

RÉFLEXIONS SUR LA CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES PRIVÉES ET PUBLIQUES AU CANADA

Gil Rémillard

Volume 8, numéro 1, 1977

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1110773ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19647>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Rémillard, G. (1977). RÉFLEXIONS SUR LA CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES PRIVÉES ET PUBLIQUES AU CANADA. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 8(1), 149–164. <https://doi.org/10.17118/11143/19647>

RÉFLEXIONS SUR LA CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISES PRIVÉES ET PUBLIQUES AU CANADA

*par Gil Rémillard**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	150
A) QU'EST-CE QU'UNE ENTREPRISE PUBLIQUE?	151
1) Signification des termes	151
2) Classification des entreprises publiques	153
B) LES RÈGLES DE CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISE PUBLIQUE ET ENTREPRISE PRIVÉE	155
1) La concurrence en matière de service public	157
2) La concurrence dans un service accessoire	159
3) La concurrence dans un domaine strictement commercial	161
CONCLUSION	163

* Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur se réserve tous ses droits sur cet article.

Le rôle de l'État dans notre société capitaliste a beaucoup évolué ces dernières années. Du simple rôle de gendarme qui lui était dévolu, du temps du libéralisme économique, nous avons assisté à la naissance, puis au développement de l'État bienfaisant (Welfare State). O. Hoods Phillips écrit à ce sujet:

"As civilization becomes more complex, population increases and a social conscience arises, the needs of the governed call for increased attention: taxes have to be levied to meet these needs; justice must be administered, commerce regulated, educational facilities and many other social services provided"¹.

Que fait l'État? Quels sont les devoirs et obligations de l'État? Voilà des questions auxquelles il n'est pas facile de répondre maintenant. Les activités de l'administration sont nombreuses et souvent fort complexes. L'administration s'occupe de tout. Son activité s'étend maintenant à tous les secteurs de la vie économique et sociale, tant dans leurs aspects communautaires qu'individuels. L'État ne se contente plus, dans notre société moderne, de réglementer les activités des particuliers, il prend en main littéralement ses activités, que ce soit directement ou indirectement par une entreprise nationale.

Face à ce rôle, les administrations publiques doivent de plus en plus se doter d'instruments d'intervention énergiques et efficaces dépassant la simple réglementation. L'entreprise publique est un moyen pour l'État de prendre en charge, d'une façon quelque peu détournée, des secteurs d'activité qu'il peut opérer, soit en s'accordant un pouvoir de monopole ou de semi-monopole, soit en compétitionnant avec l'entreprise privée.

Nous n'avons pas la prétention de discuter, dans cette brève communication, de toute la problématique fort complexe que soulève la concurrence entre les entreprises de l'État et celles du domaine privé. Notre but est de soulever en fonction de l'expérience canadienne et québécoise en ce domaine, quelques éléments de réflexions à partir de deux questions principales:

- 1) Qu'est-ce qu'une entreprise publique dans le droit canadien et québécois?
- 2) Sous quelles règles une entreprise publique doit-elle être en concurrence avec le secteur privé?

1. *Constitutional and Administrative Law*, 4e éd., 1967, p. 5.

A) QU'EST-CE QU'UNE ENTREPRISE PUBLIQUE ?

1) Signification des termes

Sans tomber dans le piège d'enfermer dans les cadres rigides d'une définition la notion d'entreprise publique, il nous semble possible de dire qu'il s'agit d'une corporation appartenant à l'État et vouée à une exploitation économique comme la production de biens ou de services. André G. Delion, dans un ouvrage sur "L'État et les entreprises publiques", écrit:

"On admettra qu'il existe une définition commune des entreprises publiques basée sur trois critères: appropriation publique, personnalité juridique et affectation à une tâche économique"².

Ainsi peut-on qualifier d'entreprise publique, une société de production comme l'Hydro-Québec, responsable du secteur de l'énergie électrique au Québec, ou une société de prêt comme la Société Centrale d'hypothèque et de logement qui oeuvre dans le secteur de l'Habitation au niveau du Canada.

L'expression "entreprise publique" n'est cependant pas toujours employée en ce sens dans les textes législatifs. Entre autres, au paragraphe 3 de l'article 2 de la *Loi de la Régie des Services Publics*³, on retrouve cette définition:

"3° "entreprise publique": une entreprise ayant pour objet principal ou accessoire

- a) l'émission, la transmission ou la réception de sons, d'images, de signes, de signaux, de données ou de messages par fil, câbles, ondes ou tout moyen électrique, électronique, magnétique, électromagnétique ou optique.
- b) la production, la transmission, la distribution ou la vente de vapeur, de chaleur, de lumière ou de force motrice produites autrement que par l'électricité".

