paras. 125-31). But the majority is simply wrong — the double aspect doctrine has no application here.

[374] The double aspect doctrine arose because “some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 30). It therefore contemplates that “both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various ‘aspects’ of the ‘matter’ in question” (para. 30). Whether the doctrine applies to the national concern doctrine of POGG is a question of some controversy, given this Court’s statement in *Crown Zellerbach* that Parliament acquires “exclusive jurisdiction of a plenary nature to legislate in relation to” the matter of national concern (p. 433; see, for instance, *Lacombe*, at paras. 26-27). Assuming without deciding, however, that the double aspect doctrine may, in some instances, apply to matters of national concern recognized as such under POGG, it has no application here.

[375] As the provinces clearly have jurisdiction to establish standards of GHG price stringency in the province, this leaves as the only difference between

le gouvernement fédéral serait d’autant plus justifié de refuser de se retirer de ce domaine. Le paragraphe 34(6) démontre que le large sujet de la réglementation des substances toxiques, défini dans la Loi, est fondamentalement ou potentiellement divisible. [par. 77]

[373] Les défenseurs de la *Loi* nous pressent de conclure que, même si la *Loi* et les régimes de tarification des émissions de GES créés par des lois provinciales portent sur la même matière, ils abordent chacun différents *aspects* de celle-ci. Cet argument est fondé sur l’applicabilité de la théorie du double aspect, dont les juges majoritaires non seulement acceptent l’application en l’espèce, mais la décrivent comme étant *inévitabile* lorsque des normes nationales minimales sont employées (par. 125-131). Or, les juges majoritaires ont tout simplement tort — la théorie du double aspect ne trouve aucune application en l’espèce.

[374] La théorie du double aspect a été reconnue parce que « certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 30). Elle prévoit donc que « le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c’est-à-dire selon les “aspects” variés de la “matière” discutée » (par. 30). La question de savoir si le principe s’applique à la théorie de l’intérêt national justifiant l’exercice du pouvoir POBG est source de quelques controverses, compte tenu de l’affirmation de la Cour dans l’arrêt *Crown Zellerbach* portant que le Parlement acquiert « une compétence exclusive et absolue pour légiférer » sur la matière d’intérêt national (p. 433; voir, p. ex., *Lacombe*, par. 26-27). À supposer, sans toutefois trancher la question, que la théorie du double aspect peut, dans certains cas, s’appliquer aux matières d’intérêt national reconnues comme telles au titre du pouvoir POBG, elle ne trouve pas application en l’espèce.

[375] Comme les provinces ont manifestement compétence pour établir des normes de tarification rigoureuse des GES sur leur territoire, la seule

the federal aspect and the provincial aspect “minimum national standards”. Obviously, adopting “minimum national standards” as part of the matter of national concern allows the majority to invoke the double aspect doctrine, since it has defined the matter in terms of something (enacting “national standards”) which, as a practical matter, only Parliament could possibly do. And just as obviously, when the matter is defined in terms of something only Parliament could possibly do, *whatever it is* that the provinces are doing *must be something different*. This reasoning, however, could easily be applied to create federal “aspects” of all sorts of matters falling within provincial jurisdiction. Indeed, the majority suggests *just that*, acknowledging that whenever the device of “minimum national standards” is used, a double aspect “will inevitably result” (para. 129).

[376] The device of minimum national standards, combined with the double aspect doctrine, artificially meets many aspects of the *Crown Zellerbach* test, as diluted by the majority. By definition, “minimum national standards”, being *national*, would presumably, and in every case, qualify as “qualitatively different from matters of provincial concern” and as “predominantly extraprovincial . . . in character” (Chief Justice’s reasons, at para. 148). And, of course provinces, being provinces, are *unable* to establish binding minimum national standards (para. 182). Further, because the *Act* leaves the provinces free to adopt their own schemes *as long as* (or *provided*) they meet federal approval, the impact on provincial jurisdiction is “qualified and limited” (paras. 198, 205 and 211). In short, the device of “minimum national standards”, where applied, deprives the majority’s framework of much of its “exacting” quality.

[377] It is, however, this simple. While the double aspect doctrine “allows for the *concurrent application* of both federal and provincial legislation, . . . it does

différence entre l’aspect fédéral et l’aspect provincial serait les « normes nationales minimales ». De toute évidence, l’adoption de « normes nationales minimales » dans le cadre de la matière d’intérêt national permet aux juges majoritaires d’avoir recours à la théorie du double aspect, puisqu’ils ont défini la matière comme étant quelque chose (l’adoption de « normes nationales ») que, dans la pratique, seul le Parlement pourrait faire. De plus, il est tout aussi évident que lorsque la matière est définie comme étant quelque chose que seul le Parlement pourrait faire, *quoi que* fassent les provinces, ce *doit* être *autre chose*. Ce raisonnement, toutefois, pourrait facilement être appliqué pour créer des « aspects » fédéraux de toutes sortes de matières relevant de la compétence provinciale. De fait, les juges majoritaires laissent entendre *exactement cela*, reconnaissant que chaque fois que le mécanisme des « normes nationales minimales » est utilisé, cela « va inévitablement entraîner » un double aspect (par. 129).

[376] Le mécanisme des normes nationales minimales, combiné à la théorie du double aspect, permet de satisfaire artificiellement à de nombreux aspects du test établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, tel qu’édulcoré par les juges majoritaires. Par définition, les « normes nationales minimales », puisqu’elles sont *nationales*, pourraient vraisemblablement, et dans tous les cas, être qualifiées de « qualitativement différente[s] des matières d’intérêt provincial » et comme ayant « un caractère principalement extraprovincial » (motifs du juge en chef, par. 148). Bien entendu, les provinces, à ce titre, ne *sont pas en mesure* d’établir des normes nationales minimales contraignantes (par. 182). De plus, comme la *Loi* laisse aux provinces la liberté d’adopter leur propre régime *pour autant que* (ou *pourvu que*) elles obtiennent l’approbation fédérale, l’impact sur la compétence provinciale est « limité et assorti de réserves » (par. 198, 205 et 211). En bref, le mécanisme des « normes nationales minimales », lorsqu’il est appliqué, dépossède le cadre d’analyse des juges majoritaires d’une grande partie de son caractère « exigeant[t] ».

[377] C’est toutefois aussi simple que cela. Bien que le principe du double aspect « ouvre la voie à l’*application concurrente* de législations fédérale et

not create *concurrent jurisdiction*” (2011 *Securities Reference*, at para. 66 (underlining added)). Like the POGG power itself, the double aspect doctrine must be carefully constrained and applied with caution, because its casual and undisciplined application in the majority’s reasons runs the near-certain risk that ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* will be merged into a “concurrent field of powers governed solely by the rule of paramountcy of federal legislation” (*Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 766). It was for this very reason, in *Bell Canada*, that Beetz J. cautioned that the doctrine “must not be [used] to create concurrent fields of jurisdiction . . . in which Parliament and the legislatures may legislate on the same aspect”; rather, it must be applied only “where the multiplicity of aspects is real and not merely nominal” (p. 766 (emphasis in original)).

[378] Nearly all of the parties and intervenor Attorneys General — aside from the Attorneys General of Canada, New Brunswick and British Columbia — expressed concerns about the application of the double aspect doctrine here. The Attorney General of Quebec offers a particularly compelling and constitutionally sound encapsulation of the problem with the majority’s invocation of the double aspect doctrine in this case, and of the damage to the federation that will follow. The Attorney General of Quebec — no stranger to carbon pricing and legislative action to mitigate climate change — says that the proposed matter does not contemplate two aspects of the same matter; rather, it contemplates the same aspect of the same matter. And because the provinces may legislate in this area only where such legislation meets the criteria unilaterally set by the federal government, defining the matter so as to artificially conjure a double aspect effectively amounts to a *transfer of jurisdiction* from the provinces to the federal government. This was, of course, also the point of the majority of the Court of Appeal of Alberta: the *Act* purports to do exactly what *the provinces* can do, and for precisely the same reason (2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1, at para. 209). There are simply

provinciales, [. . .] [il] ne crée pas de *compétence concurrente* » (*Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 66 (je souligne)). Comme le pouvoir POBG lui-même, la théorie du double aspect doit être soigneusement circonscrite et appliquée avec prudence, car son application irrégulière et désordonnée dans les motifs des juges majoritaires comporte le risque quasi certain que les art. 91 et 92 de *Loi constitutionnelle de 1867* soient unifiés en un « seul champ de compétences [. . .] conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales » (*Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 766). C’était exactement pour cette raison, dans l’arrêt *Bell Canada*, que le juge Beetz a fait la mise en garde portant que la théorie « ne doit pas [être utilisée pour] créer des champs de compétences conjointes [. . .] dans lesquels le Parlement et les législatures peuvent légiférer sous le même aspect »; elle doit plutôt être utilisée seulement lorsque « la pluralité des aspects est réelle et non pas seulement nominale » (p. 766 (souligné dans l’original)).

[378] Presque toutes les parties et les procureurs généraux intervenants — à l’exception des procureurs généraux du Canada, du Nouveau-Brunswick et de la Colombie-Britannique — ont exprimé des préoccupations concernant l’application de la théorie du double aspect en l’espèce. Le procureur général du Québec présente un résumé particulièrement convaincant et valable sur le plan constitutionnel du problème que pose le recours par les juges majoritaires à la théorie du double aspect dans l’affaire qui nous occupe, et des dommages à la fédération qui s’ensuivront. Le procureur général du Québec — qui connaît bien la tarification du carbone et les mesures législatives visant à atténuer les changements climatiques — affirme que la matière proposée ne porte pas sur deux aspects de la même matière; elle porte plutôt sur le même aspect de la même matière. Comme les provinces peuvent adopter des lois dans ce domaine seulement lorsque celles-ci respectent les critères établis unilatéralement par le gouvernement fédéral, définir la matière de façon à évoquer artificiellement un double aspect équivaut dans les faits à *transférer la compétence* des provinces au Parlement. Bien entendu, ce point a aussi été souligné par les juges majoritaires de la Cour d’appel

no distinctly federal aspects of the reduction of GHG emissions that cannot be divided among the enumerated heads of power. And describing the imposition of “minimum national standards” as the distinctly federal aspect of the matter simply brings us back to the arguments that, as I have already explained, get the Attorney General of Canada nowhere. Since such matters fall squarely within provincial jurisdiction, they cannot be matters of “national concern”, given that POGG is a residual power.

(ii) “The Reduction of GHG Emissions” Is Not Single or Indivisible

[379] It is, of course, true that *aspects* of “the reduction of GHG emissions” may be distinct from matters listed in s. 92. Like “inflation” or “the environment”, its nature is inherently diffuse, and it therefore would not *entirely* fall within provincial jurisdiction. Aspects of “the reduction of GHG emissions” would likely come within, for instance, exclusive federal powers over trade and commerce, navigation and shipping, and interprovincial or international works and undertakings (ss. 91(2) and (10) and 92(10)).

[380] But this is of no assistance to the majority here. While aspects of “the reduction of GHG emissions” may be distinct from matters falling under s. 92, as a matter of national concern it still fails to meet the *Crown Zellerbach* requirements of singleness and indivisibility. In *Crown Zellerbach*, it was “not simply the possibility or likelihood of the movement of pollutants across [the boundary between the territorial sea and the internal marine waters of a state]”, but “the difficulty of ascertaining by visual observation” that boundary that meant uniform legislative treatment was required for marine pollution (p. 437). This proposition could not be clearer. The matter was indivisible in that case *not* because pollutants might cross an invisible boundary; rather, the

de l’Alberta : la *Loi* vise à faire exactement ce que *les provinces* peuvent faire, et pour précisément la même raison (2020 ABCA 74, 3 Alta. L.R. (7th) 1, par. 209). Il n’y a tout simplement pas d’aspect distinctement fédéral à la réduction des émissions de GES qui ne peut être divisé entre les chefs de compétence énumérés. De plus, décrire l’imposition de « normes nationales minimales » comme étant l’aspect distinctement fédéral de la matière nous renvoie simplement aux arguments qui, comme je l’ai déjà expliqué, ne mènent le procureur général du Canada nulle part. Comme ces matières relèvent pleinement de la compétence provinciale, elles ne peuvent être des matières d’« intérêt national », étant donné que le pouvoir POBG est un pouvoir résiduel.

(ii) « La réduction des émissions de GES » n’est pas unique ni indivisible

[379] Il est certes vrai que des *aspects* de la « réduction des émissions de GES » peuvent être distincts des matières énumérées à l’art. 92. Comme l’« inflation » ou l’« environnement », la nature de cette matière est intrinsèquement diffuse, et elle ne relèverait pas *entièrement* de la compétence provinciale. Certains aspects de la « réduction des émissions de GES » relèveraient sans doute, par exemple, de compétences fédérales exclusives en matière de trafic et de commerce, de navigation et de bâtiments ou navires (*shipping*), et de travaux et entreprises d’une nature interprovinciale ou internationale (par. 91(2) et (10) et 92(10)).

[380] Cependant, cela n’est pas utile aux juges majoritaires en l’espèce. Bien que des aspects de la « réduction des émissions de GES » puissent être distincts des matières relevant de l’art. 92, en tant que matière d’intérêt national, cette matière ne respecte toujours pas les exigences d’unicité et d’indivisibilité établies dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Dans cet arrêt, ce n’était « non la seule possibilité ou probabilité que des polluants traversent [la limite entre la mer territoriale et les eaux intérieures d’un État] », mais « la difficulté de vérifier de visu » la limite qui faisait en sorte qu’un traitement législatif unique était requis pour la pollution marine (p. 437). Cette affirmation ne saurait être plus claire. La matière était indivisible dans cette affaire *non pas* parce que des polluants

matter was indivisible because of the difficulty of knowing the source and physical location (federal territorial seas vs. provincial inland waters) of the pollution at any given time, and therefore whose regulatory and penal provisions might apply.

[381] Here, however, the territorial jurisdiction from which GHG emissions are emitted is readily identifiable. The matter is divisible, because whenever fuel is purchased, or an industrial activity is undertaken, no question arises as to physical location and, therefore, no difficulty arises in identifying whose jurisdiction might apply. Responsibility for the reduction of GHG emissions among the provinces can therefore be readily identified for regulation at the source of such emissions. This is not a concern which, absent exclusive federal jurisdiction, the provinces could not address. Rather, both Parliament and the provinces may within their respective spheres of legislative authority “operate in tandem” to reduce GHG emissions (*Hydro-Québec*, at para. 59). The reduction of GHG emissions therefore lacks the degree of unity required to qualify as an indivisible matter of national concern.

[382] My majoritarian colleagues say that I have overstated the regulatory uncertainty aspect of Le Dain J.’s reasoning in *Crown Zellerbach*. They say that there are many routes to establishing indivisibility (para. 193), and I agree, as does my colleague Rowe J. (see para. 548). My point is not that regulatory uncertainty is a precondition to finding a matter of national concern. Rather, it is that, where the matter in question otherwise lacks specificity and unity — as is the case here, where the matter under consideration is the reduction of GHG emissions, as opposed to, for instance, the matter in *Munro* — the fact that harms may cross borders is not enough to make out indivisibility. Something more is required, and in *Crown Zellerbach*, that was the regulatory and penal uncertainty stemming from an inability to know the jurisdiction in which the pollution had been dumped (p. 437), since the crane depositing the

étaient susceptibles de traverser une limite invisible, mais plutôt en raison de la difficulté à connaître la source et l’emplacement physique (mers territoriales fédérales vs eaux intérieures provinciales) de la pollution à un moment donné, et à déterminer quelles dispositions réglementaires et pénales pourraient en conséquence s’appliquer.

[381] En l’espèce, toutefois, le territoire de compétence d’où proviennent les émissions de GES est facilement identifiable. La matière est divisible, car lorsque des combustibles sont achetés, ou lorsqu’une activité industrielle est entreprise, aucune question ne se pose quant à l’emplacement physique et, donc, aucune difficulté ne se pose pour déterminer la compétence de quel territoire peut s’appliquer. La responsabilité de la réduction des émissions de GES entre les provinces peut donc facilement être déterminée en vue de la réglementation à la source de ces émissions. Il ne s’agit pas d’un enjeu à l’égard duquel, à défaut d’une compétence fédérale exclusive, les provinces ne pourraient pas prendre de mesures. Le Parlement et les provinces peuvent plutôt, dans leurs sphères respectives de compétence législative, « agir de concert » en vue de réduire les émissions de GES (*Hydro-Québec*, par. 59). La réduction des émissions de GES n’a donc pas le degré d’unicité nécessaire pour être qualifiée de matière indivisible d’intérêt national.

[382] Mes collègues les juges majoritaires affirment que j’ai exagéré l’aspect d’incertitude réglementaire du raisonnement du juge Le Dain dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Ils disent qu’il existe plusieurs façons d’établir l’indivisibilité (par. 193), et je suis aussi de cet avis, tout comme mon collègue le juge Rowe (par. 548). Je ne dis pas que l’incertitude réglementaire est une condition préalable pour conclure qu’une matière est d’intérêt national. Le point que je veux souligner est plutôt que lorsque la matière en cause manque par ailleurs de spécificité et d’unicité — comme dans la présente affaire, où la matière en cause est la réduction des émissions de GES, par opposition, par exemple, à celle en cause dans l’arrêt *Munro* — le fait que les dommages puissent traverser les limites territoriales ne suffit pas pour démontrer qu’il y a indivisibilité. Il faut autre chose, et dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, il s’agissait

woodwaste in that case was mobile, fixed as it was on a scow. That uncertainty is absent here, and so relying on cross-border harms is simply not enough to make out indivisibility. The emission of GHGs, whether from a factory or an automobile, can be connected to the source province. GHG emissions are therefore *divisible*. This understood, “nationwide GHG emissions” are nothing more than the sum of provincial and territorial GHG emissions (Hunter, at pp. 75-76).

[383] Of course, uniform legislative treatment in the area of GHG emissions reduction might be *desirable*, as it might assist Canada in meeting its international commitments in relation to GHG emission targets. But the desirability of uniform treatment is hardly the marker of a matter of national concern. Here, the non-participation of one province does not prevent any other province from reducing its own GHG emissions. While a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of GHG emissions may cause more emissions from that province to cross provincial boundaries, that is *precisely* what this Court held was insufficient to meet the requirement of indivisibility in *Crown Zellerbach*. To be clear, even if this *could* be said to meet the provincial inability test — that is, even if *Crown Zellerbach* could be read as understanding “provincial inability” as including a provincial failure to act — my conclusion on this point would not change. This is because, properly understood — and contrary to the framework developed by the majority — the provincial inability test is but one indicium of singleness and indivisibility.

[384] Further, I agree with the majority at the Court of Appeal of Alberta, at para. 324, that

de l’incertitude réglementaire et pénale découlant de l’incapacité à savoir sur quel territoire les polluants avaient été déversés (p. 437), puisque la grue qui déposait les résidus de bois dans ce cas était mobile, fixée à un chaland. En l’espèce, une telle incertitude fait défaut, et il n’est donc tout simplement pas suffisant de se fonder sur des dommages transfrontaliers pour démontrer l’indivisibilité. L’émission de GES, que ce soit d’une usine ou d’une automobile, peut être rattachée à la province source. Les émissions de GES sont donc *divisibles*; lorsqu’on comprend cela, on comprend que les « émissions de GES à l’échelle nationale » ne sont rien de plus que la somme des émissions de GES provinciales et territoriales (Hunter, p. 75-76).

[383] Évidemment, un traitement législatif uniforme dans le domaine de la réduction des émissions de GES pourrait être *souhaitable*, vu qu’il est susceptible d’aider le Canada à atteindre ses engagements internationaux en lien avec les cibles d’émissions de GES. Toutefois, le caractère souhaitable d’un traitement uniforme n’est guère une indication d’une matière d’intérêt national. En l’espèce, la non-participation d’une province n’empêche pas les autres provinces de réduire leurs propres émissions de GES. Bien que l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des émissions de GES puisse faire en sorte qu’un plus grand nombre d’émissions de cette province en traversent les limites territoriales, c’est *précisément* cette situation que la Cour a jugé insuffisante pour que soit respecté le critère de l’indivisibilité établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach*. Il importe de préciser que même si l’on *pouvait* dire que cela respecte le critère de l’incapacité provinciale — c’est-à-dire, même si l’arrêt *Crown Zellerbach* pouvait être interprété comme voulant dire que « l’incapacité provinciale » comprend l’omission d’agir d’une province — ma conclusion à ce sujet ne changerait pas. Cela tient au fait que le critère de l’incapacité provinciale, bien interprété — et contrairement au cadre d’analyse élaboré par les juges majoritaires — ne constitue qu’un indice d’unicité et d’indivisibilité.

[384] De plus, je souscris à l’opinion suivante des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta, au par. 324 :

there is no evidence on this record that anything any one province does or does not do with respect to the regulation of GHG emissions is going to cause any measurable harm to any other province now or in the foreseeable future. . . . The atmosphere that surrounds us all is affected largely by what is being done, or not being done, in other countries. Four large countries or groups of countries, the United States, China, India and the European Union generate, cumulatively, 55.5% of the world's GHG emissions.

[385] Obviously, uniform legislative treatment might be desirable in that it could alleviate concerns about carbon leakage. But, and again as the Court of Appeal of Alberta observed, the evidence on this record of the harms of interprovincial carbon leakage is equivocal at best. Indeed, it tends to suggest that, in most sectors and for most provincial economic activity, such concerns are insignificant (E. Beale, et al., *Provincial Carbon Pricing and Competitiveness Pressures*, November 2015 (online), at p. II; Working Group on Carbon Pricing Mechanisms, *Final Report*, fn. 23; Sask. C.A. reasons, at para. 155, per Richards C.J.S.). This falls well short of establishing the majority's peremptory assertion that uniform treatment is *essential* to address carbon leakage concerns (paras. 183 and 186). And in the absence of actual evidence on this point, the majority's implicit proposition that Part 2 of the *Act* is *desirable* to address concerns about carbon leakage asks us to judge the *wisdom* of this particular policy choice, something that has no bearing on the analysis.

[386] In sum, the reduction of GHG emissions as a matter of national concern fails to meet the requirements of singleness and indivisibility. Like the containment and reduction of inflation, the reduction of GHG emissions

is an aggregate of several subjects some of which form a substantial part of provincial jurisdiction. It is totally lacking in specificity. It is so pervasive that it knows no

[TRADUCTION] . . . il n'y a aucun élément de preuve au dossier portant que quelque geste qu'une province pose ou non concernant la réglementation des émissions de GES causera un préjudice mesurable à une autre province maintenant ou dans un avenir prévisible. [. . .] Ce qui est fait, ou ce qui n'est pas fait, dans d'autres pays a une grande incidence sur l'atmosphère qui nous entoure tous. Quatre grands pays ou regroupement de pays, soit les États-Unis, la Chine, l'Inde et l'Union européenne, sont responsables cumulativement de 55,5 % des émissions de GES à l'échelle mondiale.

[385] De toute évidence, un traitement législatif uniforme serait souhaitable en ce sens qu'il atténuerait les préoccupations concernant les fuites de carbone. Toutefois, et encore une fois comme l'a observé la Cour d'appel de l'Alberta, la preuve au dossier concernant les dommages découlant des fuites de carbone interprovinciales est à tout le moins équivoque. De fait, elle tend à indiquer que, dans la plupart des secteurs et pour la plupart des activités économiques provinciales, de telles préoccupations sont négligeables (E. Beale et al., *Tarification provinciale du carbone et pressions concurrentielles*, novembre 2015 (en ligne), p. II; Groupe de travail sur les mécanismes d'instauration d'un prix sur le carbone, *Rapport final*, note 23; motifs de la C.A. Sask., par. 155, le juge en chef Richards). Cela ne peut servir de fondement à l'affirmation péremptoire des juges majoritaires selon laquelle un traitement uniforme est *essentiel* pour répondre aux préoccupations concernant les fuites de carbone (par. 183 et 186). Faute de preuve sur ce point, la conclusion implicite des juges majoritaires selon laquelle la partie 2 de la *Loi* est *souhaitable* pour répondre aux préoccupations concernant les fuites de carbone nous amène à juger la *sagesse* de ce choix de politique précis, ce qui n'a aucune incidence sur l'analyse.

[386] En résumé, la réduction des émissions de GES en tant que matière d'intérêt national ne répond pas aux exigences d'unicité et d'indivisibilité. Tout comme l'endiguement et la réduction de l'inflation, la réduction des émissions de GES

est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale. C'est une matière totalement dépourvue de spécificité et dont le

bounds. Its recognition as a federal head of power would render most provincial powers nugatory.

(*Anti-Inflation*, at p. 458)

(c) *Scale of Impact*

[387] Even *were* the reduction of GHG emissions a single and indivisible area of jurisdiction, its impact on provincial jurisdiction would be of a scale that is completely irreconcilable with the division of powers.

[388] The power to legislate to reduce GHG emissions effectively authorizes an array of regulations, “the boundaries of [which] are limited only by the imagination” (Sask. C.A. reasons, at para. 128). It extends to the regulation of any activity that requires carbon-based fuel, including manufacturing, mining, agriculture, and transportation. Indeed, Part 2 of the *Act*, much like the impugned law in the *2011 Securities Reference*, descends into the detailed regulation of industrial GHG emissions reduction by imposing different carbon prices on different industrial activities. As Huscroft J.A. recognized, in dissent, the power to create minimum standards for GHG emissions could potentially authorize minimum standards related to home heating and cooling, public transit, road design and use, fuel efficiency, manufacturing and farming prices (Ont. C.A. reasons, at para. 237).

[389] Unlike previously recognized matters of national concern, including aeronautics, the development and conservation of the national capital region, atomic energy and marine pollution, the power to legislate to reduce GHG emissions has the potential to undo Canada’s division of powers. It is in this respect comparable to the broad topics of environmental regulation and inflation, which this Court has expressly refused to recognize as independent legislative subjects. GHG emissions simply cannot be

caractère envahissant ne connaît pas de limites; en faire l’objet d’une compétence fédérale rendrait illusoires la plupart des pouvoirs provinciaux.

(*Renvoi : Loi anti-inflation*, p. 458)

c) *Étendue de l’effet*

[387] Même si la réduction des émissions de GES *était* un domaine de compétence unique et indivisible, son impact sur la compétence provinciale serait d’une ampleur complètement incompatible avec le partage des compétences.

[388] Le pouvoir de légiférer en vue de réduire les émissions de GES autorise dans les faits une gamme de normes réglementaires, [TRADUCTION] « [dont] les seules limites sont celles de l’imagination » (motifs de la C.A. Sask., par. 128). Il s’étend à la réglementation de toute activité qui nécessite des combustibles fossiles, notamment le secteur manufacturier, l’exploitation minière, l’agriculture et le transport. De fait, la partie 2 de la *Loi*, tout comme la loi contestée dans le *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, s’enlise dans la réglementation détaillée de la réduction des émissions industrielles de GES en imposant différents prix du carbone à différentes activités industrielles. Comme l’a reconnu le juge Huscroft dans sa dissidence, le pouvoir de créer des normes minimales pour les émissions de GES pourrait éventuellement avoir pour effet de permettre des normes minimales relatives au chauffage et à la climatisation des habitations, au transport public, à la conception et l’utilisation des routes, à l’efficacité des combustibles et aux prix dans les secteurs manufacturier et agricole (motifs de la C.A. Ont., par. 237).

[389] Contrairement aux matières d’intérêt national qui ont déjà été reconnues, notamment l’aéronautique, l’aménagement et la conservation de la région de la capitale nationale, l’énergie nucléaire et la pollution marine, le pouvoir de légiférer en vue de la réduction des émissions de GES est susceptible de réduire à néant le partage des compétences du Canada. Il est à cet égard comparable aux vastes sujets que sont la réglementation environnementale et l’inflation, que la Cour a expressément refusé

treated as a single regulatory matter, “because no system in which one government was so powerful would be federal” (D. Gibson, “Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada” (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, at p. 85).

[390] In an attempt to minimize the scale of impact on provincial jurisdiction, the Attorney General of British Columbia reminds us that the *Act* does not forbid any *activity*, but only increases the *cost* of certain activities. The *Act*, he argues, is not about regulation, but pricing; it does not allow the federal Cabinet to determine *who* may emit GHGs or set *conditions* on how they do it, but rather allows anyone to emit GHGs if they pay for it (A.F., at paras. 19-21). It follows, on this reasoning, that any impact on provincial jurisdiction is minimal, particularly compared to what it might have been had Parliament resorted to its criminal law power, for instance, to prohibit GHG emissions.

[391] The majority adopts this line of argument, describing “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions” as an exclusively “pricing-based formulation” of the *Act*’s pith and substance (para. 57). As it explains, “the focus of the [*Act*] is on national GHG pricing” (para. 60; see also para. 70). In so concluding, the majority stresses that “the [*Act*] does not require those to whom it applies to perform or refrain from performing specified GHG-emitting activities”, or “tell industries how they are to operate in order to reduce their GHG emissions” (para. 71). Rather, it says, the *Act* simply “require[s] persons to pay for engaging in specified activities that result in the emission of GHGs” (para. 71) — in other words, “just paying money”.

de reconnaître comme des sujets législatifs indépendants. Les émissions de GES ne peuvent tout simplement pas être traitées comme une matière unique à des fins de réglementation, [TRADUCTION] « car aucun système au sein duquel un gouvernement serait si puissant ne serait fédéral » (D. Gibson, « Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada » (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, p. 85).

[390] Pour tenter de minimiser l’étendue de l’effet sur la compétence provinciale, le procureur général de la Colombie-Britannique nous rappelle que la *Loi* n’interdit aucune *activité*, mais ne fait qu’augmenter le *coût* de certaines d’entre elles. Il fait valoir que la *Loi* ne porte pas sur la réglementation, mais sur la tarification; elle ne permet pas au Cabinet fédéral d’établir *qui* peut émettre des GES ou de fixer des *conditions* sur la façon de le faire, mais permet plutôt à quiconque d’émettre des GES s’il en paye le prix (m.a., par. 19-21). Il s’ensuit, selon ce raisonnement, que tout effet sur la compétence provinciale est négligeable, particulièrement en comparaison à la situation qui aurait prévalu si le Parlement avait eu recours à sa compétence en matière de droit criminel, par exemple, pour interdire les émissions de GES.

[391] Les juges majoritaires adoptent ce raisonnement, et décrivent « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz » comme une « formulation du caractère véritable de la [*Loi*] basée [exclusivement] sur la tarification » (par. 57). Comme ils l’expliquent, « l’aspect central de la [*Loi*] est la tarification nationale des émissions de GES » (par. 60; voir aussi par. 70). À l’appui de cette conclusion, les juges majoritaires soulignent que « la [*Loi*] n’oblige pas les personnes auxquelles elle s’applique à exercer ou à s’abstenir d’exercer des activités émettrices de GES particulières » et « ne dit pas non plus aux organisations industrielles comment elles doivent être exploitées afin de réduire leurs émissions de GES » (par. 71). Ils affirment que la *Loi* « se limite plutôt à obliger les personnes qui exercent des activités émettrices de GES déterminées à payer certaines sommes pour le faire » (par. 71) — autrement dit, elle exige « simplement que les personnes payent certaines sommes ».

[392] This view ignores two problems. First, “just paying money” is an odd way of describing the impact of a law. The *goal* of the financial charges — “just paying money” — is to *influence behaviour*, in this case both consumer and industrial. And that is precisely the point. As Canada’s Ecofiscal Commission observed during oral submissions, Part 2 of the *Act* “uses pricing to achieve its environmental goals” (transcript, day 2, at p. 77). Further, poised as they are to affect the cost of fuel and dictate the viability of emissions-intensive trade-exposed industries, the charges imposed by the *Act* stand to have a profound effect on provincial jurisdiction and the division of powers.

[393] The point is that “just paying money” hardly captures the intended impact of the *Act*, let alone its potential impact. And yet, this is central to the efforts of the *Act*’s proponents, including the majority, to downplay what the law actually does. Indeed, the majority takes matters even further, by stressing how minimally, in its view, the *Act* actually impacts provincial autonomy. Provinces, observes the majority, may still choose any type of carbon pricing regime they wish. “[F]lexibility and support for provincially designed GHG pricing schemes” remain the order of the day, and provinces are “free to design and legislate any GHG pricing system” they wish, “**as long as**”, of course, their schemes are “sufficiently stringent” and meet the federally designated standards (paras. 79 and 200 (emphasis added)). This leads to an impact on provincial jurisdiction that is, in their view, “strictly limited” (para. 200). This, like the flawed idea that the *Act* is just about paying money — as opposed to the discouragement or prohibition of an activity — informs much of the majority’s classification analysis. It is simply unsustainable.

[392] Ce point de vue néglige deux problèmes. Premièrement, décrire l’effet d’une loi comme étant « simplement que les personnes payent certaines sommes » est une étrange façon de le faire. L’*objectif* des redevances — « simplement que les personnes payent certaines sommes » — est d’*influencer les comportements*, en l’espèce autant celui des consommateurs que celui des industries; c’est là toute la question. Comme l’a observé la Commission de l’écofiscalité du Canada lors de sa plaidoirie, la partie 2 de la *Loi* [TRADUCTION] « recourt à la tarification en vue d’atteindre ses objectifs environnementaux » (transcription, jour 2, p. 77). De plus, conçues pour avoir une incidence sur le coût des combustibles et pour déterminer la viabilité des industries à forte intensité d’émissions et exposées aux échanges commerciaux, les redevances qu’impose la *Loi* risquent d’avoir de profondes répercussions sur la compétence provinciale et le partage des compétences.

[393] Le fait est que « simplement que les personnes payent certaines sommes » ne rend guère l’impact voulu de la *Loi*, encore moins son impact potentiel. Pourtant, cette idée est au cœur des efforts des défenseurs de la *Loi*, y compris les juges majoritaires, visant à minimiser ce que fait réellement la loi. En effet, les juges majoritaires vont encore plus loin en soulignant qu’à leur avis, la *Loi* n’a dans les faits qu’un impact minimal sur l’autonomie provinciale. Selon ceux-ci, les provinces peuvent toujours choisir le régime de tarification du carbone qui leur convient. « [L]a flexibilité et [. . .] l’appui à l’égard des régimes de tarification élaborés par les provinces » est de mise, et les provinces sont « libres de créer par voie législative tout système de tarification des GES » qui leur convient, « **pourvu que** », évidemment, leurs régimes soient « suffisamment rigoureux » et respectent les normes fixées par le gouvernement fédéral (par. 79 et 200 (caractères gras ajoutés)). Cela donne lieu à un impact sur la compétence provinciale qui est, à leur avis, « strictement limité » (par. 200). Cet élément, tout comme l’idée erronée que la *Loi* ne vise qu’à faire payer — plutôt que la dissuasion ou l’interdiction d’une activité — sert en grande partie de fondement à l’analyse de la classification que font les juges majoritaires. Cela est tout simplement intenable.

[394] The second problem with the “just paying money” line of defence is that the contrasting degree of potential impact on provincial jurisdiction of a hypothetical law validly promulgated under Parliament’s criminal law power, or its taxation power for that matter, has absolutely no bearing on whether another matter should be recognized as a matter of national concern. Contrary to the submissions of the Attorneys General of Canada and British Columbia at the hearing of these appeals, the Constitution does not require provinces to happily accept a severe intrusion on their jurisdiction under POGG simply because Parliament *could* have passed a *criminal* law. Likewise, an intrusion into provincial jurisdiction is no less severe simply because it leaves the provinces with authority to enact *more* stringent regulatory requirements. This argument misses the point of the division of powers analysis, which — *pace* the majority — allows no recourse to balancing or proportionality considerations. The *Constitution Act, 1867* does not permit federal overreach *as long as* it preserves provincial autonomy to the greatest extent possible. It sets out spheres of exclusive jurisdiction. It *divides* powers — *exclusive* powers — between Parliament and the provincial legislatures. And within their sphere of jurisdiction, the provincial legislatures are sovereign, which sovereignty connotes provincial power to act — or not act — as they see fit, not *as long as* they do so in a manner that finds approval at the federal Cabinet table (see H. Cyr, “Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism” (2014), 23 *Const. Forum* 20, at pp. 21-22). The very idea of recognizing federal jurisdiction to legislate “minimum national standards” of matters falling within provincial jurisdiction is corrosive of Canadian federalism.

[394] Le deuxième problème relatif à la défense selon laquelle la *Loi* vise « simplement à ce que les personnes payent certaines sommes » est que le degré différent d’impact potentiel sur la compétence provinciale d’une loi hypothétique promulguée valablement en vertu de la compétence en matière de droit criminel du Parlement, ou du reste, de son pouvoir de taxation, n’a absolument aucune incidence sur la question de savoir si une autre matière devrait être reconnue en tant que matière d’intérêt national. Contrairement aux observations des procureurs généraux du Canada et de la Colombie-Britannique lors de l’instruction des présents pourvois, la Constitution n’exige pas que les provinces acceptent sans problème un grave empiètement sur leur compétence en vertu du pouvoir POBG simplement parce que le Parlement *aurait* pu adopter une loi *criminelle*. De même, un empiètement sur une compétence provinciale n’est pas moins grave simplement parce qu’il donne aux provinces le pouvoir d’adopter des exigences réglementaires *plus* rigoureuses. Cet argument passe à côté de l’essentiel de l’analyse du partage des compétences, qui — n’en déplaise aux juges majoritaires — ne permet aucun recours aux considérations relatives à la mise en balance ou à la proportionnalité. La *Loi constitutionnelle de 1867* ne permet pas au Parlement d’excéder ses compétences *pourvu* qu’il préserve l’autonomie provinciale dans la mesure du possible. Elle énonce les sphères de compétence exclusive. Elle *partage* les compétences — des compétences *exclusives* — entre le Parlement et les législatures provinciales. Dans leur sphère de compétence, les législatures provinciales sont souveraines, et cette souveraineté suggère le pouvoir provincial d’agir — ou de ne pas agir — comme elles le jugent approprié, et non *pourvu* qu’elles le fassent d’une manière qui serait approuvée par le Cabinet fédéral (voir H. Cyr, « Autonomy, Subsidiarity, Solidarity: Foundations of Cooperative Federalism » (2014), 23 *Const. Forum* 20, p. 21-22). L’idée même de reconnaître la compétence fédérale d’adopter par voie législative des « normes nationales minimales » concernant des matières qui relèvent de la compétence provinciale a un effet corrosif sur le fédéralisme canadien.

(3) Other Sources of Federal Legislative Authority

[395] While the Attorney General of Canada focused his submissions on the national concern doctrine, at the conclusion of his factum he pleads, in the alternative, that “Part 1 of the *Act* is validly enacted under Parliament’s taxation power” and, further, that “the entire *Act* is validly enacted under the emergency branch of Parliament’s POGG power, Parliament’s criminal law power, or other existing heads of power, as argued by various Intervenors” (R.F., at paras. 167-68 (emphasis added)). Yet, no actual *argument* is advanced by the Attorney General on *any* of those potential sources of Parliament’s authority, or for that matter on anything other than the national concern branch of POGG. Indeed, that appears to have been the basis upon which Parliament understood itself as proceeding since, when asked during debate about the *Act*’s constitutionality, the reply of the Minister of Environment and Climate Change was to identify that climate change was a “national concern” (*Debates of the Senate*, vol. 150, No. 275, 1st Sess., 42nd Parl., April 2, 2019, at p. 7714 (Hon. Catherine McKenna)). But now, in a storm, any port will apparently do.

[396] Despite the Attorney General’s evident lesser degree of commitment here, I now turn to address the various sources of federal authority “argued by various Intervenors”.

(a) *Gap Branch of POGG*

[397] Several interveners urged us to consider the gap branch of the POGG power as a possible source of federal jurisdiction for the *Act*. For instance, the intervener Athabasca Chipewyan First Nation submitted that the three branches of POGG must be read “fluidly” and that the “scientific newness” of climate change — being a matter unknown at the time of Confederation — should militate in favour of the validity of the *Act*. A version of this idea finds support in academic scholarship. Professor Newman,

(3) Autres sources de compétence législative fédérale

[395] Bien que le procureur général du Canada ait axé ses observations sur la théorie de l’intérêt national, il soutient subsidiairement à la conclusion de son mémoire que [TRADUCTION] « la partie 1 de la *Loi* a été valablement édictée en vertu du pouvoir de taxation du Parlement » et, de plus, que « la *Loi* tout entière a été valablement édictée en vertu du volet urgence du pouvoir POGG du Parlement, de sa compétence en matière de droit criminel, ou d’autres chefs de compétence, mis de l’avant par divers intervenants » (m.i., par. 167-168 (je souligne)). Pourtant, le procureur général ne formule aucun *argument* véritable concernant *l’une ou l’autre* de ces sources potentielles de compétence du Parlement ou, du reste, concernant autre chose que le volet intérêt national du pouvoir POGG. D’ailleurs, il semble que tel était le fondement sur lequel le Parlement pensait agir car, lorsqu’on lui a posé une question durant les débats concernant la constitutionnalité de la *Loi*, la ministre de l’Environnement et du Changement climatique a répondu que les changements climatiques étaient un « enjeu national » (*Débats du Sénat*, vol. 150, n° 275, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2 avril 2019, p. 7714 (l’hon. Catherine McKenna)). Mais en ce moment, au cœur du débat, il semble que la nécessité fasse loi.

[396] Malgré l’évident degré moindre d’engagement du procureur général à ce sujet, j’examinerai maintenant les diverses sources de compétence fédérale « mis[es] de l’avant par divers intervenants ».

a) *Volet lacune du pouvoir POGG*

[397] Plusieurs intervenants nous pressent de considérer le volet lacune du pouvoir POGG comme une source possible de compétence fédérale pour la *Loi*. Par exemple, l’intervenante la Première Nation des Chipewyan d’Athabasca a fait valoir que les trois volets du pouvoir POGG doivent être interprétés [TRADUCTION] « de façon fluide » et que la « nouveauté scientifique » des changements climatiques — inconnus au moment de la Confédération — devrait militer en faveur de la validité de la *Loi*. Une version

for instance, suggests that POGG's national concern branch and gap branch are one and the same (pp. 195-96 and fn. 47).

[398] I agree with Rowe J. that the case law does not support a distinction between the “gap” and “national concern” branches of POGG. Regardless of whether the “gap” branch is understood as housing “new” matters that did not exist at the time of Confederation or as requiring a lacuna in the text of the Constitution, all such matters must still pass the national concern test. As such, the scientific newness of climate change has no bearing on my analysis. As I have already explained, resort to this branch of POGG is not possible here, given that the pith and substance of each of Parts 1 and 2 of the *Act* are properly classified under provincial heads of power.

(b) *Emergency Branch of POGG*

[399] The emergency branch of POGG was also proposed as a possible basis for federal authority by several interveners including the David Suzuki Foundation, the Canadian Labour Congress, the Intergenerational Climate Coalition, the Athabasca Chipewyan First Nation, and the National Association of Women and the Law and Friends of the Earth. It is curious that the majority does not consider this, since its reasons speak in such terms, describing climate change as “an existential challenge[,] a threat of the highest order to the country, and indeed to the world” (para. 167; see also paras. 187, 190, 195 and 206). Further, the emergency branch's requirement of temporariness means that the majority's unconstitutional transfer of jurisdiction from the provinces to Parliament would do less damage to Canadian federalism, and for less time, lasting only until this crisis passes.

de cette idée trouve appui chez des auteurs universitaires. Le professeur Newman, par exemple, affirme que le volet intérêt national et le volet lacune du pouvoir POBG ne constituent qu'un seul et même volet (p. 195-196 et note 47).

