

LE POUVOIR ACCESSOIRE EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Luc Huppé*
Montreal

Le pouvoir accessoire accorde au Parlement fédéral le pouvoir d'adopter des lois relatives à des matières relevant des législateurs provinciaux. Créée par la jurisprudence dans le but d'assouplir le partage des compétences, cette théorie ne reçoit application qu'en cas de nécessité. Deux tests ont été élaborés par la jurisprudence afin de définir les circonstances d'application de la théorie. Le premier valide une disposition accessoire lorsqu'elle apparaît nécessaire à l'efficacité du système législatif dans lequel elle se situe et le second lorsqu'il existe un lien direct entre le sujet sur lequel elle porte et une compétence fédérale. L'exercice du pouvoir accessoire aurait pu entraîner une compétence concurrente des deux niveaux de gouvernement sur le sujet traité, mais il semble qu'il entraîne plutôt un transfert de compétence du sujet provincial traité par la disposition accessoire, en faveur du Parlement fédéral durant l'existence de la disposition accessoire fédérale.

The ancillary (or necessarily incidental) power grants to the federal Parliament the power to enact legislation in relation to provincial matters. This principle was created by the courts in order to facilitate the practical operation of the distribution of powers and it can be applied only in case of necessity. Two tests have been enunciated by the courts to define the cases where it can be applied. The first considers an ancillary provision valid when it is necessary to the effectiveness of the legislative scheme of which it forms part, and the second when there is a direct link between the subject matter of such provision and a federal head of power. The exercise of the ancillary power might have been held to lead to a concurrent jurisdiction of the two levels of government over the subject matter in question, but it in fact seems rather to be treated as transferring to the federal Parliament jurisdiction over the provincial subject covered by the ancillary provision, while it is in force.

Introduction

La théorie du partage des compétences contient certains mécanismes destinés à modifier la répartition des pouvoirs lorsque les circonstances requièrent que l'on s'écarte de l'ordre établi entre les deux niveaux de gouvernement. L'un d'entre eux permet au législateur fédéral de légiférer sur des matières attribuées par la Constitution aux législateurs provinciaux lorsque cela s'avère nécessaire à l'exercice de ses propres compétences: il s'agit du pouvoir accessoire. Ce pouvoir peut se définir ainsi:

Le pouvoir accessoire est une compétence secondaire attribuant au législateur qui en bénéficie la faculté d'édicter des normes sur des matières ne relevant pas de sa

*Luc Huppé, membre du Barreau du Québec, Montréal.

compétence lorsque cela s'avère nécessaire à l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés.

Au Canada, le pouvoir accessoire se situe dans le cadre d'une répartition de compétences que la Constitution reconnaît comme exclusives. Les textes n'en faisant aucune mention expresse, la jurisprudence a élaboré d'elle-même une théorie qu'elle jugeait essentielle au fonctionnement d'un fédéralisme efficace. Quelles en furent les justifications? Les tribunaux en avancèrent plusieurs: une application du principe voulant que l'accessoire suive le principal,¹ une volonté d'assurer l'efficacité des lois² ou de la répartition des compétences.³ Le Comité judiciaire du Conseil privé a finalement choisi⁴ de baser le pouvoir accessoire sur la clause finale de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui prévoit qu'aucune des catégories énumérées dans cette disposition ne sera réputée faire partie du domaine provincial, explication qui ne paraît pas pleinement satisfaisante, mais qui a été reprise par la suite.⁵

La réception de cette théorie du pouvoir accessoire par la doctrine ne s'est pas effectuée sans réticences. Le reproche majeur qu'on lui adresse est de ne pas se distinguer véritablement des autres théories du partage des compétences, comme celle du double aspect,⁶ du pouvoir d'empiéter⁷

¹ *Cité de Montréal c. Doyle* (1880), 2 La Thémis 182, à la p. 184 (Recorder de Montréal); *Bennett c. Pharmaceutical Association of Québec* (1881), 1 Dorion 336, à la p. 340 (C.A. Qué); *McArthur v. Northern and Pacific Junction Railway Co.* (1890), 17 O.A.R. 86, aux pp. 111-112 (Ont. C.A.); *Regina v. Wason* (1890), 17 O.A.R. 221, à la p. 232 (Ont. C.A.); *Levesque v. New Brunswick Railway Co.* (1889), 29 N.B. 588, à la p. 596 (N.B.S.C.); D. Alhérière, De la prépondérance en droit constitutionnel canadien (1971), 12 C. de D. 545, à la p. 564; G. Rémillard, *Le fédéralisme Canadien* (1980), p. 208; H. Brun, G. Tremblay, *Droit constitutionnel* (1982), p. 347; A. Tremblay, *La compétence implicite* (1967), pp. 4-7.

² *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1894] A.C. 189, aux pp. 200-201 (P.C.) (cessions volontaires).

³ *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada*, [1945] R.C.S. 600, à la p. 603, [1945] 4 D.L.R. 305, à la p. 328.

⁴ *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1896] A.C. 348, aux pp. 359-360 (P.C.) (prohibitions locales).

⁵ *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396, à la p. 401; F. Chevette, *Etude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien* (1971), p. 252; A. Tremblay, *Droit constitutionnel canadien* (1971-72), p. 23.

⁶ Voir B. Laskin, "Peace, Order and Good Government" Re-examined (1947), 25 Rev. du Bar. can. 1054, à la p. 1061; A.S. Abel, *The Neglected Logic of 91 and 92* (1969), 19 U.T.L.J. 487, aux pp. 492-493; W.R. Lederman, *Classification of Laws and the British North America Act*, dans W.R. Lederman, *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), p. 177; *contra*, V.C. MacDonald, *Judicial Interpretation of the Canadian Constitution* (1935-36), 1 U.T.L.J. 260, à la p. 274, note 52.

⁷ Voir Chevette, *op. cit.*, note 5, p. 252; Tremblay, *op. cit.*, note 5, p. 23; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2ième ed., 1985), p. 315, note 20; F.P. Varcoe, *The Constitution of Canada* (1965), p. 67; Brun, Tremblay, *op. cit.*, note 1, p. 347; *contra*, G. Rémillard, *op. cit.*, note 1, p. 214.

ou de la distinction entre une loi touchant ou relative à un sujet.⁸ Il semble cependant que ces distinctions existent réellement, et que le pouvoir accessoire ne soit pas seulement le “super-refined and unnecessary embellishment” d’autres théories.⁹

En vertu de la théorie du double aspect, une norme, difficile à qualifier, et qui possède un aspect fédéral et un aspect provincial, acquiert un double aspect qui accorde compétence aux deux niveaux législatifs. On prétend alors que les normes que l’on valide en vertu du pouvoir accessoire ne sont que des normes possédant un double aspect, ce qui rendrait inutile le recours à une théorie distincte.

On peut répondre à cet argument que dès que le législateur fédéral peut, en vertu de ses compétences et des théories constitutionnelles qui les définissent, édicter une norme qui est jugée relever des compétences fédérales, il n’y a pas lieu d’invoquer le pouvoir accessoire. Si le double aspect de la norme rend le législateur fédéral apte à l’édicter, on ne peut parler de pouvoir accessoire. Ce n’est que lorsque cette norme ne possède qu’un l’aspect provincial, ou lorsque l’aspect fédéral ne se révèle pas suffisant pour mettre la norme sous l’autorité fédérale, que peut entrer en jeu le pouvoir accessoire. Une fois le problème de l’aspect réglé, et l’autorité fédérale écartée, le pouvoir accessoire peut néanmoins intervenir pour donner au législateur fédéral la capacité de légiférer sur le sujet. Ce n’est que lorsque cette doctrine de l’aspect place dans le seul domaine provincial l’autorité d’adopter une disposition semblable, que le pouvoir accessoire peut intervenir pour rattacher, dans une seconde étape, la mesure à une compétence fédérale.