Dans ce cas-ci, il semble que le législateur a voulu qualifier d'entreprises publiques, les entreprises de communications destinées au public en général. Le mot public est alors employé comme dans l'expression "service public", en relation avec la société et non pas l'État comme il devrait l'être normalement⁴.

2. André-G. DELION, *L'État et les entreprises publiques*, Sirey, 1959.

3. *Loi de la Régie des Services Publics*, S.R.Q. 1964, c. 229.

4. Voir l'article de Hubert REID, "Que signifient les mots "public", "corps public", "bureau public" et "corps politique" utilisés aux articles 33, 828, 838 et 844 du Code de procédure civile du Québec", (1977) 18 *C. de D.* 455.

De plus, il importe ici de faire la distinction entre entreprise publique et corporation publique. Raoul Barbe, dans une étude sur "Les Entreprises publiques au Canada"^{4a} souligne que l'expression toute canadienne de corporation de la Couronne est officielle et est reconnue par des textes de loi. La partie VIII par exemple, de la *Loi sur l'administration financière* s'intitule "Corporation de la Couronne" qui est définie à l'article 76 en ces termes:

" 'Corporation de la Couronne' signifie une corporation qui, en dernier lieu, doit rendre compte au Parlement, par l'intermédiaire d'un ministre, de la conduite de ses affaires, et comprend les corporations nommées aux annexes B, C et D"⁵.

Une corporation publique est donc une société légalement constituée, appartenant à l'État. L'entreprise publique pour sa part est une corporation publique destinée à la production ou à l'exploitation de biens et services.

Il est important aussi de bien distinguer "service public" et "entreprise publique". La notion de service public n'est pas facile à définir. Disons simplement, pour les fins de compréhension de cette communication, qu'un service public en est un qui est d'intérêt général communautaire⁶. Lorsque l'État prend en charge un service public, il se peut qu'il le fasse par une entreprise publique, comme c'est le cas par exemple pour l'Hydro-Québec, qui a la responsabilité du service électrique québécois. Cependant, tout service public n'est pas nécessairement géré par une entreprise publique. Certains sont laissés par l'État, à la responsabilité de l'entreprise privée. Dans ce cas, on prévoit habituellement un organisme public souvent à caractère quasi judiciaire qui a pour mandat de surveiller et contrôler l'agir de l'entreprise privée en fonction de l'intérêt public.

Comme exemple de cette dernière situation, nous pouvons citer le cas de la câblodistribution que le gouvernement québécois, à l'article 1 de son règlement relatif aux entreprises publiques de câblodistribution, a défini en ces termes:

4a. Raoul P. BARBE, "Les entreprises publiques au Canada", dans *Droit administratif canadien et québécois*, Presses de l'Université d'Ottawa, 1969.

5. *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1952, c. 116, art. 76.

6. FARRIS et SAMPSON écrivent: "Public utilities are easy to recognize but difficult to describe. Certain kinds of businesses, whether private or public owned, are generally considered to be "affected with a public interest", and customarily are classified as public utilities".

Public Utilities: Regulation, Management and Ownership, Houghton Mifflin Co., 1773, p. 19.

- "1 a) "Câblodistribution": le service public offert au Québec par une entreprise publique dont l'objet principal ou accessoire comprend l'émission, la transmission ou la réception par fil ou par câble, de son ou d'images contenant de la programmation".

Bien qu'elle soit qualifiée de service public, la câblodistribution est quand même laissée à la responsabilité de l'entreprise privée, sous la surveillance et le contrôle cependant, de la Régie des Services Publics. L'article 30 de la *Loi de la Régie des Services Publics*⁷ nous donne en son premier paragraphe un bon aperçu des pouvoirs de cet organisme quasi judiciaire et de son rôle:

- "30. Dans l'exercice de son droit de surveillance sur les propriétaires d'entreprises publiques, la Régie peut rendre les ordonnances qu'elle juge nécessaires, relativement à la qualité du service, à l'équipement, aux appareils, à l'extension de travaux ou de systèmes, aux parcours de messages, aux rapports à faire, aux règles, règlements, conditions et pratiques concernant les taux, prix et loyers et toutes autres matières de sa compétence".