[398] Je suis d'accord avec le juge Rowe pour dire que la jurisprudence n'étaye pas une distinction entre le volet « lacune » et le volet « intérêt national » du pouvoir POBG. Peu importe que le volet « lacune » soit interprété comme comprenant de « nouvelles » matières qui n'existaient pas au moment de la Confédération, ou comme exigeant qu'il y ait un silence dans le texte de la Constitution, de telles matières doivent tout de même respecter le test de l'intérêt national. Ainsi, la nouveauté scientifique des changements climatiques n'a aucune incidence sur mon analyse. Comme je l'ai déjà expliqué, il n'est pas possible de recourir à ce volet du pouvoir POBG en l'espèce, étant donné que le caractère véritable de chacune des parties 1 et 2 de la *Loi* est dûment classé comme relevant des chefs de compétence provinciale.

b) *Volet urgence du pouvoir POBG*

[399] Plusieurs intervenants, notamment la Fondation David Suzuki, le Congrès du travail du Canada, la Intergenerational Climate Coalition, la Première Nation des Chipewyan d'Athabasca, l'Association nationale Femmes et Droit et les Amis de la Terre, ont aussi proposé le volet urgence du pouvoir POBG en tant que fondement possible à la compétence fédérale. Il est curieux que les juges majoritaires n'en parlent pas, puisque leurs motifs vont dans ce sens, décrivant les changements climatiques comme un « défi existentiel[,] une menace de la plus haute importance pour le pays, et, de fait, pour le monde entier » (par. 167; voir aussi par. 187, 190, 195 et 206). De plus, le fait que le volet urgence a un caractère temporaire signifie que le transfert inconstitutionnel de la compétence des provinces au Parlement, qu'établissent les juges majoritaires, causerait moins de dommages au fédéralisme canadien et pendant moins longtemps, soit jusqu'à ce que se termine cette crise.

[400] It is a problem for the *Act* — although presumably a problem that Parliament could have corrected had it wished to proceed in reliance upon the emergency power — that it does not expressly provide for temporary operation. As I have already recounted, however, the *Act* by its terms is intended to change behaviour. The preamble to the *Act* anticipates what will follow: “. . . increased energy efficiency, . . . the use of cleaner energy, . . . the adoption of cleaner technologies and practices and . . . innovation . . .” In other words, while the *Act* does not come with a “best before” date, it does contemplate *an end*. And while at the outset of an emergency it will often be difficult or impossible to identify with any precision when it might end, the emergency branch *has* been applied in circumstances where it is reasonably apparent that the emergency will, *at some point*, end. Indeed, the point of action is presumably to do what is necessary to ensure that the emergency *will* end. For that reason, “Invocation of exceptional measures is typically justified on the basis that the ordinary system is not up to handling the threat and that, once the crisis passes, the usual state of affairs can and will return” (S. Burningham, “*The New Normal*”: *COVID-19 and the Temporary Nature of Emergencies*, June 4, 2020 (online) (emphasis added)).

[401] This is not to suggest that Parliament would have lacked “a rational basis” to act here, as required by the caselaw on the emergency branch. Rather, my point is that the Attorney General has not done the necessary (or any) work to show that Parliament justifiably relied upon its emergency power as a source of its authority. This stands in contrast to *Anti-Inflation*, where Parliament manifested such reliance (by specifying an expiration date), and where the Attorney General of Canada made full argument on the point (pp. 383-84 and 417-18).

[402] I should add that the intervenor the David Suzuki Foundation urges us to find that the *Act*’s temporary character is to be found in its preambular

[400] Il est problématique que la *Loi* — quoiqu’il s’agisse sans doute d’un problème que le Parlement aurait pu corriger s’il avait voulu se fonder sur le pouvoir d’urgence — ne prévoit pas expressément d’application temporaire. Comme je l’ai déjà dit, toutefois, la *Loi*, de par son libellé, vise à changer les comportements. Le préambule de la *Loi* anticipe ce qui se produira : « . . . un accroissement de l’efficacité énergétique, [. . .] l’utilisation d’une énergie propre, [. . .] l’adoption de technologies et de pratiques moins polluantes et [. . .] l’innovation. . . ». Autrement dit, même si la *Loi* n’a pas de « date de péremption », elle prévoit *une fin*. Bien qu’au début d’une situation d’urgence, il soit souvent difficile, voire impossible, de cerner avec précision le moment où elle prendra fin, le volet urgence a été appliqué dans des circonstances où il est raisonnablement apparent que l’urgence, *à un certain moment*, se terminera. D’ailleurs, on peut supposer que le point de l’intervention est de faire le nécessaire pour s’assurer que la situation d’urgence se *termine*. Pour cette raison, [TRADUCTION] « le recours à des mesures exceptionnelles est habituellement justifié par le fait que le système ordinaire n’est pas en mesure de répondre à la menace et que, une fois la crise terminée, l’état habituel des choses puisse être et sera rétabli » (S. Burningham, “*The New Normal*”: *COVID-19 and the Temporary Nature of Emergencies*, 4 juin 2020 (en ligne) (je souligne)).

[401] Il ne faut pas entendre par là que le Parlement n’aurait pas eu de « fondement rationnel » pour agir en l’espèce, comme l’exige la jurisprudence portant sur le volet urgence. J’estime plutôt que le procureur général n’a pas fait le travail nécessaire (ni même aucun travail) pour démontrer que le Parlement s’était appuyé à juste titre sur son pouvoir d’urgence comme source de sa compétence. Cela est contraire au *Renvoi : Loi anti-inflation*, où le Parlement a manifesté un tel appui (en précisant une date d’expiration), et où le procureur général du Canada a présenté une argumentation complète à ce sujet (p. 383-384 et 417-418).

[402] En outre, l’intervenante la Fondation David Suzuki nous presse de conclure que le caractère temporaire de la *Loi* trouve sa source dans le préambule

references to Canada's commitments under the *Paris Agreement*, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, December 12, 2015, and that those commitments come with the clear deadline of 2030. Hence, the interveners submit, the *Act* implies a 10-year timeline to achieve required reductions, and it urges us to read in that deadline, by designating an end date to the jurisdiction of Parliament to authorize the *Act* (I.F. (38663 and 38781), at para. 36). While this is an intriguing proposition, considering time-delimited jurisdiction in the emergency doctrine analysis would require a departure from this Court's jurisprudence. It would also ask this Court to attempt to forecast when a given emergency may end, an issue usually left to Parliament (and rightly so, given the relative institutional competencies). The current record before this Court is inadequate to support designating 2030 as a suitable end date, or any other year for that matter, for Parliament to lose legislative competency in this area.

[403] Furthermore, the role of this Court — the Attorney General of Canada's concluding sentences of his *factum* notwithstanding — is not to root around the Constitution or constitutional doctrine to scrounge up some basis, *any* basis, to rescue federal legislation. (This is particularly so where, as here, the exceptional residual authority of POGG is contemplated and the dominant subject matter of the impugned statute is consigned by our Constitution to the provinces.) The proper question to ask is, therefore, not whether the *Act* is potentially salvageable under the emergency branch of POGG, but rather whether Parliament, in passing the *Act*, did so relying on its legislative authority under the emergency branch of POGG. Both the response of the Minister of Environment and Climate Change to a question about the source of Parliament's authority, and the submissions of the Attorney General of Canada, make clear that it did not.

de celle-ci, où il est fait mention des engagements du Canada dans le cadre de l'*Accord de Paris*, Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, 12 décembre 2015, et que ces engagements sont assortis de l'échéance claire de 2030. Par conséquent, selon l'intervenante, la *Loi* comporte implicitement une échéance de 10 ans pour atteindre les réductions requises, et elle nous demande instamment d'interpréter cette échéance comme désignant la date de fin à la compétence du Parlement sur laquelle reposerait la validité de la *Loi* (m. interv. (38663 et 38781), par. 36). Bien qu'il s'agisse d'une proposition intéressante, la prise en compte d'une compétence limitée par le temps dans le cadre de l'analyse du volet urgence nécessiterait une rupture avec la jurisprudence de la Cour. Il faudrait aussi que la Cour tente de prévoir à quel moment une situation d'urgence donnée prendrait fin, question qui est habituellement laissée au Parlement (et à juste titre, compte tenu des compétences institutionnelles relatives). Le dossier qui nous a été soumis ne justifie pas de désigner 2030 comme étant l'échéance appropriée, ni, d'ailleurs, aucune autre année, à laquelle le Parlement perdrait la compétence législative dans ce domaine.

[403] De plus, le rôle de la Cour — malgré les phrases concluant le mémoire du procureur général du Canada — n'est pas de fouiller dans la Constitution ou dans la doctrine constitutionnelle pour trouver un fondement, *n'importe lequel*, afin de sauver une loi fédérale. (Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir résiduel exceptionnel en matière de POGG est envisagé et que la Constitution attribue aux provinces la compétence sur la matière de la loi contestée.) La question qu'il convient de se poser n'est donc pas celle de savoir si la *Loi* est potentiellement justifiable au titre du volet urgence du pouvoir POGG, mais plutôt si le Parlement, lorsqu'il a adopté la *Loi*, l'a fait en se fondant sur sa compétence législative au titre du volet urgence du pouvoir POGG. Autant la réponse de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique à une question concernant la source de la compétence du Parlement, que les observations du procureur général du Canada, montrent clairement qu'il ne l'a pas fait.

(c) *Criminal Law*

[404] The criminal law power can be addressed briefly. While the precise scope of this power remains uncertain in this Court's jurisprudence, it is tolerably clear that its exercise requires a legislated prohibition that is accompanied by a penalty and backed by a criminal law purpose (*Reference re Genetic Non-Discrimination Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283, at para. 67). As I have explained, however, the pith and substance of the *Act* relates to a scheme of monetary disincentives intended to *discourage*, rather than *prohibit*, certain activity. The offences and penalties in the *Act* are incidental to its true regulatory nature and, accordingly, the criminal law power is not applicable.

(d) *Taxation*

[405] The Attorneys General of Saskatchewan and Ontario argue that Part 1 of the *Act* imposes a tax, and ask this Court to conclude that the *Act* violates the principle of no taxation without representation, which principle is guaranteed by s. 53 of the *Constitution Act, 1867* (see *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at para. 71).

[406] Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867* authorizes the federal government to raise money by any mode or system of taxation, which provides broad jurisdiction to impose both direct and indirect taxation. But as broad as the taxing authority is, it is "subject to the ordinary principles of classification and colourability that apply to all legislative powers" (Hogg, at p. 31-2 (footnotes omitted)). Not every monetary levy is a tax. While monetary measures that relate in pith and substance to the raising of revenue for federal purposes are classified as taxation (*Re: Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1070; see also *Westbank First Nation v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 S.C.R. 134, at para. 30), other monetary measures are regulatory charges that must be supported by

c) *Droit criminel*

[404] La compétence en matière de droit criminel peut être abordée brièvement. Bien que la portée précise de cette compétence demeure incertaine dans la jurisprudence de notre Cour, il est relativement clair que son exercice exige une interdiction légale qui est accompagnée d'une sanction et qui repose sur un objet de droit criminel (*Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283, par. 67). Comme je l'ai expliqué, toutefois, le caractère véritable de la *Loi* se rapporte à un régime dissuasif monétaire visant à *décourager*, plutôt qu'à *interdire*, certaines activités. Les infractions et pénalités dans la *Loi* sont accessoires à sa véritable nature réglementaire et, par conséquent, la compétence en matière de droit criminel n'est pas applicable.

d) *Taxation*

[405] Les procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Ontario soutiennent que la partie 1 de la *Loi* impose une taxe, et demandent à la Cour de conclure que la *Loi* viole le principe selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation, principe garanti par l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 71).

[406] Le paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le gouvernement fédéral à prélever des deniers par tous modes ou systèmes de taxation, ce qui donne une vaste compétence pour imposer à la fois une taxation directe et indirecte. Toutefois, peu importe à quel point le pouvoir de taxation est vaste, il est [TRADUCTION] « assujetti aux principes ordinaires de la classification et de l'interdiction de législation déguisée qui s'appliquent à toutes les compétences législatives » (Hogg, p. 31-2 (notes en bas de page omises)). Ce ne sont pas tous les prélèvements d'argent qui constituent une taxe. Alors que les mesures pécuniaires qui se rapportent par leur caractère véritable à la perception de revenus à des fins fédérales sont considérées comme une taxe (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*,

some other head of power (*Westbank*, at para. 23; *Exported Natural Gas Tax*, at p. 1068).

[407] This Court has stated the relevant criteria for distinguishing between a tax and a regulatory charge. One consideration applied in the most recent cases has been that regulatory charges are typically connected to a broader regulatory scheme (see, e.g., *Westbank*, at paras. 44-45; *620 Connaught Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 7, [2008] 1 S.C.R. 131, at paras. 30-47). And so here, the Attorneys General of Saskatchewan and Ontario argue that the fuel charge under Part 1 of the *Act* is not connected to a broader regulatory scheme. While that is so, it is not dispositive, since regulatory charges *need not always* be connected to a broader scheme. In particular, there are cases where the charge itself *is* the scheme (*Westbank*, at para. 32).

[408] What *is* dispositive, in my view, is whether the charge is implemented primarily for a regulatory purpose, as opposed to a revenue-raising purpose. If so, the charge should be considered regulatory (*Westbank*, at para. 32; *Exported Natural Gas*, at p. 1070). In *Exported Natural Gas*, this Court concluded that one such regulatory purpose is to generally discourage certain behaviour (p. 1075). While the Attorney General of Ontario argues that we should not be so quick to label charges as regulatory, the conclusion I reach supports Canada's division of powers. It "would afford the Dominion an easy passage into the Provincial domain" were every monetary measure to be regarded as a tax (*Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (P.C.), at p. 367).

[1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1070; voir aussi *Première Nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 30), d'autres mesures pécuniaires sont des redevances de nature réglementaire et doivent être adoptées en vertu d'un autre chef de compétence (*Westbank*, par. 23; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, p. 1068).

[407] La Cour a énoncé le critère applicable pour faire la distinction entre une taxe et une redevance de nature réglementaire. Dans les cas les plus récents, une des considérations était que les redevances de nature réglementaire ont souvent un lien avec un régime de réglementation plus général (voir, p. ex., *Westbank*, par. 44-45; *620 Connaught Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 R.C.S. 131, par. 30-47). Ainsi, en l'espèce, les procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Ontario soutiennent que la redevance sur les combustibles prévue à la partie 1 de la *Loi* n'a pas de lien avec un régime de réglementation plus général. Bien que ce soit vrai, cet élément n'est pas déterminant, car *il n'est pas toujours nécessaire* que les redevances de nature réglementaire aient un lien avec un régime plus général. Plus particulièrement, il existe des cas où la redevance elle-même *est* le régime (*Westbank*, par. 32).

[408] Ce qui *est* déterminant, à mon avis, est de savoir si la redevance est imposée principalement à des fins de réglementation, par opposition à des fins de perception de revenus. Dans l'affirmative, la redevance devrait être considérée comme étant de nature réglementaire (*Westbank*, par. 32; *Renvoi relatif au gaz naturel exporté*, p. 1070). Dans le *Renvoi relatif au gaz naturel exporté*, la Cour a conclu que de décourager de façon générale un certain comportement était une telle fin de réglementation (p. 1075). Bien que le procureur général de l'Ontario soutienne que nous ne devrions pas qualifier si rapidement les redevances comme étant réglementaires, la conclusion que je tire renforce le partage de compétences du Canada. Si toute mesure pécuniaire était considérée comme une taxe, [TRADUCTION] « le Dominion aurait un accès facile au domaine de compétence provinciale » (*Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355 (C.P.), p. 367).

[409] As I have explained, the charges imposed by the *Act*, in pith and substance, relate to the regulatory purpose of changing behaviour, for the broader purpose of reducing GHG emissions. The *Act*'s provisions reveal that it does not relate to the raising of revenue for federal purposes. It is therefore unnecessary to consider s. 53 of the *Constitution Act, 1867*.

(4) Broad Delegation to the Cabinet

[410] As a final comment to my analysis of the constitutionality of the *Act*, I observe that the provinces arguing against the *Act*'s constitutionality placed significant emphasis on the scope of delegated authority found within it. This emphasis is understandable, as the sweep of delegation granted by the *Act* to the Cabinet is breathtakingly broad. Indeed, the *Act* goes so far as to delegate authority to amend portions of the *Act* itself through a Henry VIII clause (s. 168(3) and (4); see also Sask. C.A., at paras. 361-66, per Ottenbreit and Caldwell J.J.A., dissenting). The majority notes this, but then speaks reassuringly of how the federal Cabinet's discretion is constrained by the purposes of the *Act* and specific guidelines in the statute, and how any listing decision by federal Cabinet can be judicially reviewed (paras. 72-76).

[411] But this is an incomplete response. The majority does not mention that failure to comply with the purposes of an enabling statute such as the *Act* would signify *not only* that the impugned regulations are *ultra vires* the enabling statute, but that it may also be repugnant to the division of powers. Nor does the majority explain just how a court is to review regulations for compliance with the division of powers.

[412] Further, the examples given by the majority of how a regulation may fail to conform to the purposes of the *Act* are not enlightening. For example, the majority posits that federal Cabinet "could not

[409] Comme je l'ai expliqué, les redevances qu'impose la *Loi*, de par leur caractère véritable, se rapportent à la fin de réglementation qui consiste à changer les comportements, en vue de la fin plus générale qui consiste à réduire les émissions de GES. Les dispositions de la *Loi* indiquent qu'elle ne se rapporte pas à la perception de revenus à des fins fédérales. Il est donc inutile de se pencher sur l'art. 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(4) Vaste pouvoir délégué au Cabinet

[410] Comme dernier commentaire de mon analyse portant sur la constitutionnalité de la *Loi*, je constate que les provinces qui en contestent la constitutionnalité ont beaucoup insisté sur la portée du pouvoir délégué qui s'y trouve. On peut comprendre une telle insistance, car l'étendue du pouvoir délégué que confère la *Loi* au Cabinet est incroyablement large. En effet, la *Loi* va jusqu'à déléguer le pouvoir de modifier des portions de la *Loi* elle-même au moyen d'une clause dite Henry VIII (par. 168(3) et (4); voir aussi les motifs de la C.A. Sask., par. 361-366, les juges Ottenbreit et Caldwell, dissidents). C'est ce que soulignent les juges majoritaires, mais ils assurent ensuite que le pouvoir discrétionnaire du Cabinet fédéral est restreint par les objectifs de la *Loi* et les lignes directrices spécifiques qui s'y trouvent, et que toute décision du Cabinet fédéral concernant l'assujettissement peut faire l'objet d'une révision judiciaire (par. 72-76).

[411] Il s'agit toutefois d'une réponse incomplète. Les juges majoritaires ne mentionnent pas que le défaut de se conformer aux fins d'une loi habilitante comme la *Loi* signifierait *non seulement* que les règlements contestés dépassent le pouvoir conféré par la loi habilitante, mais aussi qu'ils pourraient être incompatibles avec le partage des compétences. Les juges majoritaires n'expliquent pas non plus comment le tribunal doit examiner les règlements pour vérifier s'ils sont conformes au partage des compétences.

[412] De plus, les exemples que donnent les juges majoritaires concernant la façon dont un règlement peut ne pas être conforme aux fins de la *Loi* sont peu instructifs. Par exemple, les juges majoritaires

list a fuel . . . that does not emit GHGs when burned” (para. 75). That may be so, but what the majority might *also* have wished to consider is the obvious possibility that the federal Cabinet will discriminate against provinces or industries in a way that has nothing to do with “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions”. Indeed, this is a particular risk with Part 2 which, as I have explained, does not exist to establish such standards.

[413] In the absence of useful guidance from the majority on this point, I endorse that provided by Rowe J., both as to the imperative that the division of powers — no less than the purposes of the *Act* — confines the exercise by the federal Cabinet of Parliament’s delegated authority, and as to the appropriate methodology for reviewing regulations for compliance with the division of powers.

[414] Further, my brevity on this issue should not be taken as agreement with the majority’s response to my colleague Côté J.’s reasons on this point. Indeed, the majority largely misses the point, treating the matter of the Henry VIII clause as simply one of *administrative* law (since regulatory decisions can be judicially reviewed), ignoring the potentially significant *separation of powers* concerns that Côté J. identifies. I see those concerns as raising serious questions which, given my conclusion on the Attorney General of Canada’s reliance on the national concern doctrine, are unnecessary for me to decide here.

#### IV. Canada’s Proposed “Modernization” of *Crown Zellerbach*

[415] While counsel before us did not advance this submission, the Attorney General of Canada urges us in his factum to “modernize” the national concern doctrine under POGG in an effort to make it easier

affirment que le Cabinet fédéral « ne peut pas ajouter à la liste des substances visées un combustible [. . .] qui n’émet pas de GES en brûlant » (par. 75). Cela est peut-être vrai, mais les juges majoritaires auraient *aussi* dû se pencher sur la possibilité évidente que le Cabinet fédéral fasse preuve de discrimination envers les provinces ou les industries d’une façon n’ayant rien à voir avec « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES ». D’ailleurs, il s’agit d’un risque propre à la partie 2 qui, comme je l’ai expliqué, ne vise pas à établir de telles normes.

[413] À défaut d’indications utiles de la part des juges majoritaires à ce sujet, je souscris à celles que donne le juge Rowe, tant en ce qui concerne la nécessité que le partage des compétences — tout comme les objectifs de la *Loi* — restreigne l’exercice par le Cabinet fédéral du pouvoir que lui délègue le Parlement, qu’en ce qui concerne la méthodologie appropriée pour la vérification de la conformité des règlements avec le partage des compétences.

[414] De plus, la brièveté de mon analyse de la question ne devrait pas être considérée comme un acquiescement à la réponse des juges majoritaires aux motifs de la juge Côté sur ce point. En effet, les juges majoritaires passent en grande partie à côté de l’essentiel, traitant la question de la clause dite Henry VIII simplement comme une question de droit *administratif* (puisque les décisions réglementaires peuvent faire l’objet d’un contrôle judiciaire), faisant fi des préoccupations potentiellement importantes en ce qui a trait à la *séparation des pouvoirs* que signale la juge Côté. Selon moi, ces préoccupations soulèvent de sérieuses questions qu’il ne m’est pas nécessaire de trancher en l’espèce, compte tenu de ma conclusion concernant l’utilisation de la doctrine de l’intérêt national par le procureur général du Canada.

#### IV. « Modernisation » de l’arrêt *Crown Zellerbach* proposée par le Canada

[415] Bien que les avocats qui ont comparu devant nous n’aient pas invoqué cet argument, le procureur général du Canada nous presse dans son mémoire de « moderniser » la théorie de l’intérêt national

for matters — including the one proposed here — to be recognized under the doctrine. I respond to it here because aspects of the proposal were adopted by my colleagues in the majority.

[416] Instead of speaking about a new matter or a provincial matter that has a national aspect, the Attorney General of Canada speaks of matters having been “transform[ed]” in a way that is “constitutionally significant” (R.F., at para. 69, citing *2011 Securities Reference*, at para. 155). How a matter is “transformed” — and, who or what does the “transforming” — is not explained. Nor is it explained what “constitutional significance” requires.

[417] This is, I observe with as much regret as astonishment, an unserious submission from the chief law officer of the federal Crown. The Attorney General of Canada has a responsibility to the whole country to support and act within, not ignore or undermine, Canada’s federal structure: “Because the [Attorney General] is the chief law officer of a democratic government, she must be a guardian of the rule of law. As such, the [Attorney General] is held to a standard of accountability that is unique, that extends beyond the standard that applies to an ordinary litigant” (F. Hawkins, “Duties, Conflicts, and Politics in the Litigation Offices of the Attorney General” (2018), 12 *J.P.P.L.* 193, at p. 193). As noted by Professor K. Roach, “[t]he Constitution . . . imposes and entrenches special restraints and obligations on the government as part of the supreme law of the land” (“Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598, at p. 610).

[418] Federalism is an essential feature of our Constitution. The Attorney General of Canada must defend it, not undermine it by casually and recklessly urging upon this Court some vaguely conceived notion of “transformation”, so meaningless as to effectively deprive the provinces of the opportunity

justifiant l’exercice du pouvoir POBG en vue de faciliter la reconnaissance des matières — y compris celle proposée en l’espèce — au titre de cette théorie. J’y réponds ici car mes collègues les juges majoritaires retiennent certains aspects de cette proposition.

[416] Plutôt que de parler d’une nouvelle matière ou d’une matière provinciale qui comporte un aspect national, le procureur général du Canada parle de matières qui ont [TRADUCTION] « évolué » d’une façon « ayant une incidence sur le plan constitutionnel » (m.i., par. 69, citant *Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 155). La façon dont une matière a « évolué » — et qui ou quoi cause l’« évolution » — n’est pas expliquée. Ce qu’exige une « incidence sur le plan constitutionnel » n’est pas non plus expliqué.

[417] Il s’agit, je le constate avec autant de regret que d’étonnement, d’une observation irréfléchie du premier conseiller juridique de la Couronne fédérale. Le procureur général du Canada a envers le pays tout entier la responsabilité de soutenir la structure fédérale du Canada et d’agir dans les limites de celle-ci, et non d’en faire fi ou de la miner : [TRADUCTION] « parce que [la procureure générale du Canada] est la première conseillère juridique d’un gouvernement démocratique, elle a un rôle de gardien de la primauté du droit. Par conséquent, [elle] est tenue de respecter une norme de responsabilité unique, qui dépasse la norme applicable à un justiciable ordinaire » (F. Hawkins, « Duties, Conflicts, and Politics in the Litigation Offices of the Attorney General » (2018), 12 *J.P.P.L.* 193, p. 193). Comme l’a noté le professeur K. Roach, [TRADUCTION] « [l]a Constitution [. . .] impose et consacre des contraintes et des obligations particulières au gouvernement dans le cadre de la loi suprême du pays » (« Not Just the Government’s Lawyer: The Attorney General as Defender of the Rule of Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 598, p. 610).

[418] Le fédéralisme est une caractéristique essentielle de notre Constitution. Le procureur général du Canada doit le défendre, et non le miner en faisant valoir auprès de la Cour, à la légère et sans se soucier des conséquences, une notion vague d’« évolution », si dénuée de sens qu’elle prive dans les faits les

to respond substantively to it, but yet so clearly intended to effect the expansion of federal jurisdiction.

[419] Beyond the cant of “transformation”, the most we have by way of a concrete proposal from the Attorney General on this point is that a national concern must be “distinctly national”, as measured by the provincial inability test borrowed from the general branch of the federal trade and commerce power, and that it must be reconcilable with the division of powers (or, as the Attorney General now calls it, “the balance of federalism”; R.F., at para. 69 (emphasis deleted)).

[420] It is on the first of those considerations — that a national concern must be “distinctly national” — that I wish to focus, since it is embraced by the majority in its dilution of the *Crown Zellerbach* test (para. 177). This abandons this Court’s jurisprudence, since — under *Crown Zellerbach* — provincial inability is but one indicator of singleness, distinctiveness and indivisibility, while under Canada’s proposed framework it becomes the singular test for distinctiveness (R.F., at para. 70).

[421] The respective tests for provincial inability, as set down for the national concern branch of POGG in *Crown Zellerbach* and for the trade and commerce power in *General Motors*, are different from each other. In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. described the provincial inability test as an inquiry into “the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter”, a threshold that would be met “whenever a significant aspect of a problem is beyond provincial reach because it falls within the jurisdiction of another province or of the federal Parliament” (p. 432, citing Gibson (1976), at p. 34). In *General Motors*, however, Dickson C.J. described the provincial inability test in the fourth and fifth factors of the analysis under the general branch of the federal trade and commerce power as follows: “. . . the legislation should be of a nature

provinces de l’occasion d’y répondre sur le fond, mais visant pourtant si manifestement à effectuer un élargissement de la compétence fédérale.

[419] Au-delà de la notion creuse de l’« évolution », ce dont nous disposons qui se rapproche le plus d’une proposition concrète du procureur général à ce sujet est qu’un intérêt national doit être « distinctement national », mesuré au regard du critère de l’incapacité provinciale emprunté au volet général de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce, et qu’il doit être conciliable avec le partage des compétences (ou, comme le désigne maintenant le procureur général, [TRADUCTION] « l’équilibre du fédéralisme »; m.i., par. 69 (italique omis)).

[420] Je veux concentrer mon analyse sur la première de ces considérations — soit celle portant qu’un intérêt national doit être « distinctement national » — car les juges majoritaires l’énoncent dans le cadre de leur formulation édulcorée du test de l’arrêt *Crown Zellerbach* (par. 177). Elle représente une rupture avec la jurisprudence de notre Cour, car — selon l’arrêt *Crown Zellerbach* — l’incapacité provinciale n’est qu’un des indices d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, alors que selon le cadre proposé par le Canada, elle devient un critère unique pour la particularité, afin de déterminer si la matière est distincte (m.i., par. 70).

[421] Les critères respectifs relatifs à l’incapacité provinciale, énoncés pour le volet intérêt national du pouvoir POBG dans l’arrêt *Crown Zellerbach* et pour la compétence en matière de trafic et de commerce dans l’arrêt *General Motors*, sont différents l’un de l’autre. Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a décrit le critère de l’incapacité provinciale comme une analyse de l’« effet sur les intérêts extraprovinciaux [de] l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière », et celui-ci serait respecté « chaque fois qu’un aspect important d’un problème est hors de portée provinciale parce qu’il relève de la compétence d’une autre province ou du Parlement fédéral » (p. 432, citant Gibson (1976), p. 34). Dans l’arrêt *General Motors*, toutefois, le juge en chef Dickson a décrit le critère de l’incapacité provinciale dans les quatrième

that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting” and “the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country” (p. 662).

[422] It is important to note that, despite being released one year after *Crown Zellerbach*, the Court in *General Motors* made *no* reference to *Crown Zellerbach*, or to its test for provincial inability under the national concern doctrine of POGG. Presumably, it did not occur to the Court to do so, since each test has its own aim, distinct from the other. The *General Motors* test for provincial inability focusses on the prospect of a *legislative scheme* not working unless it is national in scope. By contrast, the *Crown Zellerbach* test for provincial inability is firmly focussed on the *nature of the problem* as being one which cannot be overcome without national action. This is fatal to the Attorney General of Canada’s submission. As I have already explained, while this Court held in the *2018 Securities Reference* that legislation aimed at “systemic risk in capital markets” can meet the test for provincial inability under the *General Motors* factors (paras. 111, 113 and 115), it *does not follow* that “systemic risk in capital markets” is a matter sufficiently singular, distinctive and indivisible to make it an appropriately recognized matter of national concern under POGG. Legislation that passes the *General Motors* test can be aimed at a problem that is diffuse — such as the elimination of anti-competitive behaviour — yet still engage trade as a whole.

[423] Provincial inability, as an indicium of singleness, distinctiveness and indivisibility, was intended in *Crown Zellerbach* to confine POGG as a *residual* power by filtering matters that could fit under

et cinquième facteurs de l’analyse au titre du volet général de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce de la façon suivante : « . . . la loi devrait être d’une nature telle que la Constitution n’habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l’adopter » et « . . . l’omission d’inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l’application de ce système dans d’autres parties du pays » (p. 662).

[422] Il est important de noter que l’arrêt *General Motors* de la Cour, malgré sa publication un an après l’arrêt *Crown Zellerbach*, ne contenait *aucune* mention de cet arrêt, ni de son critère relatif à l’incapacité provinciale au titre de la théorie de l’intérêt national justifiant l’exercice du pouvoir POGG. On peut présumer que les juges n’ont pas eu l’idée de le faire, puisque les critères ont chacun leur propre but, distinct de l’autre. Le critère établi dans l’arrêt *General Motors* concernant l’incapacité provinciale est axé sur la possibilité qu’un *régime législatif* ne soit pas valide à moins qu’il ait une portée nationale. En revanche, le critère établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach* concernant l’incapacité provinciale est résolument axé sur la *nature du problème*, qui ne peut être surmonté sans mesure nationale. Cela porte un coup fatal à l’argument du procureur général du Canada. Comme je l’ai déjà expliqué, bien que la Cour ait conclu dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières* que la loi visant le « risque systémique lié aux marchés de capitaux » peut respecter le critère relatif à l’incapacité provinciale selon les facteurs établis dans l’arrêt *General Motors* (par. 111, 113 et 115), il ne *s’ensuit pas* que le « risque systémique lié aux marchés de capitaux » est une matière qui possède une unicité, une particularité et une indivisibilité suffisantes pour faire en sorte qu’elle soit une matière d’intérêt national dûment reconnue au titre du pouvoir POGG. La loi qui satisfait au test établi dans l’arrêt *General Motors* peut viser un problème diffus — comme l’élimination de comportements anticoncurrentiels — mais peut tout de même se rapporter au commerce dans son ensemble.

[423] L’incapacité provinciale, en tant qu’indice d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, visait dans l’arrêt *Crown Zellerbach* à limiter le pouvoir POGG à un pouvoir *résiduel* en filtrant les matières

any enumerated head of power, *including trade and commerce*. The point is that, *by its residual nature*, the national concern branch of POGG must *not include* matters that satisfy the trade and commerce test. Hence, while the control of systemic risk was recognized as a valid federal objective under the trade and commerce power in the *2018 Securities Reference*, it would *not* qualify as a national concern under POGG, failing under “distinctiveness” (since it falls under the trade and commerce power) and “indivisibility” (because of its pervasive and diffuse character).

[424] The Attorney General of Canada’s argument on this point is also revealing. The proposed “modernized” framework includes the *General Motors* provincial inability test, squarely aimed at provincial legislative inability, as the sole criterion to determine whether a matter is “distinctly national”. And this is because such a framework would support Canada’s submission that the provinces acting in concert would be legislatively unable to pass mandatory minimum national standards related to GHG emissions. But such an approach ignores the important statement in *Crown Zellerbach* that the provincial inability test is but “one of the indicia for determining whether a matter has that character of singleness or indivisibility required to bring it within the national concern doctrine” (p. 434).

[425] As the above analysis suggests, Canada’s proposed framework would make it easier for a matter to be recognized as a national concern under POGG whenever minimum national standards are said to be required. The departure from this Court’s jurisprudence that Canada proposes — and that the majority pronounces — would therefore enable the federal government to more easily invade provincial jurisdiction, and has the potential to upset the fundamental distribution of legislative power under the Constitution.

qui auraient pu relever de tout chef de compétence énuméré, *notamment le trafic et le commerce*. Il demeure que, *par sa nature résiduelle*, le volet intérêt national du pouvoir POGG ne doit *pas comprendre* de matières qui satisfont au test relatif au trafic et au commerce. Par conséquent, bien que le contrôle du risque systémique ait été reconnu comme un objectif fédéral valable au titre de la compétence en matière de trafic et de commerce dans le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, il ne pourrait *pas* être qualifié d’intérêt national au titre du pouvoir POGG, puisqu’il ne respecte pas le critère de « particularité » (car il relève de la compétence en matière de trafic et de commerce) ni celui d’« indivisibilité » (en raison de son caractère omniprésent et diffus).

[424] L’argument du procureur général du Canada à ce sujet est aussi révélateur. Le cadre d’analyse « modernisé » proposé comprend le critère relatif à l’incapacité provinciale établi dans l’arrêt *General Motors*, visant clairement l’incapacité législative provinciale, comme étant le seul critère servant à établir si une matière est « distinctement nationale ». Il en est ainsi parce qu’un tel cadre étayerait l’observation du Canada portant que les provinces agissant de concert ne seraient pas en mesure, sur le plan législatif, d’adopter des normes nationales minimales obligatoires concernant les émissions de GES. Cependant, une telle approche ne tient pas compte de l’important énoncé dans l’arrêt *Crown Zellerbach* selon lequel le critère de l’incapacité provinciale n’est qu’« un des indices qui permettent de déterminer si une matière revêt le caractère d’unicité et d’indivisibilité nécessaire pour relever de la théorie de l’intérêt national » (p. 434).

[425] Comme il ressort de l’analyse qui précède, le cadre proposé par le Canada faciliterait la reconnaissance d’une matière en tant qu’intérêt national au titre du pouvoir POGG chaque fois que des normes nationales minimales seraient requises. La rupture avec la jurisprudence de notre Cour que propose le Canada — et qu’avalisent les juges majoritaires — permettrait donc au gouvernement fédéral d’empiéter plus facilement sur la compétence provinciale, et risque de perturber le partage fondamental des compétences législatives que prévoit la Constitution.

[426] As Abella and Karakatsanis JJ. forcefully expressed in their concurring judgment in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, the doctrine of “[s]tare decisis places significant limits on this Court’s ability to overturn its precedents” (para. 255). While the Court was divided in *Vavilov* about whether those strictures were satisfied, the point is that horizontal *stare decisis* promotes certainty and predictability in the development of the law, contributes to the integrity of the judicial process and safeguards this Court’s institutional legitimacy (paras. 260-61). If this applies to our statements of the law governing the standard by which judges review the decisions of administrative tribunals, it surely applies to our precedents on adjudicating the division of powers under the Constitution.

[427] In my view, the high threshold for departing from the long-established principles set down in *Crown Zellerbach* is not met here. And putting even that determinative consideration aside, at the very least, and for the sake of doctrinal clarity, I say with respect that the majority should acknowledge that it is completely re-writing the framework for the national concern branch of POGG. Instead, it insists upon linking its novel framework to *Crown Zellerbach*, as if its reasons represent *not* the confusing and confused eliding of the constraints of *Crown Zellerbach* that I will now demonstrate them to be, but as something of an inevitable and even obvious exegesis. I turn, then, to the majority’s framework.

#### V. The Majority’s Dilution of *Crown Zellerbach*

[428] The majority accepts aspects of the Attorney General of Canada’s proposal to “modernize” the national concern doctrine, but takes it further still. And so — although this appears nowhere in this Court’s judgment in *Crown Zellerbach* — the majority

[426] Comme l’ont exprimé avec vigueur les juges Abella et Karakatsanis dans leur opinion concordante dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la règle du « *stare decisis* limite considérablement la capacité de notre Cour d’infirmar ses propres précédents » (par. 255). Bien que la Cour fût divisée dans cet arrêt concernant la question de savoir si ces restrictions étaient respectées, il demeure que l’application de la règle du *stare decisis* horizontal favorise la certitude et la prévisibilité de l’évolution du droit, contribue à l’intégrité du processus judiciaire et préserve la légitimité institutionnelle de notre Cour (par. 260-261). Si cela est vrai pour nos énoncés concernant le droit régissant la norme par laquelle les juges contrôlent les décisions des tribunaux administratifs, cela est certainement vrai pour nos précédents concernant le partage des compétences établi par la Constitution.

[427] À mon avis, le critère rigoureux pour déroger aux principes établis depuis longtemps énoncés dans l’arrêt *Crown Zellerbach* n’est pas respecté en l’espèce. Même en mettant de côté cette considération déterminante, à tout le moins, et par souci de clarté doctrinale, je dois dire en tout respect que les juges majoritaires devraient reconnaître qu’ils réécrivent complètement le cadre d’analyse relatif au volet intérêt national du pouvoir POBG. Ils tiennent plutôt à rattacher ce nouveau cadre d’analyse à l’arrêt *Crown Zellerbach*, comme si leurs motifs ne représentaient *pas* un escamotage confus et une source de confusion des limites établies dans cet arrêt, comme je m’apprête à le démontrer, mais une sorte d’exégèse inévitable et même évidente. J’examinerai donc maintenant le cadre d’analyse élaboré par les juges majoritaires.

#### V. Formulation édulcorée du critère établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach* par les juges majoritaires

[428] Les juges majoritaires acceptent certains aspects de la proposition faite par le procureur général du Canada quant à la « modernisation » de la théorie de l’intérêt national, mais poussent la proposition encore plus loin. Ainsi — bien que cela n’apparaisse

divines from that judgment, at paras. 142-66, the following “three-step process” (para. 132):

- 1) **Threshold question:** is the matter of sufficient concern to Canada as a whole to warrant consideration under the doctrine?
- 2) **Singleness, distinctiveness and indivisibility:** as this is not a “readily applicable legal test”, the two “principles” that follow must be satisfied (para. 146).
  - a. First, the matter must be “*specific and identifiable*” and “*qualitatively different*” from matters of provincial concern” (para. 146 (emphasis added)).

Three factors or considerations may inform whether something is “qualitatively different”:

- i. Whether “the matter is predominantly extraprovincial and international in its nature or its effects” (para. 151);
  - ii. Whether international agreements related to the matter exist; and
  - iii. Whether “the matter involves a federal legislative role that is distinct from and not duplicative of that of the provinces” (para. 151).
- b. Secondly, federal jurisdiction should be recognized “only where the evidence establishes *provincial inability* to deal with the matter” (para. 152 (emphasis added)).

Three factors must be present:

- i. The “legislation should be of a nature that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting” (para. 152);
- ii. The “failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country” (para. 152); and

nulle part dans le jugement de la Cour dans l’arrêt *Crown Zellerbach* — les juges majoritaires déduisent inexplicablement de ce jugement, aux par. 142-166, le « processus en trois étapes » suivant (par. 132) :

- 1) **Question préliminaire** : la matière présente-t-elle, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant pour justifier d’être prise en compte au titre de la théorie?
- 2) **Unicité, particularité et indivisibilité** : comme il ne s’agit pas d’un « critère juridique aisément applicable », les deux « principes » qui suivent doivent être respectés (par. 146).
  - a. D’abord, la matière doit être « *particulière, identifiable et qualitativement différente* de matières d’intérêt provincial » (par. 146 (je souligne)).

Trois facteurs ou considérations peuvent être utiles pour établir si une matière est « qualitativement différente » :

- i. Si « la matière a un caractère principalement extraprovincial et international de par sa nature ou ses effets » (par. 151);
  - ii. Si des accords internationaux relatifs à la matière existent; et
  - iii. Si « la matière implique l’exercice par le fédéral d’un rôle législatif qui est distinct de celui des provinces et qui ne fait pas double emploi avec celui-ci » (par. 151).
- b. Ensuite, la compétence fédérale ne devrait être reconnue « que dans les cas où la preuve démontre *l’incapacité des provinces* de s’occuper de la matière » (par. 152 (je souligne)).

Trois facteurs doivent être présents :

- i. La « loi devrait être d’une nature telle que la Constitution n’habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l’adopter » (par. 152);
- ii. « l’omission d’inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l’application de ce système dans d’autres parties du pays » (par. 152); et

iii. A “province’s failure to deal with the matter must have grave extraprovincial consequences” (para. 153).

- 3) **Scale of impact**: this requires the court to balance the intrusion on provincial autonomy against the impact on other interests that will be affected if federal jurisdiction is not granted.

[429] As will be apparent from the above, the majority has accepted Canada’s proposal that principles from the trade and commerce jurisprudence ought to be adopted into the national concern analysis. But the majority adds additional elements that were previously considered irrelevant to the national concern analysis. I will discuss each of them in turn.

A. *“Threshold Question”: Whether the Matter Is of Sufficient Concern to Canada as a Whole*

[430] The majority’s new framework requires a reviewing court to ask whether “the matter is of sufficient concern to Canada as a whole to warrant consideration under the doctrine”, which, we are told “invites a common-sense inquiry into the national importance of the proposed matter” (para. 142). While framed as “a threshold question”, I observe that the importance of the matter implicitly permeates the entire analysis, reappearing in the majority’s discussion of “scale of impact”, where that step of the test is understood as an exercise in balancing “competing interests” (paras. 142 and 160).