Le double aspect permet à deux législateurs de légiférer sur un même sujet à partir de points de vue différents; le pouvoir accessoire permet à un législateur de légiférer à partir d’un point de vue attribué à l’autre législateur lorsque cela s’avère nécessaire à l’exercice de ses compétences. Le premier s’applique généralement lorsqu’on est en présence de deux lois, l’une fédérale et l’autre provinciale, que l’on confronte, alors que le second prend place lors de l’examen d’une seule loi, en elle-même, quelles que soient les actions de l’autre législateur. Le double aspect s’attache ainsi à l’action des législateurs, le pouvoir accessoire à leur autorité; ils interviennent à des étapes différentes, l’un au moment de l’appréciation constitutionnelle de la loi en elle-même et l’autre au moment de sa justification à l’égard d’une loi traitant du même sujet. Le pouvoir accessoire définit l’étendue des points de vue d’après lesquels un législateur agira, le double aspect résulte de l’exercice d’un de ces points de vue, face à ceux dont la Constitution investit l’autre législateur.

⁸ Voir Hogg, *ibid.*; Brun, Tremblay, *ibid.*; *contra*, Abel, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 512-513.

⁹ Cette expression est empruntée à Laskin, *loc. cit.*, note 6, à la p. 1061.

La doctrine de l'empiètement reconnaît au législateur qui en bénéficie la faculté d'exercer jusqu'à la limite de leur définition les compétences qui lui sont attribuées, même si la qualification des normes qu'il édicte peut aussi se situer dans les classes sous l'autorité de l'autre législateur, tant que les normes qu'il adopte restent strictement en relation avec la catégorie dont il s'autorise. Elle permet d'exercer pleinement les compétences, tout en restant à l'intérieur de leurs limites, alors que le pouvoir accessoire permet d'étendre ces limites.

Ces théories s'ajoutent l'une à l'autre plutôt qu'elles ne se confondent. Par l'empiètement on exerce pleinement une compétence accordée par la Constitution; par le pouvoir accessoire, on s'étend au-delà de cette signification pleine des catégories pour inclure une parcelle de juridiction qui n'y est pas contenue. L'effet du premier est de connaître l'étendue de la capacité législative, celui du second de connaître l'étendue de l'extension que l'on y ajoute.

On a aussi confondu le pouvoir accessoire avec la différence entre une loi relative à un sujet et une loi touchant à un sujet, le pouvoir accessoire ne constituant alors vraisemblablement qu'une variante terminologique de la seconde notion. Les dispositions adoptées en vertu du pouvoir accessoire ont, au contraire, véritablement trait à un sujet accordé à l'autre législateur. On ne s'attache pas aux effets d'une disposition relative à une catégorie donnée sur une autre catégorie, mais au contenu d'une disposition portant sur une matière à première vue hors de la compétence.¹⁰

Ont été utilisés pour traduire les concepts anglais de "ancillary power" et de "necessarily incidental power" les vocables de pouvoir "accessoire",¹¹ "ancillaire",¹² "complémentaire",¹³ "auxiliaire",¹⁴ "implicite".¹⁵ Afin d'unifier la terminologie employée dans un sens déjà proposé,¹⁶ de formuler une traduction qui soit à la fois juste et respecte les règles de la langue, et pour la raison plus fondamentale, qu'il s'agit de la traduction employée depuis que les jugements de la Cour Suprême sont bilingues, l'expression "pouvoir accessoire" sera utilisée tout au long de

¹⁰ Voir la distinction faite dans *Gold Seal Ltd. v. Attorney General for Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, à la p. 460, (1921), 62 D.L.R. 62, à la p. 82.

¹¹ Par exemple, H. Marx, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada* (1974), p. 169.

¹² P. Garant, *Le déclin de la théorie des pouvoirs ancillaires* (1966-67), 8 C. de D. 104, aux pp. 104-108.

¹³ A. Barbeau, *Le droit constitutionnel canadien* (1974), pp. 116-118.

¹⁴ L.-P. Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1978), p. 54.

¹⁵ Rémillard, *op. cit.*, note 1, pp. 207-216; Tremblay, *op. cit.*, note 1.

¹⁶ R. Boulton, *Note de terminologie constitutionnelle* (1975), 7 *Ottawa L. Rev.* 226, aux pp. 228-229.

ce texte comme traduction de "ancillary power" et de "necessarily incidental power".

Une fois admise l'existence indépendante du pouvoir accessoire en droit constitutionnel canadien, il convient d'essayer de cerner les implications de cette théorie. Une norme ne peut être validée en vertu du pouvoir accessoire qu'en présence de conditions strictes: la mise en oeuvre du pouvoir accessoire obéit ainsi à des règles qui seront étudiées dans un premier temps. Par la suite, il faudra déterminer quelles sont les conséquences de cette mise en oeuvre autant sur le partage des compétences en général que sur les lois concrètes.

La présente étude sera faite en fonction d'un pouvoir accessoire qui n'existe qu'au bénéfice du législateur fédéral. Quoique la question soit discutable et discutée,¹⁷ il faut reconnaître que, si l'on fonde le pouvoir accessoire sur la clause finale de l'article 91, les législateurs provinciaux ne peuvent manifestement pas s'en prévaloir. D'autres raisons, conceptuelles et textuelles, mènent aussi à cette conclusion. Les juges qui ont exprimé une opinion sur ce sujet sont d'ailleurs unanimes à rejeter l'existence d'un pouvoir accessoire provincial.¹⁸

I. *Mise en preuve du pouvoir accessoire*

La mise en oeuvre du pouvoir accessoire nécessite la présence de deux éléments: en premier lieu une compétence principale que l'on exerce et qui s'avère insuffisante; en deuxième lieu, un lien de nécessité entre la norme que l'on veut valider et la compétence constitutionnelle au contenu insuffisant pour la couvrir.

Le pouvoir n'étant qu'accessoire, il n'entre en jeu qu'à un second niveau, une fois épuisée l'autorité constitutionnelle normale. Lorsque les compétences énumérées s'avèrent suffisantes pour justifier la norme dont on examine la validité, il n'est ni utile ni nécessaire de recourir au pouvoir accessoire. Ce n'est que lorsque la qualification de la norme indique qu'elle ne peut être classée sous aucune des compétences du législateur qui l'a édictée que l'on peut avoir recours au pouvoir accessoire. La démarche sera donc la suivante. On examine d'abord la norme selon le

¹⁷ En faveur d'un pouvoir accessoire provincial: G.P. Browne, *The Judicial Committee and the British North America Act (1967)*, p. 136; F. Chevette, H. Marx, *Droit constitutionnel (1982)*, p. 306; Varcoe, *op. cit.*, note 7, p. 72; Tremblay, *op. cit.*, note 5, p. 23; Rémillard, *op. cit.*, note 1, p. 215; contre cette idée: W.H.P. Clement, *The Law of the Canadian Constitution (3ième ed., 1916)*, p. 506; A.H.F. Lefroy, *The Law of Legislative Power in Canada (1897)*, pp. 462 *et seq.*; L.P. Pigeon, *Cours de droit constitutionnel*, p. 149.