2) Classification des entreprises publiques

Pour bien comprendre la réelle portée de l'expression "entreprise publique", il importe, après avoir précisé les termes employés, d'en déterminer le champ d'application. En effet, certains auteurs qui se sont penchés sur cette question classifient les entreprises publiques en quatre grandes catégories, suivant la composition du capital-action et du conseil d'administration. Ce sont les entreprises nationales, étatiques, "trustee" et d'économie mixte⁸.

- a) *Entreprise nationale*: L'entreprise nationale, de par son appellation même, est une corporation que le législateur a voulu, non seulement publique, mais aussi populaire. En ce sens, le Conseil d'administration est composé d'éléments venant du milieu ouvrier, du fournisseur de capital et des consommateurs. Cette façon très intéressante de procéder, qui semble être utilisée en Europe avec succès, n'existe pas au Canada.

7. *Loi de la Régie des Services Publics*, S.R.Q. 1964, c. 229.

8. Cette classification est développée entre autres par Raoul P. BARBE dans son étude sur "Les entreprises publiques au Canada", publiée dans *Le Droit administratif canadien et québécois*, Presses de l'Université d'Ottawa, 1969, p. 478.

- b) *Entreprise étatique*: L'entreprise étatique est celle dont le capital appartient en entier à l'État et dont le conseil d'administration est composé de membres nommés par l'État. Ces administrateurs sont des fonctionnaires.
- c) *Entreprise "trustee"*: L'entreprise "trustee" est administrée par un conseil d'administration autonome, dont les membres sont nommés pour leur compétence. C'est donc une solution de compromis qui a été développée surtout en Grande-Bretagne et qui est la formule généralement employée au Canada tant au niveau fédéral que provincial. Selon cette formule, une entreprise appartenant à l'État est administrée comme une entreprise capitaliste privée.
- d) *Entreprise d'économie mixte*: L'entreprise d'économie mixte est un compromis, non pas en fonction de la gestion, comme c'est le cas de l'entreprise "trustee", mais en fonction de la propriété.

En effet, le capital de l'entreprise d'économie mixte appartient à la fois à l'État et au secteur privé, dans des proportions qui peuvent varier. Il s'agit là d'une formule qui est de plus en plus populaire au Canada. La Société de Télécommunication par satellite du Canada (Telesat)⁹ est un exemple intéressant d'une entreprise fédérale d'économie mixte.

Du côté provincial, nous pouvons citer la Société générale de financement du Québec (S.G.F.). Il s'agit là d'une entreprise de type "holding", c'est-à-dire qui n'a pas véritablement un patrimoine qui lui soit propre, mais qui détient un portefeuille d'actions de différentes autres sociétés qui opèrent dans des secteurs bien précis et qui peuvent devenir corporations filiales ou affiliées de la S.G.F.

La loi constitutive de cette société¹⁰ lui autorisait un fonds social de \$150,000,000, soit 15,000,000 actions à \$10 chacune¹¹. Elle autorisait aussi le ministre des finances à souscrire cinq millions de dollars à même le fonds consolidé du revenu, pour 500,000 actions à dividende différé¹².

9. S.R.C. 1970, C.T. - 4, art. 10.

10. *Loi constituant la Société générale de financement du Québec*, S.Q. 1961-62, c. 54.

11. *Id.*, art. 7.

12. *Id.*, art. 9.

En plus de ces cinq millions, la S.G.F. vendit en 1963 des actions ordinaires pour une valeur de près de 11 millions, dont 5 millions aux Caisses Populaires, environ 1 million à des individus et 5 millions à des institutions canadiennes-françaises. Elle vendit aussi des débentures convertibles, réservées à des individus, pour une valeur de 5 millions¹³.

Cependant ces genres de société mixte peuvent évoluer vers une augmentation ou une diminution du rôle de l'État. Dans le cas de la S.G.F., son développement a finalement abouti ces dernières années, à une propriété quasi totale pour l'État, du capital-action, en rachetant la partie détenue par les Caisses Populaires Desjardins.

Ce genre d'entreprise publique à vocation économique, dont le but est de susciter et favoriser la promotion et le développement d'entreprises industrielles et accessoirement d'entreprises commerciales dans la province¹⁴, nous amène dans le vif de notre sujet, à savoir: quelles sont les règles qui gouvernent la concurrence entre entreprises publiques et entreprises privées au Canada, et au Québec?

B) LES RÈGLES DE CONCURRENCE ENTRE ENTREPRISE PUBLIQUE ET ENTREPRISE PRIVÉE

Les raisons qui poussent l'État à créer des entreprises publiques peuvent être d'une façon générale de trois ordres:

- L'entreprise privée montre quelque carence ou déficience à produire des biens et des services essentiels à la collectivité.
- L'État désire exercer une influence bien précise dans un secteur donné.
- L'État veut augmenter ses revenus en prenant en charge ou en participant à une exploitation lucrative.