[431] My colleague Rowe J. addresses why importance should not be a relevant consideration under “singleness, distinctiveness and indivisibility”. It therefore suffices for me to stress two points here.

iii. « le défaut d’une province de s’occuper d’une matière doit avoir des conséquences extraprovinciales graves » (par. 153).

- 3) **Étendue de l’effet** : cet élément exige que la cour mette en balance l’empiètement sur l’autonomie des provinces et l’effet sur d’autres intérêts qui seront touchés si la compétence fédérale n’est pas accordée.

[429] Comme il ressort de ce qui précède, les juges majoritaires ont accepté la proposition du Canada selon laquelle les principes découlant de la jurisprudence sur le trafic et le commerce devraient être intégrés à l’analyse relative à l’intérêt national. Toutefois, ils ajoutent des éléments supplémentaires qui ont déjà été jugés non pertinents dans le cadre de l’analyse de l’intérêt national. J’aborderai chacun de ceux-ci à tour de rôle.

A. *« Question préliminaire » : la matière présente-t-elle, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant?*

[430] Le nouveau cadre d’analyse établi par les juges majoritaires exige que la cour de révision se demande « si la matière proposée présente, pour le Canada tout entier, un intérêt suffisant pour justifier d’être prise en compte au regard de cette théorie », dont, selon ce qu’on nous dit, « [l]a détermination de l’importance nationale [. . .] requiert un examen fondé sur le sens commun » (par. 142). Bien que l’importance de la matière soit formulée comme une « question préliminaire », elle imprègne implicitement toute l’analyse selon ce que je constate, et elle réapparaît lorsque les juges majoritaires procèdent à l’examen de « l’étendue de l’effet », où cette étape du critère est considérée comme une opération de mise en balance des « intérêts concurrents » (par. 142 et 160).

[431] Mon collègue le juge Rowe explique pourquoi l’importance ne devrait pas être une considération pertinente eu égard à « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité ». Par conséquent, je me contenterai de souligner deux points.

[432] First, the majority reasons appear to suffer from the misconception that, if a matter is *important*, it follows that it is a matter for Parliament and the federal government. This is remarkably dismissive of provincial jurisdiction. I agree with Professor Gibson, who says:

If importance of the subject matter is the measure of “national dimensions”, there can be little hope for federalism in Canada’s future. Since there are very few functions of government which are not of great importance, to grant federal jurisdiction over all such functions would be to make the supposedly autonomous provincial legislatures mere “tenants at sufferance” of the federal Parliament.

((1976), at p. 31)

[433] Secondly, in considering the importance of the matter urged by the Attorney General of Canada, the majority emphasizes that carbon pricing is “a necessary tool”, an “essential elemen[t]”, and a “critical measure” (paras. 169-70). But these considerations have no bearing on the division of powers. I acknowledge that the majority might be taken as responding to this point by positioning this as only a “threshold” question. Even so understood, however, the majority’s analysis allows the efficacy or wisdom of a policy choice to colour the analysis that follows. It is, in effect, a backdoor to injecting into the division of powers framework the judiciary’s views of such matters. In a literal and dangerous sense, this risks *politicizing* the judiciary, pulling it (as here) into expressing views *not* on the *constitutionality* of one side or another on deeply contentious policy questions within the federation, but on their *merits*.

#### B. *Singleness, Distinctiveness and Indivisibility*

[434] The majority explains that the phrase “singleness, distinctiveness and indivisibility” does not articulate a “readily applicable legal test” (para. 146).

[432] D’abord, les juges majoritaires semblent entretenir dans leurs motifs l’idée erronée selon laquelle si une matière est *importante*, elle relève nécessairement du Parlement et du gouvernement fédéral. Une telle idée est extrêmement méprisante envers la compétence provinciale. Je suis d’accord avec le professeur Gibson, qui affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Si l’importance de la matière permet d’établir des « dimensions nationales », il y a peu d’espoir pour le fédéralisme dans l’avenir du Canada. Étant donné qu’il y a très peu de fonctions du gouvernement qui ne sont pas de grande importance, conférer la compétence au gouvernement fédéral à l’égard de toutes ces fonctions reviendrait à rendre les législatures provinciales censément autonomes de simples « locataires en vertu d’un bail par tolérance » au profit du Parlement fédéral.

((1976), p. 31)

[433] Ensuite, lors de l’examen de l’importance de la matière sur laquelle insiste le procureur général du Canada, les juges majoritaires soulignent que la tarification du carbone est un « outil nécessaire », un « élém[en]t essentiel[1] » et une « mesure essentielle » (par. 169-170). Toutefois, ces considérations n’ont aucune incidence sur le partage des compétences. Je reconnais qu’on pourrait penser que les juges majoritaires répondent à ce point en le présentant seulement comme une question « préliminaire ». Même interprétée de la sorte, toutefois, l’analyse des juges majoritaires permet à l’efficacité ou à la sagesse d’un choix politique de teinter l’analyse qui suit. Il s’agit dans les faits d’un moyen détourné d’intégrer au cadre d’analyse du partage des compétences les préférences des tribunaux à l’égard de ces matières. Dans un sens littéral et dangereux, cela risque de *politiser* le pouvoir judiciaire, entraînant les tribunaux (comme en l’espèce) à exprimer des avis *non pas* sur la *constitutionnalité* d’un aspect ou l’autre de questions de politique profondément litigieuses au sein de la fédération, mais sur leur *bien-fondé*.

#### B. *Unicité, particularité et indivisibilité*

[434] Les juges majoritaires expliquent que l’expression « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité » ne constitue pas un « critère juridique aisément

It should, the majority says, therefore be understood in light of two “animating” principles: “. . . first, federal jurisdiction based on the national concern doctrine should be found to exist only over a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern; and second, federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter” (para. 157).

(1) The First Principle: “A Specific and Identifiable Matter That Is Qualitatively Different From Matters of Provincial Concern”

[435] Under the principle that singleness, distinctiveness and indivisibility will require “a specific and identifiable matter that is qualitatively different from matters of provincial concern”, the majority identifies three factors “that properly inform th[e] analysis” of whether something is “qualitatively different” (paras. 146-47).

[436] The first factor is “whether [the matter] is predominantly extraprovincial and international in character, having regard both to its inherent nature and to its effects” (para. 148). It is far from clear what my colleagues in the majority understand by a matter’s “inherent nature”. They appear to equate it with a matter’s “character and implications” (para. 173). But the meaning of a matter’s “implications” is not explained (aside from a reference to “serious effects that can cross provincial boundaries”, at para. 148). And identifying a matter’s “predominantly extraprovincial and international . . . character” by considering its “inherent nature” appears to veer into presupposing the answer to the very question that the framework is intended to address: whether the matter is a national concern. None of this is helpful.

[437] The second factor is whether international agreements related to the matter exist (para. 149). This, as Rowe J. makes plain, undermines *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*,

applicable » (par. 146). Selon eux, ce critère devrait être interprété en fonction de deux principes « guidant » l’analyse : premièrement, « compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral sur la base de la théorie de l’intérêt national qu’à l’égard de matières particulières, identifiables et qualitativement différentes de matières d’intérêt provincial » et deuxièmement, « compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l’incapacité des provinces de s’occuper de la matière » (par. 157).

(1) Le premier principe : « la matière en cause est particulière, identifiable et qualitativement différente de matières d’intérêt provincial »

[435] En fonction du principe portant que l’unicité, la particularité et l’indivisibilité exigeront une « matière en cause [. . .] particulière, identifiable et qualitativement différente de matières d’intérêt provincial », les juges majoritaires cernent trois facteurs « qui éclairent adéquatement [l’]analyse » à savoir si une chose est « qualitativement différente » (par. 146-147).

[436] Le premier facteur est de « se demander si la matière a un caractère principalement extraprovincial et international, eu égard à sa nature intrinsèque et à ses effets » (par. 148). Ce que veulent dire mes collègues les juges majoritaires par la « nature intrinsèque » d’une matière est loin d’être clair. Ils semblent l’assimiler à la « nature et [aux] répercussions » d’une matière (par. 173). Toutefois, la signification des « répercussions » d’une matière n’est pas expliquée (mis à part une allusion aux « graves effets qui peuvent déborder les frontières de cette province », par. 148), et l’établissement du « caractère principalement extraprovincial et international » d’une matière au moyen de l’examen de sa « nature intrinsèque » semble présupposer la réponse à la question même à laquelle le cadre d’analyse vise à répondre : à savoir si la matière est d’intérêt national. Rien de tout cela n’est utile.

[437] Le deuxième facteur est de savoir s’il existe des accords internationaux relatifs à la matière (par. 149). Ce facteur, comme l’indique clairement le juge Rowe, mine l’arrêt *Attorney-General for*

[1937] A.C. 326 (P.C.). Further, it serves as no constraint whatsoever on the recognition of a national concern. That is, while *the absence* of international agreements will not militate against recognition of a national concern, *the presence* of such agreements — depending on their content — may *support* recognition of a national concern.

[438] The third factor is “whether the matter involves a federal legislative role that is distinct from and not duplicative of that of the provinces” (para. 151). Here, the majority says that this factor is satisfied, because the *Act* works “on a distinctly national basis” — echoing the language urged upon us by the Attorney General of Canada — in establishing minimum national standards to meet Canada’s obligations under the *Paris Agreement*, which constitutes a federal role in pricing that is qualitatively different from matters of provincial concern (para. 177).

[439] In other words, the majority says that “minimum national standards” can qualify as a national concern under POGG because, *inter alia*, they work in a *national* way. But this simply illustrates how the concept of minimum national standards has been employed to create a federal aspect of the matter out of thin air. *How else*, after all, *would* national standards work, if not *nationally*? This consideration adds nothing to the analysis, and therefore achieves nothing except to facilitate the recognition of Parliament’s legislative authority over a matter simply by casting Parliament as doing something that Parliament almost always does: legislating in a *national* way, by creating minimum *national* standards.

[440] None of this supports the majority’s reference to having developed an “exacting” test with “meaningful barrier[s]” (para. 208). Rather, and as I have already observed, it is a departure from *Crown Zellerbach* that operates not to *constrain*

*Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.). De plus, il n’impose aucune contrainte que ce soit à la reconnaissance d’un intérêt national. En d’autres termes, bien que *l’absence* d’accords internationaux ne milite pas contre la reconnaissance d’un intérêt national, *la présence* de tels accords — selon leur contexte — peut *appuyer* la reconnaissance d’un intérêt national.

[438] Le troisième facteur est de savoir « si la matière implique l’exercice par le fédéral d’un rôle législatif qui est distinct de celui des provinces et qui ne fait pas double emploi avec celui-ci » (par. 151). En l’espèce, les juges majoritaires affirment que ce facteur est respecté, parce que la *Loi* fonctionne « suivant une approche distinctement nationale » — reprenant les propos qu’a tenus devant nous le procureur général du Canada — pour établir des normes nationales minimales en vue du respect des obligations du Canada prises dans le cadre de l’*Accord de Paris*, ce qui constitue un rôle dévolu au fédéral dans le domaine de la tarification, qui est qualitativement différent des matières d’intérêt provincial (par. 177).

[439] Autrement dit, les juges majoritaires affirment que les « normes nationales minimales » peuvent être qualifiées de matière d’intérêt national au titre du pouvoir POBG parce que, notamment, elles fonctionnent d’une manière *nationale*. Cependant, cela illustre simplement la façon dont le concept des normes nationales minimales a été employé pour créer de toutes pièces un aspect fédéral de la matière. Après tout, *de quelle autre façon* les normes nationales *pourraient-elles* s’appliquer, si ce n’est *nationalement*? Cette considération n’ajoute rien à l’analyse et ne sert donc à rien, sauf à faciliter la reconnaissance d’une compétence législative au Parlement à l’égard d’une matière simplement en présentant ce que fait le Parlement comme quelque chose qu’il fait toujours : légiférer d’une façon *nationale*, en créant des normes *nationales* minimales.

[440] Rien de tout cela n’appuie la prétention des juges majoritaires selon laquelle ils ont développé un test « exigeant[t] » comportant des « obstacle[s] important[s] » (par. 208). Comme je l’ai déjà observé, il s’agit plutôt d’une rupture avec l’arrêt *Crown*

the recognition of POGG matters, but effectively to *facilitate* it via the artifice of “minimum national standards”.

[441] In its dilution of the national concern test, the majority has lost sight of what that test is supposed to achieve: the identification of matters that are *distinctive* (being different from those falling under any other enumerated power, and thus beyond the constitutional powers of the provinces to address), and *indivisible* (being a matter for which responsibility cannot be divided between Parliament and the provinces). While the majority’s “principle” of “qualitativ[e] differen[ce] from matters of provincial concern” (para. 146) echoes *Crown Zellerbach*’s requirement of *distinctiveness*, its three “factors” in effect adulterate that requirement to the point that there is no principle left. Almost any provincial head of power is open to federal intrusion simply by recasting the federal matter as one of “minimum national standards”.

[442] This leaves, of course, *Crown Zellerbach*’s requirement of *indivisibility* — which is nowhere accounted for in the majority’s dilution. While the majority does caution that “the matter must not be an aggregate of provincial matters” and insists that the “requirement of indivisibility is given effect through [the two] principles” set out in their framework (at paras. 150 and 158), this does not capture the concerns of Beetz J. in *Anti-Inflation*. In that case, Beetz J. explained that matters like inflation are aggregates of subjects coming under federal and provincial jurisdiction, and that they lack a degree of unity that makes them indivisible. The point is that many matters, like inflation, are qualitatively *distinct* from provincial heads of power, but they still do not qualify as a national concern under POGG because they are not *indivisible*, since they can be divided between both orders of government. Yet, and as Rowe J. explains, the majority now allows for such matters to be subsumed under federal jurisdiction as a national concern, thereby discarding Beetz J.’s careful,

*Zellerbach* qui a pour effet non pas de *restreindre* la reconnaissance des matières en vertu du pouvoir POBG, mais de la *faciliter* dans les faits au moyen de l’artifice des « normes nationales minimales ».

[441] En édulcorant le test de l’intérêt national, les juges majoritaires ont perdu de vue ce que le test est censé accomplir : la détermination des matières qui sont *particulières* (c’est-à-dire distinctes de celles relevant de tous les autres pouvoirs énumérés, et donc qui outrepassent les pouvoirs constitutionnels des provinces de traiter de la question) et *indivisibles* (c’est-à-dire une matière pour laquelle la responsabilité ne peut être divisée entre le Parlement et les provinces). Bien que le « principe » de « différen[ce] [qualitative] de[s] matières d’intérêt provincial » (par. 146) des juges majoritaires rejoigne l’exigence de *particularité* établie dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, leurs trois « facteurs » altèrent en fait cette exigence au point où il ne reste plus aucun principe. Pratiquement tous les chefs de compétence provinciale peuvent faire l’objet d’un empiètement fédéral si la matière fédérale est simplement reformulée comme étant des « normes nationales minimales ».

[442] Il reste évidemment l’exigence d’*indivisibilité* établie dans l’arrêt *Crown Zellerbach* — dont les juges majoritaires ne tiennent nullement compte dans leur test édulcoré. Bien que ceux-ci formulent la mise en garde selon laquelle « la matière ne doit pas être un agrégat de matières provinciales » et insistent pour dire que « [l]es deux principes [énoncés dans leur cadre d’analyse] donnent effet à l’exigence d’indivisibilité » (par. 150 et 158), cela ne prend pas en compte les préoccupations du juge Beetz dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*. Dans cette affaire, le juge Beetz a expliqué que les matières comme l’inflation sont des agrégats de sujets relevant à la fois de la compétence fédérale *et* de la compétence provinciale, et qu’elles n’ont pas le degré d’unicité qui les rend indivisibles. Le fait est que de nombreuses matières, comme l’inflation, sont qualitativement *distinctes* des chefs de compétence provinciale, mais ne peuvent être qualifiées d’intérêt national au titre du pouvoir POBG parce qu’elles ne sont pas *indivisibles*, puisqu’elles peuvent être divisées

compelling and (until now) important judgment in *Anti-Inflation*.

- (2) The Second Principle: “Federal Jurisdiction Should Be Found to Exist Only Where the Evidence Establishes Provincial Inability to Deal With the Matter”

[443] The majority says that “federal jurisdiction should be found to exist only where the evidence establishes provincial inability to deal with the matter” (para. 152). The “starting point” for this analysis, says the majority, is the understanding of provincial inability stated in the fourth and fifth indicia from the *General Motors* test (para. 152). To this, they add that “a province’s failure to deal with the matter must have grave extraprovincial consequences” (para. 153). These three factors must be satisfied to meet the criterion of provincial inability, which is now a necessary but insufficient condition for the recognition of a matter of national concern (para. 156).

[444] I have already described the problem with using principles from the trade and commerce jurisprudence in the national concern analysis in responding to the submissions on this point from the Attorney General of Canada, which is that reliance on the test governing the federal trade and commerce power is inappropriate; the tests for provincial inability are different, and the point of the provincial inability analysis was — before now — to filter out matters that could fit under any enumerated head of power, so that POGG would be truly residual. But there are other problems with this “principle”, as stated by the majority.

entre les deux ordres de gouvernement. Pourtant, et comme l’explique le juge Rowe, les juges majoritaires permettent maintenant que de telles matières soient subsumées sous la compétence fédérale en tant qu’intérêt national, écartant ainsi le jugement soigné, convaincant et (jusqu’à maintenant) important du juge Beetz dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*.

- (2) Le deuxième principe : « compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l’incapacité des provinces de s’occuper de la matière »

[443] Les juges majoritaires affirment que « compétence ne devrait être reconnue en faveur du fédéral que dans les cas où la preuve démontre l’incapacité des provinces de s’occuper de la matière » (par. 152). Le « point de départ » de cette analyse, selon les juges majoritaires, est la notion de l’incapacité provinciale dont il est question dans les quatrième et cinquième indices du critère établi dans l’arrêt *General Motors* (par. 152). Ils ajoutent à cela que « le défaut d’une province de s’occuper d’une matière doit avoir des conséquences extraprovinciales graves » (par. 153). Il faut satisfaire à ces trois facteurs pour remplir le critère de l’incapacité provinciale, qui est maintenant une condition nécessaire mais insuffisante pour la reconnaissance d’une matière d’intérêt national (par. 156).

[444] J’ai déjà décrit le problème relatif à l’utilisation de principes provenant de la jurisprudence sur le trafic et le commerce dans l’analyse de l’intérêt national en répondant aux observations à ce sujet formulées par le procureur général du Canada. De fait, il ne convient pas de se fonder sur le test régissant la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce; les critères relatifs à l’incapacité provinciale sont différents, et l’analyse de l’incapacité provinciale visait — jusqu’à maintenant — à écarter les matières qui pourraient relever de tout chef de compétence énuméré, de sorte que le pouvoir POGG serait véritablement résiduel. Cependant, ce « principe », tel qu’énoncé par les juges majoritaires, pose d’autres problèmes.

[445] First, by forcing trade and commerce jurisprudence into the national concern test, the majority requires constitutional incapacity to establish provincial inability (para. 182). The majority analogizes to the *2018 Securities Reference*, in which provincial legislation addressing systemic risk was considered unsustainable because of the ability of the provinces to withdraw at any time. But it will always be the case that provinces are unable to fetter themselves against future legislative action. This requirement is therefore meaningless.

[446] Secondly, in discussing the final requirement, the need for “grave extraprovincial consequences”, the majority furnishes examples which are indeed grave, including serious harm to human life, contagious disease, and arms trafficking (paras. 153-55). But the majority fails to link those grave consequences to provincial inability, properly understood. And this is because the majority does not appear to appreciate that the extra-provincial effects must be such that all or part of the matter is beyond the scope of provinces’ legislative authority under s. 92 to address, whether independently or in tandem.

[447] Finally, the majority also stresses the requirement of “grave extraprovincial consequences” as demonstrating the “exacting” nature of its test (paras. 155, 208-9 and 211). But this standard is peremptory, almost uselessly subjective and susceptible to change (as the majority’s description of the extra-provincial harm in *Munro* as “meaningful” makes clear (para. 154)). And far from *constraining* federal intrusion, this standard effectively *invites* it into other areas of provincial jurisdiction whose exercise could also cause “grave extraprovincial consequences”, such as public health and pandemic response (*pace* the majority’s reference to “one province’s failure to deal with health care”, at para. 209), the management of provincial public lands, the construction of hydroelectric dams, the development and management of non-renewable and forestry resources, the inflationary effects of intra-provincial trade and commerce

[445] Premièrement, en intégrant la jurisprudence sur la compétence en matière de trafic et de commerce au critère relatif à l’intérêt national, les juges majoritaires exigent l’incapacité constitutionnelle pour établir l’incapacité provinciale (par. 182). Ils font une analogie avec le *Renvoi de 2018 relatif aux valeurs mobilières*, dans lequel les provinces ont été jugées incapables d’adopter un régime viable traitant du risque systémique en raison de la possibilité pour les provinces de se retirer du régime à tout moment. Toutefois, il en sera toujours ainsi; les provinces sont incapables d’entraver l’exercice futur de leur pouvoir de légiférer. Cette exigence ne veut donc rien dire.

[446] Deuxièmement, en analysant la dernière exigence, soit la nécessité qu’il y ait des « conséquences extraprovinciales graves », les juges majoritaires donnent des exemples qui sont effectivement graves, notamment le préjudice sérieux à la vie humaine, les maladies contagieuses et le trafic d’armes (par. 153-155). Cependant, ils n’établissent pas de lien entre ces conséquences graves et l’incapacité provinciale, correctement interprétée. Il en est ainsi parce que les juges majoritaires ne semblent pas se rendre compte que les effets extraprovinciaux doivent être tels que la totalité ou une partie de la matière excède la portée de la compétence législative que confère l’art. 92 aux provinces pour traiter de la question, que ce soit indépendamment ou de concert.

[447] Enfin, les juges majoritaires soulignent aussi que l’exigence qu’il y ait des « conséquences extraprovinciales graves » démontre le caractère « exigeant » de leur test (par. 155, 208-209 et 211). Toutefois, cette norme est péremptoire, quasi inutilement subjective et susceptible de changer (comme l’indique clairement le fait que les juges majoritaires qualifient de « significatif » le préjudice extraprovincial dont il était question dans l’arrêt *Munro* (par. 154)). En outre, loin de *limiter* l’empiètement fédéral, cette norme *favorise* dans les faits un tel empiètement dans d’autres domaines de compétence provinciale dont l’exercice pourrait aussi causer des « conséquences extraterritoriales graves », comme la santé publique et l’intervention contre une pandémie (malgré la mention par les juges majoritaires d’un « défaut d’une province d’agir en matière de soins de santé », par. 209), la gestion des terres publiques

(including the regulation of wages and prices) and the management of prisons. Simply put, the *gravity* of the extra-provincial consequences should not and (until now) has not dictated the outcome of the provincial inability test.

[448] For my part, rather than dilute *Crown Zellerbach* so as to assure the *Act's* constitutionality, I consider myself bound by its understanding of provincial inability. The reason why is illustrated by this Court's decision in *Anti-Inflation*. While controlling inflation could undoubtedly meet aspects of the provincial inability test — in the sense that part of the matter is beyond the scope of provincial legislative authority to address — this Court held that controlling inflation does not qualify as a matter of national concern, because it is *divisible* (“an aggregate of several subjects”, at p. 458). In other words, it is possible for a matter to be characterized by provincial inability, while still failing to satisfy the requirement of singleness, distinctiveness and indivisibility. This surely means that, where extra-provincial effects are such that all or part of a matter is beyond provincial legislative power to address, this is an *indicator* — but no more — that the matter *may* be distinct from provincial jurisdiction and have extra-provincial aspects that are indivisible from its local and private aspects. In other words, the insight of *Crown Zellerbach* obtains: consistent with the residual nature of POGG, federal usurpation of what was formerly within provincial jurisdiction is possible only where a matter has become distinct from what the provinces can do, and yet cannot be separated from what the provinces can do. In such a case, resort to POGG, and in particular its national concern branch, is necessary to preserve the exhaustiveness of the division of powers.

provinciales, la construction de barrages hydroélectriques, l'exploitation et la gestion de ressources non renouvelables et forestières, les effets inflationnistes du trafic et du commerce intraprovinciaux (y compris la réglementation des salaires et des prix) et la gestion des prisons. En termes simples, la *gravité* des conséquences extraprovinciales ne devrait pas et n'a pas (jusqu'à maintenant) dicté l'issue du critère de l'incapacité provinciale.

[448] Pour ma part, plutôt que d'édulcorer le test établi dans l'arrêt *Crown Zellerbach* de sorte que la *Loi* soit constitutionnelle, je me considère lié à l'interprétation de l'incapacité provinciale qui y est faite. La décision de notre Cour dans le *Renvoi : Loi anti-inflation* illustre pourquoi il en est ainsi. Bien que le contrôle de l'inflation puisse sans aucun doute respecter des aspects du critère de l'incapacité provinciale — en ce sens qu'une partie de la matière outrepassé la portée du pouvoir législatif provincial de traiter de la question — notre Cour a conclu que le contrôle de l'inflation ne peut être qualifié de matière d'intérêt national, parce qu'il s'agit d'une matière qui est *divisible* (« un agrégat de sujets divers », p. 458). Autrement dit, il est possible qu'une matière soit caractérisée par l'incapacité provinciale, tout en ne respectant pas les exigences d'unicité, de particularité et d'indivisibilité. Cela signifie clairement que, lorsque les effets extraprovinciaux sont tels que la totalité ou une partie de la matière outrepassé le pouvoir législatif provincial de traiter de la matière, cette situation est *indicative* — sans plus — que la matière *peut* être distincte des matières relevant de la compétence provinciale et avoir des aspects extraprovinciaux qui sont indivisibles de ses aspects locaux et privés. En d'autres mots, voici ce qu'on peut tirer de l'arrêt *Crown Zellerbach* : conformément à la nature résiduelle du POBG, l'usurpation fédérale de ce qui relevait auparavant de la compétence provinciale est possible seulement lorsqu'une matière est devenue distincte de ce que les provinces peuvent faire, mais ne peut être séparée de ce qu'elles peuvent faire. Dans un tel cas, le recours au pouvoir POBG, et plus particulièrement à son volet intérêt national, est nécessaire pour préserver l'exhaustivité du partage des compétences.

### C. *Scale of Impact*

[449] The final step in the majority's diluted reformulation of the test for national concern requires the reviewing court to determine "whether the matter's scale of impact on provincial jurisdiction is acceptable having regard to the impact on the interests that will be affected if Parliament is unable to constitutionally address the matter at a national level" (para. 196). The "impact on provincial jurisdiction" is considered, then weighed against other "interests", which requires the court to "balance competing interests" (para. 160). This is yet another departure from *Crown Zellerbach*, in which this Court said that a matter of national concern must have "a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution" (p. 432). Curiously, while the majority cites to this passage, it then abandons it, seeking to reconcile the impact on provincial jurisdiction *not* with *the division of powers*, but with *the importance* that the reviewing judge ascribes to other "interests" (para. 206).

[450] The judicial role in federalism disputes is properly confined to identifying the boundaries set by the Constitution that separate federal from provincial jurisdiction. In the context of considering the "scale of impact", this entails looking to the scope of provincial powers affected and the impact on the relative autonomy of Parliament *and* provinces. It also requires carefully considering the contours of the matter said to be of national concern, as it is only where the matter has "ascertainable and reasonable limits" that it can be said to have "a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power" (*Crown Zellerbach*, at pp. 432 and 438). Determining the contours of jurisdiction and the effects of legislation is what courts do. The role of the judiciary, properly understood, does *not* extend to evaluating the importance of other interests that could be affected if the provinces are not supervised in the exercise of their jurisdiction. That is the stuff of policy-making, not adjudication. This distinction, which appears to elude the majority, was once thought uncontroversial

### C. *Étendue de l'effet*

[449] La dernière étape de la reformulation édulcorée que font les juges majoritaires du critère de l'intérêt national exige que la cour de révision établisse « si l'étendue de l'effet de la matière sur la compétence des provinces est acceptable eu égard à l'effet qu'aurait sur les intérêts qui seront touchés le fait que le Parlement ne pourrait pas, suivant la Constitution, s'occuper de la matière à l'échelle nationale » (par. 196). L'« effet sur la compétence provinciale » est examiné, et il est ensuite mis en balance avec les autres « intérêts », ce qui exige que la cour « soup[è]se des intérêts concurrents » (par. 160). Il s'agit encore une fois d'une rupture avec l'arrêt *Crown Zellerbach*, dans lequel la Cour a affirmé qu'une matière d'intérêt national doit avoir « un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution » (p. 432). Curieusement, bien que les juges majoritaires citent ce passage, ils l'abandonnent ensuite et cherchent à concilier l'effet sur la compétence provinciale *non pas* avec le *partage des compétences*, mais avec *l'importance* qu'attribue le juge de révision aux autres « intérêts » (par. 206).

[450] Le rôle judiciaire dans les conflits relatifs au fédéralisme ne consiste qu'à cerner les limites établies par la Constitution qui séparent la compétence fédérale de la compétence provinciale. Dans le contexte de l'examen de « l'étendue de l'effet », cela consiste à examiner la portée des pouvoirs provinciaux touchés et l'effet sur l'autonomie relative du Parlement *et* des provinces. Ce rôle exige aussi l'examen attentif des contours de la matière dite d'intérêt national, car ce n'est que lorsque la matière a « des limites vérifiables et raisonnables » qu'on peut dire qu'elle a « un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs » (*Crown Zellerbach*, p. 432 et 438). Déterminer les contours de la compétence et les effets des lois, c'est ce que font les tribunaux. Le rôle des tribunaux, bien interprété, ne va *pas* jusqu'à évaluer l'importance d'autres intérêts qui pourraient être touchés si les provinces ne sont pas supervisées dans l'exercice de leur compétence. Cela relève de l'élaboration de politiques, et non des décisions judiciaires. Cette distinction, qui semble échapper aux

at this Court (see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 136).

[451] But the real problem with my colleagues' scale of impact analysis is their significant understatement of the intrusion into provincial jurisdiction effected by the *Act*. It will be recalled that the majority finds that the impact on provincial jurisdiction is limited, in part because the "impact on the provinces' freedom to legislate is minimal" and "strictly limited", since provinces "are free to design and legislate any GHG pricing system as long as it meets minimum national standards of price stringency" (paras. 199-200 (emphasis added)). As I have noted, this ignores the detailed industrial regulations authorized by Part 2 of the *Act*. But it also ignores that the federal benchmark is *not static*, and can be set to an increasingly stringent level so as to correspondingly narrow provincial jurisdiction in the field. It is only by ignoring such things that the majority is able to claim that the federal power that it recognizes here is "significantly less intrusive than [that recognized] in *Crown Zellerbach*" (para. 201).

[452] More fundamentally, and even if federalism *were* a thing whose terms were not constitutionally enshrined but could instead be judicially balanced, the majority's overall approach is not one of balance. Rather, the majority puts its thumb heavily on the federal side of the scale — by legitimating as a national concern the device of "minimum national standards" on matters of importance that otherwise fall within provincial jurisdiction, and by insisting that doing so still preserves provincial autonomy (*as long as* it is exercised in accordance with federal priorities). Parliament now knows how to ensure that the balance will always tip its way, whenever provinces choose to exercise their legislative authority in a way that impedes the federal agenda.

juges majoritaires, a déjà été jugée non controversée par notre Cour (voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, par. 136).

[451] Toutefois, le véritable problème avec l'analyse de l'étendue de l'effet que font les juges majoritaires est leur grave sous-évaluation de l'empiètement sur la compétence provinciale auquel donne lieu la *Loi*. Il convient de rappeler que ceux-ci estiment que l'impact sur la compétence provinciale est limité, en partie parce que « l'effet de la matière sur la liberté des provinces de légiférer est minime » et « strictement limit[é] », puisque les provinces « sont libres de créer par voie législative tout système de tarification des GES, pourvu que ce système respecte les normes nationales minimales de tarification rigoureuse » (par. 199-200 (je souligne)). Comme je l'ai déjà noté, cet énoncé fait fi des règlements industriels détaillés pouvant être pris en vertu de la partie 2 de la *Loi*. Or, il fait également fi du fait que les normes fédérales ne sont *pas statiques*, et que leur niveau de rigueur peut être de plus en plus élevé de façon à restreindre de façon correspondante la compétence provinciale dans le domaine. Ce n'est qu'en ignorant ces éléments que les juges majoritaires sont capables de dire que la compétence fédérale qu'ils reconnaissent en l'espèce est « considérablement moins envahissante que celle [reconnue] dans l'affaire *Crown Zellerbach* » (par. 201).

[452] Plus fondamentalement, et même si le fédéralisme *était* un principe dont les modalités n'étaient pas consacrées dans la Constitution mais qui pouvaient plutôt être soupesées par les tribunaux, l'approche globale des juges majoritaires n'en est pas une de mise en équilibre. Ceux-ci font plutôt pencher fortement la balance en faveur du côté fédéral — en légitimant en tant qu'intérêt national le mécanisme des « normes nationales minimales » pour les matières d'importance qui autrement relèveraient de la compétence provinciale, et en insistant sur le fait que cette façon de faire préserve tout de même l'autonomie provinciale (*pourvu que* le pouvoir soit exercé conformément aux priorités fédérales). Le Parlement sait maintenant comment faire en sorte que la balance penche toujours en sa faveur, dans le cas où les provinces choisissent d'exercer leur pouvoir législatif d'une façon qui nuit aux intentions du gouvernement fédéral.

[453] Even the Attorney General of Canada was not so bold as to ask for a weighted scale, much less a redefined framework that accounts for other interests that should have no bearing on the division of powers. And yet, the majority has given him just that.

## VI. Conclusion

[454] The *Act's* subject matter falls squarely within provincial jurisdiction. It cannot be supported by any source of federal legislative authority, and it is therefore *ultra vires* Parliament. This Court, a self-proclaimed “guardian of the constitution” should condemn, not endorse, the Attorney General of Canada’s leveraging of the importance of climate change — and the relative popularity of Parliament’s chosen policy response — to fundamentally alter the division of powers analysis under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and, ultimately, the division of powers itself (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155).

[455] The majority’s reasons for judgment are momentous, and their implications should be fully and soberly comprehended. This Court once maintained that the Constitution, underpinned as it is by the principle of federalism, “demands respect for the constitutional division of powers” (*2011 Securities Reference*, at para. 61; see also *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 56 and 58). But in its unfortunate judgment, the majority discards that constitutionally faithful principle for a new, distinctly hierarchical and supervisory model of Canadian federalism, with two defining characteristics: (1) the subjection of provincial legislative authority to Parliament’s overriding authority to establish “national standards” of how such authority may be exercised; and (2) the replacement of the constitutionally mandated *division* of powers with a judicially struck *balance* of power, which balance must account for other “interests”.

[453] Même le procureur général du Canada n’a pas eu l’audace de demander une balance penchant toujours en sa faveur, encore moins un cadre d’analyse redéfini qui tient compte d’autres intérêts qui ne devraient avoir aucune incidence sur le partage des compétences. Et pourtant, c’est exactement ce que les juges majoritaires lui ont donné.

## VI. Conclusion

[454] La matière de la *Loi* relève pleinement de la compétence provinciale. Elle ne trouve appui dans aucune source de compétence législative fédérale, et excède donc la compétence du Parlement. La Cour, en tant que « gardienne de la constitution » autoproclamée, devrait condamner, et non approuver, le fait que le procureur général du Canada instrumentalise l’importance des changements climatiques — et la popularité relative de la réponse politique choisie par le Parlement — pour modifier fondamentalement l’analyse relative au partage des compétences prévu aux par. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en définitive, le partage des compétences en tant que tel (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155).

[455] Les motifs des juges majoritaires sont d’une importance capitale, et leurs répercussions devraient être entièrement et sobrement comprises. La Cour a déjà statué que la Constitution, qui repose sur le principe du fédéralisme, « exige le respect du partage constitutionnel des compétences » (*Renvoi de 2011 relatif aux valeurs mobilières*, par. 61; voir aussi *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 56 et 58). Toutefois, dans leur jugement malencontreux, les juges majoritaires écartent ce principe de fidélité à la Constitution pour un nouveau modèle du fédéralisme canadien, fondé sur la hiérarchie et la supervision, qui comporte deux caractéristiques déterminantes : (1) l’assujettissement de la compétence législative provinciale à la compétence prépondérante du Parlement d’établir des « normes nationales » concernant la façon dont cette compétence peut être exercée; et (2) le remplacement du *partage* des compétences que commande la Constitution par un *équilibre* des compétences établi par les tribunaux, cet équilibre devant tenir compte d’autres « intérêts ».

[456] No province, and not even Parliament itself, ever agreed to — or even contemplated — either of these features. This is a model of federalism that rejects our Constitution and re-writes the rules of Confederation. Its implications go far beyond the *Act*, opening the door to federal intrusion — by way of the imposition of national standards — into *all* areas of provincial jurisdiction, including intra-provincial trade and commerce, health, and the management of natural resources. It is bound to lead to serious tensions in the federation. And all for no good reason, since Parliament could have achieved its goals in constitutionally valid ways. I dissent.

The following are the reasons delivered by

[457] ROWE J. (dissenting) — The national concern doctrine is a residual power of last resort. I have come to this view through a close reading of *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, and the cases that preceded it. Faithful adherence to the doctrine leads inexorably to the conclusion that the national concern branch of the “Peace, Order, and good Government” (“POGG”) power cannot be the basis for the constitutionality of the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12, s. 186 (“*Act*”).

[458] My focus is mainly doctrinal. To attain the objectives sought by the federal structure, and for courts to be accountable to the public in how they exercise their power as umpires in federalism disputes, doctrinal coherence, clarity and predictability regarding the division of powers are essential (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 23; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426, at para. 3).

[459] First, I discuss the principle of federalism and the division of powers: the starting point for a complete understanding of the national concern doctrine.

[456] Aucune province, et pas même le Parlement lui-même, n’a accepté — ni même envisagé — l’une de ces caractéristiques. Il s’agit d’un modèle de fédéralisme qui rejette notre Constitution et qui réécrit les règles de la Confédération. Ses répercussions vont bien au-delà de la *Loi*, ouvrant la voie à l’empiètement fédéral — au moyen de l’imposition de normes nationales — dans *tous* les domaines de compétence provinciale, notamment le trafic et le commerce intraprovinciaux, la santé et la gestion des ressources naturelles. Il donnera forcément lieu à de graves tensions au sein de la fédération, et tout cela sans bonne raison, puisque le Parlement aurait pu atteindre ses objectifs de façon constitutionnellement valide. J’inscris ma dissidence.

Version française des motifs rendus par

[457] LE JUGE ROWE (dissident) — La théorie de l’intérêt national est un pouvoir résiduel de dernier recours. J’en suis venu à cette conclusion à la suite d’une lecture attentive de l’arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, et des décisions qui l’ont précédé. Le respect fidèle des principes établis mène inexorablement à la conclusion que le volet intérêt national du pouvoir de faire des lois pour « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » (« POBG ») ne saurait être le fondement de la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186 (« *Loi* »).

[458] J’examinerai l’affaire principalement d’un point de vue théorique. Pour atteindre les objectifs visés par la structure fédérale, et pour que les tribunaux puissent rendre compte à la population de la manière dont ils exercent leur pouvoir en tant qu’arbitres dans les différends sur le fédéralisme, la cohérence, la clarté et la prévisibilité théoriques au sujet du partage des compétences sont essentielles (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 23; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426, par. 3).

[459] Premièrement, j’analyse le principe du fédéralisme et le partage des compétences : le point de départ pour comprendre pleinement la théorie de

Second, I discuss the residual and circumscribed nature of the POGG power, rooted in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. While some commentators refer to the existence of three branches of POGG — gap, national concern, and emergency — in my view, the case law does not support a distinction between “gap” and “national concern”, nor is such a distinction useful. Rather, what commentators refer to as “gap” and “national concern” is better understood as one manifestation of the cumulatively exhaustive nature of the division of powers, and the residual nature of POGG. Third, I apply this understanding to the national concern test set out in *Crown Zellerbach*, and interpret the concepts of “singleness, distinctiveness and indivisibility”, “provincial inability” and “scale of impact on provincial jurisdiction” accordingly (p. 432). The national concern doctrine applies only to matters that are distinct from those falling under provincial jurisdiction and that cannot be distributed between the existing powers of both orders of government. In addition, their recognition under POGG cannot upset the federal balance. Fourth, I compare this approach to the approach urged on us by the Attorney General of Canada. Finally, I address an entirely distinct matter: the methodology for reviewing regulations for compliance with the division of powers and how it may apply to regulations made under the *Act*. In the result, for these reasons and those of Justice Brown, which I adopt, the legislation is *ultra vires* in whole.

#### I. Federalism and the Division of Powers

[460] This case requires a careful consideration of one of the fundamental underlying principles animating the Canadian Constitution: federalism (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32). The “primary textual expression” of the principle of federalism can be found in the division of powers effected mainly by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* (*Secession Reference*, at para. 47; *Reference re Genetic Non-Discrimination*

l’intérêt national. Deuxièmement, j’examine la nature résiduelle et circonscrite du pouvoir en matière de POBG, lequel prend sa source dans l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que certains auteurs disent que ce pouvoir comporte trois volets — lacune, intérêt national et urgence —, j’estime que la jurisprudence ne permet pas de distinguer la « lacune » de l’« intérêt national », et qu’il n’est pas non plus utile d’établir pareille distinction. Il faut plutôt voir ce que les auteurs appellent la « lacune » et l’« intérêt national » comme une manifestation de la nature cumulativement exhaustive du partage des compétences, ainsi que de la nature résiduelle du pouvoir POBG. Troisièmement, j’applique cette conception au test de l’intérêt national énoncé dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, et j’interprète en conséquence les concepts d’« unicité, de particularité et d’indivisibilité », d’« incapacité provinciale » et d’« étendue » de l’« effet sur la compétence provinciale » (p. 432). La théorie de l’intérêt national ne s’applique qu’aux matières qui sont distinctes de celles relevant de la compétence provinciale et qui ne peuvent être réparties entre les chefs de compétence existants des deux ordres de gouvernement. En outre, leur reconnaissance en vertu du pouvoir POBG ne saurait rompre l’équilibre fédéral. Quatrièmement, je compare cette approche à celle que le procureur général du Canada nous exhorte à adopter. Finalement, j’examine une question entièrement distincte : la méthode à employer pour vérifier si des règlements respectent le partage des compétences et la manière dont cette méthode peut s’appliquer aux règlements pris en vertu de la *Loi*. En conséquence, pour les présents motifs et ceux exprimés par le juge Brown, que je fais miens, la loi est *ultra vires* en totalité.

#### I. Fédéralisme et partage des compétences

[460] En l’espèce, il faut examiner avec soin l’un des principes fondamentaux sous-jacents qui animent la Constitution canadienne : le fédéralisme (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32). La « principale expression textuelle » du principe du fédéralisme se trouve dans le partage des compétences établi principalement aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 47; *Renvoi relatif à la Loi sur la*

*Act*, 2020 SCC 17, [2020] 2 S.C.R. 283 (“*Reference re GNDA*”), at para. 20).

[461] An essential characteristic of the distribution of powers is its exhaustiveness, which precludes legislative voids (*Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 34; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 44). Exhaustiveness reconciles parliamentary sovereignty and federalism: it ensures that there is no subject matter which cannot be legislated upon and that Canada, as a whole, is fully sovereign.