¹⁸ *In Re Prohibitory Liquor Laws (1895)*, 24 R.C.S. 170, à la p. 258; *In Re Alberta Railway Act (1913)*, 48 R.C.S. 9, à la p. 27, 4 W.W.R. 608, à la p. 614; *Procureur Général de la province de Québec c. Kellog's Company of Canada*, [1978] 2 R.C.S. 211, à la p. 216, (1978), 83 D.L.R. (3d) 314, à la p. 316.

processus habituel de qualification des lois, de définition des catégories constitutionnelles et de classement en conséquence. Si cette opération révèle que la norme en question relève d'une catégorie attribuée à l'autre niveau de gouvernement, on peut alors se demander si la seconde condition, le lien de nécessité, est présente, afin de valider une norme qui deviendrait autrement inconstitutionnelle.

Pour que le pouvoir accessoire puisse s'appliquer, et c'est là le coeur de cette théorie, il faut établir un lien de nécessité entre la compétence constitutionnelle que l'on exerce et la norme qui est jugée relever de l'autre niveau de gouvernement. Il faut établir la justification qui permette au législateur d'adopter des normes qu'il ne pourrait pas normalement adopter. C'est alors qu'il faut mettre en balance d'une part l'obligation de permettre une extension des compétences fédérales afin d'assurer l'efficacité législative, et d'autre part l'intégrité des compétences provinciales que l'on déclare par ailleurs exclusives. Quelle sera donc cette nécessité qui permettra au législateur fédéral d'édicter des normes relatives à des matières provinciales?

La structuration théorique de l'étendue du pouvoir accessoire s'avère être une tâche plutôt difficile. Etant donnée la nature même de cette doctrine, elle soulève plus de cas d'espèce qu'elle ne permet la formulation de critères universels.¹⁹

On peut cependant regrouper les définitions jurisprudentielles de ce lien de nécessité autour de deux pôles principaux. D'une part, certaines décisions, la majorité, établissent ce lien de nécessité en rattachant la norme accessoire à la loi qu'elle complète: c'est en fonction de ce que contient une loi précise et spécifique que doit être identifié le lien de nécessité. D'autre part, quelques décisions récentes établissent ce lien de nécessité en rattachant le sujet traité par la disposition accessoire au sujet traité par la loi où elle se situe, et donc à la catégorie constitutionnelle sur laquelle se fonde cette loi: c'est en fonction de la catégorie constitutionnelle que doit être identifié le lien de nécessité.

A. L'efficacité de la loi²⁰

Le test le plus ancien formulé par le Comité judiciaire se retrouve

¹⁹ *The Montreal Street Railway Company c. City of Montréal* (1910), 43 R.C.S. 197, à la p. 241, aff. [1912] A.C. 333 (P.C.).

²⁰ Il est possible de déceler le reflet de ce test définissant le lien de nécessité par rapport à une loi précise dans les décisions suivantes: *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, *supra*, note 2; *City of Toronto v. Grand Trunk Railway Company* (1905), 37 R.C.S. 232; *Toronto Corporation v. Canadian Pacific Railway Company*, [1908] A.C. 54 (P.C.); *Montreal Street Railway v. City of Montreal*, *ibid.*; *British Columbia Electric Railway Co. v. Vancouver, Victoria and Eastern Railway and Navigation Co.* (1913), 48 R.C.S. 98, 4 W.W.R. 649, renversée en appel sur une question de droit administratif: [1914] A.C. 1067, (1914) 28 W.L.R. 813 (P.C.); *Toronto Railway Company v. City of Toronto*, [1920] A.C. 426, (1920), 51 D.L.R. 48 (P.C.);

dans l'arrêt même qui établit la doctrine, *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for Canada*.²¹

They [their Lordships] would observe that a system of bankruptcy legislation may frequently require various ancillary provisions for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated. It may be necessary for this purpose to deal with the effect of executions and other matters which would otherwise be within the legislative competence of the provincial legislature. Their Lordships do not doubt that it would be open to the Dominion Parliament to deal with such matters as part of a bankruptcy law, and the provincial legislature would doubtless be then precluded from interfering with this legislation inasmuch as such interference would affect the bankruptcy law of the Dominion Parliament. But it does not follow that such subjects, as might properly be treated as ancillary to such law and therefore within the powers of the Dominion Parliament, are excluded from the legislative authority of the provincial legislature when there is no bankruptcy or insolvency legislation of the Dominion Parliament in existence.

Il fut décidé que le pouvoir accessoire devait servir "for the purpose of preventing the scheme of the Act from being defeated". Cette proposition fournit un critère strict d'application du pouvoir accessoire. Son exercice n'est possible que dans la mesure où le législateur adopte des normes destinées à empêcher que ne soient déjouées les structures contenues dans sa loi qui ne pourrait alors s'appliquer.

Il s'agit de s'assurer que certains faits que contrôle le législateur provincial et que certains sujets qui relèvent de la compétence de ce dernier et qui influencent directement des orientations fédérales valides, ne se produisent ou ne s'exercent qu'en conformité avec les orientations choisies, empêchant ainsi qu'ils ne viennent annuler ou compromettre la réalisation de ces orientations. Ce qui est "nécessairement incident" dans ce cas dépend réellement de l'incidence de la réalisation de ces faits ou de la structuration de ces sujets sur les choix législatifs retenus dans l'exercice d'une compétence fédérale. Si le législateur ne possédait pas ce pouvoir, il laisserait à des circonstances indépendantes de son autorité le soin de renforcer ou de s'opposer aux politiques législatives qu'il adopte. Il faut qu'existe entre les faits ou les sujets un degré d'interdépendance tel que le contrôle sur l'un se vide de toute substance pratique s'il ne s'accompagne pas aussi du contrôle sur l'autre. Ce test ne permet donc le débordement de juridiction qu'à la stricte condition qu'il ne serve qu'à assurer la réalisation des choix législatifs.

Cette efficacité de la loi peut cependant être comprise de différentes façons. Il est possible de ne valider par le pouvoir accessoire que les mesures accessoires qui sont absolument essentielles à l'efficacité de cette loi, celles qui ne présentent seulement qu'un haut degré d'utilité, ou finalement celles qui ne servent qu'à rendre la loi plus complète, chaque

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia, [1930] A.C. 111, [1930] 1 D.L.R. 194 (P.C.); *Tomell Investments Limited v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974, (1977), 77 D.L.R. (3d) 145.

²¹ *Supra*, note 2, à la p. 200-201 (cessions volontaires).

conception retenant un critère moins restrictif que la conception précédente. On retrouve dans la jurisprudence des exemples de chacun de ces critères.

Un premier groupe se refuse à appliquer le pouvoir accessoire lorsque la disposition ne s'avère pas absolument indispensable à l'efficacité de la loi dont elle fait partie.

Dans *Montreal Street Railway Co. c. City of Montréal*²² le juge Duff adopte une conception restrictive de la notion:

... there must be cases in which it is impossible for the Dominion to legislate fully in respect of its railways without passing legislation touching and concerning railways which are provincial. To the extent of that necessity we are justified in implying a power in the Dominion to legislate for the provincial railways notwithstanding the circumstances that, broadly speaking, the exclusive legislative jurisdiction in respect of the provincial railways has been committed to the province; but the implication must, I think, be limited by this necessity.