Il est fort difficile de discuter du bien-fondé de ces trois grands motifs de création des entreprises publiques. Tout dépend en effet, de la conception que chacun se fait du rôle que l'État doit jouer dans notre société.

D'une part, pour les tenants d'une participation large de l'État, le premier motif énuméré peut sans doute soulever de sérieuses réserves. En effet, pour certains, l'État devrait fournir lui-même à la

13. Information reproduite dans Patrice GARANT et al., "Les entreprises publiques de l'État du Québec", *Rapport gouvernemental*, juin 1971 — mars 1972.

14. Art. 4 (2) de la loi constitutive.

collectivité les biens et services qui lui sont essentiels. En d'autres termes, les services publics essentiels devraient être de la responsabilité directe de l'État. Il n'est pas de notre propos de discuter de cette notion extrêmement difficile à situer dans notre droit administratif qu'est la notion de service public. Disons simplement que l'argument principal de la thèse de la nationalisation des services publics est à l'effet que, dans notre système capitaliste, le profit est la raison d'être de l'entreprise privée, et qu'en matière de service public, seul la qualité du service doit être considérée. Il y aurait donc incompatibilité entre entreprise privée et service public.

Pour d'autres, il n'y a pas d'incompatibilité entre service public et profits, à la condition qu'ils soient contrôlés par un organisme public ou parapublic. Ainsi au Québec, le service de téléphone est assuré par l'entreprise privée, sous le contrôle cependant de la Régie des Services Publics et de la Commission de la radio et télévision canadienne (C.R.T.C.) dans le cas de Bell-Canada, compagnie fédérale¹⁵.

D'autre part, pour ceux qui favorisent l'entreprise privée, le troisième motif de création de l'entreprise publique peut leur paraître fort critiquable. Pour eux, les exploitations lucratives doivent être laissées à l'entreprise privée qui voit dans notre système, sa raison d'être.

Ainsi au Québec, la Société des Alcools qui détient le monopole de la vente des boissons alcoolisées autres que la bière et le cidre, est-elle fortement critiquée et remise en cause par certains qui voudraient voir cette exploitation fort lucrative aux mains de l'entreprise privée.

De ces motifs de création des entreprises publiques, nous devons maintenant nous demander quand l'État doit-il laisser son entreprise en situation de concurrence avec le secteur privé.

L'expérience canadienne ou québécoise en matière d'entreprise publique nous donne très peu d'information pour répondre à cette question. Il semble cependant que nous pouvons dire que l'État laisse une entreprise publique en situation de concurrence avec le secteur privé lorsque la création de cette entreprise publique répond aux deux premiers motifs que nous avons précédemment énumérés.

15. La Compagnie Bell-Canada est devenue de juridiction fédérale de par l'application du pouvoir déclaratoire qui permet au Parlement Canadien, en vertu des articles 91(29) et 92(10c) de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867, de déclarer de sa juridiction tout ouvrage ou entreprise qui, bien que situé à l'intérieur d'une province, peut être à l'avantage du Canada.

Lorsque l'État désire augmenter ses revenus en prenant en charge une exploitation lucrative, il est tenté de créer une situation plus de monopole que de concurrence. C'est donc surtout lorsque l'entreprise privée montre quelque carence ou déficience à produire des biens et des services essentiels à la collectivité, en tout ou en partie, ou lorsque l'État désire exercer une influence dans un secteur donné que l'entreprise publique sera en concurrence avec le secteur privé.

1) La concurrence en matière de service public

En matière de service public, c'est-à-dire d'un service essentiel à la collectivité, la règle de la concurrence qui peut exister à première vue entre entreprises publiques et entreprises privées doit être atténuée par diverses considérations.

Tout d'abord en matière de service public, les entreprises privées ou publiques jouissent habituellement d'une situation de monopole quant au territoire desservi. Ce n'est qu'accessoirement que les deux secteurs peuvent être en concurrence. En effet, soit qu'il y ait concurrence sur une partie du territoire ou des services offerts, soit qu'elle se fasse par une activité subsidiaire de l'entreprise publique. Le domaine du transport en commun au Canada peut nous donner des exemples intéressants de ces situations.