[462] The principle of federalism pursues some well-known objectives: “to reconcile unity with diversity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and to foster co-operation among governments and legislatures for the common good” (*Canadian Western Bank*, at para. 22). The distribution of powers, in turn, was not random; rather, it was designed to achieve these objectives. It accommodates diversity between provinces — by allocating considerable powers to provincial legislatures to allow them pursue their own interests — and their desire for unity — by granting powers to Parliament when they share a common interest (*Secession Reference*, at paras. 58-59; *Reference re GNDA*, at para. 21). The federal structure protects the separate identities of the provinces from being subsumed under a unitary state.

[463] The federal structure was an essential condition for Confederation. Many provinces would not have supported the project of Confederation without the adoption of a federal form (*Secession Reference*, at para. 37; see also *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.) (“*Labour Conventions*”), at pp. 351-53). In other words, “[w]ithout federalism, Canada could not have formed or endured” (*Newfoundland and Labrador (Attorney General) v. Uashaunnuat (Innu of Uashat and of Mani-Utenam)*, 2020 SCC 4, [2020] 1 S.C.R. 15, at para. 240, per Brown and Rowe JJ., dissenting). Consequently, courts interpreting the

*non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17, [2020] 2 R.C.S. 283 (« *Renvoi relatif à la LNDG* »), par. 20).

[461] Une caractéristique essentielle du partage des compétences est son exhaustivité, qui exclut l’absence de compétence législative (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.R. 698, par. 34; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 44). L’exhaustivité concilie la souveraineté parlementaire et le fédéralisme : elle garantit qu’il n’y a aucune matière sur laquelle il est impossible de légiférer et que le Canada est un État pleinement souverain.

[462] Le principe du fédéralisme poursuit certains objectifs bien connus : « concilier l’unité et la diversité, [ . . . ] promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que [ . . . ] favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 22). Le partage des compétences, quant à lui, n’a pas été effectué au hasard; il visait plutôt à atteindre ces objectifs. Il prend en considération la diversité entre les provinces — en accordant des pouvoirs considérables aux législatures provinciales pour leur permettre de faire valoir leurs propres intérêts — et leur désir d’unité — en accordant des pouvoirs au Parlement quand ils ont un intérêt commun (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 58-59; *Renvoi relatif à la LNDG*, par. 21). La structure fédérale empêche que les identités distinctes des provinces ne soient incorporées au sein d’un État unitaire.

[463] La structure fédérale était une condition essentielle de la Confédération. Bien des provinces n’auraient pas appuyé le projet de Confédération sans l’adoption d’une forme fédérale (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 37; voir aussi *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.) (« *Affaire des relations du travail* »), p. 351-353). Autrement dit, « [s]ans le fédéralisme, le Canada n’aurait ni pu se former ni perdurer » (*Terre-Neuve-et-Labrador (Procureur général) c. Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam)*, 2020 CSC 4, [2020] 1 R.C.S. 15, par. 240, les juges Brown et Rowe, dissidents). Par conséquent, les

division of powers must be careful not “to dim or to whittle down” the provisions of the *Constitution Act, 1867*, and its underlying values, or “impose a new and different contract upon the federating bodies” through an exercise of interpretation (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54 (P.C.) (“*Aeronautics Reference*”), at p. 70).

[464] The Canadian federation guarantees the autonomy of both orders of government within their spheres of jurisdiction. Their relationship is one of coordination between equal partners, not subordination (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (“*Securities Reference*”), at para. 71; see also *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (P.C.), at pp. 442-43). The guarantee of provincial autonomy to facilitate the pursuit of collective goals has particular salience for a province like Quebec, “where the majority of the population is French-speaking, and which possesses a distinct culture” (*Secession Reference*, at para. 59; see also *Labour Conventions*, at pp. 351-52).

[465] Autonomy, rather than subordination, entails that provinces have the right to “legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separates the Atlantic from the Pacific” (*Labour Conventions*, at p. 352). As Professor Pigeon (as he then was) explained:

The true concept of autonomy is thus like the true concept of freedom. It implies limitations, but it also implies free movement within the area bounded by the limitations: one no longer enjoys freedom when free to move in one direction only. It should therefore be realized that autonomy means the right of being different, of acting differently. This is what freedom means for the individual; it is also what it must mean for provincial legislatures and governments. There is no longer any real autonomy for them to the extent that they are actually compelled, economically or otherwise, to act according to a specified pattern. Just as freedom means for the individual the right of choosing his

tribunaux qui interprètent le partage des compétences doivent se garder [TRADUCTION] « d’atténuer ou de restreindre » les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les valeurs qui la sous-tendent, ou d’« impose[r] aux membres de la fédération un contrat nouveau et différent » par interprétation (*In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] A.C. 54 (C.P.) (« *Renvoi relatif à l’aéronautique* »), p. 70).

[464] La fédération canadienne garantit l’autonomie des deux ordres de gouvernement dans leurs sphères de compétence respectives. Leur relation est une relation de coordination entre partenaires égaux, et non de subordination (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (« *Renvoi relatif aux valeurs mobilières* »), par. 71; voir aussi *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (C.P.), p. 442-443). La garantie d’autonomie provinciale visant à atteindre des objectifs collectifs revêt une importance particulière pour une province comme le Québec, « où la majorité de la population est francophone et qui possède une culture distincte » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 59; voir aussi *Affaire des relations du travail*, p. 351-352).

[465] L’autonomie, par opposition à la subordination, implique que les provinces aient le droit de [TRADUCTION] « légiférer pour elles-mêmes à l’égard de conditions locales qui sont susceptibles de varier à la mesure de la distance qui sépare l’Atlantique du Pacifique » (*Affaire des relations du travail*, p. 352). Comme l’a expliqué le professeur Pigeon (plus tard juge de la Cour) :

[TRADUCTION] Le véritable concept d’autonomie s’apparente donc au véritable concept de liberté. Il implique non seulement des restrictions, mais aussi la libre circulation à l’intérieur de la zone délimitée par les restrictions : on n’est plus libre quand on peut aller dans une direction seulement. Il faut donc se rendre compte que l’autonomie s’entend du droit d’être différent, d’agir différemment. Voilà ce que signifie la liberté pour l’individu; c’est également le sens qu’elle doit avoir pour les législatures et gouvernements provinciaux. Ils ne bénéficient plus d’une autonomie réelle dans la mesure où ils sont contraints dans les faits, sur le plan économique ou autrement, d’agir en

own objective so long as it is not illegal, autonomy means for a province the privilege of defining its own policies. [Emphasis added.]

(“The Meaning of Provincial Autonomy” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1126, at pp. 1132-33)

[466] Thus, federalism recognizes that “there may be different and equally legitimate majorities in different provinces and territories and at the federal level” (*Secession Reference*, at para. 66).

[467] Embracing differences between the provinces also has instrumental value. Allocating powers to the provinces may produce policies tailored to local realities, since provinces are “closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity” (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3; see also D. Newman, “Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes” (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187, at pp. 192-93). In addition, provinces can serve as “social laborator[ies]” when they enact innovative legislative policies that can be “tested” at the local level (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1, at s. 5.2, referring to *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), at p. 311, per Brandeis J.).

[468] The judiciary is charged with delimiting the sovereignties of both orders of government, guided by the “lodestar” of the principle of federalism (*Secession Reference*, at para. 56; *Securities Reference*, at para. 55). More specifically, in *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, this Court explained that “[t]he tension between the centre and the regions is regulated by the concept of jurisdictional balance” (para. 78 (emphasis added)).

[469] Division of powers disputes must be resolved in a way that reconciles unity and diversity. This cannot be achieved by merely determining which

fonction d’un certain modèle. Tout comme la liberté signifie que l’individu a le droit de choisir ses propres objectifs pour autant qu’ils ne soient pas illégaux, l’autonomie veut dire que la province jouit du privilège de définir ses propres politiques. [Je souligne.]

(« The Meaning of Provincial Autonomy » (1951), 29 *R. du B. can.* 1126, p. 1132-1133)

[466] Par conséquent, le fédéralisme reconnaît que « peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu’au niveau fédéral » (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 66).

[467] Accepter les différences entre les provinces a aussi une valeur instrumentale. L’octroi de pouvoirs aux provinces peut mener à des politiques adaptées aux réalités locales, car les provinces sont « le[s] plus proche[s] des citoyens touchés et, par conséquent, le[s] plus sensible[s] à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population » (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3; voir aussi D. Newman, « Federalism, Subsidiarity, and Carbon Taxes » (2019), 82 *Sask. L. Rev.* 187, p. 192-193). En outre, les provinces peuvent servir de [TRADUCTION] « laboratoire[s] sociaux » quand elles adoptent des politiques législatives innovantes susceptibles d’être « mises à l’épreuve » à l’échelle locale (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 1, rubrique 5.2, renvoyant à *New State Ice Co. c. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), p. 311, le juge Brandeis).

[468] Les juges sont chargés de délimiter la souveraineté des deux ordres de gouvernement, guidés par l’« étoile » qu’est le principe du fédéralisme (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 56; *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, par. 55). Plus précisément, dans *R. v. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, notre Cour a expliqué que « [l]e concept de l’équilibre des compétences régit les tensions entre le centre et les régions » (par. 78 (je souligne)).

[469] Il faut régler les différends sur le partage des compétences de manière à concilier l’unité et la diversité. Cela ne peut se faire en décidant simplement

order of government “is thought to be best placed to legislate regarding the matter in question” (*Securities Reference*, at para. 90). Functional effectiveness is often erroneously equated with centralization and uniformity and eclipses the value of regional diversity (see, e.g., J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). As Professor Beetz (as he then was) explained:

[TRANSLATION] As a result, Quebec jurists can only be suspicious of the argument that, for example, legislative authority must be commensurate with the problem to be resolved. They find, first of all, that this is not a legal argument, but a political and functional reason to amend the constitution if necessary. Next, they find, from a political standpoint, that it is a permanent argument, one that is favorable to a concentration of powers in the federal government, since the problems to be resolved will obviously not stop increasing in intensity, in complexity and in their ramifications. [Emphasis added; footnote omitted.]

(“Les Attitudes changeantes du Québec à l’endroit de la Constitution de 1867”, in P.-A. Crépeau and C. B. Macpherson, eds., *The Future of Canadian Federalism* (1965), 113, at p. 120)

[470] Rather than the functional approach, Professor Beetz argued for [TRANSLATION] “further development and clarification of concepts, [and for] analytical jurisprudence” (p. 120). This is consistent with the view that at every step of the analysis, courts must assess “constitutional compliance, not policy desirability” (*Comeau*, at para. 83).

[471] In recent years, this Court has adopted a flexible, cooperative conception of the division of powers. This approach accommodates overlap between valid exercises of federal and provincial authority and encourages intergovernmental cooperation (*Reference re GND*, at para. 22; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 18).

quel ordre de gouvernement « est considéré comme étant le mieux placé pour légiférer en la matière » (*Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, par. 90). L’efficacité fonctionnelle est souvent assimilée à tort à la centralisation et à l’uniformité, et elle éclipse la valeur de la diversité régionale (voir, p. ex., J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411). Comme l’a expliqué le professeur Beetz (plus tard juge de notre Cour) :

C’est ainsi que le juriste [québécois] ne peut se montrer que méfiant à l’endroit de la thèse selon laquelle, par exemple, la compétence législative doit être à la mesure du problème à résoudre. Il lui semble d’abord que ce n’est pas un argument juridique mais une raison politique et fonctionnelle de modifier, s’il y a lieu, la constitution. Il lui paraît ensuite, d’un point de vue politique, que c’est là un argument permanent, favorable à la concentration fédérale des compétences, car il est évident que les problèmes à résoudre ne cesseront de croître en intensité, en complexité, et par leurs ramifications. [Je souligne; note en bas de page omise.]

(« Les Attitudes changeantes du Québec à l’endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. Crépeau et C. B. Macpherson, dir., *The Future of Canadian Federalism* (1965), 113, p. 120)

[470] Le professeur Beetz a préconisé « l’approfondissement et la précision des concepts, la jurisprudence analytique », plutôt que l’approche fonctionnelle (p. 120). Cela concorde avec l’opinion suivant laquelle, à chaque étape de l’analyse, les tribunaux doivent évaluer le « respect de la Constitution et non [. . .] l’opportunité de la mesure en cause sur le plan des principes » (*Comeau*, par. 83).

[471] Ces dernières années, notre Cour a adopté une conception souple et coopérative du partage des compétences. Cette approche permet le chevauchement entre des exercices valides des compétences fédérales et provinciales, et favorise la coopération intergouvernementale (*Renvoi relatif à la LNDG*, par. 22; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 18).

[472] Cooperative federalism, however, cannot override the division of powers or “make *ultra vires* legislation *intra vires*” (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 18; see also *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, at para. 39). Moreover, while it encourages cooperation between orders of government, it does not impose it (J.-F. Gaudreault-DesBiens and J. Poirier, “From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism”, in P. Oliver, P. Macklem and N. Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 391, at p. 391; *Securities Reference*, at paras. 132-33). Finally, precise and stable definitions of the powers of the two orders of government are an essential precondition to cooperative federalism. Without them, the “respective bargaining positions of the two levels of government will be too uncertain for federal-provincial agreements to be reached” (W. R. Lederman, “Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation” (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 616).

[473] Respect for the principle of federalism is essential in deciding these appeals. This Court is called to determine, primarily, if the *Act* can be upheld as an exercise of Parliament’s authority to enact laws under the national concern doctrine. This involves consideration of the purposes sought by the choice of a federal structure, the logic of the distribution of powers, and a careful examination of the jurisdictional balance between both orders of government.

## II. POGG Is Residual and Circumscribed

[474] The Attorney General of Canada seeks to uphold the *Act* as a valid exercise of Parliament’s jurisdiction under the national concern doctrine of its “Peace, Order, and good Government” power. The exhaustive nature of the division of powers, discussed above, means that matters that do not come within the enumerated classes must fit somewhere.

[472] Le fédéralisme coopératif ne saurait toutefois l’emporter sur le partage des compétences ni « rendre *intra vires* une loi *ultra vires* » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 18; voir aussi *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467, par. 39). De plus, bien qu’il encourage la coopération entre les ordres de gouvernement, il ne l’impose pas (J.-F. Gaudreault-DesBiens et J. Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back? Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans P. Oliver, P. Macklem et N. Des Rosiers, dir., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 391, p. 391; *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, par. 132-133). Enfin, des définitions précises et stables des pouvoirs des deux ordres de gouvernement sont une condition préalable essentielle du fédéralisme coopératif. Sans elles, [TRADUCTION] « les positions de négociation respectives des deux ordres de gouvernement seront trop incertaines pour permettre de conclure des accords fédéraux-provinciaux » (W. R. Lederman, « Unity and Diversity in Canadian Federalism : Ideals and Methods of Moderation » (1975), 53 *R. du B. can.* 597, p. 616).

[473] Il est essentiel de respecter le principe du fédéralisme pour trancher les présents pourvois. La Cour est appelée à décider, avant tout, si la validité de la *Loi* peut être confirmée en tant qu’exercice du pouvoir du Parlement d’édicter des lois en vertu de la théorie de l’intérêt national. Pour ce faire, il faut prendre en considération les objectifs visés par le choix d’une structure fédérale, la logique du partage des compétences, et examiner attentivement l’équilibre des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

## II. Le pouvoir POBG est résiduel et circonscrit

[474] Le procureur général du Canada cherche à faire confirmer la validité de la *Loi* en tant qu’exercice valide de la compétence dont est investi le Parlement en vertu de la théorie de l’intérêt national justifiant le recours au pouvoir pour « la paix, l’ordre et le bon gouvernement ». En raison de la nature exhaustive du partage de compétences examinée

This is dealt with by two residual clauses: one federal, and one provincial.

[475] The federal residual clause, which I refer to as the “Peace, Order, and good Government” or “POGG” power, comes from the opening words of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*:

**91.** It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say . . . .

[476] The provincial residual clause is s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*:

**92.** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

...

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

[477] Collectively, the federal and provincial residual clauses ensure that the division of powers is exhaustive. The role of POGG is thus limited to instances where the matter does not fall under any enumerated heads and cannot be distributed among existing heads of powers. Notably, by the operation of s. 92(16), POGG does not apply to matters of a “merely local or private Nature”. This residual and circumscribed understanding of the POGG power informs my understanding of the national concern test.

précédemment, les matières qui ne relèvent pas des chefs de compétence énumérés doivent s’insérer quelque part. Cela relève de deux dispositions résiduelles : l’une fédérale, et l’autre provinciale.

[475] La disposition résiduelle fédérale, que j’appelle le pouvoir pour « la paix, l’ordre et le bon gouvernement », le pouvoir en matière de POBG ou encore le pouvoir POBG, tire son origine des termes liminaires de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

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

[476] La disposition résiduelle provinciale est le par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

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

...

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

[477] Collectivement, les dispositions résiduelles fédérale et provinciale assurent l’exhaustivité du partage des compétences. Le pouvoir POBG n’intervient donc que dans les cas où la matière ne relève d’aucun chef de compétence énuméré et ne peut être répartie entre les chefs de compétence existants. Soulignons que, par application du par. 92(16), ce pouvoir ne s’applique pas aux matières « d’une nature purement locale ou privée ». Cette conception résiduelle et circonscrite du pouvoir POBG guide

I justify this understanding of POGG first, through a close reading of the text of ss. 91 and 92, and second, through a close reading of the case law.

[478] In the analysis that follows, there are two points which could be seen as unorthodox. The first relates to residual authority in the division of powers. It is commonly accepted that POGG is a grant of residual authority to Parliament. What is less widely accepted is that s. 92(16) is a residual grant of authority to provincial legislatures. My view is that both provisions confer residual authority, as I will explain below. The second point is that, properly read, the jurisprudence supports a view of POGG as having two branches, “national concern” and “emergency”. The (third) “gap” branch constitutes part of “national concern”, which is Parliament’s general residual power. I would underline that my analysis of the *Crown Zellerbach* framework would be the same even if there is only one residual authority (POGG) and even if there are three branches to POGG (“national concern”, “gap” and “emergency”). Thus, my conclusions are in no way dependent on these two points. Nor do these two points affect my critique of the augmentation and extension of “national concern” urged on this Court by the Attorney General of Canada.

#### A. *A Close Reading of Sections 91 and 92*

[479] While the statement of the heads of power set out in 1867 could not contemplate the changes in technology and society that would follow, that statement was exhaustive. The heads of power must be given meaning in a changing world; a living tree capable of growth and development but grounded in natural and fixed limits (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at pp. 135-37; see also *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 45). This is accomplished through a flexible, progressive interpretation of the division of powers,

mon interprétation du test de l’intérêt national. Je justifie cette interprétation du pouvoir en question, premièrement, par une lecture attentive du texte des art. 91 et 92 et, deuxièmement, par une lecture attentive de la jurisprudence.

[478] Dans l’analyse qui suit, deux points pourraient paraître non orthodoxes. Le premier a trait au pouvoir résiduel prévu dans le partage des compétences. Il est communément reconnu que le pouvoir POGG constitue l’octroi d’un pouvoir résiduel au Parlement. Ce qui est moins largement reconnu, c’est que le par. 92(16) représente l’octroi d’un pouvoir résiduel aux législatures provinciales. À mon avis, les deux dispositions confèrent un pouvoir résiduel, comme je l’expliquerai plus loin. Le deuxième point est que, lue correctement, la jurisprudence étaye l’opinion que le pouvoir POGG comporte deux volets, l’« intérêt national » et l’« urgence ». Le (troisième) volet, la « lacune » (aussi appelé le « pouvoir strictement résiduaire »), fait partie de l’« intérêt national », qui constitue le pouvoir résiduel général du Parlement. Je tiens à souligner que mon analyse du cadre établi dans l’arrêt *Crown Zellerbach* ne changerait pas même s’il n’y avait qu’un pouvoir résiduel (le pouvoir POGG) et même si le pouvoir POGG comportait trois volets (« intérêt national », « lacune » et « urgence »). Par conséquent, mes conclusions ne dépendent aucunement de ces deux points. Ces derniers n’influent pas non plus sur ma critique de l’accroissement et de l’élargissement de l’« intérêt national » demandés avec insistance à notre Cour par le procureur général du Canada.

#### A. *Une lecture attentive des art. 91 et 92*

[479] Même si l’énoncé des chefs de compétence en 1867 ne pouvait prévoir les changements technologiques et sociaux qui suivraient, il était exhaustif. Il faut donner aux chefs de compétence un sens dans un monde en évolution; un arbre vivant capable de croître et de se développer, mais enraciné dans des limites naturelles et fixes (*Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 135-137; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 45). Cet objectif est réalisé au moyen d’une interprétation souple et

but one that begins with and is constrained by the “natural limits of the text” (*Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805, at para. 20, quoting *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 94; see also *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, at paras. 8-13).

(1) POGG Is Residual to Section 92

[480] The wording of s. 91 provides textual support for the view that the POGG power is residual to s. 92. Section 91 confers the power to legislate for peace, order and good government “in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”. As Professor Lysyk points out, it does *not* confer a power to legislate “in relation to peace, order and good government” (“Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91: Residual and Emergency Law-Making Authority” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 531, at p. 541 (emphasis deleted)). Rather, the power is to legislate “in relation to matters” that do not fall under any provincial, enumerated head of power (p. 541 (emphasis added; emphasis in original deleted)):

In other words, Parliament is not authorized to legislate in relation to a matter caught by the provincial categories simply because it might in some sense be thought to qualify as contributing toward the “peace, order and good government of Canada”. [p. 542]

[481] Further, as Professor Gibson explains, every conferral of provincial legislative jurisdiction is qualified by words such as “in the Province”, including s. 92(16). The result is that the POGG power is limited to only those matters that are *not* of a provincial nature; in other words, it confers Parliament jurisdiction over matters with a “national dimension” (“Measuring ‘National Dimensions’” (1976), 7 *Man. L.J.* 15, at p. 18).

évolutive du partage des compétences, mais d’une interprétation qui commence et est circonscrite par les « limites naturelles du texte » (*Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805, par. 20, citant *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 94; voir aussi *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, par. 8-13).

(1) Le pouvoir POBG est résiduel par rapport à l’art. 92

[480] Le libellé de l’art. 91 constitue une assise textuelle justifiant l’opinion selon laquelle le pouvoir POBG est résiduel par rapport à l’art. 92. L’article 91 confère le pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement « relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces ». Comme le souligne le professeur Lysyk, il *ne* confère *pas* le pouvoir de légiférer [TRADUCTION] « relativement à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement » (« Constitutional Reform and the Introductory Clause of Section 91 : Residual and Emergency Law-Making Authority » (1979), 57 *R. du B. can.* 531, p. 541 (italique omis)). Le pouvoir consiste plutôt à légiférer « relativement aux matières » qui ne relèvent d’aucun chef de compétence provincial énuméré (p. 541 (je souligne; italiques dans l’original omis)) :

[TRADUCTION] Autrement dit, le Parlement n’est pas autorisé à légiférer relativement à une matière visée par les catégories provinciales simplement parce qu’il est possible dans une certaine mesure de considérer qu’elle contribue à la « paix, [à] l’ordre et [au] bon gouvernement du Canada ». [p. 542]

[481] En outre, comme l’explique le professeur Gibson, chaque attribution de compétence législative aux provinces, y compris celle visée au par. 92(16), est mitigée par des mots tels que « dans la province ». Par conséquent, le pouvoir POBG ne s’applique qu’aux matières qui *ne* sont *pas* de nature provinciale; en d’autres termes, il donne au Parlement compétence sur des matières de [TRADUCTION] « dimension nationale » (« Measuring “National Dimensions” » (1976), 7 *Man. L.J.* 15, p. 18).

[482] Thus, focusing on “peace, order, and good government” is “unproductive”, because it provides little assistance in drawing the line between provincial and federal areas of competence. In addition, it “tends to draw attention away from the central question pointed to by the introductory clause, namely, whether the matter to which an enactment relates is one ‘not coming within’ the classes of subjects assigned exclusively to provincial legislatures” (Lysyk, at p. 534; see also J. Leclair, “The Elusive Quest for the Quintessential ‘National Interest’” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353, at pp. 358-59).

[483] A general power to legislate “in relation to peace, order and good government” would also be incompatible with the intention to create a robust sphere of provincial jurisdiction to protect the autonomy of the provinces. Section 92(13), in particular, grants the provinces jurisdiction over “Property and Civil Rights in the Province”, which was understood as “descriptive of the full range of civil law, as opposed to criminal law” (Lysyk, at p. 544). In *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), Sir Montague Smith similarly observed that the words of s. 92(13) were “sufficiently large to embrace, in their fair and ordinary meaning, rights arising from contract” (p. 110). He held that there is no reason for holding that these words are not used in their “largest sense” in s. 92(13) (p. 111).

[484] As a result, the general POGG power does not confer authority to Parliament to enact laws of a local or private nature, or related to “property and civil rights” under the guise of “peace, order, and good government”. As Lord Watson observed in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.) (“*Local Prohibition*”), at pp. 360-61:

[482] En conséquence, le fait de mettre l’accent sur « la paix, l’ordre et le bon gouvernement » est [TRADUCTION] « improductif », car il n’aide guère à tracer la ligne de démarcation entre les champs de compétence provinciaux et les champs de compétence fédéraux. De plus, il [TRADUCTION] « tend à détourner l’attention de la question centrale que soulève la disposition introductive, à savoir si la matière à laquelle se rapporte un texte législatif est une matière “ne tombant pas dans” les catégories de sujets assignés exclusivement aux législatures provinciales » (Lysyk, p. 534; voir aussi J. Leclair, « The Elusive Quest for the Quintessential “National Interest” » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 353, p. 358-359).

[483] Un pouvoir général de légiférer « relativement à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement » serait également incompatible avec l’intention de créer une sphère solide de compétence provinciale afin de protéger l’autonomie des provinces. Le paragraphe 92(13), en particulier, donne aux provinces compétence sur la « propriété et les droits civils dans la province », ce qui a été considéré comme [TRADUCTION] « désignant l’ensemble du droit civil, par opposition au droit criminel » (Lysyk, p. 544). Dans l’arrêt *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), sir Montague Smith a lui aussi fait remarquer que les termes employés au par. 92(13) étaient [TRADUCTION] « suffisamment larges pour viser, dans leur sens ordinaire et courant, les droits d’origine contractuelle » (p. 110). D’après lui, il n’y a aucune raison de conclure que ces mots ne sont pas utilisés dans leur « sens le plus large » au par. 92(13) (p. 111).

[484] En conséquence, le pouvoir général en matière de POBG ne confère pas au Parlement compétence pour édicter des lois d’une nature locale ou privée, ou liées à la « propriété et [aux] droits civil » sous le couvert de la « paix, [de] l’ordre et [du] bon gouvernement ». Comme l’a fait remarquer lord Watson dans *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.) (« *Affaire des prohibitions locales* »), aux p. 360-361 :

... the Dominion Parliament has no authority to encroach upon any class of subjects which is exclusively assigned to provincial legislatures by s. 92. These enactments appear to their Lordships to indicate that the exercise of legislative power by the Parliament of Canada, in regard to all matters not enumerated in s. 91, ought to be strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance, and ought not to trench upon provincial legislation with respect to any of the classes of subjects enumerated in s. 92. To attach any other construction to the general power which, in supplement of its enumerated powers, is conferred upon the Parliament of Canada by s. 91, would, in their Lordships' opinion, not only be contrary to the intendment of the Act, but would practically destroy the autonomy of the provinces. If it were once conceded that the Parliament of Canada has authority to make laws applicable to the whole Dominion, in relation to matters which in each province are substantially of local or private interest, upon the assumption that these matters also concern the peace, order, and good government of the Dominion, there is hardly a subject enumerated in s. 92 upon which it might not legislate, to the exclusion of the provincial legislatures. [Emphasis added.]

(2) POGG Should Be Understood as Residual to the Enumerated Heads of Section 91

[485] While case law has consistently held that POGG is residual to the *provincial* enumerated heads, this Court's approach to whether it is residual to the *federal* enumerated heads is not so clear.

[486] Some early cases treat the POGG power as residual to both the provincial and federal enumerated heads of power. For example, in *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396 (P.C.), Viscount Haldane said that courts should first ask whether the subject matter falls within s. 92. If it does, the court asks whether it also falls under s. 91. Only if the subject “falls within neither of the sets of enumerated heads” would POGG be considered (p. 406 (emphasis added)).

[487] However, some commentators have claimed that POGG is not residual to the enumerated federal

[TRADUCTION] . . . le Parlement fédéral n'a aucun pouvoir d'empiéter sur une catégorie de sujets exclusivement assignés à la législature provinciale par l'art. 92. Leurs Seigneuries sont d'avis que, d'après ces dispositions législatives, l'exercice par le Parlement canadien du pouvoir de légiférer sur tout sujet non énuméré à l'art. 91 devrait strictement se restreindre aux questions qui sont incontestablement d'importance ou d'intérêt national et n'empiéter sur la législation provinciale à l'égard d'aucune catégorie de sujets énumérés à l'art. 92. Selon leurs Seigneuries, toute autre interprétation des pouvoirs généraux que l'art. 91 confère au Parlement canadien, en sus des pouvoirs énumérés, serait non seulement contraire à l'esprit de la loi, mais détruirait en pratique l'autonomie des provinces. Si le Parlement du Canada se voyait accorder l'autorité d'adopter des lois applicables à tout le Dominion sur des sujets qui, dans chaque province, sont en substance d'intérêt local ou privé, en présumant que ces questions concernent également la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Dominion, il n'existerait guère de sujets énumérés à l'art. 92 sur lesquels il ne pût légiférer à l'exclusion des législatures provinciales. [Je souligne.]

(2) Il y a lieu de considérer que le pouvoir POGG est résiduel par rapport aux chefs énumérés à l'art. 91

[485] Bien qu'il soit de jurisprudence constante que le pouvoir POGG est résiduel par rapport aux chefs de compétence *provinciaux* énumérés, la démarche adoptée par notre Cour pour décider s'il est résiduel par rapport aux chefs de compétence *fédéraux* énumérés n'est pas aussi claire.

[486] Dans certaines décisions anciennes, le pouvoir POGG a été jugé résiduel par rapport à la fois aux chefs de compétence provinciaux énumérés et aux chefs de compétence fédéraux énumérés. Par exemple, dans *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396 (C.P.), le vicomte Haldane a affirmé que le tribunal devrait d'abord se demander si la matière relève de l'art. 92. Dans l'affirmative, il se demande si elle relève aussi de l'art. 91. Le pouvoir POGG ne sera envisagé que si la matière [TRADUCTION] « n'entre dans aucun des ensembles de chefs de compétence énumérés » (p. 406 (je souligne)).

[487] Certains auteurs ont cependant soutenu que le pouvoir POGG n'est pas résiduel par rapport aux

heads of power because the enumerated federal heads are only illustrative of “peace, order, and good government” (see, e.g., B. Laskin, “‘Peace, Order and Good Government’ Re-Examined” (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 1054, at p. 1057).

[488] Moreover, in some cases this Court has held that a matter may fall within the POGG power *or* another enumerated federal head of power (see, e.g., *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, which concluded that nuclear power fell *either* under the declaratory undertaking power (s. 92(10)(c)) *or* national concern; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.) (“*Radio Reference*”), which concluded that the matter could fall under the POGG power or the interprovincial undertakings power (s. 92(10)(a)); and *Aeronautics Reference*, which appeared to conclude that the matter fell under both s. 132 and the POGG power). While there is nothing wrong with making alternative findings, these cases could be read as indicating that it is possible for a matter to fall *both* within the POGG power *and* within a federal enumerated head of power at the same time.

[489] In my view, this approach is wrong. I agree with Professor Hogg that the POGG power is residual to the enumerated provincial *and* federal heads of power, and that “matters which come within enumerated federal or provincial heads of power should be located in those enumerated heads, and the office of the p.o.g.g. power is to accommodate the matters which do not come within any of the enumerated federal or provincial heads” (s. 17.1). Contrary to Professor Laskin’s view (as he then was), I do not understand a number of the enumerated heads of power assigned to Parliament, such as its power over copyrights (s. 91(23)), to be merely examples of a broad power to legislate for peace, order, and good government. Rather, many had to be specifically enumerated to avoid falling under the large scope of provincial jurisdiction over “property and civil

chefs de compétence fédéraux énumérés parce que ceux-ci ne sont que des illustrations de la « paix, [de] l’ordre et [du] bon gouvernement » (voir, p. ex., B. Laskin, « “Peace, Order, and Good Government” Re-examined » (1947), 25 *R. du B. can.* 1054, p. 1057).

[488] De plus, dans certains arrêts, notre Cour a statué qu’une matière peut relever du pouvoir POBG *ou* d’un autre chef de compétence fédéral énuméré (voir, p. ex., *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, où il a été conclu que l’énergie nucléaire relevait *soit* du pouvoir déclaratoire sur les entreprises (al. 92(10)c)), *soit* de l’intérêt national; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.) (« *Renvoi relatif à la radiocommunication* »), où il a été jugé que la matière pouvait relever du pouvoir POBG ou de celui sur les entreprises interprovinciales (al. 92(10)a)); et *Renvoi relatif à l’aéronautique*, où il semble avoir été statué que la matière relevait à la fois de l’art. 132 et du pouvoir POBG). Bien qu’il n’y ait rien de mal à tirer des conclusions subsidiaires, ces arrêts pourraient être interprétés comme indiquant qu’il est possible qu’une matière relève en même temps *à la fois* du pouvoir POBG *et* d’un chef de compétence fédéral énuméré.

[489] À mon avis, cette approche n’est pas fondée. Je conviens avec le professeur Hogg que le pouvoir POBG est résiduel par rapport aux chefs de compétence provinciaux *et* fédéraux énumérés, que [TRADUCTION] « les matières relevant des chefs de compétence fédéraux ou provinciaux énumérés devraient y figurer, et [que] le pouvoir [POBG] a pour fonction de traiter des matières qui ne relèvent d’aucun des chefs de compétence fédéraux ou provinciaux énumérés » (rubrique 17.1). Contrairement à l’avis du professeur Laskin (plus tard juge en chef), je n’estime pas que plusieurs chefs de compétence énumérés assignés au Parlement, telle sa compétence sur les droits d’auteur (par. 91(23)), ne sont que des exemples d’un vaste pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. Il a fallu plutôt énumérer expressément de nombreux

rights” (s. 92(13)) (Leclair (2005), at pp. 355-57; Hogg, at s. 17.1; Lysyk, at p. 539).

[490] There is no reason to hold that a matter falls under POGG when it comes within an enumerated head of jurisdiction. As Professor Hogg explains, the normal process of constitutional interpretation, like the interpretation of any statute or contract, is to rely first on a more specific provision before resorting to a more general one (s. 17.1). Resort to the general over the specific improperly treats the specific as redundant. Moreover, as Professor Abel argues, the more specific will usually be more defined and less contentious, and courts should not waste time arguing about the outer limits of the more general and diffuse when it is not necessary. In doing so, they would avoid the difficult question of whether a matter is of a “merely local or private” nature or if it has reached a national dimension so as to fall under POGG (“The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at pp. 510-12).

[491] When we are classifying the subject matter of an enactment, we are therefore *first* trying to classify it among the exclusive heads of power assigned to the federal and provincial legislatures. If the matter cannot fit within any enumerated head, *only then* may resort be had to the federal residual clause. This methodology helps ensure that the federal residual power cannot be used as a tool to upset the balance of federalism by stripping away provincial powers.

(3) The Parallel Structure of the Provincial and Federal Residual Clauses Supports a Narrow Understanding of POGG

[492] The federal residual clause has typically been seen as the sole residual power, such that all matters “not coming within” those assigned to the federal and provincial legislatures come within federal power

chefs de compétence pour éviter qu’ils n’entrent dans la grande portée de la compétence provinciale sur la « propriété et les droits civils » (par. 92(13)) (Leclair (2005), p. 355-357; Hogg, rubrique 17.1; Lysyk, p. 539).

[490] Il n’y a aucune raison de conclure qu’une matière relève du pouvoir POBG lorsqu’elle est visée par un chef de compétence énuméré. Ainsi que l’explique le professeur Hogg, le processus normal d’interprétation de la Constitution, comme celui qui s’applique pour l’interprétation d’une loi ou d’un contrat, consiste à s’appuyer d’abord sur une disposition plus précise avant de recourir à une disposition plus générale (rubrique 17.1). En recourant au général avant le particulier, on considère à tort le particulier comme étant redondant. De plus, comme le soutient le professeur Abel, la disposition la plus précise est habituellement plus définie et moins litigieuse, et les tribunaux ne devraient pas perdre de temps à débattre des limites de la disposition plus générale et diffuse lorsque ce n’est pas nécessaire. Ils éviteraient ainsi d’avoir à trancher la question difficile de savoir si une matière est d’une nature « purement locale ou privée » ou si elle a atteint une dimension nationale de manière à relever du pouvoir POBG (« The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 510-512).

[491] Quand nous classifions la matière visée par un texte législatif, nous essayons donc *en premier lieu* de la classer parmi les chefs de compétence exclusifs assignés au fédéral et aux législatures provinciales. Si la matière ne peut relever d’aucun chef énuméré, *ce n’est qu’à ce moment* qu’il est possible de recourir à la disposition résiduelle fédérale. Cette méthode aide à faire en sorte que le pouvoir résiduel fédéral ne puisse permettre de rompre l’équilibre du fédéralisme en dépouillant les provinces de leurs pouvoirs.

(3) La structure parallèle des dispositions résiduelles provinciale et fédérale étaye une interprétation étroite du pouvoir POBG

[492] La disposition résiduelle fédérale est habituellement considérée comme le seul pouvoir résiduel, de sorte que toutes les matières « ne tombant pas dans » celles assignées au fédéral et aux

(Hogg, at s. 17.1). However, there is a strong case for viewing the opening words of s. 91 and s. 92(16) as setting out a “parallel structure of complementary federal and provincial residua” (Leclair (2005), at p. 355 (emphasis added)).

[493] There is much to be said for the theory that the two sections “complement and modify each other”, with the federal residuum dealing with matters “of a general character” and the provincial residuum encompassing matters “of a merely local or private nature” (Lysyk, at pp. 534 and 536-38). Indeed, the two sections have been said to strike a “careful balance . . . with matters potentially regulated at the federal level already within the enumerated provincial powers or ultimately covered within this last clause on matters of local concern” (Newman, at p. 192). Professors Hogg and Wright similarly say:

. . . there is a plausible argument that the *Constitution Act, 1867* includes not one, but two complementary residuary powers. This argument, in turn, strengthens the view that the *Act*, as drafted, was intended to form the foundation for a federal system that is less centralized than many English-Canadian commentators have supposed. [Footnote omitted.]

(“Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, at p. 338)

[494] As the Attorney General of Quebec argues in this case, the scope of s. 92(16) must be interpreted as a counterbalance to the introductory paragraph of s. 91 to reflect the constitutional principle that both Parliament and provincial legislatures must be seen as equals. Accordingly, when determining if a matter falls under POGG, it is relevant to consider if it is of a “merely local and private nature” such that it would fall under s. 92(16) (see H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at pp. 599-600).

législatures provinciales relèvent de la compétence fédérale (Hogg, rubrique 17.1). Cependant, il y a de bonnes raisons de penser que les termes liminaires de l’art. 91 et le par. 92(16) établissent une [TRADUCTION] « structure parallèle de résidus fédéraux et provinciaux complémentaires » (Leclair (2005), p. 355 (je souligne)).

[493] Il y a beaucoup à dire en faveur de la théorie selon laquelle les deux dispositions [TRADUCTION] « se complètent et se modifient l’une l’autre », le résidu fédéral traitant des matières « à caractère général » et le résidu provincial englobant les matières « d’une nature purement locale ou privée » (Lysyk, p. 534 et 536-538). En effet, on a affirmé que les deux dispositions établissent un [TRADUCTION] « juste équilibre [. . .] avec les matières susceptibles d’être régies au niveau fédéral relevant déjà des compétences provinciales énumérées ou étant plutôt visées par cette dernière disposition portant sur les matières d’intérêt local » (Newman, p. 192). Les professeurs Hogg et Wright affirment également que :

[TRADUCTION] . . . il est plausible de soutenir que la *Loi constitutionnelle de 1867* comprend non pas un, mais deux pouvoirs résiduels complémentaires. Cet argument, quant à lui, renforce l’opinion selon laquelle la *Loi*, telle qu’elle est rédigée, se voulait le fondement d’un système fédéral moins centralisé que ne l’avaient supposé bon nombre d’auteurs anglo-canadiens. [Note en bas de page omise.]

(« Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), *U.B.C. L. Rev.* 329, p. 338)

[494] Comme le fait valoir le procureur général du Québec en l’espèce, il faut interpréter la portée du par. 92(16) comme un contrepoids au paragraphe introductif de l’art. 91, afin de tenir compte du principe constitutionnel selon lequel le Parlement et les législatures provinciales doivent être considérés comme des égaux. En conséquence, au moment de décider si une matière relève du pouvoir POBG, il convient de se demander si elle est de « nature purement locale ou privée » de telle sorte qu’elle serait visée par le par. 92(16) (voir H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 599-600).

[495] There is also support for this understanding of the relationship between the POGG power and s. 92(16) in the case law. In *Local Prohibition*, at p. 365, Lord Watson explains:

In s. 92, No. 16 appears to [their Lordships] to have the same office which the general enactment with respect to matters concerning the peace, order, and good government of Canada, so far as supplementary of the enumerated subjects, fulfils in s. 91. It assigns to the provincial legislature all matters in a provincial sense local or private which have been omitted from the preceding enumeration, and, although its terms are wide enough to cover, they were obviously not meant to include, provincial legislation in relation to the classes of subjects already enumerated. [Emphasis added.]

(See also *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 700.)

[496] In *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, this Court also addressed the residual nature of s. 92(16), and explained that “[h]ead 16 contains what may be called the residuary power of the Province . . . and it is within that residue that the autonomy of the Province in local matters, so far as it might be affected by trade regulation, is to be preserved” (p. 212). More recently in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, McLachlin C.J. stated that s. 92(16) along with s. 92(13) are “often seen as sources of residual jurisdiction”, and LeBel and Deschamps JJ. stated that s. 92(16) “can also be regarded as a partial residual jurisdiction” (paras. 134 and 264; see also *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; and *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112).

[497] The parallel structure of the residual clauses contributes to the balance of powers within the Confederation and ensures that, as society changes, more and more matters are not enveloped exclusively within federal competence (Lysyk, at p. 534; Newman, at p. 192). Accordingly, the residual scope of the POGG power is narrowed by s. 92(16), which

[495] La jurisprudence appuie également cette conception du rapport entre le pouvoir POBG et le par. 92(16). Dans l’*Affaire des prohibitions locales*, à la p. 365, lord Watson donne les explications suivantes :

[TRADUCTION] La portée du par. 92(16) [. . .] semble, [de l’avis de leurs Seigneuries], être la même que celle de la disposition générale de l’art. 91 sur les sujets relatifs à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement du Canada, dans la mesure où elles sont supplémentaires aux sujets énumérés. Il attribue à la législature provinciale tous les sujets de nature locale ou privée, au sens provincial, qui ont été omis dans l’énumération précédente, mais ses termes n’embrassent pas, bien qu’ils aient l’ampleur nécessaire, la législation provinciale portant sur les catégories de sujets déjà énumérés. [Je souligne.]

(Voir aussi *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 700.)