La nécessité se définit donc en regard de l'impossibilité de légiférer pleinement, autrement dit, de l'impossibilité d'assurer pleinement la réalisation des choix législatifs fédéraux en ce qui concerne cette partie de la réalité qui tombe sous la compétence de ce législateur. Lorsqu'en légiférant à propos de chacune des dimensions d'un sujet qui lui est conféré, le législateur fait face à des situations où se retrouvent des considérations relatives à une compétence qu'il ne possède pas, il peut contrôler ces sujets situés hors de sa juridiction s'il s'avère incapable de pourvoir à l'établissement efficace de ses normes sans étendre sa juridiction à ces sujets. Mais en ce faisant, il doit respecter cette stricte limite de l'extension et ne pas s'approprier des sujets sans lesquels il lui est tout de même possible de légiférer pleinement.

Le critère strict de nécessité est repris par le juge Duff dans *British Columbia Electric Railway Co. c. Vancouver, Victoria and Eastern Railway and Navigation Co.*:²³

In this view then in every case in which a conflict does arise the point for determination must be whether there exists such a necessity for the power to pass the particular enactment in question as essential to the effective exercise of the Dominion authority as to justify the inference that the power has been conferred.

Ce critère, qui n'est pas partagé par le reste des juges, n'autorise encore le débordement de juridiction que s'il se révèle essentiel à l'exercice efficace de la compétence, que si, en l'absence de ce pouvoir accessoire, il manquait au système législatif un élément de fonctionnement qui lui ferait perdre son efficacité et son utilité.

Dans *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General of British Columbia*,²⁴ le juge Estey reprit le test strict:

²² *Supra*, note 19, à la p. 230 (R.C.S.).

²³ *Supra*, note 20, aux pp. 120 (R.C.S.), 659 (W.W.R.).

²⁴ [1948] R.C.S. 373, aux pp. 390-391, [1948] 3 D.L.R. 417, aux pp. 444-445.

That hotels are from the appellant's point of view desirable and serve a useful purpose may be admitted, but it does not follow that they are essential to the appellant's railway and steamship system in the sense that the latter can only be effectively operated and maintained on the basis that legislation with respect to hotels is necessary and incidental to effective railway legislation. That such legislation is necessary and incidental does not appear from the nature and character of the business of the railway and such has not been established as a fact in this particular case.

Il faudrait ainsi que l'entreprise fédérale, ou plus généralement le système contenu dans une loi, ne puisse effectivement fonctionner ou être maintenu sans l'exercice accessoire de cette partie de la juridiction de l'autre législateur, que la nature et les caractéristiques d'une entreprise de chemin de fer ou plus généralement du sujet sur lequel le législateur a compétence, révèle ou fasse apparaître la nécessité d'y adjoindre des compétences supplémentaires. On en revient à cette constatation d'interdépendance des faits et des sujets. Lorsque la nature ou les caractéristiques données d'un sujet font apparaître des relations telles avec un autre sujet que le contrôle sur le premier devient illusoire si on n'y greffe pas un contrôle sur le second, que l'encadrement législatif dans lequel on cerne le premier risque de faillir à ses objectifs s'il ne peut s'étendre au second, la compétence sur le premier doit aussi inclure celle sur le second.

Un second groupe retient un critère moins exigeant mais toujours basé sur l'existence d'une nécessité. Cette nécessité n'a plus à s'avérer absolue; dès qu'elle se révèle raisonnable, le lien devient suffisant: c'est le critère de la nécessité raisonnable.

Le juge Anglin dans l'affaire *Montreal Street Railway* tire de la jurisprudence qu'il examine et qui provient surtout de cours inférieures ce critère élargi qui lui fait valider la disposition en cause:²⁵

. . . it is clear that when, in order to make effective and to fully carry out the object of substantive legislation upon one of the subjects enumerated in section 91, it becomes necessary to assert and exercise ancillary powers which trench to some extent upon the domain assigned to provincial legislation, Parliament possesses these powers. In determining whether particular legislation is or is not within them, "absolute necessity" is not the test; it is rather "reasonable necessity".

Ce n'est plus donc l'impossibilité d'agir pleinement qui conditionne l'emploi du pouvoir accessoire, mais son caractère raisonnable. À un critère objectif de relations factuelles, on substitue un critère subjectif: le caractère raisonnable de la nécessité. Ce critère paraît d'autant plus flou que les deux termes, "reasonable" et "necessity", paraissent opposés: ou bien une norme est nécessaire à la mise en oeuvre d'une autre, ou bien elle ne l'est pas, elle ne peut être raisonnablement nécessaire.

La nécessité ne peut être raisonnable ou déraisonnable: elle est entière ou elle n'est pas du tout. Que signifie donc ce test ambigu de nécessité

²⁵ *Supra*, note 19, aux pp. 245-246 (R.C.S.).

raisonnable? En l'opposant à la nécessité absolue, le juge entend sans doute signifier qu'il ne faut pas valider seulement les normes présentant un caractère indispensable à l'égard d'autres règles, mais aussi celles qui présentent un degré élevé d'utilité à l'égard de ces règles, se situant à la limite du raisonnable d'une part et de la nécessité d'autre part.

Un dernier groupe donne encore plus d'ampleur à l'application du pouvoir accessoire. On délaisse le critère de nécessité pour celui de la plénitude de la loi en cause: on considère la loi efficace lorsque toutes les mesures appropriées servent à la compléter.

Dans *Canadian Pacific Railway v. Attorney-General of British Columbia*,²⁶ le juge Rand en arrive à cette formulation du test:

In dealing with this category of Dominion power, it is well to keep in mind the distinction between subject matter and legislation relating to it. Where works or undertakings as such are brought within Dominion jurisdiction, the delimitation of the field for legislative purposes involves the consideration of property and functions which go to make up the specific subject. But the incidental necessity with which we are dealing arises from the exercise of admitted powers and its purpose is to make them effective or to prevent their defeat: that is, on a fair and reasonable view of the exclusive field, the ancillary provisions are essential to give the main legislation a practical completeness depending of the intimacy of underlying facts and relations

Le lien de nécessité s'établit alors en examinant les faits et les relations qui sous-tendent le champ de législation, de façon à donner à la loi sa complétude, son achèvement pratique. On élargit ainsi le test, puisqu'au lieu de chercher simplement à rendre la loi efficace, on tente en plus de la rendre complète. Mais qu'est-ce qu'une loi complète? Est-ce que les catégories constitutionnelles ne représentent pas en elles-mêmes les étalons de l'exhaustivité des lois?

Le même juge adopte une position semblable dans *Reference re Validity and Applicability of the Industrial Relations and Disputes Investigation Act*:²⁷

The instances in which this power has been upheld seem to lead to the conclusion that if the subordinate matter is reasonably required for the purpose of the principal or to prevent embarrassment to the legislation, its inclusion to that extent is legitimate. This may be no more than saying that the incidental has a special aspect related to the principal. Actual necessity need not appear as the contracting out case shows; it is the appropriateness, on a balance of interests and convenience, to the main subject matter or the legislation. I do not construe the words "in connection with" in the opening paragraph of s.53 as to local matter to go beyond what can be annexed to federal legislation within the meaning of these phrases.

On retrouve encore dans ce critère la notion de caractère raisonnable du débordement de la juridiction; mieux, on parle maintenant de ce qui n'est qu'approprié au sujet traité ou à la loi. Il s'agit d'un changement

²⁶ *Supra*, note 24, aux pp. 396 (R.C.S.), 429 (D.L.R.).