En matière de transport aérien, Air Canada, société de la Couronne fédérale, est le transporteur aérien national et, comme tel, une grande partie du territoire qu'elle dessert est exclusive. Cependant, sur certaines lignes, Air Canada est en concurrence directe avec les entreprises privées. Ainsi, pour faire le trajet Québec-Montréal, nous avons le choix entre Air Canada et Québec Air, société privée. Les vols nolisés sont aussi des exemples d'une telle situation. La concurrence se situe donc au niveau d'une simple partie des activités de l'entreprise publique et non dans son ensemble.

Quelles sont les raisons qui expliquent une telle situation? On explique généralement cette situation par le fait que l'entreprise publique se voit confier la responsabilité de desservir des territoires non rentables, que l'entreprise privée, de toute façon ne serait pas intéressée à couvrir. La situation de concurrence n'est alors qu'accessoire et fort limitée. Elle résulte de la nécessité, pour l'entreprise publique, d'exploiter des secteurs rentables pour équilibrer son budget.

Cependant, cet argument fort louable ne s'applique qu'avec beaucoup de réserve dans le cas d'Air Canada, dont la recherche du profit prime définitivement sur la recherche de la qualité du service.

Ses excédents budgétaires¹⁶ et le peu d'amélioration du service nous porte à croire qu'Air Canada n'a pas vraiment de raison d'être une entreprise publique. Il vaudrait mieux laisser l'entier secteur du transport aérien commercial à l'entreprise privée sous le contrôle et la surveillance d'un organisme quasi judiciaire.

La seule raison qui, à notre avis, devrait permettre une situation de concurrence dans le secteur d'un service public, serait lorsque l'État désire en prendre en charge la partie non rentable et laisser à l'entreprise privée la partie rentable. Le domaine de la radio-télévision au Canada peut nous aider à illustrer ce point.

Les communications sont considérées, dans notre société, comme des services publics, c'est-à-dire des services qui sont nécessaires à la vie communautaire, en ce qu'ils correspondent à un besoin d'intérêt général. Le rôle de l'État, gardien du bien commun, envers ses services est donc essentiel. Leur qualité, leur accessibilité ou leur utilisation des ressources ne peuvent être laissées à la simple discrétion de l'entreprise privée. Au Canada, tant au niveau fédéral que provincial, l'exploitation des communications est partagée entre entreprises publiques et privées.

Au niveau fédéral, Radio-Canada, entreprise publique et mandataire de la Couronne, agit conjointement dans le secteur de la radio-télévision avec les entreprises privées. De plus, entreprises publiques et privées, relèvent de la surveillance et du contrôle d'un même organisme public à caractère quasi judiciaire, la Commission de la radio et télévision canadienne (C.R.T.C.). Cependant, le rôle de l'entreprise étatique en ce domaine en est un de complément essentiel. Pour la société d'État, ce n'est pas la cote d'écoute et la rentabilité qui doit primer, mais la qualité de ce service essentiel dans notre communauté moderne. Ainsi, Radio-Canada doit-il faire un effort considérable en matière d'information par exemple, ou en des domaines culturels non populaires mais nécessaires à l'élaboration d'une culture et d'une identité nationale.

La formule est dangereuse en ce qu'elle porte souvent à tort à des critiques par les administrés qui constatent surtout la rentabilité de

16. La Société Air Canada a accumulé depuis dix ans un bénéfice d'exploitation de \$316.2 millions de dollars. Selon son vice-président aux Finances, M. W. J. Reid, Air Canada n'a jamais reçu la moindre subvention du gouvernement fédéral et s'est toujours acquittée de ses dettes envers le gouvernement. (LA PRESSE, jeudi 29 septembre 1977, page E-6). Il en est de même pour la société ferroviaire Canadien National qui a enregistré des profits nets de \$28 millions. Il faut cependant ajouter que le transport des voyageurs largement déficitaire était subventionné à 80% par le gouvernement fédéral (LE DEVOIR, 7 mars 1978).

l'entreprise privée et les déficits financiers de l'entreprise publique. Ils s'offusquent aussi de l'intellectualité souvent exagérée de la société d'État. Il existe toujours ce danger que, d'une part l'entreprise privée tombe dans la facilité pour rentabiliser au maximum son exploitation et que, d'autre part, la société publique verse dans un intellectualisme non accessible à la majorité. Une telle situation contribue alors à accentuer la distinction des classes sociales et fausse la perspective de la participation des citoyens à l'élaboration du concept social. Le rôle de l'organisme de surveillance et de contrôle devient alors prédominant. C'est à lui que revient la tâche de voir à un juste équilibre entre les responsabilités du secteur privé et public, et à la diffusion d'une programmation de bonne qualité.