[496] Dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, notre Cour a également traité de la nature résiduelle du par. 92(16), et a expliqué que cette disposition [TRADUCTION] « contient ce que l’on peut appeler le pouvoir résiduel de la Province [. . .] et [que] c’est dans l’exercice de ce pouvoir résiduel qu’il faut préserver l’autonomie de la Province dans les matières locales, dans la mesure où cette autonomie pourrait être touchée par la réglementation du commerce » (p. 212). Plus récemment, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, la juge en chef McLachlin a affirmé qu’« on estime souvent [que le par. 92(16) et le par. 92(13)] sont à l’origine d’une compétence résiduelle », et les juges LeBel et Deschamps ont dit pour leur part qu’il « convient aussi de considérer [le par. 92(16)] comme une compétence résiduelle partielle » (par. 134 et 264; voir également *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; et *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112).

[497] La structure parallèle des dispositions résiduelles contribue à l’équilibre des pouvoirs au sein de la Confédération et fait en sorte qu’à mesure que la société évolue, de plus en plus de matières ne relèvent pas exclusivement de la compétence fédérale (Lysyk, p. 534; Newman, p. 192). En conséquence, la portée résiduelle du pouvoir POBG est restreinte

applies to matters that are of a local and private nature even if they do not come within any other enumerated head of power.

[498] For clarity, this understanding of the relationship between s. 92(16) and POGG differs from the understanding of the Court of Appeal of Alberta majority. In my view, POGG is residual to all enumerated provincial heads of power, including s. 92(16). Matters that formerly fell under *any* enumerated provincial head of power can come to extend beyond provincial competence and, where the *Crown Zellerbach* test is met, come within POGG.

#### B. *A Close Reading of the Case Law*

[499] A review of POGG case law reveals that courts have long struggled to define its contours in a way that preserves the division of powers. The result has been doctrinal confusion and categories that lack clarity. Many commentators speak of three separate POGG branches: emergency, national concern and gap. Professor Hogg explains that matters falling under the “gap” branch are not just “new” in the sense that they do not come within any enumerated head of power, but rather “depend upon a lacuna or gap in the text of the Constitution”, where “the Constitution recognizes certain topics as being classes of subjects for distribution-of-power purposes, but fails to deal completely with each topic” (s. 17.2). Though the terminology between commentators differs, the schema is similar (see, e.g., G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), at c. 6; P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 264; Brun, Tremblay and Brouillet, at p. 584).

[500] In my view, the POGG jurisprudence should be read as signaling the existence of just two branches: a general residual power and the emergency power. What some commentators have named “gap” and “national concern” are simply manifestations of the

par le par. 92(16), qui s’applique aux matières d’une nature locale et privée même si elles ne relèvent pas d’un autre chef de compétence énuméré.

[498] Pour plus de clarté, cette conception du rapport entre le par. 92(16) et le pouvoir POBG diffère de la conception retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta. À mon avis, le pouvoir POBG est résiduel par rapport à tous les chefs de compétence provinciaux énumérés, y compris celui prévu au par. 92(16). Des matières qui se rattachaient auparavant à *l’un ou l’autre* chef de compétence provincial énuméré peuvent en venir à s’étendre au-delà de la compétence provinciale et relever du pouvoir POBG s’il est satisfait au test de l’arrêt *Crown Zellerbach*.

#### B. *Une lecture attentive de la jurisprudence*

[499] Un examen de la jurisprudence sur le pouvoir POBG révèle que les tribunaux ont depuis longtemps du mal à en définir les contours de façon à maintenir l’intégrité du partage des compétences. Il en résulte de la confusion dans la doctrine et des catégories qui manquent de clarté. De nombreux auteurs disent que ce pouvoir comporte trois volets distincts : l’urgence, l’intérêt national et la lacune. Le professeur Hogg explique que les matières relevant du volet « lacune » ne sont pas uniquement [TRADUCTION] « nouvelles » en ce sens qu’elles ne relèvent d’aucun chef de compétence énuméré, mais qu’elles « dépendent [plutôt] d’un silence ou d’une lacune dans le texte de la Constitution », lorsque « la Constitution reconnaît que certains sujets forment des catégories pour les besoins du partage des compétences, mais ne traite pas complètement de chaque sujet » (rubrique 17.2). Bien que les auteurs n’emploient pas la même terminologie, le schéma est semblable (voir, p. ex., G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2<sup>e</sup> éd. 2017), c. 6; P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 2017), p. 264; Brun, Tremblay et Brouillet, p. 584).

[500] À mon avis, il y a lieu de considérer que la jurisprudence sur le pouvoir POBG indique l’existence de seulement deux volets : un pouvoir résiduel général et le pouvoir en situation d’urgence. Ce que certains auteurs ont appelé la « lacune » et l’« intérêt

exhaustive nature of the division of powers, and the residual nature of the POGG power. Matters that do not come within any enumerated head of power or cannot be distributed among multiple heads of power must fit somewhere, and they belong under POGG when they pass the *Crown Zellerbach* test. A close reading of *Crown Zellerbach* reveals that the test set out in that case applies to both “national concern” and “gap” cases, and this affinity between “gap” and “national concern” informs my understanding of that test.

#### (1) The Early Development of the POGG Power

[501] From the beginning, courts have treated the POGG power as *residual*, only relevant where a matter does not come within the enumerated classes of subjects. The early cases reveal no distinction between “gap” and “national concern”, but rather a distinction between a general residual power and the emergency power. In either instance, the courts emphasize that POGG is a category of last resort, and the importance of keeping the doctrine circumscribed and narrow, so as to properly preserve the sphere of provincial jurisdiction.

[502] The earliest cases of *Parsons* and *Russell* treated s. 91 and POGG essentially as one: if a matter did not come within a s. 92 head of power, it fell somewhere within s. 91 (*Parsons*, at p. 109; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.), at pp. 836-37). In *Russell*, Sir Montague Smith upheld the *Canada Temperance Act, 1878*, S.C. 1878, c. 16, noting that temperance was a subject “of general concern to the Dominion, upon which uniformity of legislation is desirable, and the Parliament alone can so deal with it” (p. 841 (emphasis added)).

[503] In *Local Prohibition*, Lord Watson upheld a provincial local-option temperance scheme quite similar to the federal one in *Russell*, under s. 92(13)

national » sont tout simplement des manifestations de la nature exhaustive du partage des compétences, et de la nature résiduelle du pouvoir POBG. Les matières qui ne relèvent d’aucun chef de compétence énuméré ou qui ne peuvent être réparties entre divers chefs de compétence doivent s’insérer quelque part, et elles relèvent du pouvoir POBG lorsqu’elles satisfont au test de l’arrêt *Crown Zellerbach*. Une lecture attentive de cet arrêt révèle que ce test s’applique à la fois aux cas d’« intérêt national » et à ceux de « lacune », et ce rapport entre la « lacune » et l’« intérêt national » influence la manière dont je conçois ce cadre d’analyse.

#### (1) Les débuts du pouvoir POBG

[501] Dès le départ, les tribunaux ont considéré comme *résiduel* le pouvoir POBG, celui-ci n’entrant en ligne de compte que si une matière ne tombe pas dans les catégories de sujets énumérés. Les premières décisions ne révèlent aucune distinction entre le volet « lacune » et le volet « intérêt national », mais elles font plutôt état d’une distinction entre le pouvoir résiduel général et le pouvoir d’urgence. Dans un cas comme dans l’autre, les tribunaux soulignent que le pouvoir POBG est une catégorie de dernier recours, et qu’il importe que la théorie demeure circonscrite et restreinte, de manière à maintenir comme il se doit l’intégrité de la sphère de compétence provinciale.

[502] Les tout premiers arrêts, *Parsons* et *Russell*, ont traité de l’art. 91 et du pouvoir POBG comme s’ils ne faisaient essentiellement qu’un : si une matière ne relève pas d’un chef de compétence prévu à l’art. 92, elle s’insère quelque part dans l’art. 91 (*Parsons*, p. 109; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.), p. 836-837). Dans *Russell*, sir Montague Smith a confirmé la validité de l’*Acte de tempérance du Canada, 1878*, S.C. 1878, c. 16, faisant remarquer que la tempérance est un sujet [TRADUCTION] « d’intérêt général pour le Dominion, qu’il est souhaitable d’avoir à cet égard une législation uniforme, et que seul le Parlement peut s’en charger » (p. 841 (je souligne)).

[503] Dans l’*Affaire des prohibitions locales*, lord Watson a confirmé la validité, en vertu du par. 92(13) ou (16), d’un régime de tempérance provincial

or (16). While noting that there may be matters not coming within the enumerated heads of s. 91 or 92 that fell under federal power, Lord Watson cautioned that such non-enumerated matters “ought to be strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance” and should not trench upon provincial subjects at the risk of destroying provincial autonomy (p. 360). He then made the frequently cited statement:

Their Lordships do not doubt that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion, and to justify the Canadian Parliament in passing laws for their regulation or abolition in the interest of the Dominion. But great caution must be observed in distinguishing between that which is local and provincial, and therefore within the jurisdiction of the provincial legislatures, and that which has ceased to be merely local or provincial, and has become matter of national concern, in such sense as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada. [Emphasis added; p. 361.]

[504] Following *Local Prohibition*, the Privy Council, per Viscount Haldane, ignored this passage and the national concern idea for many years. Instead, POGG was seen as encompassing only emergencies (Hogg, at s. 17.4(a); *Fort Frances Pulp and Power Co. v. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695 (P.C.), at pp. 703-6; *Snider*, at pp. 405-6 and 412). These cases represent the first scaling back of national concern. At the same time, they illustrate that the courts have long been concerned with ensuring provincial legislatures did not lose their powers.

[505] In 1931, national concern seemed to resurface in the *Aeronautics Reference*, which reiterated that matters can attain “such dimensions as to affect the body politic of the Dominion” (p. 72). Ultimately, the Privy Council held that aeronautics fell within federal jurisdiction, essentially under s. 132 of the *British North America Act, 1867* (the treaty power). In the *Radio Reference*, Viscount Dunedin held that

prévoyant l’option locale qui est très semblable au régime fédéral en cause dans *Russell*. Bien qu’il ait signalé qu’il puisse exister des matières non visées par les chefs de compétence énumérés aux art. 91 ou 92 qui relevaient de la compétence fédérale, lord Watson a précisé que ces matières non énumérées [TRADUCTION] « devrai[en]t strictement se restreindre aux questions qui sont incontestablement d’importance ou d’intérêt national » et ne pas empiéter sur les sujets provinciaux au risque de détruire l’autonomie provinciale (p. 360). Il a ensuite fait la déclaration souvent citée qui suit :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne doutent pas que certaines matières à l’origine locales et provinciales puissent atteindre des proportions telles qu’elles affecteraient le corps politique du Dominion, permettant ainsi au Parlement canadien d’adopter des lois en vue de leur réglementation ou abolition dans l’intérêt du Dominion. Toutefois, il faut exercer une grande prudence en distinguant ce qui est local et provincial, et par conséquent du ressort des législatures provinciales, d’avec ce qui a cessé d’être purement local ou provincial pour revêtir un aspect national, de façon à relever de la compétence du Parlement du Canada. [Je souligne; p. 361.]

[504] À la suite de l’*Affaire des prohibitions locales*, le Conseil privé, sous la plume du vicomte Haldane, a fait abstraction de ce passage et de l’idée de l’intérêt national pendant de nombreuses années. Il considérait alors plutôt que le pouvoir POBG visait seulement les situations d’urgence (Hogg, rubrique 17.4(a); *Fort Frances Pulp and Power Co. c. Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695 (C.P.), p. 703-706; *Snider*, p. 405-406 et 412). Cette jurisprudence restreint pour la première fois l’application de la théorie de l’intérêt national. En même temps, elle montre que les tribunaux se soucient depuis longtemps de veiller à ce que les législatures provinciales ne perdent pas leurs pouvoirs.

[505] La notion d’intérêt national semble avoir refait surface en 1931 dans le *Renvoi relatif à l’aéronautique*, qui a rappelé que des matières peuvent atteindre [TRADUCTION] « des proportions telles qu’elles affecteraient le corps politique du Dominion » (p. 72). En fin de compte, le Conseil privé a conclu que l’aéronautique relevait de la compétence fédérale, essentiellement en vertu de

Parliament had jurisdiction to regulate radio communication based on both the interprovincial undertaking power and POGG. He noted that the *British North America Act, 1867*, was silent on the ability of Canada (as opposed to the “British Empire” in s. 132) to enter treaties and thus did not authorize treaty-implementing legislation. POGG therefore filled what appeared to be a gap.

[506] Next, a series of “new deal” cases in 1937 reverted to the idea that POGG applied only to emergencies (see Hogg, at s. 17.4(a)). Among these was the *Labour Conventions* case, in which Lord Atkin held that neither the *Aeronautics Reference* nor the *Radio Reference* stood for the proposition that legislation to perform a treaty was an exclusively federal power. For division of powers purposes, there was “no such thing as treaty legislation as such” (p. 351); rather, provinces could legislate over aspects of treaties falling under s. 92 and Parliament over aspects falling under s. 91.

[507] National concern re-emerged in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (P.C.). Viscount Simon held that *Russell* was not based on the emergency branch and that POGG was *not* confined to emergencies and could encompass matters of “concern of the Dominion as a whole” (p. 205).

[508] As the foregoing discussion demonstrates, early POGG cases suffered from a series of twists and turns, with various “national concern” statements infusing them at various points. As I read the above cases, the common theme is this: courts rely on POGG to give effect to the exhaustive nature of the division of powers, but courts have always been cautious to guard provincial jurisdiction and

l’art. 132 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* (le pouvoir relatif aux traités). Dans le *Renvoi relatif à la radiocommunication*, le vicomte Dunedin a jugé que le Parlement avait compétence pour régir la radiocommunication en se fondant à fois sur le pouvoir à l’égard des entreprises interprovinciales et sur le pouvoir POBG. Il a fait remarquer que l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*, était muet sur la faculté du Canada (par opposition à l’« empire Britannique » à l’art. 132) de conclure des traités et n’autorisait donc pas les lois de mise en œuvre de traités. Le pouvoir POBG comblait donc ce qui paraissait être une lacune.

[506] Par la suite, une série d’arrêts rendus sur le « New Deal » en 1937 est revenue à l’idée que le pouvoir POBG ne s’appliquait qu’en cas d’urgence (voir Hogg, rubrique 17.4(a)). Au nombre de ces arrêts figurait l’*Affaire des relations du travail*, où lord Atkin a conclu que ni le *Renvoi relatif à l’aéronautique* ni le *Renvoi relatif à la radiocommunication* ne permettaient d’affirmer qu’une loi de mise en œuvre d’un traité relevait de la compétence exclusive du fédéral. Pour les besoins du partage des compétences, [TRADUCTION] « la législation en matière de traités n’existe pas comme telle » (p. 351); les provinces peuvent légiférer sur les aspects de traités visés par l’art. 92 et le Parlement peut légiférer sur les aspects de traités visés par l’art. 91.

[507] Le concept d’intérêt national a refait surface dans l’arrêt *Attorney-General for Ontario c. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (C.P.). Selon le vicomte Simon, l’arrêt *Russell* ne reposait pas sur le volet urgence, et le pouvoir POBG ne s’appliquait *pas* uniquement dans les situations d’urgence et pouvait aussi englober les matières qui constituent une [TRADUCTION] « préoccupation pour le Dominion dans son ensemble » (p. 205).

[508] Comme le démontre l’analyse qui précède, les premières décisions sur le pouvoir POBG ont connu une série de rebondissements et sont parsemées d’énoncés relatifs à l’« intérêt national ». D’après ce que je comprends des causes précitées, leur dénominateur commun est le suivant : les tribunaux se fondent sur le pouvoir POBG pour donner effet à la nature exhaustive du partage des compétences,

ensure POGG does not become a vehicle for federal overreach. With this backdrop, I turn to *Crown Zellerbach* and its survey of the modern case law on POGG.

(2) The Modern Development of the POGG Power and the “National Concern” Test from *Crown Zellerbach*

[509] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. set out the modern “national concern” test. A close reading of *Crown Zellerbach* and the cases on which Le Dain J. relies reveals that his test applies both to what commentators refer to as “national concern” cases and “gap” cases: both are manifestations of the exhaustive nature of the division of powers and the residual nature of the POGG power. Both types of cases must have the requisite “singleness, distinctiveness and indivisibility” and must have a “scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution” (p. 432).

[510] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. surveys a number of POGG cases. The first one of note for our purposes is *Canada Temperance Federation*, where Viscount Simon set out the following formulation of the test:

In their Lordships’ opinion, the true test must be found in the real subject matter of the legislation: if it is such that it goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the *Aeronautics* case and the *Radio* case), then it will fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, though it may in another aspect touch on matters specially reserved to the provincial legislatures. [Emphasis added; footnotes omitted.]

mais ils ont toujours veillé à protéger la compétence provinciale et fait en sorte qu’il ne devienne pas un instrument d’excès de compétence fédérale. C’est sur cette toile de fond que je me penche sur l’arrêt *Crown Zellerbach* et l’examen qui y est fait de la jurisprudence moderne sur le pouvoir POBG.

(2) L’évolution moderne du pouvoir POBG et du test de l’« intérêt national » exposé dans *Crown Zellerbach*

[509] Dans *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a exposé le cadre d’analyse moderne régissant la théorie de l’« intérêt national ». Une lecture attentive de cet arrêt et des affaires sur lesquelles s’appuie le juge Le Dain révèle que le test qu’il énonce s’applique à la fois à ce que les auteurs appellent les cas d’« intérêt national » et à ce qu’ils appellent les cas de « lacune » : il s’agit de deux manifestations de la nature exhaustive du partage des compétences et de la nature résiduelle du pouvoir POBG. Les deux types de cas doivent posséder « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité » requises et avoir un « effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution » (p. 432).

[510] Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a passé en revue plusieurs affaires portant sur le pouvoir POBG. La première qu’il convient de mentionner pour les besoins du présent pourvoi est l’arrêt *Canada Temperance Federation*, où le vicomte Simon a formulé ainsi le critère :

[TRADUCTION] De l’avis de leurs Seigneuries, c’est dans la vraie matière de cette législation qu’il faut en rechercher le caractère véritable : si elle est telle qu’elle dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble, par exemple, dans les affaires de l’aéronautique et de la radiocommunication, elle entre alors dans les attributions du Parlement du Dominion à titre de matière relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement du Canada, en dépit du fait qu’elle peut, à d’autres égards, se rattacher à des matières spécifiquement réservées aux législatures provinciales. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(*Canada Temperance Federation*, at p. 205, as cited in *Crown Zellerbach*, at pp. 423-24.)

Here, we have the *Aeronautics Reference* and the *Radio Reference* being cited as examples of “national concern” cases.

[511] Applying *Canada Temperance Federation*, this Court held that aeronautics fell under POGG apart from any question of a treaty power (as in *Aeronautics Reference*) and that legislation establishing the National Capital Commission could be upheld under POGG (*Johannesson v. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663).

[512] Le Dain J. then reviews *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, a case which provided important statements on both the emergency branch and the national concern branch. In *Anti-Inflation*, Laskin C.J., writing for a majority on this point, upheld the federal *Anti-Inflation Act* under the emergency branch of POGG. Although he wrote in dissent on the emergency power, Beetz J.’s reasons on national concern attracted a majority (p. 437).

[513] Beetz J. noted that national concern leads to exclusive, permanent federal competence and expressed serious concerns about a fundamental shift in the division of powers arising from recognizing inflation as a matter of national concern, as various provincial matters could be transferred to Parliament. In his view, if inflation were recognized as a matter of national concern, “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” (p. 445; see also p. 444).

[514] In *Anti-Inflation*, at p. 457, Beetz J. appears to have grouped what some commentators would call “gap” and “national concern” cases together,

(*Canada Temperance Federation*, p. 205, cité dans *Crown Zellerbach*, p. 423-424.)

Dans cette affaire, le *Renvoi relatif à l’aéronautique* et le *Renvoi relatif à la radiocommunication* sont cités à titre d’exemples de cas d’« intérêt national ».

[511] Après avoir appliqué l’arrêt *Canada Temperance Federation*, notre Cour a jugé que l’aéronautique relevait du pouvoir POBG, indépendamment de toute question d’un pouvoir relatif aux traités (comme dans le *Renvoi relatif à l’aéronautique*), et que ce pouvoir permettait de confirmer la validité de la loi créant la Commission de la capitale nationale (*Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663).

[512] Le juge Le Dain examine ensuite le *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, un arrêt où la Cour a fait d’importantes affirmations tant sur le volet urgence que sur le volet intérêt national. Dans le *Renvoi anti-inflation*, le juge en chef Laskin, s’exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a confirmé la validité de la *Loi anti-inflation* fédérale au titre du volet urgence du pouvoir POBG. Bien qu’il ait rédigé des motifs dissidents sur le pouvoir en situation d’urgence, le juge Beetz a vu ses motifs sur l’intérêt national recueillir l’appui d’une majorité de juges (p. 437).

[513] Le juge Beetz a fait remarquer que l’intérêt national mène à une compétence fédérale exclusive et permanente, et a exprimé de sérieuses réserves au sujet de la réorientation fondamentale du partage des compétences qui découle de la reconnaissance de l’inflation en tant que matière d’intérêt national, car plusieurs matières provinciales pourraient être transférées au Parlement. À son avis, si l’inflation était reconnue comme une matière d’intérêt national, « un aspect fondamental de la constitution, son caractère fédéral, la distribution des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales, disparaîtrait rapidement » (p. 445; voir aussi p. 444).

[514] Dans le *Renvoi anti-inflation*, à la p. 457, le juge Beetz semble avoir regroupé ce que certains auteurs appelleraient les cas de « lacune » et ceux

and understood them to be motivated by the same underlying logic:

In my view, the incorporation of companies for objects other than provincial, the regulation and control of aeronautics and of radio, the development, conservation and improvement of the National Capital Region are clear instances of distinct subject matters which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern. [Emphasis added.]

[515] This statement groups together the incorporation of federal companies and radio (referring to *Parsons* and *Radio Reference*, cases commentators typically characterize as “gap” cases) with “conservation and improvement of the National Capital Region” and aeronautics (referring to *Munro* and *Johannesson*, cases commentators typically characterize as “national concern” cases) (Régimbald and Newman, at paras. 6.5 and 6.21; Hogg, at ss. 17.2 and 17.3).

[516] Beetz J. understood each of these subject matters as not falling within any enumerated head *and* as being “of national concern” (p. 457). Beetz J. goes on to explain, at p. 458, that such matters must not be

an aggregate but ha[ve] a degree of unity that [makes them] indivisible, an identity which [makes them] distinct from provincial matters and a sufficient consistence to retain the bounds of form. The scale upon which these new matters enable[s] Parliament to touch on provincial matters ha[s] also to be taken into consideration before they [are] recognized as federal matters . . . [Emphasis added.]

[517] These constraints apply *both* to “national concern” cases *and* to the cases some commentators understand to be “gap” cases. They allow courts to ascertain whether the matter is of a truly national dimension (rather than local) and whether it has sufficient unity to be recognized as a matter under POGG rather than subdivided among existing heads of jurisdiction. I note that Beetz J. expressed that he was “much indebted” (p. 452) to an article by Professor Le Dain (as he then was) for his doctrinal

d’« intérêt national », et considéré qu’ils reposaient sur la même logique sous-jacente :

À mon avis, la constitution de compagnies pour des objets autres que provinciaux, la réglementation et le contrôle de l’aéronautique et de la radiocommunication, l’aménagement, la conservation et l’embellissement de la région de la capitale nationale, sont des cas clairs de sujets distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l’art. 92 et qui, de par leur nature, sont d’intérêt national ». [Je souligne.]

[515] Cet énoncé regroupe la constitution de sociétés fédérales et la radiocommunication (citant *Parsons* et le *Renvoi relatif à la radiocommunication*, des affaires que les auteurs classent habituellement sous le volet « lacune ») avec « la conservation et l’embellissement de la région de la capitale nationale » et l’aéronautique (citant *Munro* et *Johannesson*, des affaires que les auteurs classent habituellement sous le volet « intérêt national ») (Régimbald et Newman, par. 6.5 et 6.21; Hogg, rubriques 17.2 et 17.3).

[516] Le juge Beetz a considéré que chacune de ces matières ne relevait pas d’un chef de compétence énuméré *et* était « d’intérêt national » (p. 457). Il explique ensuite, à la p. 458, que les matières de ce genre ne doivent pas être

un agrégat mais présent[er] un degré d’unité qui l[es] rend indivisible[s], une identité qui l[es] rend distincte[s] des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d’une forme. Il fa[ut] aussi, avant de reconnaître à ces nouvelles matières le statut de matières de compétence fédérale, tenir compte de la mesure dans laquelle elles permett[ent] au Parlement de toucher à des matières de compétence provinciale . . . [Je souligne.]

[517] Ces contraintes valent *à la fois* pour les cas d’« intérêt national » *et* les cas que certains auteurs considèrent comme étant ceux de « lacune ». Elles permettent aux tribunaux d’établir si la matière est véritablement de dimension nationale (plutôt que locale) et si elle présente une unité suffisante pour être reconnue à titre de matière relevant du pouvoir POGG au lieu d’être subdivisée entre les chefs de compétence existants. Je signale que le juge Beetz a dit qu’il « doi[t] beaucoup » (p. 452) à un article du

statement on POGG (see G. Le Dain, “Sir Lyman Duff and the Constitution” (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261).

[518] Later in *Crown Zellerbach*, Le Dain J. refers to *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, where Estey J. illustrated the range of federal jurisdiction under POGG, characterizing the POGG doctrine as falling into three categories:

. . . (a) the cases “basing the federal competence on the existence of a national emergency”; (b) the cases in which “federal competence arose because the subject matter did not exist at the time of Confederation and clearly cannot be put into the class of matters of a merely local or private nature”, of which aeronautics and radio were cited as examples; and (c) the cases in which “the subject matter ‘goes beyond local or provincial concern or interest and must, from its inherent nature, be the concern of the Dominion as a whole’”, citing *Canada Temperance Federation*. [Emphasis added.]

(*Crown Zellerbach*, at p. 428, citing *Labatt*, at pp. 944-45.)

[519] Here, Estey J. (at p. 944) has characterized aeronautics and radio as examples of matters which “did not exist at the time of Confederation” and “cannot be put into the class of matters of merely local or private nature” (category “b” above), unlike Viscount Simon in *Canada Temperance Federation*, who saw these cases as examples of national concern in the traditional sense (category “c” above). This is indicative of a relationship or overlap between both categories, which Le Dain J. later reconciles.

[520] Le Dain J. then cites Dickson J.’s dissenting reasons in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, who read *Anti-Inflation* and *Labatt* as establishing two branches: an emergency branch and a general

professeur Le Dain (plus tard juge de la Cour) pour son exposé doctrinal sur le pouvoir POBG (voir G. Le Dain, « Sir Lyman Duff and the Constitution » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261).

[518] Plus loin dans les motifs de *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain cite l’arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, où le juge Estey a illustré l’étendue de la compétence fédérale conférée par le pouvoir POBG et a affirmé que la théorie justifiant l’exercice de ce pouvoir se répartit en trois catégories :

. . . (a) les arrêts qui « fonde[nt] la compétence fédérale sur l’existence d’une situation d’urgence nationale »; (b) les arrêts où « la question de la compétence fédérale a été soulevée parce que la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et ne peut manifestement pas être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée », citant, à titre d’exemples, l’aéronautique et la radiocommunication; et (c) les arrêts où « la matière “dépasse les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble” », citant l’arrêt *Canada Temperance Federation*. [Je souligne.]

(*Crown Zellerbach*, p. 428, citant *Labatt*, p. 944-945.)

[519] Dans cette affaire, le juge Estey (à la p. 944) a affirmé que l’aéronautique et la radiocommunication étaient des exemples de matières qui « n’existai[ent] pas à l’époque de la Confédération » et « ne peu[vent] [. . .] pas être placée[s] dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée » (catégorie « b » ci-dessus), contrairement au vicomte Simon dans *Canada Temperance Federation*, qui voyait ces affaires comme des exemples d’intérêt national au sens traditionnel (catégorie « c » ci-dessus). Cela montre un rapport ou un chevauchement entre les deux catégories, que concilie plus tard le juge Le Dain.

[520] Le juge Le Dain cite ensuite les motifs dissidents rédigés par le juge Dickson dans *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, où celui-ci considère que le *Renvoi anti-inflation* et l’arrêt *Labatt* établissent deux

residual branch, the second of which could be subdivided into categories “b” and “c” from *Labatt*:

In the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, Beetz J., whose judgment on this point commanded majority support, reviewed the extensive jurisprudence on the subject and concluded that the peace, order and good government power should be confined to justifying (i) temporary legislation dealing with a national emergency (p. 459) and (ii) legislation dealing with “distinct subject matters which do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 and which, by nature, are of national concern” (p. 457). In the *Labatt* case, *supra*, at pp. 944-45, Estey J. divided this second heading into (i) areas in which the federal competence arises because the subject matter did not exist at the time of Confederation and cannot be classified as of a merely local and private nature and (ii) areas where the subject matter “goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole”. This last category is the one enunciated by Viscount Simon in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at p. 205. The one preceding it formed the basis of the majority decision in *Hauser* that the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, came under the peace, order and good government power as dealing with “a genuinely new problem which did not exist at the time of Confederation”. [Emphasis added.]

(*Wetmore*, at pp. 294-95, cited in *Crown Zellerbach*, at p. 430.)

[521] Le Dain J. did not draw a distinction between “gap” and “national concern” cases. Rather, he appeared to understand the two non-emergency POGG categories set out in *Labatt* as falling under a general, residual branch of the POGG power, to which the following national concern test applies:

From this survey of the opinion expressed in this Court concerning the national concern doctrine of the federal peace, order and good government power I draw the following conclusions as to what now appears to be firmly established:

volets : un volet urgence et un volet résiduel général, ce dernier pouvant être subdivisé en catégories « b » et « c » de *Labatt* :

Dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, le juge Beetz, dont le jugement sur ce point a reçu l’appui de la majorité, a examiné la jurisprudence abondante sur la question et a conclu que la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement doit se limiter à justifier (i) des lois provisoires relatives à une situation d’urgence nationale (p. 459) et (ii) des lois relatives à des « sujets distincts qui ne se rattachent à aucun des paragraphes de l’art. 92 et qui, de par leur nature, sont d’intérêt national » (p. 457). Dans l’arrêt *Labatt* précité, aux pp. 944 et 945, le juge Estey a divisé ce second chef ainsi : (i) les domaines dans lesquels la question de la compétence fédérale est soulevée parce que la matière n’existait pas à l’époque de la Confédération et ne peut être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée, et (ii) les domaines où la matière « dépasse les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ». Cette dernière catégorie est celle énoncée par le vicomte Simon dans l’arrêt *Attorney General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. La catégorie précédente constitue le fondement de la décision de la majorité dans l’arrêt *Hauser* que la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, relève de la compétence relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement puisqu’elle vise « un problème récent qui n’existait pas à l’époque de la Confédération ». [Je souligne.]

(*Wetmore*, p. 294-295, cité dans *Crown Zellerbach*, p. 430.)

[521] Le juge Le Dain n’a pas fait la distinction entre les cas de « lacune » et ceux d’« intérêt national ». Il semble plutôt avoir considéré que les deux catégories de cas qui justifient l’exercice du pouvoir POGG en l’absence d’urgence, énoncées dans l’arrêt *Labatt*, relèvent d’un volet général et résiduel de ce pouvoir, auquel s’applique le cadre d’analyse de la théorie de l’intérêt national qu’il expose en ces termes :

De ce survol des opinions exprimées par cette Cour concernant la théorie de l’intérêt national justifiant l’exercice de la compétence fédérale en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, je tire les conclusions suivantes sur ce qui paraît maintenant fermement établi :

1. The national concern doctrine is separate and distinct from the national emergency doctrine of the peace, order and good government power, which is chiefly distinguishable by the fact that it provides a constitutional basis for what is necessarily legislation of a temporary nature;

2. The national concern doctrine applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern;

3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;

4. In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter. [Emphasis added.]

(*Crown Zellerbach*, at pp. 431-32)

[522] On my reading, Le Dain J. subsumed all non-emergency POGG cases into one test, which is “separate and distinct from the national emergency doctrine” but applies to both “new matters which did not exist at Confederation” and “to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the absence of national emergency, become matters of national concern”. The requirements of singleness, distinctiveness and indivisibility and an assessment of the scale of impact on provincial jurisdiction apply for a matter to qualify as a matter of national concern “in either sense”.

1. La théorie de l’intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu’elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire;

2. La théorie de l’intérêt national s’applique autant à de nouvelles matières qui n’existaient pas à l’époque de la Confédération qu’à des matières qui, bien qu’elles fussent à l’origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d’intérêt national, sans qu’il y ait situation d’urgence nationale;

3. Pour qu’on puisse dire qu’une matière est d’intérêt national dans un sens ou dans l’autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;

4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui la distingue clairement des matières d’intérêt provincial, il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière. [Je souligne.]

(*Crown Zellerbach*, p. 431-432)

[522] Suivant mon interprétation, le juge Le Dain a englobé dans un seul cadre d’analyse tous les cas qui justifient l’exercice du pouvoir POBG en l’absence d’urgence. Il s’agit d’un cadre d’analyse qui est « sépar[é] et distinc[t] de la théorie de la situation d’urgence nationale », mais qui s’applique à la fois aux « nouvelles matières qui n’existaient pas à l’époque de la Confédération » et aux « matières qui, bien qu’elles fussent à l’origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d’intérêt national, sans qu’il y ait situation d’urgence nationale ». Pour qu’une matière puisse être considérée comme une matière d’intérêt national « dans un sens ou dans l’autre », il faut appliquer les exigences d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, et procéder à une évaluation de l’étendue de l’effet sur la compétence provinciale.

[523] Therefore, while some commentary speaks of “emergency”, “gap” and “national concern” as three separate branches, in my view it is more accurate having regard to the case law to say there are two branches: emergency and a general residual power, to which the national concern test applies.

[524] This is consistent with Beetz J.’s approach in *Anti-Inflation* and the view Le Dain J. expressed when he wrote on POGG as a professor. Indeed, he seemed to view all non-emergency POGG cases as subsumed under the “general power”, which was decidedly residual:

... the issue with respect to the general power, where reliance cannot be placed on the notion of emergency, is to determine what are to be considered to be single, indivisible matters of national interest and concern lying outside the specific heads of jurisdiction in sections 91 and 92.

(Le Dain, at p. 293; see also Lederman, at p. 606.)

[525] Le Dain J.’s view as a professor and Beetz J.’s reasons in *Anti-Inflation* should inform the interpretation of the test set out in *Crown Zellerbach*, as subsuming “gap” and “national concern”. This reading of *Crown Zellerbach* is also shared by some commentators. Dwight Newman says that POGG “applies only in the context of what would otherwise be a gap in the structure” and “the case law does not support the three-branch description of [POGG]” (pp. 200-201).

[526] If “national concern” and “gap” are understood as separate, it is easy to mistakenly understand “gap” as the sole residual power, and to fail to appreciate the residual nature of “national concern”. Rather, what some commentators call “gap” and “national concern” have the same underlying logic. They are both manifestations of the exhaustive nature of the division of powers, and the residual nature of POGG. This close affinity between “gap”

[523] Par conséquent, bien que certains auteurs considèrent que l’« urgence », la « lacune » et l’« intérêt national » constituent trois volets distincts, il me paraît plus juste, eu égard à la jurisprudence, d’affirmer qu’il existe deux volets : l’urgence et un pouvoir résiduel général, auquel s’applique le test de la théorie de l’intérêt national.

[524] Cela concorde avec l’approche retenue par le juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation* et l’avis qu’a exprimé le juge Le Dain sur le pouvoir POBG alors qu’il était un professeur. En effet, ce dernier a semblé considérer que tous les cas justifiant l’exercice du pouvoir POBG en l’absence d’urgence étaient inclus dans le « pouvoir général », qui était assurément résiduel :

[TRADUCTION] ... la question qui se pose dans le cas de la compétence générale, lorsqu’on ne peut invoquer la notion d’urgence, est de décider ce qui doit être considéré comme une matière unique, indivisible, d’intérêt national, non visée par les chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92.

(Le Dain, p. 293; voir aussi Lederman, p. 606.)

[525] L’opinion du juge Le Dain à titre de professeur et les motifs du juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation* devraient servir de base à l’interprétation du cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Crown Zellerbach* et mener à la conclusion que la « lacune » et l’« intérêt national » ne font qu’un. Certains auteurs partagent eux aussi cette interprétation de *Crown Zellerbach*. Selon Dwight Newman, le pouvoir POBG [TRADUCTION] « ne s’applique que dans le contexte de ce qui serait autrement une lacune dans la structure » et « la jurisprudence n’appuie pas la description à trois volets du pouvoir en question » (p. 200-201).

[526] S’il faut considérer que l’« intérêt national » et la « lacune » constituent des volets distincts, il est facile de juger à tort que la « lacune » constitue le seul pouvoir résiduel et de négliger la nature résiduelle de l’« intérêt national ». Les volets que certains auteurs appellent « lacune » et « intérêt national » ont plutôt la même logique sous-jacente. Ce sont deux manifestations de la nature exhaustive du partage des compétences ainsi que de la nature

and “national concern” is crucial to a proper understanding of the *Crown Zellerbach* test: all matters of national concern must fill a kind of “gap” in the sense that they do not fit under the enumerated heads, and, conversely, all matters that do not fit under the enumerated heads must still pass the national concern test to be within federal jurisdiction. Historical newness is irrelevant in ascertaining the existence of a constitutional “gap”. Le Dain J. is clear in *Crown Zellerbach* that the test he sets out applies to historically new matters *and* matters that have come to extend beyond provincial competence and “become” matters of national concern. When I say that the matter must fill a kind of “gap”, I simply mean that the matter does not fall under any enumerated head of power, and cannot be divided between multiple enumerated powers.

[527] As I explain below, “singleness, distinctiveness and indivisibility”, “provincial inability”, and “scale of impact” should be understood so as to give effect to the residual nature of the POGG power, and filter out any matter that could fall under an enumerated head of power, including matters that are of a “merely local or private Nature” falling under s. 92(16), and matters that could be distributed among multiple heads.

[528] I pause here to note that the emergency branch, too, can and should be understood as residual to the enumerated heads of power. Viscount Haldane, the architect of the emergency doctrine, “employed expressions which suggest a temporary transcending of the confines of the provincial heads of power” (Lysyk, at p. 549). Cases invoking the emergency branch indicate that in an emergency, a new aspect of government business arises that extends beyond provincial competency (*Fort Frances*, at p. 705; *Snider*, at p. 412; see also Lysyk, at pp. 548-51). For clarity, the fact that the emergency branch should also be understood as residual does not mean matters classified as emergencies need to pass the “national concern”

résiduelle du pouvoir POBG. Ce rapport étroit entre la « lacune » et l’« intérêt national » est essentiel afin de bien comprendre le cadre d’analyse exposé dans *Crown Zellerbach* : toutes les matières d’intérêt national doivent combler une sorte de « lacune » en ce sens qu’elles ne relèvent pas des chefs de compétence énumérés, et inversement, toutes les matières qui ne relèvent pas des chefs de compétence énumérés doivent tout de même satisfaire au test de l’intérêt national pour relever de la compétence fédérale. La nouveauté historique n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de déterminer l’existence d’une « lacune » constitutionnelle. Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain explique clairement que le cadre d’analyse qu’il énonce s’applique aux matières historiquement nouvelles *et* aux matières qui en sont venues à s’étendre au-delà de la compétence provinciale et à « deven[ir] » des matières d’intérêt national. Quand j’affirme que la matière doit combler une sorte de « lacune », j’entends simplement que la matière ne relève d’aucun chef de compétence énuméré et ne peut être divisée entre divers pouvoirs énumérés.

[527] Comme je l’explique plus loin, il y a lieu de considérer que « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité », « l’incapacité provinciale » ainsi que « l’étendue de l’effet » donnent effet à la nature résiduelle du pouvoir POBG, et écartent toutes les matières susceptibles de relever d’un chef de compétence énuméré, y compris celles d’une « nature purement locale ou privée » visées par le par. 92(16) et celles susceptibles d’être réparties entre divers chefs de compétence.

[528] Je m’arrête ici pour souligner que le volet urgence peut et devrait lui aussi être considéré résiduel par rapport aux chefs de compétence énumérés. Le vicomte Haldane, l’architecte de la théorie de la situation d’urgence, [TRADUCTION] « a utilisé des expressions qui suggèrent un dépassement temporaire des limites des chefs de compétence provinciaux » (Lysyk, p. 549). Les arrêts où est invoqué le volet urgence indiquent qu’en cas d’urgence, un nouvel aspect des activités gouvernementales fait son apparition, lequel s’étend au-delà de la compétence provinciale (*Fort Frances*, p. 705; *Snider*, p. 412; voir aussi Lysyk, p. 548-551). Pour plus de clarté, le fait que le volet urgence devrait également être

test set out in *Crown Zellerbach*. Indeed, Le Dain J. specifically clarified that “[t]he national concern doctrine is separate and distinct from the national emergency doctrine” (p. 431).

### (3) Going Forward

[529] The arc of the POGG jurisprudence has been an effort to navigate such that the division of powers is collectively exhaustive, in a way that respects provincial jurisdiction. The national concern doctrine, when properly applied, plays an essential role in achieving this. Matters that do not come within one of the enumerated heads of jurisdiction and that cannot be separated and shared between the enumerated heads of jurisdiction of both orders of government, do not fit comfortably within the division of powers. In order to maintain exhaustiveness, such matters fall under the general residual power of Parliament by virtue of their “distinctiveness” from matters under provincial jurisdiction and their “indivisibility” between various heads of jurisdiction. But when the doctrine is improperly applied, POGG ceases to be residual in nature. When that is so, it can become an instrument to enhance federal and correspondingly decrease provincial authority.

[530] The POGG case law reviewed above is at times amorphous and difficult to organize, but one common denominator runs throughout: courts must be careful in recognizing matters of national concern and heed the consistent warnings from the case law, because the national concern branch has great potential to upset the division of powers (*Local Prohibition*, at p. 361; *Canada Temperance Federation*, at pp. 205-6; see also *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at paras. 67, 110 and 115).

[531] Once a matter is qualified as “of national concern”, Parliament has exclusive jurisdiction over

considéré résiduel ne signifie pas que les affaires classifiées dans la catégorie des urgences doivent satisfaire au test de l’« intérêt national » énoncé dans *Crown Zellerbach*. En effet, le juge Le Dain a explicitement précisé que « [l]a théorie de l’intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale » (p. 431).

### (3) Un regard vers l’avenir

[529] La trajectoire de la jurisprudence sur le pouvoir POBG montre que les tribunaux se sont efforcés de préserver le caractère collectivement exhaustif du partage des compétences, dans le respect de la sphère de compétence provinciale. Correctement appliquée, la théorie de l’intérêt national joue un rôle essentiel dans l’atteinte de cet objectif. Les matières qui ne relèvent pas d’un des chefs de compétence énumérés et qui ne peuvent être divisées et partagées entre les chefs de compétence énumérés des deux ordres de gouvernement ne cadrent pas bien avec le partage des compétences. Pour maintenir l’exhaustivité, ces matières relèvent du pouvoir résiduel général du Parlement en raison de leur « particularité » (c’est-à-dire leur caractère distinct) par rapport aux matières de compétence provinciale et de leur « indivisibilité » entre divers chefs de compétence. Cependant, lorsque la théorie est mal appliquée, le pouvoir POBG cesse d’être de nature résiduelle. Dans un tel cas, il peut servir à renforcer la compétence fédérale et à réduire corrélativement la sphère de compétence provinciale.