²⁷ [1955] R.C.S. 529, aux pp. 548-549, [1955] 3 D.L.R. 721, à la p. 742.

radical de perspective, surtout lorsqu'on rapproche ce critère de la traditionnelle retenue judiciaire sur l'opportunité ou la sagesse des contenus législatifs. En adoptant une telle attitude on ne résout pas davantage le problème: à celui d'identifier les éléments qui permettent l'extension de la juridiction, on substitute celui de découvrir les éléments définissant le caractère approprié d'une intervention législative accessoire. Mais approprié par rapport à quoi? Comme pour celui du caractère raisonnable, ce critère manque de paramètres. Celui de la nécessité restreignait le pouvoir accessoire au seul but de l'efficacité, de la mise en oeuvre effective et réelle des intentions législatives, alors que ni le caractère raisonnable ni le caractère approprié ne manifestent ainsi de but vers la réalisation duquel doit converger toute norme justifiée par le pouvoir accessoire; approprié, mais à quelles fins?

Car faire dépendre l'application du pouvoir accessoire de ce qu'une disposition semble ou non appropriée, après en avoir soupesé les inconvénients, pour prévenir l'embarras du système législatif qu'elle complète, n'est-ce pas suggérer qu'il existe quelque chose de supérieur au partage des compétences: la volonté législative? Mais comme le soulignait le juge Duff dans la cause *Montreal Street Railway Co.*:²⁸

But division of legislative authority is the principle of the "British North America Act", and if the doctrine of necessarily incidental powers is to be extended to all cases in which inconvenience arises from such a division that is the end of the federal character of the Union.

B. *Le lien direct avec la catégorie*²⁹

Dans deux arrêts récents décidés à l'unanimité, la Cour suprême semble avoir proposé l'établissement d'un nouveau critère. Elle n'a pas appliqué le pouvoir accessoire, mais dans les raisons qu'elle donne pour indiquer que cette théorie est inapplicable aux cas qui lui sont soumis, elle trace, par voie de conséquence, de façon négative, les éléments requis pour sa mise en oeuvre. Dans *Fowler c. La Reine*,³⁰ le juge Martland refuse le rattachement par le pouvoir accessoire:

Le paragraphe 33(3) ne cherche pas à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages, réels ou probables, que les pêcheries pourraient subir. C'est une interdiction générale d'exercer certaines activités de compétence provinciale; ce paragraphe

²⁸ *Supra*, note 19, à la p. 232 (R.C.S.).

²⁹ Il est possible de déceler le reflet de ce test définissant le lien de nécessité par rapport à la catégorie constitutionnelle dans les décisions suivantes: *Grand Trunk Railway Co. v. Attorney-General of Canada*, [1907] A.C. 65 (P.C.); *Attorney-General of Québec v. Attorney-General of Canada*, [1945] R.C.S. 600, [1945] 4 D.L.R. 305; *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891, (1973), 35 D.L.R. (3d) 420; *Jackson, c. Jackson* [1973] R.C.S. 205, (1972), 29 D.L.R. (3d) 641; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, (1980), 113 D.L.R. (3d) 513; *Municipalité Régionale de Peel c. Mackenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9, (1982), 139 D.L.R. (3d) 14.

³⁰ *Ibid.*, aux pp. 226 (R.C.S.), 521-522 (D.L.R.).

ne fixe pas les éléments de l'infraction de manière à établir un lien entre l'interdiction et les dommages vraisemblables aux pêcheries. De plus, aucune preuve produite devant la Cour n'indique que l'ensemble des activités visées par le paragraphe cause effectivement des dommages aux pêcheries. A mon avis, l'interdiction, dans ses termes généraux n'est pas nécessairement accessoire au pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur et elle excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

Le même test est repris dans *La municipalité régionale de Peel c. Mackenzie*,³¹ où le juge Martland déclare:

Le paragraphe 20(2) a pour effet de modifier le rôle des institutions municipales, pas nécessairement quant aux seules questions financières mais également à l'égard de leurs obligations envers les personnes qui se trouvent sur leur territoire. C'est là une modification indirecte des lois provinciales relatives aux municipalités. Ce paragraphe n'est pas justifié en l'absence d'un lien direct avec le pouvoir législatif fédéral en vertu de l'article 92(27). Il n'y a pas de lien direct entre la municipalité "à laquelle il [l'enfant] appartient" et la question de la criminalité de l'enfant.

Le critère devient donc celui d'un lien, d'une relation entre la catégorie constitutionnelle d'une part et le sujet traité par la disposition accessoire d'autre part. Or ce critère comporte deux changements fondamentaux par rapport aux autres. Premièrement, il ne rattache plus le pouvoir accessoire à une loi résultant de l'exercice de la compétence législative, mais à la compétence elle-même. Le dernier jugement parle d'un "lien direct avec le pouvoir législatif fédéral", le premier de "nécessairement accessoire au pouvoir fédéral". Il ne s'agit donc plus d'identifier les carences d'un système législatif se rapportant à une matière précise, pour le compléter par les dispositions propres à le mettre effectivement en oeuvre, mais de définir la catégorie constitutionnelle, et de tisser, à partir de cette caractérisation du champ, les rapports logiques, les relations, les liens avec les sujets ne faisant pas partie de la juridiction du législateur.

Deuxièmement, il ne parle plus de nécessité, de caractère raisonnable ou de caractère approprié, mais de lien, d'un lien direct. Si l'on peut véritablement parler de ce qui est nécessaire ou approprié pour rendre une loi efficace, on ne peut en dire autant pour une catégorie constitutionnelle. Rien n'est nécessaire dans une catégorie constitutionnelle; une catégorie ne peut être efficace ou non efficace. De sorte que lorsqu'on se situe au niveau de la catégorie plutôt qu'au niveau de la loi, la seule façon de compléter cette catégorie en y rattachant des sujets extérieurs est d'établir des relations entre la catégorie et les sujets, de faire ressortir entre eux des rapports intellectuels, une connexité, un lien quelconque.

Quelle est donc la nature de ce lien? On peut lui donner au moins deux significations: ou bien on traite d'un simple lien de connexité entre deux matières, ou bien on retient un lien plus fort de cause à effet. C'est la seconde conception qui semble avoir été retenue par la cour.

³¹ *Supra*, note 29, aux pp. 22 (R.C.S.), 25 (D.L.R.).

On parle de "lien direct" ce qui implique un rattachement immédiat de faits ou de sujets. On peut bien considérer que le critère de l'efficacité d'une loi particulière s'attachait aussi à ces relations de cause à effet. Mais alors il ne retenait que ces relations causales qui avaient un effet déterminant sur la structure de la loi, tandis que le présent critère s'attache aux relations causales qui concernent l'ensemble de la catégorie, la compétence elle-même. En faisant dépendre la norme accessoire de la catégorie constitutionnelle, il devient possible de rendre valides les dispositions qui présentent un rapport direct avec le contenu beaucoup plus large de la catégorie, même si elles ne révèlent pas de lien de cause à effet avec la substance de la loi dont elles font partie.