La formule est beaucoup plus intéressante lorsque la société publique est vouée ouvertement, dès sa création, à un rôle d'éducation. La concurrence qui peut exister alors avec le secteur privé est bien définie et n'est qu'occasionnelle. C'est le cas de Radio-Québec, société de l'État québécois dont les objectifs sont clairement établis dans sa loi constitutive¹⁷ où l'article 21 stipule que:

"... l'office a pour objet d'établir, posséder et exploiter un service de radiotélédiffusion, ainsi que de production et de diffusion de documents audio-visuels".

tandis que l'article 22 prévoit que:

"... l'office doit préparer, pour des fins éducatives, des émissions de radiodiffusion et de télédiffusion, ainsi que des documents audio-visuels et en assurer la diffusion à la demande des ministères et organismes du gouvernement et en collaboration avec eux".

Ce qui caractérise avant tout Radio-Québec, c'est donc l'aspect éducatif de sa programmation qui est absente de toute publicité commerciale. Voilà, à notre avis, un modèle intéressant du rôle d'une entreprise publique qui oeuvre conjointement avec le secteur privé dans un service public.

2) La concurrence dans un service accessoire

Les exemples que nous venons de citer dans le domaine des communications se réfèrent à des entreprises publiques qui oeuvrent d'une façon générale dans un secteur couvert aussi par l'entreprise privée. Nous devons mentionner aussi les cas où l'entreprise publique est en concurrence avec l'entreprise privée, dans un élément accessoire seulement.

17. *Loi de l'Office de radio-télédiffusion du Québec*, L.Q. 1969, c. 17.

Citons par exemple, le cas de l'Hydro-Québec, société mandataire de la Couronne québécoise, dont l'objectif principal, tel que stipulé à l'article 22 de sa loi constitutive, se lit comme suit:

"La commission a pour objet de fournir l'énergie aux municipalités, aux entreprises industrielles ou commerciales et aux citoyens de cette Province, aux taux les plus bas, compatibles avec une saine administration financière"¹⁸.

Cette société de la Couronne québécoise, en vertu de ce mandat, est devenue fournisseur ou vendeur entre autres choses, de "chauffe-eau". Par cette initiative, elle devenait donc en concurrence directe avec l'entreprise privée oeuvrant en ce secteur, qui protesta de cette situation. En effet, cette concurrence de l'Hydro créait une situation difficile pour l'entreprise privée. Cette dernière ne pouvait qu'avec grande difficulté, offrir aux consommateurs des prix compatibles avec ceux de la société d'État dont les coûts étaient répartis tant en fonction de l'appareil vendu ou loué, que de la consommation d'énergie. Un tel commerce était-il légal?

Pour déterminer la légalité d'une telle activité accessoire et son étendue possible, il faut vérifier dans la loi créatrice de la société ou ses lettres patentes. Les entreprises publiques au Canada, tant au niveau fédéral que provincial, sont créées par ces deux moyens. Ainsi, Air Canada, la Société des chemins de fer nationaux, la Société Hydro-Québec originent d'une loi, tandis que la Société Polymer Limitée, l'Eldorado Nucléaire Limitée ont été constituées par lettres patentes directement. C'est donc à la lecture de ces documents qu'on déterminera si l'activité commerciale accessoire rentre dans la compétence d'une entreprise¹⁹.

Dans le cas où l'entreprise agit d'une façon "*ultra vires*", il sera alors possible de demander la cessation de ces activités devant les tribunaux, par voie d'injonction, comme la Cour suprême

18. S.R.Q. 1964, c. 80, art. 22.

19. Roland DIAGO rapporte dans *Public and Private Enterprise in Mixed Economies*, édité par Wolfgang Friedman, London, Stevens & Sons, 1974, p. 17 l'expérience française à ce sujet. L'auteur dégage trois conditions de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation:

- "(a) the subsidiary activity should be authorized by the grantor of the concession;
- (b) the finances and accounting of the subsidiary activity should be clearly differentiated from the service conceded;
- (c) the subsidiary activity should not be a client or at least, not a favoured client of the concessionaire".

canadienne l'a décidé dans l'arrêt *Le Conseil des ports nationaux v. Langelier*²⁰.

Dans cet arrêt, les intimés étaient propriétaires de propriétés le long du fleuve St-Laurent. Ils demandaient une injonction interlocutoire contre le Conseil des ports nationaux, l'enjoignant d'arrêter les travaux qu'il effectuait dans le fleuve, et qui risquaient de ruiner la valeur de leurs propriétés. Le Conseil des ports nationaux opposa à cette demande une exception déclinatoire, demandant que la requête d'injonction soit rejetée, puisqu'il était un mandataire de la Couronne. La Cour suprême confirma les jugements des Cours précédentes en accordant l'injonction.