[530] La jurisprudence sur le pouvoir POBG examinée précédemment est parfois informe et difficile à organiser, mais toutes ces décisions ont un dénominateur commun : les tribunaux doivent faire preuve de prudence quand ils reconnaissent des matières d’intérêt national et tenir compte des constantes mises en garde de la jurisprudence, car la théorie de l’intérêt national risque fort de perturber le partage des compétences (*Affaire des prohibitions locales*, p. 361; *Canada Temperance Federation*, p. 205-206; voir aussi *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 67, 110 et 115).

[531] Dès qu’une matière est jugée « d’intérêt national », le Parlement a compétence exclusive sur

the matter, including its intra-provincial aspects (*Crown Zellerbach*, at p. 433). Thus, as the Attorney General of Quebec argued, an expansive interpretation of the doctrine can threaten the fundamental structure of federalism and unduly restrain provincial legislature’s law-making authority. It would allow Parliament to acquire exclusive jurisdiction over matters that fall squarely within provincial jurisdiction and flatten regional differences, including Quebec’s ability to retain exclusive control over [TRANSLATION] “all powers deemed essential to the survival and flourishing of its distinct cultural identity” (E. Brouillet, *La Négation de la nation: L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien* (2005), at p. 299).

[532] Courts should never *start* a division of powers analysis by looking to the federal residual power (Gibson (1976), at p. 18). This approach helps guard against an unwarranted and artificial expansion of federal jurisdiction. While the national concern doctrine allows courts to recognize Parliament’s jurisdiction over matters that used to fall under provincial jurisdiction, there is no corresponding transfer of matters that are no longer of national interest to the provinces (Brun, Tremblay and Brouillet, at pp. 589-91). Rather, recognizing a matter of national concern has the effect of “adding by judicial process new matters or new classes of matters to the federal list of powers”, which “would belong to Parliament permanently” (*Anti-Inflation*, at pp. 444 and 458). Therefore, to preserve the federal balance, courts should treat POGG as a power of last resort.

[533] Some more recent case law from this Court recognizes this. For example, in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, this Court declined to uphold federal legislation under the POGG power and stated that “the solution to this case can more readily be found by looking first at the catalogue of

elle, notamment sur ses aspects intraprovinciaux (*Crown Zellerbach*, p. 433). Par conséquent, comme l’a fait valoir le procureur général du Québec, une interprétation large de la théorie risque de menacer la structure fondamentale du fédéralisme et de restreindre indûment le pouvoir de légiférer de la législature provinciale. Une telle interprétation permettrait au Parlement d’acquérir une compétence exclusive sur des matières qui relèvent pleinement de la compétence provinciale et d’aplanir les différences régionales, notamment la capacité du Québec de garder le contrôle exclusif sur « tous les pouvoirs jugés essentiels à la survie et à l’épanouissement de son identité culturelle distincte » (E. Brouillet, *La Négation de la nation : L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien* (2005), p. 299).

[532] Les tribunaux ne devraient jamais *amorcer* une analyse du partage des compétences en se penchant sur le pouvoir résiduel fédéral (Gibson (1976), p. 18). Cette approche aide à éviter un élargissement injustifié et artificiel de la compétence fédérale. Bien que la théorie de l’intérêt national permette aux tribunaux de reconnaître la compétence du Parlement sur des matières qui relevaient auparavant de la compétence des provinces, il n’y a aucun transfert correspondant aux provinces de matières qui ne sont plus d’intérêt national (Brun, Brouillet et Tremblay, p. 589-591). Reconnaître une matière d’intérêt national a plutôt pour effet d’« ajouter par voie jurisprudentielle de nouvelles matières ou de nouvelles catégories de matières à la liste des pouvoirs fédéraux spécifiques », qui « seraient dévolus au Parlement de façon permanente » (*Renvoi anti-inflation*, p. 444 et 458). En conséquence, pour préserver l’équilibre fédéral, les tribunaux devraient considérer le pouvoir POBG comme un pouvoir de dernier recours.

[533] Notre Cour l’a reconnu dans certains de ses arrêts plus récents. Par exemple, dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, elle a refusé de confirmer la validité d’une loi fédérale en vertu du pouvoir POBG et a affirmé qu’« on peut plus facilement trouver la solution applicable à l’espèce en

powers in the *Constitution Act, 1867*” (p. 65 (emphasis added)); see also *Hydro-Québec*, at paras. 109-10).

[534] My view of the national concern test gives effect to this truly residual understanding of POGG. The scope of the national concern doctrine must be limited to matters that cannot fall under other heads of jurisdiction and that cannot be distributed among multiple heads, thus filling a constitutional gap. Accordingly, the doctrine only applies to matters which are truly of “national concern”, as opposed to matters of a “merely local or private Nature” that fall under s. 92(16).

### III. The National Concern Doctrine

#### A. *Singleness, Distinctiveness, Indivisibility*

[535] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. explained that “[f]or a matter to qualify as a matter of national concern . . . it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern” (p. 432). A close reading of Le Dain J.’s reasons in *Crown Zellerbach* and of Beetz J.’s influential reasons in *Anti-Inflation* reveal that “singleness, distinctiveness and indivisibility” should be understood purposively, as a way to identify matters that are beyond the powers of the provinces, and cannot be divided between both orders of government, which must fall under the general federal residual power in order to fill a constitutional gap.

[536] Beetz J.’s reasons in *Anti-Inflation* are an essential starting point to understand how matters can qualify as of “national concern”. Beetz J. explained that matters of national concern have only been recognized “in cases where a new matter was not an aggregate but had a degree of unity that made it indivisible, an identity which made it distinct from provincial matters and a sufficient consistence to retain the bounds of form” (p. 458 (emphasis added)). The matter at issue in *Anti-Inflation*, the

examinant tout d’abord l’énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 65 (je souligne); voir aussi *Hydro-Québec*, par. 109-110).

[534] Mon interprétation du test de l’intérêt national donne effet à cette conception véritablement résiduelle du pouvoir POBG. La théorie de l’intérêt national doit s’appliquer uniquement aux matières qui ne peuvent se rattacher à d’autres chefs de compétence et qui ne peuvent être réparties entre divers chefs; elle comble donc une lacune constitutionnelle. En conséquence, la théorie ne s’applique qu’aux matières qui sont véritablement d’« intérêt national », par opposition aux matières d’une « nature purement locale ou privée » visées par le par. 92(16).

### III. La théorie de l’intérêt national

#### A. *Unicité, particularité et indivisibilité*

[535] Dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a expliqué que « [p]our qu’on puisse dire qu’une matière est d’intérêt national [. . .], elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial » (p. 432). Une lecture attentive des motifs du juge Le Dain dans *Crown Zellerbach* et des motifs influents du juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation* révèle que « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité » devraient être interprétées téléologiquement, comme un moyen de déterminer les matières qui excèdent les pouvoirs provinciaux, qui ne peuvent être divisées entre les deux ordres de gouvernement et qui doivent relever du pouvoir fédéral résiduel général afin de combler une lacune constitutionnelle.

[536] Les motifs du juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation* constituent un point de départ essentiel lorsqu’il s’agit de comprendre comment des matières peuvent être considérées comme des matières d’« intérêt national ». Le juge Beetz a expliqué que des matières d’intérêt national n’ont été reconnues que « dans des cas où la nouvelle matière n’était pas un agrégat mais présentait un degré d’unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistence

“containment and reduction of inflation”, did not meet such requirements:

It is an aggregate of several subjects some of which form a substantial part of provincial jurisdiction. It is totally lacking in specificity. It is so pervasive that it knows no bounds. Its recognition as a federal head of power would render most provincial powers nugatory. [p. 458]

[537] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. noted that the majority of the Court in *Anti-Inflation* “held that the national concern doctrine applied, in the absence of national emergency, to single, indivisible matters which did not fall within any of the specified heads of provincial or federal legislative jurisdiction” and referred to Beetz J.’s reasons extensively (pp. 426-27). Thus, it appears that Le Dain J. understood *Anti-Inflation* as standing for the proposition that the national concern doctrine applies when two conditions are met: first, the matter does not fall within (i.e. it is distinct from) the enumerated heads of jurisdiction and, second, it is single and indivisible.

[538] The issue in *Crown Zellerbach* was whether “marine pollution” could qualify as a matter of national concern. More specifically, the question was whether “the control of pollution by the dumping of substances in marine waters, including provincial marine waters, is a single, indivisible matter, distinct from the control of pollution by the dumping of substances in other provincial waters” (p. 436 (emphasis added)). Le Dain J. proceeded in two steps, in line with *Anti-Inflation*. First, he determined that marine pollution was sufficiently distinct from the pollution of other provincial waters because of the distinction between salt and fresh water. Second, he determined that the distinction was sufficient to conclude that marine pollution was a single and indivisible matter.

suffisante pour retenir les limites d’une forme » (p. 458 (je souligne)). La matière en cause dans le *Renvoi anti-inflation*, « l’endiguement et la réduction de l’inflation », ne satisfaisait pas à ces exigences :

C’est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale. C’est une matière totalement dépourvue de spécificité et dont le caractère envahissant ne connaît pas de limites; en faire l’objet d’une compétence fédérale rendrait illusoires la plupart des pouvoirs provinciaux. [p. 458]

[537] Dans *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a souligné que les juges majoritaires de la Cour dans le *Renvoi anti-inflation* ont « conclu que la théorie de l’intérêt national s’applique, en l’absence de situation d’urgence nationale, aux matières uniques, indivisibles, qui ne relèvent d’aucun des chefs spécifiés de compétence législative provinciale ou fédérale », et s’est référé abondamment aux motifs du juge Beetz (p. 426-427). En conséquence, il semble que le juge Le Dain ait considéré que le *Renvoi anti-inflation* permet d’affirmer que la théorie de l’intérêt national s’applique lorsque deux conditions sont remplies : premièrement, la matière ne relève pas (c.-à-d. est distincte) des chefs de compétence énumérés et, deuxièmement, elle est unique et indivisible.

[538] Il fallait décider dans *Crown Zellerbach* si la « pollution des mers » pouvait être considérée comme une matière d’intérêt national. Plus précisément, la question était de savoir si « le contrôle de la pollution résultant de l’immersion de substances dans les eaux de la mer, y compris dans les eaux de la mer situées dans une province, constitue une matière unique et indivisible, distincte du contrôle de la pollution due à l’immersion de substances dans d’autres eaux provinciales » (p. 436 (je souligne)). Le juge Le Dain a procédé en deux étapes, en conformité avec le *Renvoi anti-inflation*. Premièrement, il a conclu que la pollution des mers était suffisamment distincte de la pollution d’autres eaux provinciales en raison de la distinction entre les eaux salées et les eaux douces. Deuxièmement, il a statué que la distinction était suffisante pour conclure que la pollution des mers était une matière unique et indivisible.

[539] These cases demonstrate that the requirements of “singleness, distinctiveness and indivisibility” serve the purpose of identifying matters that are truly residual in two ways. That is, the matter must be “distinct” from provincial matters *and* must be incapable of division between both orders of government such that it must be entrusted solely to Parliament. These requirements give effect to the general residual power of Parliament under POGG and ensure that there is no jurisdictional gap in the division of powers. They apply to both “new matters” and to matters which, although originally falling under provincial jurisdiction, have come to extend beyond the powers of the province and, due to indivisibility, must be entrusted exclusively to Parliament.

(1) Importance Is Irrelevant

[540] Given the residual nature of POGG, the importance of a matter has nothing to do with whether it is a matter of national concern. In the *Insurance Reference* case, the Supreme Court and the Judicial Committee of the Privy Council made plain that the importance of a subject did not mean that it had attained a national dimension so as to transfer matters from provincial to federal authority (*In re “Insurance Act, 1910”* (1913), 48 S.C.R. 260, at p. 304, aff’d *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (P.C.), at p. 597, cited in *Le Dain*, at pp. 276-78; see also *Anti-Inflation*, at pp. 446-50). The role of the general residual power is to maintain the exhaustiveness of the division of powers, not to centralize “important” matters that can be legislated upon by the provinces or by both orders of government. This would severely undermine the principle of federalism (Gibson (1976), at p. 31; see also Hogg, at s. 17.3(b)). For instance, provinces have jurisdiction to legislate in relation to education and the national concern doctrine cannot displace such authority simply because of the importance of the matter.

[539] Ces arrêts démontrent que les exigences « d’unicité, de particularité et d’indivisibilité » servent à déceler les matières qui sont véritablement résiduelles à deux égards. En d’autres termes, la matière doit être « distincte » des matières provinciales *et* impossible à diviser entre les deux ordres de gouvernement de sorte qu’elle doit être confiée uniquement au Parlement. Ces exigences donnent effet au pouvoir résiduel général du Parlement en matière de POBG et font en sorte que le partage des compétences ne comporte aucune lacune. Elles s’appliquent tant aux « nouvelles matières » qu’aux matières qui, bien que relevant à l’origine de la compétence provinciale, en sont venues à s’étendre au-delà des pouvoirs provinciaux, et qui, en raison de l’indivisibilité, doivent être confiées exclusivement au Parlement.

(1) L’importance n’est pas pertinente

[540] Vu la nature résiduelle du pouvoir POBG, l’importance d’une matière n’a rien à voir avec la question de savoir s’il s’agit d’une matière d’intérêt national. Dans le *Renvoi relatif à l’assurance*, la Cour suprême et le Comité judiciaire du Conseil privé ont bien fait comprendre que l’importance d’une matière ne signifiait pas que celle-ci avait atteint une dimension nationale de manière à permettre à ce que des matières passent de la compétence provinciale à la compétence fédérale (*In re « Insurance Act, 1910 »* (1913), 48 R.C.S. 260, p. 304, conf. par *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588 (C.P.), p. 597, cité dans *Le Dain*, p. 276-278; voir aussi *Renvoi anti-inflation*, p. 446-450). Le rôle du pouvoir résiduel général consiste à maintenir l’exhaustivité du partage des compétences, et non à centraliser les matières « importantes » sur lesquelles peuvent légiférer les provinces ou les deux ordres de gouvernement. Cela minerait sérieusement le principe du fédéralisme (Gibson (1976), p. 31; voir aussi Hogg, rubrique 17.3(b)). À titre d’exemple, les provinces ont la compétence de légiférer relativement à l’éducation et la théorie de l’intérêt national ne saurait écarter cette compétence simplement en raison de l’importance de la matière.

(2) Distinctiveness

[541] First, the impugned matter must be distinct from matters falling under the enumerated heads of s. 92 (*Anti-Inflation*, at p. 457). This will be met when the matter is beyond provincial reach, including because of the limitation of provincial jurisdiction to matters “in the Province” (see Gibson (1976), at p. 18). This inquiry includes consideration of the provincial residuum: if the matter is of a “merely local or private Nature”, it would fall under s. 92(16).

[542] For example, federal legislation regulating the insurance business could not be sustained under POGG because it was not distinct from provincial matters. Provincial legislatures could have enacted legislation “substantially identical” under their authority to make laws in relation to civil rights and matters of local interest, under ss. 92(13) and 92(16) (*In re “Insurance Act, 1910”*, at pp. 302-3, per Duff J.). Similarly, “[t]he brewing and labelling of beer and light beer” did not transcend the provincial authorities’ powers so as to give rise to a matter of national concern. On the contrary, Estey J. noted that there had been “legislative action duly taken in this field by the provinces” (*Labatt*, at p. 945).

[543] By contrast, marine pollution was found to be sufficiently distinct from pollution in other provincial waters, which fall under provincial jurisdiction (*Crown Zellerbach*, at pp. 436-38). Likewise, the subject of aeronautics was found to “transcend [d] provincial legislative boundaries” (*Johannesson*, at p. 309, per Kerwin J.).

[544] I would add that the matter must also be distinct from matters falling under federal jurisdiction, as POGG is purely residual. Of course, since division of powers disputes typically pertain to the boundaries between provincial and federal jurisdiction, in practice, distinctiveness is mainly considered with respect to provincial powers.

(2) Particularité

[541] Premièrement, la matière en cause doit être distincte de celles relevant des chefs de compétence énumérés à l’art. 92 (*Renvoi anti-inflation*, p. 457). Cette exigence sera remplie lorsque la matière est hors de portée provinciale, notamment en raison du fait que la compétence provinciale se limite aux matières « dans la province » (voir Gibson (1976), p. 18). Cette analyse comprend un examen du pouvoir résiduel provincial : si la matière est d’une « nature purement locale ou privée », elle relèvera du par. 92(16).

[542] À titre d’exemple, une loi fédérale régissant le commerce de l’assurance n’a pu être maintenue en vertu du pouvoir POGG parce que la matière visée n’était pas distincte de celles relevant de la compétence provinciale. Les législatures provinciales auraient pu édicter une loi [TRADUCTION] « essentiellement identique » en vertu de leur pouvoir, conféré par les par. 92(13) et 92(16), de faire des lois relativement aux droits civils et aux matières d’intérêt local (*In re « Insurance Act, 1910 »*, p. 302-303, le juge Duff). De même, « le brassage et l’étiquetage de la bière et de la bière légère » ne transcendaient pas les pouvoirs des autorités provinciales de manière à donner naissance à une matière d’intérêt national. Au contraire, le juge Estey a souligné que des « mesures législatives [avaient été] dûment adoptées par les provinces dans ce domaine » (*Labatt*, p. 945).

[543] En revanche, la pollution des mers a été jugée suffisamment distincte de la pollution d’autres eaux provinciales, matière qui relève de la compétence provinciale (*Crown Zellerbach*, p. 436-438). De même, il a été conclu que l’aéronautique est une matière qui [TRADUCTION] « transcende [e] les limites législatives provinciales » (*Johannesson*, p. 309, le juge Kerwin).

[544] J’ajouterais que la matière doit également être distincte de celles qui relèvent de la compétence fédérale, car le pouvoir POGG est purement résiduel. Bien entendu, comme les litiges relatifs au partage des compétences portent généralement sur la délimitation des compétences provinciales et fédérales, la particularité est, en pratique, principalement examinée en ce qui a trait aux compétences provinciales.

(3) Singleness and Indivisibility

[545] Second, as the Attorney General of Quebec correctly argued, even if the matter does not come within an enumerated head of power, it must be single and indivisible to fall under POGG rather than an aggregate that can be broken down and distributed to enumerated heads of jurisdiction (Lederman, at pp. 604-5). In other words, the fact that provinces are unable to deal with a matter is insufficient to conclude that it falls under POGG. The nature of the matter must be such that it cannot be shared between both orders of government and that it must be entrusted to Parliament, exclusively, to avoid a jurisdictional vacuum. This will be the case when the matter has a degree of unity and specificity that makes it indivisible or where the intra-provincial and extra-provincial aspects of the matter are inextricably interrelated (*Anti-Inflation*, at p. 458; *Crown Zellerbach*, at p. 434).

[546] For instance, diffuse matters such as “inflation”, “labour relations” and “the environment” are distinct from matters falling under s. 92; they are not of a “merely local or private Nature” (s. 92(16)) and cannot be fully regulated by the province. However, they cannot be assigned to Parliament exclusively since they are divisible aggregates of several subjects cutting across provincial and federal jurisdiction (*Anti-Inflation*, at p. 458; *Oldman River*, at pp. 63-64). They do not have a singleness such that they must be regulated exclusively by Parliament to avoid a jurisdictional gap.

[547] Such general categories should be viewed as “outside the system . . . [and] subdivided into appropriate parts so that necessary legislative action can be taken by some combination of both federal and provincial statutes” (Lederman, at p. 616; see also D. Gibson, “Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada” (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, at p. 85, cited in *Oldman River*, at p. 63). This is not a flaw of federalism, since we ought to reject the view that “there must be a plenary jurisdiction in one order of government or the other to deal

(3) Unicité et indivisibilité

[545] Deuxièmement, comme l’a fait valoir à bon droit le procureur général du Québec, même si la matière ne relève pas d’un chef de compétence énuméré, elle doit être unique et indivisible pour relever du pouvoir POBG, et non un agrégat susceptible d’être divisé et réparti entre des chefs de compétence énumérés (Lederman, p. 604-605). Autrement dit, le fait que les provinces soient incapables de s’occuper d’une matière est insuffisant pour conclure que celle-ci relève du pouvoir POBG. La nature de la matière doit être telle qu’elle ne puisse être partagée entre les deux ordres de gouvernement et qu’elle doive être confiée exclusivement au Parlement afin d’éviter un vide dans le partage des compétences. Ce sera le cas lorsque la matière présente un degré d’unité et de spécificité qui la rend indivisible ou lorsque ses aspects intraprovinciaux et extraprovinciaux sont inextricablement liés (*Renvoi anti-inflation*, p. 458; *Crown Zellerbach*, p. 434).

[546] À titre d’exemple, des matières de nature diffuse comme l’« inflation », les « relations du travail » et l’« environnement » sont distinctes de celles relevant de l’art. 92; elles ne sont pas d’une « nature purement locale ou privée » (par. 92(16)) et ne peuvent être entièrement régies par la province. Cependant, elles ne peuvent pas être confiées exclusivement au Parlement, car elles constituent des agrégats divisibles de divers sujets touchant les compétences provinciales et fédérales (*Renvoi anti-inflation*, p. 458; *Oldman River*, p. 63-64). Elles ne présentent pas une unicité telle qu’elles doivent être régies exclusivement par le Parlement afin qu’il n’y ait pas de lacune dans le partage des compétences.

[547] Pareilles catégories générales devraient être considérées comme des catégories [TRADUCTION] « en dehors du système [. . .] [et] être subdivisées de façon appropriée de telle sorte que les mesures législatives nécessaires puissent être prises par une combinaison de lois fédérales et provinciales » (Lederman, p. 616; voir aussi D. Gibson, « Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada » (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, p. 85, cité dans *Oldman River*, p. 63). Il ne s’agit pas d’une faiblesse du fédéralisme, car nous devrions

with any legislative problem” (*Crown Zellerbach*, at p. 434). Rather, these matters are properly dealt with through federal-provincial agreements, what Professor Lederman calls “[t]he essence of cooperative federalism” (p. 616). Accordingly, resort to the general federal residual power is not necessary to preserve the exhaustiveness of the division of powers.

[548] This Court has found that certain matters have the requisite singleness and indivisibility to fall under the general federal residual power rather than be distributed between federal and provincial heads of powers. For instance, the conservation of the National Capital Region was, by nature, a specific matter with a degree of unity that made it indivisible (*Anti-Inflation*, at pp. 457-58; *Munro*, at pp. 671-72). In *Crown Zellerbach*, the majority of this Court found that marine pollution was a single and indivisible matter in part because “the difficulty of ascertaining by visual observation the boundary between the territorial sea and the internal marine waters of a state creates an unacceptable degree of uncertainty for the application of regulatory and penal provisions” (p. 437). The interrelatedness of the intra-provincial and extra-provincial aspects of the matter was such that marine pollution could not be shared between both orders of government if it were to be regulated. On this view, if it did not fall under the general federal residual power, neither Parliament nor provincial legislatures could have effectively legislated upon marine pollution, which would be inconsistent with the exhaustive division of powers.

[549] Singleness and indivisibility are thus means to determine whether the matter truly lies outside the enumerated heads or if it is merely a “new nam[e]” applied to “old legislative purposes” that can be distributed among existing heads of jurisdiction (*Le Dain*, at p. 293).

rejetter l’idée selon laquelle « un palier ou l’autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif » (*Crown Zellerbach*, p. 434). Il convient plutôt de s’occuper de ces matières au moyen d’ententes fédérales-provinciales, ce que le professeur Lederman appelle [TRADUCTION] « [l]’essence du fédéralisme coopératif » (p. 616). En conséquence, il n’est pas nécessaire de recourir au pouvoir fédéral résiduel général pour préserver l’exhaustivité du partage des compétences.

[548] Notre Cour a conclu que certaines matières présentent l’unicité et l’indivisibilité requises pour relever du pouvoir fédéral résiduel général plutôt que d’être réparties entre les chefs de compétence fédéraux et provinciaux. À titre d’exemple, la conservation de la région de la capitale nationale était, par nature, une matière spécifique présentant un degré d’unité qui la rendait indivisible (*Renvoi anti-inflation*, p. 457-458; *Munro*, p. 671-672). Dans *Crown Zellerbach*, les juges majoritaires ont conclu que la pollution des mers constituait une matière unique et indivisible en partie parce que « la difficulté de vérifier de visu la limite entre la mer territoriale et les eaux de la mer qui forment les eaux intérieures d’un État, suscite un degré inacceptable d’incertitude quand il s’agit d’appliquer des dispositions réglementaires et pénales » (p. 437). L’interrelation des aspects intraprovinciaux et extraprovinciaux de la pollution des mers était telle que cette matière, si l’on devait la réglementer, ne pouvait être partagée entre les deux ordres de gouvernement. Suivant ce raisonnement, si la pollution des mers ne relevait pas du pouvoir fédéral résiduel général, ni le Parlement ni les législatures provinciales ne pourraient dans les faits légiférer sur cette matière, ce qui serait incompatible avec l’exhaustivité du partage des compétences.

[549] L’unicité et l’indivisibilité constituent donc des moyens de déterminer si la matière se situe véritablement en dehors de chefs de compétence énumérés ou si elle est simplement un [TRADUCTION] « nouvea[u] no[m] » donné à d’« anciens objectifs législatifs » qui peuvent être répartis entre les chefs de compétence existants (*Le Dain*, p. 293).

### B. *Provincial Inability*

[550] In *Crown Zellerbach*, Le Dain J. held that in evaluating whether the matter has a singleness, distinctiveness and indivisibility, “it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter” (p. 432). This factor is known as the “provincial inability” test.

[551] Once again, it is essential to look at the genesis of the provincial inability inquiry to understand what it sought to accomplish and its role in the national concern doctrine. The provincial inability inquiry has been designed to control the centralization of powers and to limit the extension of the national concern doctrine to matters that are “beyond the power of the provinces to deal with” and that must be legislated upon by Parliament, exclusively (Gibson (1976), at pp. 33-34 (emphasis deleted); see also Leclair (2005), at p. 361; *Crown Zellerbach*, at pp. 432-33).

[552] In *Labatt*, this Court held that matters would meet this “test” when interprovincial cooperation is realistically impossible because “the failure of one province to cooperate would carry with it grave consequences for the residents of other provinces” (p. 945, citing P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 261). In such cases, the matter is effectively beyond the power of the provinces to deal with it.

[553] This background sheds light on the purpose of the concept of provincial inability: to help identify potential jurisdictional voids or gaps, which may indicate that a matter has a national dimension so as to fall under POGG to ensure the division of powers is exhaustive. The underlying purpose of the provincial inability inquiry is essential to understanding its iteration in *Crown Zellerbach*.

### B. *Incapacité provinciale*

[550] Dans *Crown Zellerbach*, le juge Le Dain a affirmé que, pour déterminer si la matière présente les caractéristiques d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, « il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière » (p. 432). Ce facteur est connu sous le nom de critère de l’« incapacité provinciale ».

[551] Encore une fois, il est essentiel de se pencher sur la genèse de l’examen relatif à l’incapacité provinciale pour comprendre l’objectif qu’il poursuit et son rôle dans la théorie de l’intérêt national. Cet examen a été conçu afin de contrôler la centralisation des pouvoirs, et de limiter l’extension de la théorie de l’intérêt national aux matières qui [TRADUCTION] « dépasse[n]t la capacité des provinces de s’en occuper » et sur lesquelles doit légiférer le Parlement de manière exclusive (Gibson (1976), p. 33-34 (italique omis); voir aussi Leclair (2005), p. 361; *Crown Zellerbach*, p. 432-433).

[552] Dans *Labatt*, notre Cour a conclu que des matières satisferaient à ce « critère » quand la coopération interprovinciale est, de façon réaliste, impossible, car [TRADUCTION] « le défaut de coopération de l’une [des provinces] entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces » (p. 945, citant P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 261). En pareils cas, la matière dépasse dans les faits la capacité des provinces de s’en occuper.

[553] Ce contexte met en lumière l’objet du concept de l’incapacité provinciale : aider à dégager les vides ou lacunes possibles dans le partage des compétences, qui peuvent indiquer qu’une matière revêt une dimension nationale de manière à relever du pouvoir POBG afin de garantir l’exhaustivité du partage des compétences. Il est essentiel de comprendre l’objet sous-jacent de l’examen relatif à l’incapacité provinciale pour comprendre sa réitération dans *Crown Zellerbach*.

(1) Extra-Provincial Effects Are Relevant to, But Not Determinative of, Provincial Inability

[554] First, “extra-provincial effects”, on their own, are insufficient to satisfy the “provincial inability” test. Rather, the extra-provincial effects must be such that the matter, or part of the matter, is beyond the powers of the provinces to deal with on their own or in tandem.

[555] I acknowledge that this is not the only way to read *Crown Zellerbach*. Read in isolation, Le Dain J.’s reasons could suggest that provincial inability is met whenever there are considerable effects on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the intra-provincial aspects of the matter. In my view, this understanding cannot be correct. Understood this way, provinces would be “unable” to legislate with respect to many matters that were expressly entrusted to them. For example, if a province did not deal effectively with the administration of justice in the province (s. 92(14)), this may have grave consequences for residents of other provinces — the absence of any criminal prosecutions in an entire province would surely have spill-over effects for neighbouring provinces. However, I would not say that this mere possibility makes all provinces “unable” to administer justice in the province.

[556] Clearly, some extra-provincial effects are compatible with provincial jurisdiction, considering that, under the federal structure, provinces can adversely affect extra-provincial interests if they are acting within their sphere of jurisdiction (Brun, Tremblay and Brouillet, at pp. 592-93; Hogg, at s. 13.3(c)). If the pith and substance of provincial legislation comes within the classes of subjects assigned to the provinces, incidental or ancillary extra-provincial effects are irrelevant to its validity (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at paras. 23, 24 and 38; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49,

(1) Les effets extraprovinciaux sont pertinents, mais non pas déterminants, quant à l’incapacité provinciale

[554] Premièrement, les « effets extraprovinciaux », à eux seuls, sont insuffisants pour qu’il soit satisfait au critère de l’« incapacité provinciale ». Les effets extraprovinciaux doivent plutôt être tels que la matière, ou une partie de celle-ci, dépasse la capacité des provinces de s’en occuper seules ou de concert.

[555] Je reconnais que ce n’est pas la seule façon d’interpréter l’arrêt *Crown Zellerbach*. Interprétés isolément, les motifs du juge Le Dain pourraient laisser croire que le critère de l’incapacité provinciale est rempli chaque fois que l’omission d’une province de s’occuper efficacement des aspects intraprovinciaux de la matière en cause a des effets considérables sur les intérêts extraprovinciaux. À mon avis, cette interprétation ne saurait être correcte. Si une telle interprétation était retenue, les provinces seraient « incapables » de légiférer sur de nombreuses matières leur ayant été expressément confiées. À titre d’exemple, si une province ne s’occupait pas efficacement de l’administration de la justice sur son territoire (par. 92(14)), il pourrait en résulter de graves conséquences pour les résidents d’autres provinces — l’absence de toute poursuite criminelle dans l’ensemble d’une province aurait certainement des répercussions sur les provinces voisines. Cependant, je ne dirais pas que cette simple possibilité rend toutes les provinces « incapables » d’administrer la justice sur leur territoire.

[556] De toute évidence, certains effets extraprovinciaux sont compatibles avec la compétence provinciale, étant donné que, suivant la structure fédérale, les provinces peuvent porter atteinte à des intérêts extraprovinciaux si elles agissent dans leur sphère de compétence (Brun, Tremblay et Brouillet, p. 592-593; Hogg, rubrique 13.3(c)). Si le caractère véritable d’une loi provinciale relève des catégories de sujets assignés aux provinces, les effets extraprovinciaux accessoires de la loi sont sans pertinence quant à sa validité (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23, 24 et 38; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada*

[2005] 2 S.C.R. 473, at para. 28). Given the potential displacement of provincial authority, courts should have a “strong empirical base” for concluding that the extra-provincial effects are such that the matter is beyond the powers of the provinces to deal with on their own or in tandem (K. Swinton, “Federalism under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada” (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 121, at p. 136; Leclair (2005), at p. 370).

[557] Evidence that provinces are not cooperating, even combined with the presence of extra-provincial effects, is also insufficient to make out provincial inability. Provinces are sovereign within their sphere of jurisdiction and can legitimately choose different policies than other provinces. The sovereign and democratic will of provincial legislatures entitles them to agree or disagree that uniformity of laws is a desirable goal, and to change their mind in the future (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 69; Hogg, at s. 17.3(b)). Moreover, since the possibility of one or more provinces not cooperating is always hypothetically present, such lax criteria would be ineffective protection for provincial jurisdiction (E. Brouillet, “Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora’s Box?” (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 601, at pp. 620-21). It is worth repeating that striking a balance between diversity and uniformity is precisely why the Canadian constitution has a federal structure. In certain fields, the *Constitution Act, 1867*, places diversity and the right to provincial difference above uniformity. This is not a defect of our Constitution, it is a strength.

(2) Provincial Inability Is Relevant to, But Not Determinative of, “Singleness, Distinctiveness and Indivisibility”

[558] Second, the residual role of the national concern doctrine explains why Le Dain J. in *Crown Zellerbach* indicated that the “provincial inability”

*Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 28). Vu la possibilité que la compétence provinciale soit écartée, les tribunaux devraient disposer [TRADUCTION] « [d’]éléments de preuve empiriques solides » pour conclure que les effets extraprovinciaux sont tels que la matière dépasse la capacité des provinces de s’en occuper seules ou de concert (K. Swinton, « Federalism under Fire : The Role of the Supreme Court of Canada » (1992), 55 *Law & Contemp. Probs.* 121, p. 136; Leclair (2005), p. 370).

[557] La preuve que les provinces ne collaborent pas, même si elle est combinée à la présence d’effets extraprovinciaux, est également insuffisante pour permettre d’établir l’incapacité provinciale. Les provinces sont souveraines dans leur propre sphère de compétence et peuvent légitimement choisir des politiques différentes de celles d’autres provinces. La volonté souveraine et démocratique des législatures provinciales leur permet de s’entendre ou de ne pas s’entendre pour dire que l’uniformité des lois constitue un objectif souhaitable, et de changer d’avis ultérieurement (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 69; Hogg, rubrique 17.3(b)). De plus, comme il est en théorie toujours possible qu’une ou plusieurs provinces ne collaborent pas, de tels critères peu contraignants représenteraient une protection inefficace à l’égard de la sphère de compétence provinciale (E. Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity : Should We Open Pandora’s Box? » (2011), 54 *S.C.L.R.* (2d) 601, p. 620-621). Il convient de répéter que l’établissement d’un juste équilibre entre la diversité et l’uniformité est précisément la raison pour laquelle la constitution canadienne possède une structure fédérale. Dans certains domaines, la *Loi constitutionnelle de 1867* place la diversité et le droit à la différence provinciale au-dessus de l’uniformité. Il ne s’agit pas d’une défectuosité de notre Constitution, mais plutôt d’une de ses forces.

(2) L’incapacité provinciale est pertinente, mais non déterminante, en ce qui concerne « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité »

[558] Deuxièmement, le rôle résiduel de la théorie de l’intérêt national explique pourquoi le juge Le Dain dans *Crown Zellerbach* a affirmé que le critère

test is only a “factor” to evaluate whether a subject matter has the required singleness, distinctiveness and indivisibility.

[559] Many matters are “beyond the power of the provinces to deal with” but do not meet the requirements of singleness, distinctiveness and indivisibility, and are therefore not matters of national concern. Obviously, matters that fall squarely within federal jurisdiction are one example (i.e. currency and coinage, the postal service, etc.). This is also the case when matters are mere divisible aggregates that span provincial and federal jurisdiction (*Anti-Inflation*, at p. 458; Brouillet (2011), at p. 619). For instance, there is no denying that the containment of inflation is “beyond the power of the provinces to deal with”, since it involves measures that fall squarely under federal jurisdiction, such as central banking measures relating to the rate of interest (*Anti-Inflation*, at p. 452). This does not mean that the containment of inflation has the required singleness and indivisibility to qualify as a matter of national concern since it can be divided and distributed to both orders of government. Since there is no constitutional gap, there is no need for the national concern doctrine to be applied such that the entire matter comes under federal jurisdiction.

[560] Provincial inability is no more than Le Dain J. says it is in *Crown Zellerbach*: an indicium of “singleness, distinctiveness and indivisibility”. Extraprovincial effects resulting in provincial inability may indicate that the matter is not of a local or private nature (i.e. “distinct” from provincial matters), or is not separable from the local and private aspects of the matter (i.e. “indivisible” or “single”). This will be the case where the extra- and intra-provincial aspects of a matter are interrelated and inseparable (*Crown Zellerbach*, at p. 434). This makes sense. In line with the residual role of POGG, federal authority over what was formerly within provincial competence is only justified where a matter has become distinct from what the provinces can do, and cannot be shared between orders of government because of its indivisibility. In such a case, reliance on POGG

de l’« incapacité provinciale » n’est qu’un « facteur » permettant de déterminer si une matière présente l’unicité, la particularité et l’indivisibilité requises.

[559] De nombreuses matières [TRADUCTION] « dépasse[nt] la capacité des provinces de s’en occuper », mais ne satisfont pas aux exigences d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, et ne constituent donc pas des matières d’intérêt national. Les matières qui relèvent clairement de la compétence fédérale en constituent de toute évidence un exemple (p. ex. le cours monétaire et le monnayage, le service postal, etc.). C’est également le cas des matières qui ne constituent que des agrégats divisibles touchant les compétences provinciales et fédérales (*Renvoi anti-inflation*, p. 458; Brouillet (2011), p. 619). À titre d’exemple, nul ne conteste le fait que l’endiguement de l’inflation « dépasse la capacité des provinces de s’en occuper », car il comporte des mesures qui relèvent clairement de la compétence fédérale, comme des mesures relatives au taux d’intérêt prises par la banque centrale (*Renvoi anti-inflation*, p. 452). Cela ne signifie pas que l’endiguement de l’inflation présente l’unicité et l’indivisibilité requises pour être considéré comme une matière d’intérêt national, car il peut être divisé et réparti entre les deux ordres de gouvernement. Vu l’absence de lacune constitutionnelle, il n’est pas nécessaire d’appliquer la théorie de l’intérêt national de manière à ce toute la matière relève de la compétence fédérale.

[560] L’incapacité provinciale n’est rien de plus que ce que le juge Le Dain a dit d’elle dans *Crown Zellerbach* : un indice « d’unicité, de particularité et d’indivisibilité ». Les effets extraprovinciaux donnant lieu à une incapacité provinciale peuvent indiquer que la matière n’est pas d’une nature locale ou privée (c.-à-d. qu’elle est « distincte » des matières provinciales et remplit ainsi l’exigence de « particularité »), ou qu’elle est n’est pas séparable des aspects locaux et privés de la matière (c.-à-d. qu’elle est « indivisible » ou « unique »). Ce sera le cas lorsque les aspects extraprovinciaux et intraprovinciaux d’une matière sont liés et inséparables (*Crown Zellerbach*, p. 434). Cela est logique. Conformément au rôle résiduel joué par le pouvoir POBG, la compétence du Parlement fédéral sur ce qui relevait auparavant de la compétence des provinces n’est justifiée que si la

is the only way to maintain the exhaustiveness of the division of powers. Otherwise, there would be a jurisdictional void — if the federal Parliament did not have jurisdiction over such a matter, no one would.

### C. *Scale of Impact*

[561] When determining if a matter can pass muster as a subject matter falling under POGG, the final step is to consider whether it has “a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution” (*Crown Zellerbach*, at p. 432). If the “singleness, distinctiveness and indivisibility” inquiry has been carried out correctly such that reliance on POGG is necessary to avoid a jurisdictional vacuum, then the scale of impact will necessarily be reconcilable with the division of powers. This stage of the test should therefore be understood as a “check” or “litmus test”, rather than as an independent requirement. The evaluation of the scale of impact on the federal balance illustrates the need for caution when determining whether a new permanent head of exclusive power should, in effect, be added to the federal list of powers (*Anti-Inflation*, at p. 444).

[562] This prong of the test requires courts to determine whether recognizing the proposed new federal power would be compatible with the federal structure. It does *not* ask whether the importance of the proposed new federal power *outweighs* the infringement on provincial jurisdiction. Importance is irrelevant because it does not indicate whether there is a jurisdictional gap that must be filled with the general residual power. Important matters can and should be dealt with by the provinces. Further, assessing importance requires courts to assess the desirability of certain policies, something which is not their role.

matière est devenue distincte de ce que peuvent faire les provinces, et qu’elle ne peut être partagée entre les ordres de gouvernement en raison de son indivisibilité. En pareil cas, le recours au pouvoir POBG constitue la seule façon de maintenir l’exhaustivité du partage des compétences, sans quoi il y aurait un vide dans celui-ci — si le Parlement fédéral n’avait pas compétence sur une telle matière, aucun ordre de gouvernement n’aurait compétence sur celle-ci.

### C. *Étendue de l’effet*

[561] Lorsqu’il faut déterminer si une matière peut résister à l’examen et relever du pouvoir POBG, la dernière étape consiste à se demander si celle-ci a « un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution » (*Crown Zellerbach*, p. 432). Si l’analyse sur « la particularité, l’unicité et l’indivisibilité » a été effectuée correctement de sorte que le recours au pouvoir POBG est nécessaire pour éviter un vide dans le partage des compétences, l’étendue de l’effet sera alors nécessairement compatible avec le partage des compétences. Cette étape de l’analyse devrait donc être considérée comme une « vérification finale », plutôt que comme une exigence indépendante. L’évaluation de l’étendue de l’effet sur l’équilibre fédéral illustre la nécessité de faire preuve de prudence lorsqu’il s’agit de déterminer si un nouveau chef de compétence exclusive permanent devrait, dans les faits, être ajouté à la liste des pouvoirs fédéraux (*Renvoi anti-inflation*, p. 444).

[562] Ce volet de l’analyse exige des tribunaux qu’ils déterminent si le fait de reconnaître le nouveau pouvoir fédéral proposé serait compatible avec la structure fédérale. Il *ne* consiste *pas* à se demander si l’importance du nouveau pouvoir fédéral proposé *l’emporte sur* l’atteinte à la compétence provinciale. L’importance n’est pas pertinente, car elle n’indique pas s’il existe une lacune dans le partage des compétences qui doit être comblée par le pouvoir résiduel général. Les provinces peuvent et devraient s’occuper des matières importantes. De plus, l’appréciation de l’importance exige des tribunaux qu’ils évaluent l’opportunité de certaines mesures, ce qui n’est pas leur rôle.

[563] Rather, the notion of scale of impact on the fundamental distribution of powers is a manifestation of the principle of federalism. As this Court held in *Comeau*, this principle “requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests” (para. 78). Professor Brouillet explains that the idea of preserving a “federal balance” ought to be a principled exercise, animated by the values underlying federalism:

The search for a federal balance aims at keeping an equilibrium between the values of unity and diversity, whose first legal expression is laid down in the distribution of powers between the levels of government. The value of unity will be essentially preserved if the autonomy of the central government is protected, as the value of diversity will be maintained if the federated units are free from interference from the central government in the exercise of their exclusive legislative powers. [Emphasis added.]

(“The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada” (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 307, at pp. 311-12)

[564] If ubiquitous, all-pervasive matters, such as “the containment and reduction of inflation”, fell under POGG, they would authorize federal action that would have a radical effect on the federal balance as they would “render most provincial powers nugatory” (*Anti-Inflation*, at p. 458). Rather, the matter must be of a sufficiently narrow and specific nature to be consistent with the value of diversity and the autonomy of provincial governments to set their own priorities and come up with policies tailored to their unique needs (*Securities Reference*, at para. 73).