Par contre, ce critère de lien avec la catégorie possède deux caractéristiques, d'une part, de limiter les sujets touchés par le pouvoir accessoire, puisque les relations de cause à effet à l'égard de la catégorie ne se présentent pas en nombre infini, et d'autre part d'identifier abstraitement ces sujets de façon claire et assez définitive, puisque tant que la définition de la catégorie ne change pas et que ne sont pas modifiées les conditions de fait existant dans la réalité, les relations causales demeurent les mêmes. Ces caractéristiques, le rattachement du pouvoir accessoire à une loi particulière ne les possède pas puisque les structures législatives que peut adopter un ordre de gouvernement dans l'exercice de ses compétences sont quasiment illimitées et donc différentes dans chaque cas, ce qui donne aux dispositions accessoires qui les complètent un contenu fluide et changeant. Si la loi est modifiée et requiert des dispositions accessoires différentes pour assurer son efficacité, la catégorie constitutionnelle demeure la même, ainsi que les sujets qui lui sont reliés.

Quel est l'effet de ce nouveau critère? Selon le premier critère, le pouvoir accessoire sert à rendre le système législatif efficace et laisse une certaine part de discrétion au législateur. Celui-ci peut structurer ce système à sa convenance, et le pouvoir accessoire sert à compléter l'exercice de cette discrétion, il port donc sur un contenu législatif indéfini. Au contraire, le critère du lien direct ne sert pas à renforcer cette discrétion. Le législateur conserve toute latitude pour structurer ses lois, mais le pouvoir accessoire ne vient plus consolider cette discrétion législative, il vient plutôt étayer la source de cette discrétion, la compétence elle-même. Il s'agit d'une conception, beaucoup plus abstraite du pouvoir accessoire qui, à l'origine, n'avait qu'un but technique de mise en oeuvre des intentions législatives.

On ne conçoit donc plus la catégorie comme un cercle fermé, mais comme un point de convergence où la matière ne se définit plus seulement par elle-même, mais aussi par ce qui la cause, la façonne, l'influence.

Mais dans la mesure où l'on ouvre ainsi la voie à un envahissement de la juridiction provinciale sur la seule foi des relations de connexité entre les sujets, on accorde au pouvoir accessoire une amplitude qui porte

un sérieux coup à l'exclusivité des pouvoirs. N'est-ce pas justement le principe d'une répartition des compétences que de rompre les liens de connexité entre les sujets, du point de vue de la validité des lois?

De la jurisprudence des tribunaux supérieurs il ressort deux critères: l'un rattachant le pouvoir accessoire à la compétence même, l'autre à la loi qui résulte de son exercice. Le premier établit des liens entre les sujets, amenant dans l'orbite d'une matière principale tous les sujets connexes, reliés entre eux et à la catégorie constitutionnelle par un lien direct. Le pouvoir accessoire opère à un niveau théorique où il assouplit la trop grande étanchéité des catégories constitutionnelles.

Le second critère établit des liens entre les faits et les sujets en annexant à un système législatif particulier le contrôle des faits et des sujets qui apparaissent nécessaires, raisonnablement requis ou appropriés, pour permettre la réalisation concrète des structures qu'il contient et pour en assurer l'efficacité. Le pouvoir accessoire opère ainsi au niveau technique de la mise en oeuvre efficace de l'exercice des compétences.

Chacun des critères, avec ses ramifications, vaut ce que valent les arguments qui servent à le supporter. Sur le plan plus strict de l'autorité réelle de ces critères du point de vue du *stare decisis*, il faut les départager. Le seul critère formulé explicitement par le Comité judiciaire est celui qui préserve de l'inefficacité des lois ("preventing the scheme of the Act from being defeated"), et il s'agissait d'un *obiter dictum*.³² L'arrêt a cependant été repris et cité postérieurement par cette même instance, si bien qu'on peut considérer ce critère comme établi. Les distinctions entre la nécessité, le caractère raisonnable ou le caractère approprié faites par la Cour suprême, n'ont jamais abouti devant le Comité judiciaire, même si les décisions qui leur servaient de cadre ont été portées en appel devant ce tribunal. Seul l'arrêt sur les débardeurs³³ est final, mais le critère n'est discuté que par un seul des juges (sur neuf): rien donc de définitif. Le critère du lien direct avec la compétence a été formulé à deux reprises à l'unanimité par la Cour suprême, alors qu'elle constituait la cour de dernière instance. On doit donc le conserver.

En résumé, le critère formulé dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*³⁴ et celui trouvé dans les arrêts récents de la Cour suprême s'imposent comme étant les seuls retenus explicitement par le tribunal de dernier ressort.

Rien ne montre que les deux critères sont mutuellement exclusifs, au contraire. Ils paraissent pouvoir co-exister parfaitement, et l'un s'appliquer

³² *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, *supra*, note 2, à la p. 200.

³³ *Reference Re Validity and Applicability of the Industrial Relations and Trade Disputes Investigation Act*, *supra*, note 27.

³⁴ *Supra*, note 2.

si l'autre ne peut être mis en oeuvre: l'un au niveau de la compétence, l'autre au niveau de la loi. La Cour suprême semble même faire référence aux deux dans l'affaire *Peel*.³⁵ Cependant, en les conservant tous deux, il faut bien se rendre compte qu'à l'extension de juridiction de l'un se joint celle de l'autre, et que tous deux insufflent au pouvoir accessoire une vigueur et une amplitude multipliées.

II. *Conséquences de l'exercice du pouvoir accessoire*

Lorsque, dans un partage des pouvoirs qui recouvre la totalité du domaine législatif, on permet à l'un des législateurs de déborder de sa juridiction, cette expansion des compétences s'effectue nécessairement dans le champ assigné à l'autre législateur. La Constitution octroyant des pouvoirs exclusifs et non-concurrents, il se crée donc une situation qui n'existait pas auparavant. Alors que chaque ordre de gouvernement détenait seul la faculté d'édicter des normes concernant les matières que la Constitution lui accorde, l'extension de juridiction qu'entraîne l'exercice du pouvoir accessoire fait en sorte qu'un sujet, jadis attribué à un seul des législateurs, devient soumis à l'autorité des deux: l'un possède cette compétence en principe, l'autre par le biais exceptionnel du pouvoir accessoire et de sa mise en oeuvre. Cette double autorité facilite une concurrence entre législateurs qui ne pouvait évidemment exister antérieurement. Ce contexte particulier rend possible une rencontre des législateurs dans les lois qu'ils adoptent. Ce sujet que l'un s'approprie peut déjà faire l'objet d'un système législatif mis en vigueur par l'autre dans l'exercice de ses compétences, ou il peut par la suite devenir l'objet de cette attention législative. Comment s'accommoder de cette double juridiction sur le sujet?

Il existe deux façons: la concurrence, ou l'exclusivité. On peut d'abord considérer que le législateur qui voit son domaine envahi le conserve parce qu'il le possède en vertu du texte constitutionnel et peut continuer de l'exercer aussi pleinement qu'auparavant. Tout simplement, on permet aussi à l'autre législateur de s'en prévaloir pour les fins restreintes et limitées qui conditionnent l'exercice du pouvoir accessoire. L'un conserve sa compétence de principe, mais on permet aussi à l'autre d'y participer sans diminuer pour autant l'autorité première. Le domaine devient concurrent, et chacun peut y exercer ses prérogatives selon la source qui lui donne ce pouvoir, comme s'il en était le seul titulaire. Il importe cependant alors de prévoir les cas où ces législateurs adopteraient des normes contradictoires, et d'instituer un principe de prépondérance pour résoudre les incompatibilités éventuelles.