Le Juge Martland, au jugement duquel souscrivent ses collègues, précise bien dans ce jugement, que la qualité d'agent de la couronne ne met pas la société à l'abri de réclamations, basées sur sa faute lorsqu'elle agit illégalement. Si une corporation de la Couronne commet un acte illégal, les prérogatives attachées à sa qualité d'agent de la Couronne, ne peuvent s'appliquer et en conséquence, elle peut faire l'objet d'une injonction.

Ce jugement fort intéressant soulève le problème que peut poser le fait que la très grande majorité des sociétés publiques, tant fédérale que provinciale, sont des mandataires de Sa Majesté. À cette qualité, se rattachent des prérogatives qui peuvent paraître quelque peu abusives dans le cas où une société d'État est en concurrence directe avec des sociétés privées dans un domaine strictement commercial.

3) La concurrence dans un domaine strictement commercial

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'État peut créer une société publique pour exercer une influence dans un secteur donné. Il peut s'avérer nécessaire que l'État provoque un dynamisme nouveau dans un domaine d'activité important. On peut se demander cependant quels doivent être alors les attributs de telles sociétés appelées à concurrencer directement les sociétés privées.

Les sociétés de la Couronne qui fournissent une activité entièrement commerciale ou industrielle devraient, à notre avis,

20. *Le Conseil des ports nationaux v. Langelier*, (1968) R.C.S. 62. Au Canada, la Cour suprême a rendu un jugement intéressant dans l'espèce *La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada v. Nor-Min Supplies Ltd.*, (1977) S.C.R. 322 où il fut décidé que le fait qu'une Carrière pour la pierre concassée soit une source d'approvisionnement aux fins du chemin de fer ne la rend pas, dans les circonstances, une partie essentielle et intégrante du réseau du transport du C.N.

jouir des seuls attributs d'une entreprise privée. On devrait éviter d'en faire des mandataires de la Couronne.

En effet, comme nous l'avons déjà souligné, les lois créant des entreprises publiques, leur accordent habituellement le titre de mandataire de Sa Majesté. Ainsi sont-elles investies des mêmes privilèges que la Couronne elle-même. Par exemple, aucune loi n'aura d'effet sur ces entreprises de Sa Majesté, à moins que la Couronne y soit expressément nommée²¹.

L'immunité fiscale peut être aussi un exemple d'un privilège important pour ces entreprises étatiques susceptibles de concurrencer les corporations privées. Il s'agit là d'un élément qui peut influencer grandement la politique budgétaire d'une entreprise et qui peut rendre ses prix absolument non concurrentiels pour l'entreprise privée.

Les entreprises publiques mandataires de la Couronne sont aussi à l'abri de toute poursuite pénale, comme le veut l'application du vieux principe de droit anglais, "The King can do no wrong". Ainsi la société Radio-Canada ne pourrait être poursuivie criminellement, comme l'a décidé la Cour suprême canadienne dans l'affaire *C.B.C. v. A.G. for Ontario*²², où Radio-Canada était poursuivi pour ne pas avoir respecté le "Lord's Day Act".

De plus la société publique mandataire de la Couronne ne peut se voir imposer l'exécution d'un jugement²³. Les entreprises publiques fédérales mandataires peuvent aussi se prévaloir de l'article 19 de la *Loi sur les brevets d'invention* et s'approprier ces brevets. C'est ce qui fut décidé dans l'espèce *Formea Chemicals Ltd. v. Société Polymer Ltée*²⁴.

Dans cette intéressante affaire, la société Formea Chemicals Ltd., cessionnaire d'un brevet, avait intenté des procédures entre Polymer Corporation Limited, société mandataire de l'État, qui s'était approprié le brevet, en se servant de l'art. 19 de la *Loi sur les brevets*, qui prévoit que:

"Le gouvernement du Canada peut, à tout moment, se servir d'une invention brevetée, en payant en breveti, pour l'usage de

21. *Loi d'interprétation du Québec*, S.R.Q. 1964, c. 1, art. 42; *Loi d'interprétation fédérale*, S.C. 1967-68, c. 7, art. 16.

22. *C.B.C. v. A.G. for Ontario*, (1959) R.C.S. 188.

23. *Loi sur les brevets d'invention*, S.C. 1953, c. 30, art. 17; Code de procédure civile du Québec, art. 94j).