[565] Moreover, the fact that some matters were not assigned exclusively to either Parliament or the provincial legislatures, and instead are shared between both orders of government, must be given effect. This must not be disturbed through constitutional interpretation. In *Hydro-Québec*, at para. 59,

[563] La notion de l’étendue de l’effet sur le partage fondamental des compétences est plutôt une manifestation du principe du fédéralisme. Comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Comeau*, ce principe « exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces » (par. 78). La professeure Brouillet explique que l’idée de préserver un [TRADUCTION] « équilibre fédéral » devrait constituer une opération fondée sur des principes, basée sur les valeurs qui sous-tendent le fédéralisme :

[TRADUCTION] La recherche d’un équilibre fédéral vise à maintenir un équilibre entre les valeurs d’unité et de diversité, dont la première expression juridique se trouve dans le partage des compétences entre les ordres de gouvernement. La valeur d’unité sera essentiellement préservée si l’autonomie du gouvernement central est protégée, tout comme la valeur de diversité sera maintenue si les entités fédérées sont à l’abri de l’ingérence du gouvernement central dans l’exercice de leurs pouvoirs législatifs exclusifs. [Je souligne.]

(« The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 307, p. 311-312)

[564] Si des matières envahissantes et omniprésentes, telles que « l’endiguement et la réduction de l’inflation », relevaient du pouvoir POBG, elles autoriseraient une intervention fédérale qui aurait une incidence radicale sur l’équilibre fédéral, car elles « rendrai[ent] illusoirs la plupart des pouvoirs provinciaux » (*Renvoi anti-inflation*, p. 458). La matière doit plutôt être de nature suffisamment limitée et spécifique pour être compatible avec la valeur de diversité et l’autonomie des gouvernements provinciaux à établir leurs propres priorités et à adopter des politiques adaptées à leurs besoins particuliers (*Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, par. 73).

[565] De plus, il faut donner effet au fait que certaines matières n’ont pas été confiées exclusivement au Parlement ou aux législatures provinciales, et ont plutôt été partagées entre les deux ordres de gouvernement. Il ne faut rien changer à cela par interprétation constitutionnelle. Dans *Hydro-Québec*,

Lamer C.J. and Iacobucci J., dissenting, but not on this point, made this clear in relation to the “environment” as a subject matter:

*A decision by the framers of the Constitution not to give one level of government exclusive control over a subject matter should, in our opinion, act as a signal that the two levels of government are meant to operate in tandem with regard to that subject matter. One level should not be allowed to take over the field so as to completely dwarf the presence of the other. This does not mean that no regulation will be permissible, but wholesale regulatory authority of the type envisaged by the Act is, in our view, inconsistent with the shared nature of jurisdiction over the environment. As La Forest J. noted in his dissenting reasons in *Crown Zellerbach*, at p. 455, “environmental pollution alone [i.e. as a subject matter of legislative authority] is itself all-pervasive. It is a by-product of everything we do. In man’s relationship with his environment, waste is unavoidable.” [Underlining in original; italics added.]*

[566] Although the modern conception of federalism is flexible and accommodates overlapping jurisdiction, courts must be careful not to let the double aspect doctrine undermine the scale of impact inquiry by suggesting that provinces retain ample means to regulate the matter. The double aspect doctrine recognizes that the same fact situation or “matter” may possess both federal and provincial aspects, which means that both orders of government can legislate from their respective perspective (*Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228, at para. 84; *Canadian Western Bank*, at para. 30). For example, the prohibition of driving while intoxicated can be enacted by Parliament under its power over criminal law, while provinces can legislate regarding the suspension of driving licenses for highway safety reasons, likely under their power over “property and civil rights” (*O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238).

au par. 59, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci, dissidents, mais non sur ce point, l’ont indiqué clairement en ce qui a trait à l’« environnement » en tant que matière :

*Une décision des rédacteurs de la Constitution de ne pas attribuer à un ordre de gouvernement le contrôle exclusif d’une matière devrait indiquer, à notre avis, que les deux ordres de gouvernement sont appelés à agir de concert à cet égard. On ne devrait pas permettre à un ordre de gouvernement d’investir le domaine de manière à éclipser totalement la présence de l’autre. Cela signifie non pas qu’aucune réglementation ne sera acceptable, mais qu’un pouvoir de réglementation systématique du genre prévu par la Loi est, à notre avis, incompatible avec la nature partagée de la compétence en matière d’environnement. Comme le juge La Forest l’a souligné dans ses motifs de dissidence, dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, à la p. 455, « la pollution de l’environnement [c.-à-d. en tant que sujet de compétence législative] se fait elle-même sentir partout. C’est le sous-produit de tout ce que nous faisons. Dans les rapports qu’a l’être humain avec son environnement, les déchets sont une chose inévitable. » [Soulignement dans l’original; italique ajouté.]*

[566] Bien que la conception moderne du fédéralisme soit souple et permette le chevauchement des compétences, les tribunaux doivent prendre garde de ne pas laisser la théorie du double aspect miner l’analyse relative à l’étendue de l’effet en suggérant que les provinces conservent de vastes moyens de réglementer la matière. La théorie du double aspect reconnaît que la même situation factuelle ou « matière » peut posséder des aspects à la fois fédéraux et provinciaux, ce qui signifie que les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer suivant leur perspective respective (*Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228, par. 84; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 30). Par exemple, l’interdiction de conduire avec les facultés affaiblies peut être édictée par le Parlement en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, alors que les provinces peuvent légiférer relativement à la suspension de permis de conduire pour des motifs de sécurité routière, vraisemblablement en vertu de leur compétence sur « la propriété et les droits civils » (*O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Mann c. The Queen*, [1966] R.C.S. 238).

[567] The role of the double aspect doctrine is simply to explain how similar rules in otherwise valid provincial and federal laws can apply simultaneously, “when the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp” (*Rogers Communications*, at para. 50, citing W. R. Lederman, “Classification of Laws and the British North America Act”, in *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, at p. 193; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 182). Thus, while this doctrine “allows for the *concurrent application* of both federal and provincial legislation, . . . it does not create *concurrent jurisdiction* over a matter” (*Securities Reference*, at para. 66 (emphasis in original)).

[568] As its name indicates, the doctrine only applies when a subject matter has multiple aspects, some that may be regulated under provincial jurisdiction, and some under federal jurisdiction. It is “neither an exception nor even a qualification to the rule of exclusive legislative jurisdiction” and does not allow Parliament and provincial legislatures to legislate on the “*same aspect*” of the matter (*Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 766, per Beetz J. (emphasis in original)). As Professors Brouillet and Ryder write, “an unbridled application of the doctrine would undermine the principle of exclusiveness that forms the foundation of the distribution of powers in Canada” (“Key Doctrines in Canadian Legal Federalism”, in P. Oliver, P. Macklem and N. Des Rosiers, eds., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 415, at p. 423).

[569] Moreover, the double aspect doctrine must be applied carefully, since increasing overlap between provincial and federal competence can severely disrupt the federal balance. Under the paramountcy doctrine, “where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency” (*Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419,

[567] Le rôle de la théorie du double aspect est simplement d’expliquer comment des règles semblables dans des lois provinciales et fédérale par ailleurs valides peuvent s’appliquer simultanément, « lorsque le contraste entre l’importance relative des deux aspects n’est pas très net » (*Rogers Communications*, par. 50, citant W. R. Lederman, « Classification of Laws and the British North America Act », dans *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, p. 193; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 182). En conséquence, bien que cette théorie « ouvre la voie à l’*application concurrente* de législations fédérale et provinciales, [elle] ne crée pas de *compétence concurrente* sur une matière » (*Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, par. 66 (en italique dans l’original)).

[568] Comme son nom l’indique, la théorie s’applique uniquement lorsqu’une matière présente de multiples aspects, dont certains relèvent de la compétence provinciale et certains de la compétence fédérale. Elle ne constitue « ni une exception ni même un tempérament au principe de l’exclusivité des compétences législatives » et elle ne permet pas au Parlement et aux législatures provinciales de légiférer sur le « *même aspect* » de la matière (*Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 766, le juge Beetz (souligné dans l’original)). Comme l’écrivent les professeurs Brouillet et Ryder, [TRADUCTION] « l’application débridée de la théorie minerait le principe de l’exclusivité qui forme le fondement du partage des compétences au Canada » (« Key Doctrines in Canadian Legal Federalism », dans P. Oliver, P. Macklem et N. Des Rosiers, dir., *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (2017), 415, p. 423).

[569] De plus, la théorie du double aspect doit être appliquée avec prudence, car le fait d’accroître le chevauchement entre les compétences provinciale et fédérale est susceptible de perturber sérieusement l’équilibre fédéral. Suivant la théorie de la prépondérance, « en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale qui sont valablement adoptées, mais qui se chevauchent, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure de l’incompatibilité » (*Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare*

at para. 15; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 11). The combined operation of the doctrines of double aspect and federal paramountcy can have profound implications for the federal structure and for provincial autonomy. I note that Quebec scholars have warned about the particular effects of an unrestrained application of the double aspect doctrine on the province's exclusive jurisdiction. To quote Professor Patenaude:

[TRANSLATION] It is because of section 92, subsection 13, that Quebecers are governed by a distinct private law system adapted to the specificity of their culture. Any weakening of the rule of [provincial] exclusiveness signifies a possibility for the federal Parliament, in which Francophones are in the minority, to legislate, pre-eminently, in fields the framers had entrusted exclusively to the Parliament of Quebecers. . . . Quebecers cannot accept that fields of jurisdiction over which they have exclusive control can, under the guise of the aspect doctrine, pass into the sphere in which federal jurisdiction has priority of application. [Emphasis added.]

(«L'érosion graduelle de la règle de l'étanchéité: une nouvelle menace à l'autonomie du Québec» (1979), 20 *C. de D.* 229, at p. 234; see also G. Rémillard, «Souveraineté et fédéralisme» (1979), 20 *C. de D.* 237, at p. 242.)

[570] As Professor Hogg explained, “[i]f in a nation paramount central power completely overlapped regional power, then that nation would not be federal . . . . It is only where overlapping of power is incomplete, or the scope of central control is limited, that we have a federal system” (s. 5.1(a); see also *Bell Canada*, at p. 766). When Professor Hogg wrote that the “nation would not be federal”, he did not mean that provinces would cease to exist. Rather, he meant that where provinces become subordinate units, the nation is no longer federal in its nature. In other words, supervisory federalism isn't federalism at all.

*Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 15; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 11). L'application conjointe des théories du double aspect et de la prépondérance fédérale peut avoir des répercussions profondes sur la structure fédérale et l'autonomie provinciale. Je constate que des universitaires québécois ont mis en garde contre les effets particuliers qu'aurait une application sans restriction de la théorie du double aspect sur la compétence exclusive de cette province. Pour citer les propos du professeur Patenaude :

C'est grâce à l'article 92, paragraphe 13, que les Québécois sont régis par un droit privé distinct, adapté à leur spécificité culturelle. Tout affaiblissement de la règle de l'exclusivité [provinciale] signifie la possibilité pour le Parlement fédéral, où les francophones sont minoritaires, de légiférer, avec prééminence, dans des domaines que les constituants avaient confiés de façon exclusive au Parlement des Québécois. [ . . . ] Les Québécois ne peuvent accepter que des domaines de compétence sur lesquels ils ont un contrôle exclusif puissent, sous couvert de la théorie de l'aspect, passer dans le champ où s'applique prioritairement la compétence fédérale. [Je souligne.]

(«L'érosion graduelle de la règle de l'étanchéité : une nouvelle menace à l'autonomie du Québec » (1979), 20 *C. de D.* 229, p. 234; voir aussi G. Rémillard, « Souveraineté et fédéralisme » (1979), 20 *C. de D.* 237, p. 242.)

[570] Comme l'a expliqué le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [s]i dans une nation, le pouvoir central prépondérant recouvrait complètement le pouvoir régional, cette nation ne serait pas une nation fédérale [ . . . ] C'est seulement lorsque le chevauchement est incomplet, ou que l'étendue du contrôle central est limitée, qu'il existe un système fédéral » (rubrique 5.1(a); voir aussi *Bell Canada*, p. 766). Quand le professeur Hogg a écrit que « la nation ne serait pas une nation fédérale », il ne voulait pas dire que les provinces cesseraient d'exister. Il voulait plutôt dire que, lorsque les provinces deviennent des entités subordonnées, la nation n'est plus une nation de nature fédérale. Autrement dit, le fédéralisme de supervision n'est aucunement du fédéralisme.

[571] In para. 139, the Chief Justice says that my description of national concern (referred to as “two-step”) is not reflective of the jurisprudence, noting *Munro* and *Crown Zellerbach*. He concludes by saying: “In those cases, this Court did not proceed by way of a two-step search for a jurisdictional vacuum; rather, it applied the national concern test to identify matters of inherent national concern.” In reply, first, I would say that aside from a few shining beacons of clarity and coherence, notably Beetz J. in *Anti-Inflation*, the jurisprudence on national concern has been unclear, even obscure. Second, I do not agree that my description of national concern is not consistent with the jurisprudence while that of the Chief Justice is so. Neither he nor I simply apply precedent. Rather, each of us in different ways makes sense of what was written before. The two-step approach I adopt reflects the methodology Le Dain J. set out and applied in *Crown Zellerbach*, as I have indicated throughout. Third, the difference is not how faithfully we each adhere to a tortuous case law, but rather how we each conceive of the purpose of the national concern doctrine. For me, it is to give effect to federal residual authority over matters not otherwise assigned under the enumerated heads of power and that cannot be divided between both orders of government. For the Chief Justice it is akin to a debenture, with POGG being a general federal authority that floats over that of the provinces, and crystallizes into exclusive federal jurisdiction when a matter of “inherent national concern” is recognized. These views are fundamentally different, but neither follows directly from the case law.

[572] The Chief Justice also takes issue with my account of the national concern test. I agree that our understandings of POGG are fundamentally

[571] Au paragraphe 139, le juge en chef affirme que ma description de la théorie de l'intérêt national (qualifiée d'analyse en « deux étapes ») ne reflète pas la jurisprudence, citant à cet égard les arrêts *Munro* et *Crown Zellerbach*. Il conclut en affirmant ce qui suit : « Dans ces affaires, notre Cour n'a pas procédé à une analyse en deux étapes en vue de déterminer s'il existait un vide de compétence; elle a plutôt appliqué l'analyse relative à l'intérêt national en vue d'identifier des matières d'intérêt intrinsèquement national ». En réponse, je dirais premièrement que, mis à part quelques rayons de clarté et de cohérence, notamment sous la plume du juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation*, la jurisprudence en ce qui a trait à la théorie de l'intérêt national n'est pas claire, et est même obscure. Deuxièmement, je ne suis pas d'accord pour dire que ma description de cette théorie n'est pas compatible avec la jurisprudence alors que celle donnée par le juge en chef est compatible avec celle-ci. Ni lui ni moi ne faisons qu'appliquer des précédents. Nous donnons plutôt tous les deux, de manières différentes, un sens à ce qui a été écrit antérieurement. Comme je l'ai souligné tout au long des présents motifs, l'approche en deux étapes que j'adopte reflète la méthode que le juge Le Dain a exposée et appliquée dans *Crown Zellerbach*. Troisièmement, la différence n'a pas trait à la question de savoir à quel point chacun de nous deux adhère fidèlement à une jurisprudence tortueuse, mais plutôt à celle de savoir comment chacun de nous deux conçoit l'objet de la théorie de l'intérêt national. À mon avis, cette théorie vise à donner effet au pouvoir résiduel fédéral sur des matières qui ne se rattachent pas autrement aux chefs de compétence énumérés et qui ne peuvent être divisées entre les deux ordres de gouvernement. De l'avis du juge en chef, elle ressemble à une débenture, le pouvoir POGG étant un pouvoir fédéral général qui flotte au-dessus de celui des provinces et qui se cristallise en une compétence fédérale exclusive lorsqu'une matière d'« intérêt intrinsèquement national » est reconnue. Ces points de vue sont fondamentalement différents, mais ni l'un ni l'autre ne découle directement de la jurisprudence.

[572] Le juge en chef exprime également son désaccord avec ma description du test de l'intérêt national. Je conviens que nos interprétations du

different. Mine is that POGG confers residual authority, by which I mean authority to legislate in relation to only those matters which would otherwise fall into a jurisdictional vacuum. As such, it can only be the basis of jurisdiction for matters that do not come within heads of power listed in ss. 91 and 92, and *cannot be divided between them*. Such residual authority is necessary to ensure that the division of powers is exhaustive. To put it in the simplest terms, the matters falling under the competence conferred on Parliament by s. 91 and that conferred on the legislatures of the provinces by s. 92, or any combination of the two, by definition, cannot come within a residual authority.

[573] Therein lies the conceptual difference that the Chief Justice highlights. In his framework, POGG is a primary source of authority conferred on Parliament in relation to “matters of inherent national concern” (para. 139). Moreover, it is a source of authority that can be used to deal with federal “aspects” of matters under enumerated powers within the exclusive jurisdiction of provincial legislatures. Thus, he states at para. 130: “. . . where Canada is empowered to impose a minimum national standard, a double aspect situation arises: federal and provincial laws apply concurrently, but the federal law is paramount.”

[574] By means of “minimum national standards”, a federal aspect is *generated*, and this federal aspect can be used as a basis to supervise provinces in the exercise of their authority. This is not residual authority. It is the antithesis of residual authority, as it would operate to encroach on jurisdiction conferred on the provinces. Most respectfully, I disagree.

#### D. Conclusion

[575] The national concern doctrine must be applied with caution in light of its residual role and its potential to upset the division of powers. If the

pouvoir POBG sont fondamentalement différentes. À mon avis, le pouvoir conféré par cette disposition est résiduel et s’entend, à mon sens, d’un pouvoir de légiférer uniquement à l’égard des matières qui relèveraient autrement d’un vide de compétence. Il ne saurait donc justifier une compétence que relativement aux matières qui ne relèvent pas des chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92, et *qui ne peuvent être divisées entre ceux-ci*. Un tel pouvoir résiduel est nécessaire pour assurer l’exhaustivité du partage des compétences. En termes simples, les matières relevant de la compétence conférée au Parlement par l’art. 91, de celle conférée aux législatures provinciales par l’art. 92, ou de toute combinaison de ces deux compétences, ne peuvent, par définition, être visées par un pouvoir résiduel.

[573] C’est là que se situe la différence conceptuelle que fait ressortir le juge en chef. Selon son cadre d’analyse, le pouvoir POBG constitue une source principale de la compétence conférée au Parlement relativement aux « matières d’intérêt intrinsèquement national » (par. 139). De plus, cette source de compétence peut être utilisée pour traiter d’« aspects » fédéraux de matières relevant des chefs de compétence énumérés assignés exclusivement aux législatures provinciales. En conséquence, il affirme au par. 130 de ses motifs que : « . . . dans les cas où le fédéral a le pouvoir d’imposer une norme nationale minimale, il en résulte une situation de double aspect : les lois fédérale et provinciale s’appliquent concurremment, mais la loi fédérale a prépondérance. »

[574] Au moyen de « normes nationales minimales », un aspect fédéral est *créé*, et cet aspect fédéral peut servir à superviser les provinces dans l’exercice de leur compétence. Il ne s’agit pas là d’un pouvoir résiduel. C’est plutôt l’antithèse d’un tel pouvoir, car celui-ci aurait pour effet d’empiéter sur la compétence confiée aux provinces. En tout respect, je ne suis pas d’accord.

#### D. Conclusion

[575] La théorie de l’intérêt national doit être appliquée avec prudence en raison de son rôle résiduel et du risque qu’elle perturbe le partage des

doctrine is not strictly applied so as to limit it to ensuring that the division of powers is exhaustive, the federal nature of the Constitution would “disappear not gradually but rapidly” (*Anti-Inflation*, at p. 445).

#### IV. The Attorney General of Canada’s Expansive Approach Lacks Caution

[576] Repeated warnings about the misuse of the “national concern” power, notably by Beetz J. in *Anti-Inflation*, were all but ignored by the Attorney General of Canada in his submissions before this Court. The Attorney General of Canada did not seek to rely on the federal enumerated powers, notably taxation or trade and commerce, as the basis for the constitutionality of the *Act*. He did not set forth national concern as an alternative basis. Nor did he rely on the emergency branch, which confers Parliament temporary, rather than permanent, authority. (In a “throw-away” submission, the Attorney General of Canada made passing reference to these potential grounds and referred the Court to the submissions of certain interveners.) This was audacious as national concern has been recognized repeatedly as being a threat to the distribution of powers that is at the heart of the Confederation bargain. Further, the Attorney General of Canada’s proposed national concern test would considerably extend the doctrine, despite this Court’s call for caution when considering a doctrine that “inevitably raises profound issues respecting the federal structure of our Constitution” (*Hydro-Québec*, at para. 110). I would reject this doctrinal expansion of national concern. I do so for two reasons. First, it departs in a marked and unjustified way from the jurisprudence of this Court. And, second, if adopted, it will provide a broad and open pathway for further incursions into what has been exclusive provincial jurisdiction.

##### A. *Becoming a Matter of National Concern*

[577] The Attorney General of Canada argues in his factum (at para. 2) that the pith and substance

compétences. Si cette théorie n’était pas appliquée strictement de manière à ce qu’elle permette uniquement de veiller à l’exhaustivité du partage des compétences, la nature fédérale de la Constitution « disparaîtrait rapidement » (*Renvoi anti-inflation*, p. 445).

#### IV. La conception élargie préconisée par le procureur général du Canada manque de prudence

[576] Dans ses observations devant la Cour, le procureur général du Canada n’a pratiquement pas pris en considération les mises en garde répétées, notamment par le juge Beetz dans le *Renvoi anti-inflation*, en ce qui a trait à l’usage inapproprié du pouvoir en matière d’« intérêt national ». Il n’a pas cherché à invoquer les pouvoirs fédéraux énumérés, notamment en matière de taxation ou de trafic et de commerce, comme fondement de la constitutionnalité de la *Loi*. Il n’a pas fait valoir l’intérêt national de manière subsidiaire. Il n’a pas non plus invoqué le volet urgence, qui confère au Parlement un pouvoir temporaire, plutôt que permanent. (Dans une prétention « incidente », le procureur général du Canada a fait référence en passant à ces sources potentielles de compétence et a renvoyé la Cour aux observations de certains intervenants.) Cela était audacieux, car il a été reconnu à maintes reprises que l’intérêt national constitue une menace pour le partage des compétences qui est cœur du pacte confédératif. De plus, le test de l’intérêt national que propose le procureur général du Canada étendrait considérablement la théorie, malgré le fait que la Cour ait appelé à la prudence lorsqu’il s’agit d’examiner une théorie qui « soulève inévitablement de graves questions concernant la structure fédérale de notre Constitution » (*Hydro-Québec*, par. 110). Je rejetterais cet élargissement de la théorie de l’intérêt national, et ce, pour deux raisons. Premièrement, un tel élargissement s’écarte de façon marquée et injustifiée de la jurisprudence de notre Cour. Deuxièmement, s’il est adopté, il ouvrira largement la voie à d’autres ingérences dans ce qui relève exclusivement de la compétence provinciale.

##### A. *Pour devenir une matière d’intérêt national*

[577] Le procureur général du Canada soutient dans son mémoire (au par. 2) que le caractère

of the *Act* of “establishing minimum national standards integral to reducing nationwide [greenhouse gas] emissions” has attained national dimensions because of its importance and the existential threat that climate change poses. This reasoning misstates what it means to attain national dimensions. A matter has attained national dimensions when it has the requisite singleness, distinctiveness and indivisibility such that it cannot fit under any enumerated head or be divided among multiple enumerated heads, and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the division of powers, as explained above. How important a matter is does not determine which order of government has jurisdiction. While the seriousness or the immediacy of the threat that climate change poses may be relevant to an argument under the emergency branch, it has no place in the national concern analysis, which is “separate and distinct from the national emergency doctrine” (*Crown Zellerbach*, at p. 431; see also *Anti-Inflation*, at p. 425).

[578] Similarly, the Attorney General of Canada also says that the presence of international agreements indicates that the matter is of national concern. This argument is not only inconsistent with the residual nature of POGG, it also undermines almost nine decades of jurisprudence beginning with the *Labour Conventions* case, which held that the federal government does not gain legislative competence by virtue of entering into international agreements. Rather, the federal government and the provinces must cooperate to implement international agreements that relate to matters within provincial jurisdiction. What is urged on us by the Attorney General of Canada is a means — indirect, but no less significant thereby — for the federal Cabinet to expand the competence of Parliament by the exercise of its authority in respect of foreign relations.

véritable de la *Loi*, à savoir [TRADUCTION] « établir des normes nationales minimales indispensables à la réduction des émissions de [gaz à effet de serre] dans le pays tout entier », a atteint des dimensions nationales en raison de son importance et de la menace existentielle que posent les changements climatiques. Ce raisonnement repose sur une compréhension erronée de ce que signifie atteindre des dimensions nationales. Comme il a été expliqué précédemment, une matière a atteint des dimensions nationales lorsqu’elle présente l’unicité, la particularité et l’indivisibilité requises de sorte qu’elle ne peut se rattacher à aucun des chefs de compétence énumérés ou être divisée entre divers chefs de compétence, et qu’elle a un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage des compétences. L’importance d’une matière ne permet pas déterminer quel ordre de gouvernement a compétence sur celle-ci. Bien que le caractère sérieux ou immédiat de la menace posée par les changements climatiques puisse être pertinent quand il s’agit de se prononcer sur un argument fondé sur le volet urgence, il n’a pas sa place dans l’analyse relative à l’intérêt national, laquelle est « séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale » (*Crown Zellerbach*, p. 431; voir aussi *Renvoi anti-inflation*, p. 425).

[578] De même, le procureur général du Canada affirme que l’existence d’accords internationaux indique que la matière est d’intérêt national. Cet argument n’est pas seulement incompatible avec la nature résiduelle du pouvoir POBG, mais il sape aussi près de neuf décennies de jurisprudence, à commencer par l’*Affaire des relations du travail*, où il a été conclu que le gouvernement fédéral n’obtient pas une compétence législative du fait qu’il conclut des accords internationaux. Le gouvernement fédéral et les provinces doivent plutôt collaborer pour mettre en œuvre les accords internationaux qui se rapportent aux matières qui relèvent de la compétence provinciale. Ce que fait valoir devant nous le procureur général du Canada est un moyen — indirect, mais tout aussi important — pour le cabinet fédéral d’élargir la compétence du Parlement par l’exercice de son pouvoir en matière de relations étrangères.

### B. *Singleness, Distinctiveness and Indivisibility*

[579] The treatment of “singleness, distinctiveness and indivisibility” by the Attorney General of Canada conflates key elements of the test, skipping over — I would go so far as to say denying the existence of — what should be important limits on federal jurisdiction. Interpreting such limits out of existence will have profound implications for the future on issues having nothing to do with climate change.

[580] On distinctiveness, the Attorney General of Canada argues in his factum that “the subject matter and the *Act* target a distinct type of pollutant with indisputable persistence, atmospheric diffusion, harmful effects and interprovincial aspects” (para. 88). While the distinctiveness of greenhouse gases (“GHGs”) from other types of gases may be relevant to the distinctiveness inquiry, it is only relevant insofar as the regulation of GHGs is outside of or “distinct from” provincial competence, which the Attorney General of Canada fails to adequately explain. The distinctiveness requirement is inherently incompatible with the backstop nature of the *Act*, which contemplates that some or all provinces could implement GHG pricing schemes that accord with standards set (from time to time) by the federal Cabinet, thereby avoiding the triggering of federal intervention. Lamer C.J. and Iacobucci J. make a similar point in their dissenting reasons in *Hydro-Québec*, at paras. 57 and 77. In that case, “equivalency provisions” which allowed the Governor in Council to exempt a province from the scheme if the province had equivalent regulations in force led them to reject the argument that the provinces were unable to regulate toxic substances.

[581] The Attorney General of Canada glosses over the problems with its distinctiveness argument through a proposed “modernized” national

### B. *Unicité, particularité et indivisibilité*

[579] Le traitement de « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité » par le procureur général du Canada confond des éléments clés du test et néglige — je dirais même nie l’existence de — ce qui devrait constituer des limites importantes de la compétence fédérale. Considérer que de telles limites n’existent pas aura des répercussions profondes pour l’avenir à l’égard de questions n’ayant rien à voir avec les changements climatiques.

[580] Pour ce qui est de la particularité, c.-à-d. le caractère distinct de la matière, le procureur général du Canada dans son mémoire soutient que [TRADUCTION] « la matière et la *Loi* visent un type distinct de polluant d’une persistance incontestable qui est diffusé dans l’atmosphère, a des effets préjudiciables et présente des aspects interprovinciaux » (par. 88). Bien que la particularité des gaz à effet de serre (« GES ») par rapport à d’autres types de gaz puisse être pertinente dans l’analyse relative à la particularité, elle n’est pertinente que dans la mesure où la réglementation des GES ne relève pas de la compétence provinciale ou est « distincte » des matières qui relèvent de la compétence provinciale, ce que le procureur général du Canada n’arrive pas à expliquer adéquatement. L’exigence de particularité est intrinsèquement incompatible avec la nature de la *Loi*, qui impose un minimum réglementaire (*backstop*) et prévoit que certaines provinces ou l’ensemble de celles-ci pourraient mettre en œuvre des régimes de tarification des GES conformes aux normes établies (de temps en temps) par le cabinet fédéral, et ainsi éviter une intervention fédérale. Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci ont exprimé un point de vue semblable en dissidence dans l’arrêt *Hydro-Québec*, aux par. 57 et 77. Dans cette affaire, les dispositions en matière d’équivalence qui permettaient au gouverneur en conseil d’exempter une province de l’application du régime si des règlements équivalents y étaient en vigueur les ont amenés à rejeter l’argument selon lequel les provinces étaient incapables de réglementer les substances toxiques.

[581] Le procureur général du Canada fait peu de cas des problèmes que pose son argument sur la particularité en proposant un test « modernisé » de

concern test that draws on the trade and commerce power jurisprudence and focuses on its version of provincial inability. This new test urged on us by the Attorney General of Canada does away with many of the requirements of “singleness, distinctiveness and indivisibility”, and simply asks is the matter “distinctly national” (para. 69). The Attorney General of Canada says this should be assessed using the provincial inability test. He says it is “more than an indicium of distinctiveness, it is the test for distinctiveness” (para. 70). In effect, the Attorney General of Canada’s proposition collapses “singleness, distinctiveness and indivisibility” into “provincial inability” — despite Le Dain J.’s caution that “provincial inability” should be only *one* indicium in determining whether a matter meets the singleness, distinctiveness and indivisibility requirements (*Crown Zellerbach*, at p. 434).

[582] This approach fails to give effect to the residual nature of the POGG power. It ignores Beetz J.’s caution that an aggregate of provincial and federal matters is not sufficiently distinctive and too pervasive to justify the creation of (what amounts to) a new head of power under national concern (*Anti-Inflation*, at p. 458). This is exacerbated by the Attorney General of Canada’s reliance on the trade and commerce power jurisprudence to understand the “provincial inability” test. There is no reason why the national concern test should be informed by tests for enumerated heads of power, because the national concern test is directed towards matters that would not pass those tests. If a matter comes with “Trade and Commerce” or another enumerated power, then it cannot also be a matter of “national concern” if POGG is a residual power.

[583] The result is that something like the “containment and reduction of inflation”, which Beetz J., with majority support on this point, held did not

l’intérêt national qui s’inspire de la jurisprudence sur la compétence en matière de trafic et de commerce et qui est axé sur sa vision de l’incapacité provinciale. Ce nouveau test que le procureur général du Canada nous exhorte à adopter élimine bon nombre des exigences « d’unicité, de particularité et d’indivisibilité », et pose simplement la question de savoir si la matière est [TRADUCTION] « distinctement nationale » (par. 69). Le procureur général du Canada dit qu’il convient de répondre à cette question en se servant du critère de l’incapacité provinciale. Il affirme que c’est « plus qu’un indice de la particularité; il s’agit du critère à appliquer pour déterminer s’il y a particularité » (par. 70). En fait, la proposition du procureur général du Canada amalgame « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité » à « l’incapacité provinciale » — malgré la mise en garde du juge Le Dain selon laquelle l’« incapacité provinciale » devrait constituer seulement *un* indice servant à déterminer si une matière satisfait aux exigences d’unicité, de particularité et d’indivisibilité (*Crown Zellerbach*, p. 434).

[582] Cette approche ne donne pas effet à la nature résiduelle du pouvoir POBG. Elle ne tient aucun compte de la mise en garde du juge Beetz selon laquelle un agrégat de matières provinciales et fédérales n’est pas suffisamment distinctif et est trop envahissant pour justifier de créer (ce qui équivaut à) un nouveau chef de compétence fondé sur l’intérêt national (*Renvoi anti-inflation*, p. 458). Ce problème est exacerbé par le fait que le procureur général du Canada s’appuie sur la jurisprudence relative à la compétence en matière de trafic et de commerce pour interpréter le critère de l’« incapacité provinciale ». Il n’y a aucune raison pour laquelle le test de l’intérêt national devrait reposer sur les critères applicables aux chefs de compétence énumérés, parce que le test de l’intérêt national vise des matières qui ne satisferaient pas à ces critères. Si une matière relève du « trafic et du commerce » ou d’un autre pouvoir énuméré, elle ne peut être également une matière d’« intérêt national » si le pouvoir POBG est un pouvoir résiduel.

[583] Il en résulte que quelque chose comme « l’endigement et la réduction de l’inflation », qui, selon le juge Beetz, avec l’appui des juges majoritaires

pass muster in *Anti-Inflation*, may pass the Attorney General of Canada's proposed "modernized" test. This is so because, even though such a matter could be divided between provincial and federal enumerated heads of power rendering it "divisible", the provinces, on their own or in tandem, would be unable to fully deal with it, and the failure of one province to act would endanger the interests of other provinces. This example illustrates how the Attorney General of Canada's proposal increases — I would go so far as to say transforms — the scope of the "national concern" branch under POGG.

[584] The device of "minimum national standards" makes wider still the pathway for enhancement of federal jurisdiction. The Attorney General of Canada argues that the provincial inability test is met, in part, because "no single province or territory can constitutionally legislate minimum national standards" (para. 101). But "by means of minimum national standards" could be applied to *any* matter, the same way "by means of the federal government" could be applied to any matter. If it could be applied to any matter, then it adds nothing meaningful to the description of a matter and has no place. Including "minimum national standards" in the matter of national concern short-circuits the analysis and opens the door to federal "minimum standards" with respect to other areas of provincial jurisdiction, artificially expanding federal capacity to legislate in what have been until now matters coming within provincial jurisdiction. This device undermines federalism by replacing provincial autonomy in the exercise of its jurisdiction with the exercise of such jurisdiction made permanently subject to federal supervision.

[585] Further, the Attorney General of Canada fails to identify extra-provincial effects that would be relevant to provincial inability. The Attorney General of Canada points to carbon leakage (interprovincial competition resulting from businesses relocating

sur ce point, ne pouvait pas résister à l'analyse dans le *Renvoi anti-inflation*, pourrait satisfaire au test « modernisé » que propose le procureur général du Canada. En effet, bien qu'une telle matière puisse être divisée entre les chefs de compétence provinciaux et fédéraux énumérés rendant celle-ci « divisible », les provinces ne pourraient s'en occuper entièrement, seules ou de concert, et l'omission d'une province d'agir aurait des effets sur les intérêts d'autres provinces. Cet exemple illustre comment la proposition du procureur général du Canada accroît — je dirais même transforme — l'étendue du volet « intérêt national » du pouvoir POGG.

[584] Le mécanisme des « normes nationales minimales » ouvre encore plus la voie à l'élargissement de la compétence fédérale. Le procureur général du Canada soutient que le critère de l'incapacité provinciale est rempli, en partie, parce qu'[TRADUCTION] « aucune province ni aucun territoire ne peut, à elle seule ou à lui seul, constitutionnellement établir des normes nationales minimales par voie législative » (par. 101). Cependant, la locution « au moyen de normes nationales minimales » pourrait être appliquée à *toute* matière de la même façon que la locution « au moyen du gouvernement fédéral » pourrait être appliquée à toute matière. Si elle peut être appliquée à toute matière, elle n'ajoute rien de significatif à la description d'une matière et n'a pas sa place. Le fait d'inclure les « normes nationales minimales » dans la matière d'intérêt national court-circuite l'analyse et ouvre la porte à des « normes minimales » fédérales à l'égard d'autres domaines de compétence provinciale, en élargissant de façon artificielle la capacité du gouvernement fédéral de légiférer sur ce qui a constitué jusqu'à ce jour des matières relevant de la compétence provinciale. Ce mécanisme mine le fédéralisme en remplaçant l'autonomie dont bénéficient les provinces dans l'exercice de leur compétence par un assujettissement en permanence à la supervision du fédéral dans l'exercice d'une telle compétence.

[585] De plus, le procureur général du Canada ne mentionne pas d'effets extraprovinciaux pertinents en ce qui concerne l'incapacité provinciale. Il fait état de la fuite de carbone (concurrence interprovinciale résultant de la délocalisation d'entreprises

from jurisdictions with more strict climate policies to jurisdictions with less strict climate policies), but this is not the kind of extra-provincial effects that make the provinces unable to deal with the matter, on their own or in tandem. An imaginative lawyer can almost always find some effects of provincial measures outside the province (Swinton, at p. 126). This is not enough to put all or part of a matter beyond the power of the provinces to deal with. If it were, the provinces would be “unable” to legislate in many areas of provincial jurisdiction.

[586] The Attorney General of Canada departs from this Court’s jurisprudence in treating “provincial inability” and extra-provincial effects as more than an indicator, and losing sight of what it is supposed to be indicating: singleness, distinctiveness and indivisibility, which give effect to the residual nature of POGG. Extra-provincial effects leading to provincial inability to deal with all or part of a matter can constitute *one step* towards singleness, distinctiveness and indivisibility. In treating provincial inability as determinative, the Attorney General of Canada reframes the national concern test so as to expand the scope of POGG beyond its proper residual nature.

[587] In effect, the Attorney General of Canada’s “modernized” test does away with “singleness, distinctiveness and indivisibility” by understanding these concepts in terms of (his version of) “provincial inability”. It then renders “provincial inability” meaningless by defining the matter in terms “minimum national standards”, something no province can do. By this logical sleight of hand, “provincial inability” exists whenever Parliament provides for “minimum national standards”.

### C. *Scale of Impact*

[588] The Attorney General of Canada suggests that the scale of impact on provincial jurisdiction

situées dans des provinces où les politiques climatiques sont plus strictes vers des provinces où elles le sont moins), mais ce n’est pas le type d’effets extraprovinciaux qui rend les provinces incapables de s’occuper de la matière seules ou de concert. Une avocate ou un avocat à l’esprit imaginatif sera presque toujours en mesure de trouver certains effets que produisent des mesures provinciales à l’extérieur de la province (Swinton, p. 126). Cela n’est pas suffisant pour considérer que l’ensemble ou une partie d’une matière dépasse la capacité des provinces de s’en occuper. Si ça l’était, les provinces seraient « incapables » de légiférer dans de nombreux domaines de compétence provinciale.

[586] Le procureur général du Canada s’écarte de la jurisprudence de notre Cour en considérant que l’« incapacité provinciale » et les effets extraprovinciaux constituent davantage qu’un indicateur, et en perdant de vue ce que ce dernier est censé indiquer : l’unicité, la particularité et l’indivisibilité, lesquelles donnent effet à la nature résiduelle du pouvoir POBG. Les effets extraprovinciaux menant à l’incapacité provinciale à s’occuper de l’ensemble ou d’une partie d’une matière peuvent constituer *une étape* vers l’unicité, la particularité et l’indivisibilité. En considérant l’incapacité provinciale comme un élément déterminant, le procureur général du Canada reformule le test de l’intérêt national de manière à élargir l’étendue du pouvoir POBG au-delà de sa véritable nature résiduelle.

[587] En fait, le test « modernisé » préconisé par le procureur général du Canada élimine « l’unicité, la particularité et l’indivisibilité », car ce dernier interprète ces notions en fonction de (sa vision de) l’« incapacité provinciale ». Il rend ensuite l’« incapacité provinciale » dépourvue de sens en définissant la matière en fonction de « normes nationales minimales », ce qu’aucune province ne peut établir. Par ce tour de passe-passe logique, il y a « incapacité provinciale » chaque fois que le Parlement prévoit des « normes nationales minimales ».

### C. *Étendue de l’effet*

[588] Le procureur général du Canada affirme que l’étendue de l’effet de la *Loi* sur la compétence

of the *Act* is reconcilable with the distribution of powers, in part because of the backstop mechanism. He argues in his factum that the *Act* respects provincial jurisdiction because it provides provinces with the “flexibility” to implement their own GHG pricing systems and “fills in gaps” where the provincial pricing systems do not meet the “minimum national standards” (para. 6). This is presented as “cooperative” federalism.

[589] These conclusions are based on a highly centralized understanding of federalism. The *Act* leaves room for provincial jurisdiction only insofar as the decision of the province conforms to the will of Parliament and the federal Cabinet. Indeed, this is the whole point. It would not be a minimum national standard if it were possible to drop below that standard or ask to be measured by a different yardstick. Given the number of activities and industries that produce GHG emissions, the *Act*'s scale of impact on provincial jurisdiction would be “so pervasive that it knows no bounds” (*Anti-Inflation*, at p. 458).

[590] While provincial authority would remain nominally intact, in reality it would become subject to oversight by the federal Cabinet through the exercise of its ability to invoke “minimum national standards” that would override provincial measures. But provinces are not “simple agents for implementing national policies but rather . . . veritable laboratories for the development of solutions adapted to local realities” (A. Bélanger, “Canadian Federalism in the Context of Combatting Climate Change” (2011), 20 *Const. Forum* 21, at p. 27). The *Act* is not an exercise in cooperative federalism. Rather, it is the means to enforce supervisory federalism.

[591] As the Attorney General of Quebec points out, even provincial schemes that, at a given time, meet the federal benchmark would never be secure from federal displacement; as a result, the continued

provinciale est compatible avec le partage des compétences, en partie en raison du mécanisme de minimum réglementaire mis en place. Il soutient dans son mémoire que la *Loi* respecte la compétence provinciale parce qu'elle donne aux provinces la [TRADUCTION] « flexibilité » nécessaire pour leur permettre de mettre en œuvre leurs propres systèmes de tarification des GES et qu'elle « comble des lacunes » lorsque les systèmes de tarification provinciaux ne satisfont pas aux « normes nationales minimales » (par. 6). C'est qui est présenté comme du fédéralisme « coopératif ».

[589] Ces conclusions reposent sur une conception très centralisée du fédéralisme. La *Loi* permet l'exercice de la compétence provinciale seulement dans la mesure où la décision de la province est conforme à la volonté du Parlement et du cabinet fédéral. En fait, c'est là tout l'intérêt de la chose. Il ne s'agirait pas d'une norme nationale minimale s'il était possible de descendre en deçà de celle-ci ou de demander à être évalué en fonction de critères différents. Vu le nombre d'activités et de secteurs industriels qui produisent des émissions de GES, l'étendue de l'effet de la *Loi* sur la compétence provinciale serait d'un « caractère envahissant ne connaissant pas de limites » (*Renvoi anti-inflation*, p. 458).