³⁵ *Supra*, note 29, aux pp. 19 (R.C.S.), 23 (D.L.R.), où on fait remarquer que la disposition contestée n'est pas essentielle au fonctionnement de la Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, c.J-3; et aux pp. 22 (R.C.S.), 24-25 (D.L.R.), où le juge Martland dit qu'il n'y a pas lien direct entre le contenu de la disposition et la compétence fédérale sur le droit criminel.

La seconde façon de régler la question est de conserver l'exclusivité qui caractérisait l'attribution des compétences. L'autorité législative sur un sujet ne peut alors appartenir qu'à un seul législateur et, corrélativement, celui qui s'en voit investi y exerce seul son action normative. Ce qui signifie que l'appropriation d'un sujet par un législateur au moyen de la mise en oeuvre du pouvoir accessoire retranche ce sujet des attributions de l'autre. On tient alors à préserver l'exclusivité des juridictions. Si un sujet passe sous l'autorité d'un législateur par l'application de cette théorie, l'autre y perd nécessairement toute possibilité d'intrusion. Si le législateur qui se voit retirer son autorité édicte néanmoins des normes sur le sujet, la loi qui en résulte excède sa capacité, et les tribunaux ne peuvent la sanctionner puisqu'elle concerne dorénavant un sujet octroyé à l'autre législateur. Il y a eu transfert de compétence.

La question à laquelle il faudra donc répondre, en l'occurrence, est la suivante: l'exercice du pouvoir accessoire sur un sujet transfère-t-il ce sujet au législateur qui met en oeuvre la théorie, ou le soumet-il plutôt à une double autorité législative? Cette question n'a pas reçu de réponse unanime de la jurisprudence et de la doctrine. On a retenu tantôt le concept de transfert,³⁶ tantôt celui de concurrence avec le mécanisme habituel de prépondérance en cas d'incompatibilité.³⁷

Quel critère faut-il donc retenir? Le critère de la concurrence possède la caractéristique de donner au problème une solution déjà utilisée pour les autres conflits de lois, et d'unifier ainsi l'approche de la validité constitutionnelle d'une loi. Dès qu'une loi est valablement édictée, peu importe son origine (dans l'exercice d'une compétence exclusive ou du pouvoir accessoire), ses dispositions ne peuvent être mises de côté que par la prépondérance des normes de l'autre autorité législative incompatibles avec elles. Mais cette solution est-elle conciliable avec la nature de la doctrine du pouvoir accessoire? L'incompatibilité a toujours été élaborée dans le contexte d'un conflit entre deux compétences, entre l'exercice de deux pouvoirs distincts. Dans le cadre de la répartition exclusive des compétences chaque législateur agit à partir des compétences qui lui sont

³⁶ *In Re Prohibitory Liquor Laws*, *supra*, note 18, à la p. 257; *Grand Trunk Railway Co. v. Attorney-General of Canada*, *supra*, note 29, à la p. 68; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia*, *supra*, note 20; *Provincial Secretary for Prince Edward Island v. Egan*, *supra*, note 5, à la p. 402. De façon beaucoup plus décisive: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1943] A.C. 356, aux pp. 370, 375 (P.C.). Voir aussi, Pigeon, *op. cit.*, note 17, p. 150; Rémillard, *op. cit.*, note 1, p. 209.

³⁷ *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for Canada*, *supra*, note 2, à la p. 201; d'une façon plus ambiguë: *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753, à la p. 794, (1977), 72 D.L.R. (3d) 500, à la p. 528. Voir Browne, *op. cit.*, note 17, pp. 128-129; MacDonald, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 274-275; Chevette, *op. cit.*, note 5, pp. 276-277; W.R. Lederman, *The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada*, dans Lederman, *op. cit.*, p. 200; B. Laskin, *Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation* (1963), 41 Rev. du Bar. can. 234.

attribuées, et régleme la réalité selon l'optique que lui fournit la liste des catégories qui fonde son autorité. Comme les classes constitutionnelles sont textuellement mutuellement exclusives et non concurrentes, on en arrive à ce que chacun des législateurs considère toujours la réalité dans une optique différente de celle de l'autre législateur. Lorsque leur activité législative concerne la même réalité, la situation demeure inchangée: ils ne légifèrent jamais sur le même sujet à proprement parler, ils régleme plutôt la même réalité, à partir d'une l'optique nécessairement différente puisqu'elle dépend de classes constitutionnelles distinctes.

Telle est la situation générale qui sous-tend le conflit des lois et qui justifie la réponse qu'on y apporte. Mais les rapports créés par l'exercice du pouvoir accessoire révèlent un environnement bien différent. Les conflits classiques ne se produisaient que par l'exercice de compétences distinctes, alors que, lors de la mise en oeuvre du pouvoir accessoire, les deux législateurs exercent la même compétence, l'un parce qu'il la possède en principe, l'autre parce que la théorie du pouvoir accessoire lui permet exceptionnellement de l'envahir.

Cette dimension cardinale de la théorie rend la règle de la concurrence inadéquate. La jurisprudence a élaboré la règle de l'incompatibilité opérationnelle parce qu'il s'agissait du seul point de rencontre possible de deux lois se fondant sur des compétences différentes, mais ici la jonction des lois dans leurs effets sur la réalité ne représente pas le seul point de rencontre. Au contraire, puisque les lois traitent véritablement toutes deux du même sujet, partent de la même optique, puisqu'elles sont toutes deux relatives à la même matière, il y aura "conflit" entre les deux lois dès que les deux législateurs édicteront des normes sur le sujet, compatibles ou non, et que ces règles existeront simultanément.

Pourquoi la compétence provinciale n'existerait-elle plus sur le sujet inclus dans la loi fédérale par la voie du pouvoir accessoire? En mettant de côté l'adaptation de la règle générale du conflit des lois, qui conduirait selon moi à la solution du transfert de compétence, on peut identifier plusieurs raisons.

La Loi constitutionnelle de 1867 attribue, sauf exceptions, des pouvoirs exclusifs. Il s'agit là de l'essence du fédéralisme canadien: ou bien une compétence appartient à un législateur, ou bien elle appartient à l'autre, mais jamais aux deux. Il n'y a toujours qu'un seul législateur responsable d'une certaine matière. Si l'on se conforme à ce principe, la compétence provinciale, envahie en vertu du pouvoir accessoire, ne peut relever que d'un seul législateur. Elle ne peut relever du législateur provincial puisque ce serait là nier l'existence de la théorie du pouvoir accessoire et de l'aptitude du législateur fédéral à s'approprier un sujet provincial. Ce sujet doit donc relever uniquement du législateur fédéral. Il ne doit y avoir qu'un seul législateur responsable de ce sujet, et le pouvoir accessoire

permet au législateur fédéral de s'en rendre responsable: il en devient donc le seul titulaire.

Pourquoi le pouvoir accessoire ne constituerait-il pas justement une exception à ce principe de l'exclusivité des pouvoirs? Parce que la Loi constitutionnelle de 1867 prévoit toujours explicitement les exceptions à ce principe. Lorsque la Constitution confère des compétences concurrentes, elle le déclare expressément.³⁸ Les rédacteurs du texte constitutionnel ont pris bien soin de distinguer les compétences concurrentes des pouvoirs exclusifs. Ne peut-on pas soutenir qu'une telle concurrence n'existe pas en dehors des cas prévus? L'exercice du pouvoir accessoire ne fait pas partie de ces exceptions qui tempèrent l'exclusivité des compétences. Il n'a pas été non plus considéré comme une exception par la jurisprudence qui s'est prononcée sur cette question. Il doit donc nécessairement respecter le principe général de l'exclusivité.

Non seulement le pouvoir accessoire ne fait pas partie des exceptions faites à l'exclusivité, mais la justification sur laquelle on le fonde constitue l'un des piliers de ce principe de l'exclusivité. La clause finale de l'article 91 prévoit que tout sujet faisant partie de la liste des catégories fédérales n'est pas censé faire partie de la liste des catégories provinciales. Elle érige une barrière entre les deux juridictions et démarque nettement les deux autorités législatives: les pouvoirs qui relèvent d'un législateur ne peuvent relever en même temps de l'autre. Dès lors, pourquoi une théorie que la jurisprudence base sur cette clause finale devrait-elle déroger au principe contenu dans cette clause? Si la justification de la théorie peut éclairer ses conséquences, il faut bien reconnaître que le pouvoir accessoire trouve sa source dans l'un des piliers du principe de l'exclusivité des compétences. Cette clause finale pourrait-elle baser un pouvoir qui ne respecterait pas ses caractéristiques essentielles?

Bref, la solution générale pour les conflits de lois paraît inadéquate en raison des caractéristiques particulières du pouvoir accessoire. Il faut donc formuler une solution appropriée. La seule qui respecte les structures institutionnelles de la Constitution est le critère de l'exclusion: le sujet envahi est transféré au législateur fédéral. C'est donc celle qu'il faudra, selon moi, retenir.

Ce transfert, au niveau de la compétence, se manifeste aussi au niveau des lois qui y trouvent leur fondement: s'il existe une loi provinciale sur le sujet que le législateur fédéral s'est approprié par l'exercice du pouvoir accessoire, il faudra déterminer si elle peut encore s'appliquer. Trois périodes doivent être considérées: l'époque précédant l'adoption de la norme accessoire fédérale, celle de son existence et celle qui suit son abrogation.

³⁸ Arts. 92A, 94A, 95 de la Loi constitutionnelle de 1867.

À l'égard de la première période, l'autorité du législateur provincial demeure entière. On ne peut invoquer le principe suivant lequel le fait qu'un législateur s'abstienne d'exercer ses compétences n'autorise pas l'autre niveau de gouvernement à les exercer à sa place.³⁹ A la différence des compétences exclusives, c'est l'exercice, et non l'existence, du pouvoir accessoire qui écarte l'autorité provinciale. Tant que le législateur fédéral ne s'en prévaut pas, on ne peut questionner la validité des lois provinciales.⁴⁰

En ce qui concerne la seconde période, la jurisprudence se demande laquelle des deux lois a été adoptée la première. Si la loi provinciale précède la loi fédérale, l'exercice du pouvoir accessoire la rend inopérante. On utilise ainsi, afin de décrire cette conséquence, les termes "in abeyance",⁴¹ "inoperative",⁴² on déclare que la norme fédérale "supplante" la loi provinciale.⁴³ Puisqu'il existait une compétence pour fonder la loi provinciale lors de son adoption, le transfert de cette compétence n'altère pas la validité originelle de la loi, elle en suspend simplement l'application. Si la loi provinciale est précédée par la norme accessoire fédérale, la sanction apparaît plus rigoureuse. On utilise alors les termes "ultra vires",⁴⁴ on considère que la norme fédérale "empêche" l'adoption d'une loi provinciale,⁴⁵ ou que cette loi provinciale est valide jusqu'à— "unless and until"—l'exercice du pouvoir accessoire,⁴⁶ expressions qui impliquent toutes la nullité plutôt que l'impossibilité d'application. A l'inverse du raisonnement précédent, puisqu'il n'existait pas de compétence pour fonder la loi lors de son adoption, cette compétence ayant été préalablement transférée par l'exercice du pouvoir accessoire, il semble qu'on ne puisse même pas soutenir qu'elle soit simplement inopérante, mais qu'il faille en décréter la nullité.

L'abrogation de la norme accessoire fédérale restaurant la plénitude de l'autorité provinciale, une loi provinciale édictée par la suite s'avèrerait indubitablement valide. Le sort des autres dépend sans doute de la sanction mentionnée plus haut: les lois nulles le demeurent, et celles qu'on

³⁹ *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700, à la p. 715 (P.C.).

⁴⁰ *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands*, *supra*, note 20, aux pp. 986 (R.C.S.), 153 (D.L.R.).

⁴¹ *In Re Prohibitory Liquor Law*, *supra*, note 18, à la p. 257.

⁴² *Attorney-General of Quebec v. Attorney-General of Canada*, *supra*, note 3, aux pp. 604 (R.C.S.), 329 (D.L.R.).

⁴³ *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, *supra*, note 37, aux pp. 794 (R.C.S.), 528 (D.L.R.).

⁴⁴ *In Re Prohibitory Liquor Law*, *supra*, note 18, à la p. 257.

⁴⁵ *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, *supra*, note 37, aux pp. 794 (R.C.S.), 528 (D.L.R.).

⁴⁶ *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, *supra*, note 36, à la p. 370.

regardait comme inopérantes pourraient reprendre la vigueur que l'exercice du pouvoir accessoire leur enlevait, quoiqu'on puisse aussi prétendre que cet intervalle de contrôle fédéral les ait irrémédiablement rendues inopérantes.

Conclusion

Institution organisant l'asymétrie fédérale, la théorie du pouvoir accessoire, si elle réduit l'étendue de l'autorité provinciale en lui préférant le pragmatisme et le caractère fonctionnel de la répartition qui lui accorde ses compétences, découle, dans son attribution au législateur fédéral, d'un principe plus fondamental, c'est-à-dire de l'uniformité du fédéralisme canadien. Si la jurisprudence avait octroyé le pouvoir accessoire aux législatures provinciales, si les textes lui en avaient laissé le choix, il en aurait résulté une situation où le législateur fédéral réglerait un même sujet pour tout le territoire canadien sauf à l'intérieur des provinces où le législateur provincial aurait exercé son pouvoir accessoire sur le sujet fédéral, c'est-à-dire que la loi réglementant une matière proviendrait du niveau fédéral ou provincial selon l'endroit où l'on se situerait au Canada, alors qu'en l'attribuant au niveau fédéral, le sujet envahi change de juridiction pour tous les citoyens, en raison de la portée nationale de la législation fédérale. Multipliée par le nombre et la variété des normes accessoires contenues dans chacun des systèmes législatifs provinciaux, cette situation de déséquilibre aurait généré une diversification considérable de la répartition concrète des compétences entre les deux niveaux de gouvernement.

Une telle organisation fédérative n'est pas impensable, mais les interprètes du régime canadien, devant l'obligation d'avoir à attribuer ce pouvoir accessoire pour remplir la fonction nécessaire d'assouplissement des cadres trop rigides du partage des compétences, ont dû choisir entre l'uniformité de la répartition législative et la souveraineté des états-membres de la fédération. Ils ont opté pour l'uniformité de la répartition des compétences, en préférant une seule délimitation des compétences à autant de délimitations que d'états-membres. La théorie devait servir à corriger les imperfections du système, et non à assurer à l'un des niveaux de gouvernement une suprématie arbitraire. Cette atténuation des lacunes institutionnelles devrait, en définitive, représenter le critère d'orientation de la théorie: ne pas la restreindre indûment dans le seul but de conserver inaltéré le domaine provincial, ne pas l'élargir démesurément avec l'unique intention de garantir une suprématie fédérale arbitraire.