24. *Formea Chemicals Ltd. v. Société Polymer Ltée*, (1968) R.C.S. 754.

l'invention, la somme que, dans un rapport, le commissaire estime être une indemnité raisonnable..."

Il ne s'agit là que de quelques exemples de cette situation privilégiée dont jouit une société de la Couronne mandataire. Lorsque le législateur, en créant la société, lui a accordé clairement ce statut dans la loi, le tribunal, habituellement, n'a d'autre choix que d'appliquer les prérogatives qui en découlent²⁵. Cependant, il se peut que la loi soit muette à ce sujet, et l'attribution du statut d'agent de la Couronne est laissée à la discrétion du tribunal.

Les tribunaux ont alors développé pour les guider, une série de critères qui peuvent être regroupés sous les vocables de "Fonction Test" qui consiste à s'interroger sur la nature des fonctions de la société publique et le "Control Test" qui évalue le degré d'autonomie de la société de la Couronne étudiée.

Dans les cas de corporations publiques du domaine de l'industrie et du commerce, il est intéressant de noter que la jurisprudence est portée à les considérer comme des corporations privées²⁶. Il s'agit là, à notre avis, d'une sage attitude qui devait de fait, être la règle.

L'entreprise publique en concurrence avec l'entreprise privée devrait, à notre avis, avoir le même statut juridique que cette dernière et ne pas bénéficier des prérogatives qui peuvent se rattacher à la qualité d'agent de la Couronne.

CONCLUSION

En guise de conclusion à ces réflexions, nous pouvons dire, qu'à notre avis, lorsque l'État décide d'intervenir par le biais d'une entreprise publique dans leur domaine d'activité strictement commercial, cette entreprise publique devrait être similaire, tant dans son organisation, son fonctionnement que son statut juridique,

25. Il est arrivé à quelques reprises que les tribunaux, malgré une disposition précise de la loi constituante, aient déclaré qu'il fallait considérer de façon globale le statut de cet organisme pour en découvrir la véritable nature. Lire à ce sujet, *North and Wartime Housing Ltd. v. Madden*, (1944) B.R. 366 et *B.C. Power Corporation v. B.C. Electric Co. Ltd.*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 25.

26. On peut lire à ce sujet, notamment: *North and Wartime Housing Ltd. v. Madden*, (1944) B.R. 366; *Michaud v. C.N.R.*, (1924) 3 D.L.R. 1; *Gagnon v. C.B.C.*, (1944) 4 D.L.R. 71.

aux entreprises privées avec lesquelles elle est en concurrence. Les raisons qui justifient l'agir de l'État dans de telles circonstances sont essentiellement reliées au besoin de pallier à quelque faiblesse de l'entreprise privée. La concurrence que livre alors la société de l'État au secteur privé doit être selon les règles généralement admises à ce sujet, dans notre société.

Les objectifs de l'entreprise étatique doivent être reliés aux politiques publiques, en fonction de l'intérêt de la communauté desservie. Sa concurrence à l'entreprise privée doit être source de dynamisme pour le secteur concerné. Le rôle de l'entreprise publique en est un, alors, d'agent complémentaire qui apporte un élément nouveau et nécessaire dans l'intérêt public au développement d'un secteur d'activité déterminé.

L'entreprise gouvernementale se doit donc de respecter l'équilibre qui doit exister dans les rapports de force en opération dans le secteur privé. Ce qui implique que l'entreprise de l'État devrait adopter un style semblable, tant dans sa forme que dans sa nature, à l'entreprise privée. Ainsi l'entreprise publique devrait-elle avoir pour objectif, du moins à court terme, la rentabilité économique de son opération et ne pas être contrainte aux contrôles habituels à la Fonction Publique. De plus, l'entreprise de l'État, en concurrence directe avec le secteur privé, devrait adopter une direction personnalisée, capable de souplesse et d'audace²⁷.

Les entreprises publiques sont amenées à jouer un rôle de plus en plus important dans la société canadienne et québécoise en particulier. Il serait opportun que les législateurs concernés se penchent le plus tôt possible sur les problèmes qu'elles soulèvent et élaborent une véritable politique à ce sujet, dont les règles de concurrence avec le secteur privé seraient un des éléments.

27. Lire à ce sujet, Bernard CLOUTIER et Lionel OUELLET, *Le rôle de l'entreprise pétrolière d'État*, conférence prononcée le 16 juin 1977 au Centre National des Arts à Ottawa, dans le cadre d'un séminaire organisé par la Direction Générale du Perfectionnement de la Commission de la Fonction Publique du Gouvernement Fédéral.