[590] Même si la compétence provinciale demeurerait en théorie intacte, elle deviendrait en réalité assujettie à la surveillance du cabinet fédéral par l'exercice de sa faculté d'invoquer des « normes nationales minimales » qui l'emporteraient sur les mesures provinciales. Cependant, les provinces ne sont pas « de simples agents de mise en œuvre de politiques nationales, mais plutôt [. . .] de véritables laboratoires d'élaboration de solutions adaptées aux réalités locales » (A. Bélanger, « Fédéralisme canadien et lutte contre les changements climatiques » (2011), 20 *Forum const.* 9, p. 16). La *Loi* n'est pas une initiative en matière de fédéralisme coopératif. Elle constitue plutôt le moyen de mettre en œuvre un fédéralisme de supervision.

[591] Comme le souligne le procureur général du Québec, même les régimes provinciaux qui, à un moment donné, respectent le modèle fédéral ne seraient jamais à l'abri de la possibilité d'être écartés

application and consistent operation of provincial schemes would be less predictable. This is especially the case considering that minimum national standards could be elevated to a level that completely subsumes provincial schemes. The *Act* effectively undermines the predictability, stability and integrity of provincial regulatory schemes. Exercise of provincial authority would be permanently contingent on the federal Cabinet's discretion.

[592] The reasoning of the Attorney General of Canada turns provincial autonomy on its head. It also suggests that Parliament could enact “minimum national standards” for a panoply of areas within provincial jurisdiction, and thereby create a federal “aspect” of multiple provincial matters. This has implications far beyond this legislation; these implications permanently alter the Confederation bargain.

[593] The double aspect doctrine does not cure this problem. The double aspect doctrine allows the same fact situation to “be regulated from different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power” (*Desgagnés Transport*, at para. 84). The problem here is that the federal matter has been defined in terms of the extent to which it can limit the provinces' discretion to legislate: the backstop mechanism. This is not two aspects of the same fact situation. It is one aspect, and it gives the federal government the upper hand and the final say. But, that is what “minimum national standards” are intended to do.

[594] In conclusion, I would reject the Attorney General of Canada's proposed expansion of the national concern doctrine and, for the reasons of my colleague Brown J., conclude that Parliament did not have jurisdiction to enact the *Act* under its general residual power. However, given that the majority has concluded that Parliament has the power to enact the

par le gouvernement fédéral; en conséquence, l'application continue et le fonctionnement cohérent des régimes provinciaux seraient moins prévisibles. Cela est d'autant plus vrai que les normes nationales minimales pourraient être élevées à un niveau qui englobe complètement les régimes provinciaux. La *Loi* sape, dans les faits, la prévisibilité, la stabilité et l'intégrité des régimes de réglementation provinciaux. L'exercice de la compétence provinciale serait en permanence subordonné à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du cabinet fédéral.

[592] Le raisonnement du procureur général du Canada bouleverse complètement l'autonomie provinciale. Il donne à penser également que le Parlement pourrait édicter des « normes nationales minimales » dans une panoplie de domaines relevant de la compétence provinciale et créer ainsi un « aspect » fédéral relativement à diverses matières provinciales. Cela a des répercussions bien au-delà de la loi en cause en l'espèce; ces répercussions modifient de façon permanente le pacte confédératif.

[593] La théorie du double aspect ne remédie pas à ce problème. Elle permet qu'une même situation de fait soit « réglementé[e] suivant des perspectives différentes, l'une relevant d'une compétence provinciale et l'autre, d'une compétence fédérale » (*Transport Desgagnés*, par. 84). Le problème en l'espèce est que la matière fédérale a été définie en fonction de la mesure dans laquelle elle peut limiter le pouvoir discrétionnaire des provinces de légiférer : le mécanisme de minimum réglementaire. Ce n'est pas deux aspects de la même situation de fait. Il s'agit d'un aspect, et il place le gouvernement fédéral en position dominante et lui donne le dernier mot. C'est ce que les « normes nationales minimales » sont censées faire.

[594] En conclusion, je rejetterais l'élargissement de la théorie de l'intérêt national que propose le procureur général du Canada et, pour les motifs exprimés par mon collègue le juge Brown, je conclurais que le Parlement n'avait pas compétence pour édicter la *Loi* en vertu de son pouvoir résiduel général. Cependant, vu que les juges majoritaires ont conclu

*Act*, I want to emphasize that this conclusion does not extend to the regulations made under the *Act*.

V. The Constitutionality of Regulations Made Under the *Act* Is a Matter for Another Day

[595] The *Act* confers exceptionally broad authority on the Governor in Council to create policy in the regulations, particularly under Part 2. Although the majority has decided to uphold the *Act*, the *regulations* are not before this Court, and may well be challenged in future cases. I take this opportunity to clarify the appropriate methodology for reviewing regulations facially enacted pursuant to a constitutional statute for compliance with the division of powers, and how this methodology may apply to regulations made under the *Act*. In short, the federal power when applied in the regulations must be limited to the matter of national concern in which the *Act* is grounded: establishing minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions. To establish “minimum national standards”, any differences in treatment between industries or provinces in the regulations must be justified with respect to “price stringency to reduce GHG emissions” (Chief Justice’s reasons, at para. 207). Regulations that have the effect of favouring or imposing unequal burdens on certain provinces and industries in a manner that cannot be so justified would be *ultra vires* the division of powers.

A. *Regulations Purportedly Enacted Under a Constitutional Act Can Be Unconstitutional*

[596] It is possible for a statute to be *intra vires*, and yet for regulations facially enacted under that statute to be *ultra vires* on division of powers grounds. One way to see this is that such regulations are not properly *intra vires* the *Act*, insofar as they are not consistent with the purpose for which the *Act* was upheld

que le Parlement a le pouvoir de le faire, je tiens à souligner que cette conclusion ne s’applique pas aux règlements pris en application de la *Loi*.

V. La question de la constitutionnalité des règlements pris en application de la *Loi* sera tranchée à une autre occasion

[595] La *Loi* confère au gouverneur en conseil un pouvoir exceptionnellement large d’établir des politiques par règlement, en particulier en vertu de la partie 2. Bien que les juges majoritaires aient décidé de confirmer la validité de la *Loi*, les *règlements* pris en application de celle-ci ne sont pas en cause devant la Cour et pourraient fort bien être contestés dans des affaires ultérieures. Je profite de l’occasion pour préciser la méthode qu’il convient d’utiliser pour vérifier si des règlements qui ont en apparence été pris sous le régime d’une loi constitutionnelle respectent le partage des compétences, et la manière dont cette méthode peut s’appliquer aux règlements pris en vertu de la *Loi*. En somme, en ce qui concerne les règlements, le pouvoir fédéral doit se limiter à la matière d’intérêt national sur laquelle se fonde la *Loi* : établir des normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES. Pour établir des « normes nationales minimales », toute différence de traitement dans les règlements entre des secteurs de l’industrie ou des provinces doit être justifiée en ce qui a trait à la « tarification rigoureuse [. . .] en vue de réduire les émissions de [. . .] [GES] » (motifs du juge en chef, par. 207). Des règlements ayant pour effet de favoriser, ou d’imposer des fardeaux inégaux à, certaines provinces ou certains secteurs de l’industrie d’une manière qui ne saurait être ainsi justifiée seraient *ultra vires* eu égard au partage des compétences.

A. *Des règlements apparemment pris en vertu d’une loi constitutionnelle peuvent être inconstitutionnels*

[596] Il est possible qu’une loi soit *intra vires*, mais que les règlements en apparence pris en application de celle-ci soient *ultra vires* pour des motifs liés au partage des compétences. Une façon de voir les choses est de considérer que de tels règlements ne sont pas véritablement *intra vires* eu égard à la loi,

(even if facially they are within the Act’s wording). In *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, McLachlin C.J. assessed whether an Act was valid under the federal criminal law power, and explained that “[a]ny regulations passed under the enabling statute will be valid only insofar as they further valid criminal law goals, and they will be subject to challenge to the extent that they do not” (para. 84). As long as the regulations made under an Act reflect and further the purposes for which the Act was held to be constitutional, such regulatory schemes remain “securely anchored” in the Act and *intra vires* (para. 85).

[597] Certain regulation-making powers are more likely to give rise to regulations that may overstep the bounds of the division of powers than others. For example, the power to make regulations that define the mere details of a valid scheme are unlikely to affect the division of powers. Broader regulatory powers are cause for greater concern. In such cases, [TRANSLATION] “[t]he regulatory authority, which must then itself consider the limits of the power so granted, is more likely to make regulations that will be found to be unconstitutional, whereas the enabling Act, owing to the generality of the language used and to the presumption of validity of laws, will avoid such a finding” (P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at p. 290).

[598] In this case, the *Act* delegates substantial authority to the Governor in Council to make regulations. The *Act*, and especially Part 2, could be described as “framework” or “skeletal” legislation, in the sense that much of its content is given effect by means of the regulations. In the context of framework legislation, the risk of regulations using their powers in a manner that is beyond their constitutional competence is particularly high. While the validity of the regulations the Governor in Council has made, or will make in the future, is a matter for another day, I

dans la mesure où ils ne sont pas compatibles avec l’objectif pour lequel la validité de la loi a été confirmée (même s’ils sont en apparence autorisés par le libellé de la loi). Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, la juge en chef McLachlin s’est demandé si une loi était valide au regard de la compétence fédérale en matière de droit criminel, et a expliqué que « [t]out règlement pris en vertu de la loi habilitante n’est valide que s’il contribue à la réalisation d’un objectif légitime du droit criminel et il peut être contesté lorsque ce n’est pas le cas » (par. 84). Pourvu que les règlements pris en application d’une loi reflètent les objectifs pour lesquels la loi a été jugée constitutionnelle et contribuent à la réalisation de ceux-ci, de tels régimes de réglementation demeurent « fermement arrimés » à la loi et sont *intra vires* (par. 85).

[597] Certains pouvoirs de réglementation ont plus de chances que d’autres de donner lieu à des règlements susceptibles d’excéder les limites du partage des compétences. À titre d’exemple, le pouvoir de prendre des règlements qui définissent de simples détails d’un régime valide a peu de chances d’avoir une incidence sur le partage de compétences. Les pouvoirs de réglementation plus larges sont plus préoccupants. Dans de tels cas, « [l]’autorité qui réglemente, se voyant alors obligée d’explorer elle-même les frontières du pouvoir ainsi conféré, est plus susceptible d’édicter des règlements jugés inconstitutionnels, alors que la loi habilitante, grâce à la généralité des termes employés et à la présomption de validité des lois, échappera au même verdict » (P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (7<sup>e</sup> éd. 2017), p. 290).

[598] En l’espèce, la *Loi* délègue au gouverneur en conseil un vaste pouvoir de réglementation. La *Loi*, et plus particulièrement en ce qui a trait à sa partie 2, pourrait être qualifiée de loi « cadre » ou « schématique », en ce sens que les règlements donnent effet à une bonne partie de son contenu. Dans le contexte d’une loi-cadre, le risque que l’exercice du pouvoir de réglementation outrepassé la compétence reconnue par la Constitution est particulièrement élevé. Même si la question de la validité des règlements qu’a pris le gouverneur en conseil, ou qu’il prendra

offer some guidance on the proper methodology for reviewing the constitutionality of such regulations.

[599] At para. 220 of his reasons, the Chief Justice writes: “My colleague Rowe J. has taken this opportunity to propose a methodology for assessing the constitutionality of regulations made under the GGPPA. . . . [H]is speculative concern that such regulations could be used to further industrial favouritism is neither necessary nor desirable.” This legislation is an instrument not only of environmental policy, but also industrial policy. By design, regulations under Part 2 will have impacts that vary by enterprise, sector and region. These regulations will affect the viability, for example, of natural resource industries that need to generate power at remote locations or heavy industries that require intense heat, like making cement or smelting ore. By contrast, they will have little effect on industries that are either not power-intensive (like finance) or where production is electrified (like manufacturing). While the primary purpose of the legislation is environmental protection, Part 2 is premised on tailoring the impact of emissions reduction by reference, inter alia, to economic considerations (G. Bishop, *Living Tree or Invasive Species? Critical Questions for the Constitutionality of Federal Carbon Pricing* (2019), C.D. Howe Institute Commentary 559). Issues as to whether regulations veer too deeply into industrial policy, thus calling into question the regulations’ constitutionality, will inevitably arise.

#### B. *Methodology for Evaluating the Constitutionality of Regulations*

[600] An administrative decision to enact regulations is, presumptively, reviewed solely for “reasonableness”, unless there is a reason to rebut that presumption. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4

à l’avenir, sera tranchée à une autre occasion, je vais fournir certaines indications sur la méthode qu’il convient d’utiliser pour examiner la constitutionnalité de tels règlements.

[599] Au paragraphe 220 de ses motifs, le juge en chef écrit : « Mon collègue le juge Rowe profite de l’occasion pour proposer une méthode d’évaluation de la constitutionnalité des règlements pris en vertu de la LTPGES. [. . .] [S]on hypothèse selon laquelle de tels règlements pourraient encourager le favoritisme industriel n’est ni nécessaire, ni souhaitable. » Cette loi est un instrument non seulement de politique environnementale, mais aussi de politique industrielle. Tels qu’ils sont conçus, les règlements pris en application de la partie 2 auront des effets qui varieront d’une entreprise, d’un secteur et d’une région à l’autre. Ces règlements auront une incidence sur la viabilité, par exemple, d’entreprises de ressources naturelles qui doivent produire de l’énergie à des endroits éloignés ou de secteurs de l’industrie lourde qui requièrent une chaleur intense, comme les cimenteries ou les fonderies. En revanche, ils auront peu d’incidence sur les entreprises qui ne doivent pas produire une forte intensité d’énergie (comme celles du secteur financier) ou lorsque la production est électrifiée (comme dans le domaine manufacturier). Bien que l’objet principal de la loi soit la protection de l’environnement, la partie 2 est fondée sur l’adaptation de l’incidence de la réduction des émissions au regard, notamment, de considérations économiques (G. Bishop, *Living Tree or Invasive Species? Critical Questions for the Constitutionality of Federal Carbon Pricing* (2019), C.D. Howe Institute Commentary 559). Des questions quant à savoir si certains règlements tombent trop dans la politique industrielle, ce qui soulève la question de la constitutionnalité de ceux-ci, se poseront inévitablement.

#### B. *Méthode servant à évaluer la constitutionnalité de règlements*

[600] La décision administrative de prendre des règlements est présumée assujettie uniquement à la norme de la décision « raisonnable », à moins qu’une raison ne justifie de réfuter cette présomption. Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et*

S.C.R. 653, this Court made clear that there is no separate “jurisdictional questions” category of correctness review that would rebut the presumption, even for delegated legislation (paras. 65-66). *Vavilov* also adopted the view that “[w]here [the legislature] has established a clear line, the [administrative decision maker] cannot go beyond it; and where [the legislature] has established an ambiguous line, the [decision maker] can go no further than the ambiguity will fairly allow” (para. 68, quoting *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), at p. 307).

[601] One way that the presumption of reasonableness can be rebutted, however, is when the constitutionality of a provision is in issue, including a challenge based on the division of powers (*Vavilov*, at para. 55). As *Vavilov* explained, at para. 56:

A legislature cannot alter the scope of its own constitutional powers through statute. Nor can it alter the constitutional limits of executive power by delegating authority to an administrative body. In other words, although a legislature may choose what powers it delegates to an administrative body, it cannot delegate powers that it does not constitutionally have. The constitutional authority to act must have determinate, defined and consistent limits, which necessitates the application of the correctness standard.

Where the reason for which regulations are said to be *ultra vires* their enabling statute is *because* they are *ultra vires* the division of powers, this raises a constitutional question. As the standard of review may depend on the nature of the challenge and the relief sought, I will say no more about it here.

[602] As for methodology, the review of *regulation* for compliance with the division of powers follows the same structure as the review of *legislation* for compliance with the division of powers. In both cases, one must characterize the measure and then classify it. This Court explained the process for

*de l’Immigration*) c. *Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, la Cour a expliqué clairement qu’il n’existe pas de catégorie distincte de « questions de compétence » à laquelle s’applique la norme de la décision correcte et qui permettrait de réfuter la présomption, même pour la législation déléguée (par. 65-66). L’arrêt *Vavilov* a également adopté le point de vue selon lequel « [s]i [le législateur] trace une ligne de démarcation claire, [le décideur administratif] ne peut aller au-delà de celle-ci; si [le législateur] trace une ligne de démarcation ambiguë, [le décideur] ne peut dépasser les limites de l’ambiguïté même » (par. 68, citant *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), p. 307).

[601] Il est cependant possible de réfuter la présomption de raisonabilité quand la constitutionnalité d’une disposition est en cause, notamment en cas de contestation fondée sur le partage des compétences (*Vavilov*, par. 55). Comme il a été expliqué dans *Vavilov*, au par. 56 :

Un législateur ne saurait modifier la portée de ses propres pouvoirs constitutionnels par voie législative. Il ne saurait non plus modifier les limites constitutionnelles de ses pouvoirs exécutifs en déléguant ceux-ci à un organe administratif. En d’autres termes, si un législateur peut choisir les pouvoirs à déléguer à un organisme administratif, il ne peut déléguer des pouvoirs dont la Constitution ne l’investit pas. Le pouvoir constitutionnel d’agir doit comporter des limites définies et uniformes, ce qui commande l’application de la norme de la décision correcte.

Lorsque des règlements sont considérés *ultra vires* eu égard à leur loi habilitante *parce qu’ils* sont *ultra vires* eu égard au partage des compétences, une question constitutionnelle est soulevée. Comme la norme de contrôle applicable peut dépendre de la nature de la contestation et de la réparation sollicitée, je ne m’y attarderai pas davantage ici.

[602] Pour ce qui est de la méthode à appliquer, la vérification de la conformité d’un *règlement* avec le partage des compétences respecte la même structure que la vérification de la conformité d’une *loi* avec le partage des compétences. Dans les deux cas, il faut qualifier la mesure en cause et ensuite classer

analyzing the constitutionality of subordinate legislation, specifically a municipal by-law, in *Rogers Communications*, at para. 36:

In analyzing the pith and substance of the notice of a reserve, the Court must consider both its purpose and its effects: *Goodwin*, at para. 21; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at paras. 20-22. The purpose of a municipal measure, like that of a law, is determined by examining both intrinsic evidence, such as the preamble or the general purposes stated in the resolution authorizing the measure, and extrinsic evidence, such as that of the circumstances in which the measure was adopted: *Lacombe*, at paras. 20-22; *COPA*, at para. 18; *Canadian Western Bank*, at para. 27. As for the effects of a municipal measure, they are determined by considering both the legal ramifications of the words used and the practical consequences of the application of the measure: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83.

[603] Analyzing the pith and substance of the municipal measure at issue above is done in the same way as it is for the pith and substance of a statute. Regulations are no different (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at topic 13:3210; see also *Labatt*; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91; *Oldman River*). The underlying logic is the same: Parliament cannot via statute exercise power it does not have, and so it cannot delegate power that it does not have. Scrutiny for compliance with the division of powers can be no less, simply because Parliament has chosen to give effect to its authority through a delegate who is empowered to make regulations. A division of powers analysis begins with pith and substance, and pith and substance begins with purpose and effect.

celle-ci. La Cour a expliqué l'analyse de la constitutionnalité d'une mesure législative subordonnée, plus particulièrement d'un règlement municipal, dans *Rogers Communications*, au par. 36 :

L'analyse du caractère véritable de l'avis de réserve requiert l'examen tant de son objet que de ses effets : *Goodwin*, par. 21; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20-22. Comme pour celui d'une loi, l'objet d'une mesure municipale s'apprécie par l'examen des éléments de preuve intrinsèque, tels que le préambule ou les objectifs généraux énoncés dans la résolution qui autorise la mesure, de même que par des éléments de preuve extrinsèques, tels que les circonstances dans lesquelles la mesure a été adoptée : *Lacombe*, par. 20-22; *COPA*, par. 18; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 27. Pour leur part, les effets de la mesure municipale sont déterminés par l'examen des répercussions juridiques de son libellé et par les conséquences pratiques découlant de son application : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483.

[603] L'analyse du caractère véritable de la mesure municipale en cause ci-dessus s'effectue de la même façon que l'analyse du caractère véritable d'une loi. Les règlements ne sont pas différents (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l'aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, rubrique 13.3210; voir aussi *Labatt*; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160; *Oldman River*). La logique sous-jacente est la même : le Parlement ne peut au moyen d'une loi exercer un pouvoir qu'il n'a pas et il ne peut donc déléguer un pouvoir qu'il n'a pas. La vérification de la conformité avec le partage des compétences ne saurait être moindre, simplement parce que le Parlement a décidé de donner effet à son pouvoir par l'intermédiaire d'un délégué qui est habilité à prendre des règlements. Une analyse relative au partage des compétences commence par la détermination du caractère véritable, laquelle commence par l'examen de l'objet et de l'effet.

[604] In considering purpose, courts can and should consider both intrinsic and extrinsic evidence (see, e.g., *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20; see also *Rogers Communications*, at para. 36, per Wagner and Côté JJ., and at paras. 100-104, per Gascon J., concurring). However, certain empowering provisions are more likely than others to generate extrinsic evidence. Empowering provisions of cities, where bylaws are passed after public debate, almost always generate extrinsic evidence. *Rogers Communications* is an example. Similarly, empowering provisions that place a duty to give reasons on an administrative decision-maker can also be adequately reviewed for constitutionality. Regulations directed to an individual or specific site, as opposed to regulations of general application, may attract a duty of procedural fairness (Brown and Evans, at topic 7:2331).

[605] Where, however, there is no public debate and no duty to give reasons, there is no guarantee that extrinsic evidence will be created. Without such extrinsic evidence, a court's ability to effectively adjudicate the boundaries of federal and provincial powers may be made more difficult. This will generally arise with regulation-making powers.

[606] This problem is particularly pernicious where the Governor in Council is empowered to make regulations. As Cabinet deliberates in secret, submissions to it are protected from disclosure and it gives no reasons for its decisions. It is very nearly a total black box. Further, it has been said that it is not the function of a court to investigate the "motives" of Cabinet (Brown and Evans, at topic 15:3262; *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106).

[607] It is clear that courts have the power to review the *vires* of subordinate legislation, even where it is promulgated by the Governor in Council, where the basis for the review is that the subordinate legislation is *ultra vires* on division of powers grounds.

[604] Dans l'examen de l'objet, les tribunaux peuvent et devraient prendre en considération tant la preuve intrinsèque qu'extrinsèque (voir, p. ex., *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20; voir aussi *Rogers Communications*, par. 36, les juges Wagner et Côté, et par. 100-104, le juge Gascon, motifs concordants). Toutefois, certaines dispositions habilitantes ont plus de chance que d'autres de générer des éléments de preuve extrinsèques. Les dispositions habilitantes de villes, où les règlements sont adoptés après un débat public, génèrent presque toujours une preuve extrinsèque. L'arrêt *Rogers Communications* en est un exemple. De même, des dispositions habilitantes qui obligent le décideur administratif à motiver ses décisions peuvent aussi faire adéquatement l'objet d'un contrôle de la constitutionnalité. Les règlements visant une personne ou un site précis, par opposition aux règlements d'application générale, sont susceptibles de faire naître une obligation d'équité procédurale (Brown et Evans, rubrique 7:2331).

[605] Cependant, lorsqu'il n'y a aucun débat public et aucune obligation de motiver, rien ne garantit la création d'une preuve extrinsèque. Sans une telle preuve extrinsèque, il pourrait être plus difficile pour le tribunal, en pratique, de trancher des questions relatives aux frontières entre les pouvoirs du Parlement et ceux des provinces. Cela se produira généralement dans le cas des pouvoirs de réglementation.

[606] Ce problème est particulièrement pernicious lorsque le gouverneur en conseil est habilité à prendre des règlements. Comme le cabinet délibère en secret, les observations qui lui sont présentées sont protégées contre la divulgation et il ne motive aucunement ses décisions. C'est quasiment une boîte noire totale. De plus, on a affirmé qu'il n'appartient pas au tribunal de mener une enquête sur les [TRANSDUCTION] « motifs » du cabinet (Brown et Evans, rubrique 15:3262; *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106).

[607] Il est clair que les tribunaux ont le pouvoir de contrôler la validité de mesures législatives subordonnées — même dans le cas où elles ont été prises par le gouverneur en conseil — lorsque le contrôle est fondé sur le fait que celles-ci sont *ultra*

As noted, Parliament cannot delegate power that it does not have. This is fundamental. While there may be evidentiary hurdles to identify the purpose of the regulations, where a review of the validity of a regulation turns on whether or not it is *ultra vires* the division of powers, courts remain tasked with ascertaining the pith and substance. Courts may consider extrinsic evidence in assessing the *vires* of an Order in Council, and have found Orders in Council to be invalid on the basis of extrinsic evidence of purpose (see *Heppner v. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154 (S.C. (App. Div.)), at paras. 27-43). Where available, documents such as a Regulatory Impact Analysis Statement may provide extrinsic evidence of the purpose of a regulation (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paras. 156-57). Where there is no extrinsic evidence of purpose, courts must infer the purpose as best they can from the language of the regulation itself, and ascertain the pith and substance using that in conjunction with the effects of the regulation. The legal and practical effects of the regulations will thus likely be highly relevant to determine their pith and substance and their validity in light of federal jurisdiction over “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions” (Chief Justice’s reasons, at para. 207).

### C. Empowering Provisions Under the Act

[608] I discuss a few key regulation-empowering provisions in the *Act*, and how such regulations may interact with the methodology set out above. The overall scheme of the *Act* has been explained by my colleague Brown J., and I need not repeat it here. As regulations made under the *Act* are not before us, I make only general observations.

*vires* pour des motifs liés au partage des compétences. Comme nous l’avons vu, le Parlement ne peut déléguer des pouvoirs qu’il n’a pas. Il s’agit d’un principe fondamental. Bien qu’il puisse y avoir des obstacles à surmonter sur le plan de la preuve au moment de déterminer l’objet des règlements, lorsque le contrôle de la validité d’un règlement porte sur la question de savoir si celui-ci est ou non *ultra vires* eu égard au partage des compétences, les tribunaux demeurent chargés de déterminer le caractère véritable. Les tribunaux peuvent examiner une preuve extrinsèque dans l’appréciation de la validité d’un arrêté en conseil, et ils ont conclu à l’invalidité de tels arrêtés sur le fondement d’une preuve extrinsèque de l’objet (voir *Heppner c. Province of Alberta* (1977), 6 A.R. 154 (C.S. (Div. app.)), par. 27-43). S’ils peuvent être obtenus, des documents comme le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation sont susceptibles de fournir une preuve extrinsèque de l’objet d’un règlement (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, par. 156-157). S’il n’y a aucune preuve extrinsèque de l’objet, les tribunaux doivent inférer celui-ci du mieux qu’ils peuvent à partir du libellé du règlement lui-même, et déterminer le caractère véritable en utilisant cet objet conjointement avec les effets du règlement. Les effets juridiques et pratiques des règlements seront donc vraisemblablement très pertinents quand il s’agira de déterminer leur caractère véritable et leur validité à la lumière de la compétence fédérale sur « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz » (motifs du juge en chef, par. 207).

### C. Dispositions habilitantes prévues par la Loi

[608] J’analyse quelques dispositions clés de la *Loi* qui confèrent le pouvoir de prendre des règlements, et l’interaction possible de tels règlements avec la méthode énoncée précédemment. Mon collègue le juge Brown a expliqué l’économie générale de la *Loi*, et il n’est pas nécessaire que je reprenne ces explications ici. Comme les règlements pris en vertu de la *Loi* ne sont pas en cause devant nous, je ne fais que des observations générales.

(1) Part 1

[609] In Part 1 of the *Act*, ss. 166-168 provide the regulation granting powers. Section 166(1)(a), in combination with other sections, empowers the Governor in Council to make regulations prescribing who pays the fuel charge (and under what conditions), who is exempt from the fuel charge (and under what conditions), and the amount of the fuel charge in certain conditions (see ss. 26, 27, 40(3), 41(2), 46(3) and 48). Section 166(1)(e) gives the Governor in Council the power to make regulations “distinguishing among any class of persons, provinces, areas, facilities, property, activities, fuels, substances, materials or things”. These provisions have clear potential for use that is within federal competence over establishing minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions. The Governor in Council could distinguish between provinces, industries, fuels, etc., if the distinction is justified in light of the goal of reducing greenhouse gas emissions, for example, by taking into account the risk of international carbon leakage and the relative effectiveness of the pricing standard on GHG emissions. Regulations that differentiate between industries on such bases may fall within the matter of national concern in which the *Act* is grounded. However, the potential for “playing favourites” for reasons that have nothing to do with establishing minimum national standards of price stringency to reduce GHG emissions is obvious. Moreover, even if regulations are enacted without such favoritism, they could have the effect of unduly disadvantaging certain provinces or industries in a way that is incompatible with “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions”. Such regulations would be unconstitutional, even though the provisions that facially empower them are valid.

[610] Sections 166(2) and 166(3) give the Governor in Council the power to amend the list of provinces

(1) Partie 1

[609] Dans la partie 1 de la *Loi*, les art. 166 à 168 confèrent les pouvoirs de réglementation. L’alinéa 166(1)a), combiné à d’autres dispositions, habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements prescrivant qui doit payer la redevance sur les combustibles (et à quelles conditions), qui en est dispensé (et à quelles conditions) et le montant de cette redevance en présence de certaines conditions (voir art. 26, art. 27, par. 40(3), par. 41(2), par. 46(3) et art. 48). L’alinéa 166(1)e) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements faisant « la distinction entre des catégories de personnes, des provinces, des zones, des installations, des biens, des activités, des combustibles, des substances, des matières ou des choses ». Ces dispositions sont clairement susceptibles d’être utilisées dans les limites de la compétence fédérale sur l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES. Le gouverneur en conseil pourrait faire la distinction entre des provinces, des secteurs de l’industrie, des combustibles, etc., si la distinction est justifiée eu égard à l’objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre, par exemple, en tenant compte du risque de fuite de carbone internationale et de l’efficacité relative de la norme de tarification des émissions de GES. Des règlements qui font la distinction entre des secteurs de l’industrie pour de tels motifs pourraient être visés par la matière d’intérêt national sur laquelle se fonde la *Loi*. Cependant, il est évident qu’il existe un risque de « favoritisme » pour des raisons n’ayant rien à voir avec l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse en vue de réduire les émissions de GES. De plus, même si des règlements sont pris sans un tel favoritisme, ils pourraient avoir pour effet de désavantager indûment certaines provinces ou secteurs de l’industrie d’une manière incompatible avec « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz ». De tels règlements seraient inconstitutionnels, même si les dispositions qui en apparence les autorisent sont valides.

[610] Les paragraphes 166(2) et 166(3) donnent au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier la liste

and areas to which Part 1 of the *Act* applies taking into account the stringency of provincial pricing mechanisms for GHG emissions as the primary factor. Although the *Act* does not define “stringency”, the Governor in Council’s decision to list or not list a province is nonetheless constrained by the limits of “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions”. Similar provisions exist in Part 2 as well.

[611] Section 166(4) gives the Governor in Council the power to change the fuel charge for an individual fuel, on a per-region basis. Section 168 allows the Governor in Council to make regulations in relation to the fuel charge system. Section 168(3) provides the power to modify “this Part” through regulations, and s. 168(4) allows regulations made under “this Part in respect of the fuel charge system” to prevail over “this Part” in case of conflict. This is the so-called “Henry VIII” clause. There is similar potential for abuse or unconstitutional effects in the exercise of these empowering provisions as there is in those described above.

## (2) Part 2

[612] Part 2 delegates even more of the details to the regulations, and contains even more potential for overstepping the bounds of the division of powers. Part 2 of the *Act* creates a per-facility emissions limit. This creates the potential for improper differential treatment of facilities through the regulations.

[613] Key to the operation of Part 2 is s. 192. This section gives the Governor in Council 17 explicit regulation-making powers, including the power to make regulations respecting covered facilities and when they cease to be covered facilities (s. 192(b)) and respecting the circumstances under which greenhouse gases are deemed to have been emitted

des provinces et des zones à laquelle s’applique la partie 1 de la *Loi* en tenant compte de la rigueur des systèmes provinciaux de tarification des émissions de GES en tant que facteur principal. Bien que la *Loi* ne définisse pas le terme « rigueur », la décision du gouverneur en conseil d’ajouter ou de ne pas ajouter une province à la liste est néanmoins assujettie aux limites relatives à « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz ». Des dispositions similaires figurent dans la partie 2 également.

[611] Le paragraphe 166(4) donne au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier la redevance sur les combustibles pour un combustible donné, par région. L’article 168 permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant le régime de redevance sur les combustibles. Le paragraphe 168(3) accorde le pouvoir de modifier « la présente partie » par règlement, et le par. 168(4) permet que les dispositions d’un règlement pris en application de « la présente partie relativement au régime de redevance sur les combustibles » l’emportent sur les dispositions incompatibles de « la présente partie ». Il s’agit de la clause dite « Henry VIII ». Il existe une possibilité d’abus ou d’effets inconstitutionnels dans l’exercice de ces dispositions habilitantes qui est similaire à celle qui existe relativement aux dispositions décrites précédemment.

## (2) Partie 2

[612] La partie 2 délègue un pouvoir de prendre des règlements qui traitent d’encore plus de détails et est encore plus susceptible d’outrepasser les limites du partage des compétences. La partie 2 de la *Loi* crée la limite d’émissions par installation, ce qui pourrait entraîner des différences de traitement inappropriées entre les installations au moyen des règlements.

[613] L’article 192 constitue une disposition essentielle pour l’application de la partie 2. Cette disposition accorde au gouverneur en conseil 17 pouvoirs de réglementation explicites, notamment le pouvoir de prendre des règlements concernant les installations assujetties et les situations dans lesquelles elles cessent d’être des installations assujetties (al. 192b)),

by a facility (s. 192(i)). Section 192(g) is particularly important, as it allows the Governor in Council to make regulations “respecting greenhouse gas emissions limits”. Section 192(g) gives the Governor in Council power to create a scheme that defines the emissions limits: these are not otherwise defined in the statute. The only stated restriction on the Governor in Council here is that the regulations must be “for the purposes of this Division”. Although the Division does not have a stated purpose, it is titled “Pricing Mechanism for Greenhouse Gas Emissions”.

[614] This power to set per-facility emissions limits is at the heart of Part 2 of the *Act*, and it could support a wide variety of regulations. Given, however, that the *Act* is a “per-facility” scheme, the statute contemplates that the Governor in Council will create regulations that do not treat all covered facilities identically. This gives rise to the possibility of differences in treatment between industries that have nothing to do with the effectiveness of GHG emissions pricing in those industries. This would be inconsistent with “establishing minimum national standards of GHG price stringency to reduce GHG emissions”. Regulations that impose different treatment of facilities and industries must be justified in light of federal jurisdiction over this matter, or they will exceed the powers Parliament could validly delegate to the Governor in Council.

[615] The regulations, no less than the legislation under which they are enacted, must constitute an exercise of authority that is within federal competence. If they are not, they will be *ultra vires* the division of powers and, thereby, void in law.

## VI. Conclusion

[616] A patient and careful examination of the doctrine reveals that POGG should be, and was always

et concernant les circonstances dans lesquelles un gaz à effet de serre est réputé avoir été émis par une installation (al. 192i)). L’alinéa 192g) revêt une importance particulière, car il autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements « concernant la limite d’émissions de gaz à effet de serre ». L’alinéa 192g) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de créer un régime qui définit la limite d’émissions : celle-ci n’est pas définie autrement dans la loi. La seule restriction à laquelle est assujetti le pouvoir du gouverneur en conseil est que les règlements doivent être pris « pour l’application de la présente section ». Bien qu’elle n’ait pas d’objet énoncé, la section est intitulée « Mécanisme de tarification des émissions de gaz à effet de serre ».

[614] Ce pouvoir de fixer la limite d’émissions par installation est au cœur de la partie 2 de la *Loi* et il pourrait être la source d’une grande variété de règlements. Cependant, vu qu’elle constitue un régime « par installation », la *Loi* prévoit que le gouverneur en conseil établira des règlements qui ne traiteront pas toutes les installations assujetties de façon identique. Il est donc possible qu’il y ait des différences de traitement entre des secteurs de l’industrie qui n’ont rien à voir avec l’efficacité de la tarification des émissions de GES dans ces secteurs. Cela serait incompatible avec « l’établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz ». Des règlements qui imposent un traitement différent à des installations et à des secteurs de l’industrie doivent être justifiés eu égard à la compétence fédérale sur la matière, sans quoi ils outrepasseraient les pouvoirs que le Parlement pouvait valablement déléguer au gouverneur en conseil.

[615] Les règlements, tout autant que la loi en application de laquelle ils sont pris, doivent constituer un exercice de pouvoir qui relève de la compétence fédérale. Si ce n’est pas le cas, ils seront *ultra vires* eu égard au partage des compétences et, de ce fait, nuls et sans effet en droit.

## VI. Conclusion

[616] Un examen patient et attentif des principes établis révèle que le pouvoir POBG devrait être, et

intended to be, a residual and circumscribed power of last resort that preserves the exhaustiveness of the division of powers. It is only available where no enumerated head of power, or combination of enumerated heads of power, is available. The approach of the Attorney General of Canada reflects a troubling misinterpretation of and departure from *Crown Zellerbach* and the doctrine that preceded it. For these reasons, and those of Justice Brown which I adopt, the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act* is *ultra vires* in whole and the reference questions are answered in the affirmative. Accordingly, I would allow the appeals of the Attorney General of Saskatchewan and the Attorney General of Ontario and I would dismiss the appeal of the Attorney General of British Columbia.

*Appeals of the Attorney General of Saskatchewan and of the Attorney General of Ontario dismissed and appeal of the Attorney General of British Columbia allowed, CÔTÉ J. dissenting in part and BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina; MLT Aikins, Regina.*

*Solicitor for the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Winnipeg; Borden Ladner Gervais, Ottawa.*

*Solicitors for the Attorney General of Alberta: Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

a toujours été censé être, un pouvoir résiduel et circonscrit de dernier recours qui assure l'exhaustivité du partage des compétences. Il n'est possible d'y recourir que si une matière ne relève d'aucun chef de compétence énuméré, ni d'aucune combinaison de chefs de compétences énumérés. L'approche préconisée par le procureur général du Canada reflète de façon troublante une interprétation erronée de l'arrêt *Crown Zellerbach* et des principes qui l'ont précédé, ainsi qu'une dérogation à ceux-ci. Pour les présents motifs et ceux exprimés par mon collègue le juge Brown que je fais miens, la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* est *ultra vires* en totalité et les questions du renvoi reçoivent une réponse affirmative. En conséquence, j'accueillerais les pourvois interjetés par le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Ontario, et je rejetterais celui du procureur général de la Colombie-Britannique.

*Pourvois du procureur général de la Saskatchewan et du procureur général de l'Ontario rejetés et pourvoi du procureur général de la Colombie-Britannique accueilli, la juge CÔTÉ est dissidente en partie et les juges BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Procureurs du procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina; MLT Aikins, Regina.*

*Procureur du procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs du procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Winnipeg; Borden Ladner Gervais, Ottawa.*

*Procureurs du procureur général de l'Alberta : Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener Progress Alberta Communications Limited: Nanda & Company, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Progress Alberta Communications Limited : Nanda & Company, Edmonton.*

*Solicitors for the interveners the Anishinabek Nation and the United Chiefs and Councils of Mnidoo Mnising: Westaway Law Group, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants la Nation Anishinabek et les Chefs et conseils unis de la Mnidoo Mnising : Westaway Law Group, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Goldblatt Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Goldblatt Partners, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Saskatchewan Power Corporation and SaskEnergy Incorporated: McKercher, Saskatoon.*

*Procureurs des intervenantes Saskatchewan Power Corporation et SaskEnergy Incorporated : McKercher, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener the Oceans North Conservation Society: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Océans Nord : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Taxpayers Federation: Crease Harman, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des contribuables : Crease Harman, Victoria.*

*Solicitor for the intervener Canada's Ecofiscal Commission: University of Ottawa, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Commission de l'écofiscalité du Canada : Université d'Ottawa, Ottawa.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Environmental Law Association, Environmental Defence Canada Inc. and the Sisters of Providence of St. Vincent de Paul: Canadian Environmental Law Association, Toronto.*

*Procureur des intervenantes l'Association canadienne du droit de l'environnement, Environmental Defence Canada Inc. et Sisters of Providence of St. Vincent de Paul : Association canadienne du droit de l'environnement, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International Canada: Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Amnistie Internationale Canada : Stockwoods, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the National Association of Women and the Law and Friends of the Earth: University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the International Emissions Trading Association: DeMarco Allan, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the David Suzuki Foundation: Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Athabasca Chipewyan First Nation: Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Smart Prosperity Institute: University of Ottawa, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Public Health Association: Gowling WLG (Canada), Toronto.*

*Solicitors for the interveners Climate Justice Saskatoon, the National Farmers Union, the Saskatchewan Coalition for Sustainable Development, the Saskatchewan Council for International Cooperation, the Saskatchewan Environmental Society, SaskEV, the Council of Canadians: Prairie and Northwest Territories Region, the Council of Canadians: Regina Chapter, the Council of Canadians: Saskatoon Chapter, the New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance and the Youth of the Earth: Kowalchuk Law Office, Regina.*

*Solicitors for the interveners Centre québécois du droit de l'environnement and Équiterre: Michel Bélanger Avocats Inc., Montréal.*

*Solicitors for the interveners Generation Squeeze, the Public Health Association of British Columbia, the Saskatchewan Public Health Association, the Canadian Association of Physicians for the Environment, the Canadian Coalition for the Rights of the Child and the Youth Climate Lab: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur des intervenants l'Association nationale Femmes et Droit et les Amis de la Terre : Université d'Ottawa, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante International Emissions Trading Association : DeMarco Allan, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Fondation David Suzuki : Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Première Nation des Chipewyan d'Athabasca : Ecojustice Environmental Law Clinic at the University of Ottawa, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant l'Institut pour l'IntelliProsperité : Institut pour l'IntelliProsperité, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de santé publique : Gowling WLG (Canada), Toronto.*

*Procureurs des intervenants Climate Justice Saskatoon, National Farmers Union, Saskatchewan Coalition for Sustainable Development, Saskatchewan Council for International Cooperation, Saskatchewan Environmental Society, SaskEV, Council of Canadians : Prairie and Northwest Territories Region, Council of Canadians : Regina Chapter, Council of Canadians : Saskatoon Chapter, New Brunswick Anti-Shale Gas Alliance et Youth of the Earth : Kowalchuk Law Office, Regina.*

*Procureurs des intervenants le Centre québécois du droit de l'environnement et Équiterre : Michel Bélanger Avocats Inc., Montréal.*

*Procureurs des intervenants Generation Squeeze, Public Health Association of British Columbia, Saskatchewan Public Health Association, l'Association canadienne des médecins pour l'environnement, la Coalition canadienne pour les droits des enfants et Youth Climate Lab : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Public Interest Law Centre, Winnipeg.*

*Solicitors for the interveners the City of Richmond, the City of Victoria, the City of Nelson, the District of Squamish, the City of Rossland and the City of Vancouver: Lidstone & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Thunderchild First Nation: McKercher, Saskatoon.*

*Procureur de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Public Interest Law Centre, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenants City of Richmond, City of Victoria, City of Nelson, District of Squamish, City of Rossland et City of Vancouver : Lidstone & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Thunderchild First Nation : McKercher, Saskatoon.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca