

2711.3004.4

Université de Montréal

Le principe de subsidiarité en droit européen et en droit canadien

Par

Maryse Rousseau

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit

Décembre 2001

Copyright, Maryse Rousseau, 2001



AZ BD

154*

2002

M.018

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Le principe de subsidiarité en droit européen et en droit canadien

Présenté par :

Maryse Rousseau

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Danielle Pinard
Présidente-rapporteuse

François Chevrette
Directeur de recherche

Panayotis Soldatos
Codirecteur

Isabelle Duplessis
Membre du jury

Résumé

DROIT – CONSTITUTIONNEL – CANADA – UNION – EUROPÉENNE – PRINCIPE – SUBSIDIARITÉ – PARTAGE – COMPÉTENCES – INTERPRÉTATION

La présente étude a pour but de démontrer que l'évolution du fédéralisme canadien, au chapitre de l'interprétation judiciaire du partage des compétences, a mis en lumière l'introduction d'un principe fédératif de subsidiarité. Le principe de subsidiarité est un principe d'organisation sociale prescrivant que les décisions affectant les individus doivent être prises le plus près possible des citoyens. Le principe de subsidiarité connaît une application privilégiée dans les systèmes fédéraux, au plan de la répartition des compétences, où il influence la répartition originelle des compétences ainsi que l'étendue des compétences dévolues aux autorités. Bien que le principe de subsidiarité soit généralement implicite dans les constitutions, la Communauté européenne a institutionnalisé un aspect de ce principe, en prévoyant qu'elle ne peut, dans le cadre des compétences partagées entre la Communauté et les États membres, intervenir que lorsque l'action des États membres est insuffisante afin de rencontrer les objectifs du traité. Cette institutionnalisation a suscité beaucoup de réflexion quant aux fondements du principe, sa nature, ses finalités ainsi que le contexte juridique dans lequel il s'exerce. Ces réflexions servent de toile de fond à l'analyse présentée dans ce texte, afin de démontrer l'influence du principe de subsidiarité dans le cadre du partage des compétences en droit constitutionnel canadien, au plan de la répartition initiale des compétences constitutionnelles entre le gouvernement fédéral et les provinces et de l'interprétation judiciaire de la portée des compétences de nature économique. En effet, l'examen de l'évolution de l'interprétation du partage des compétences de nature économique démontre l'apparition de critères jurisprudentiels reprenant la formulation du principe de subsidiarité, notamment en matière de commerce et relativement au pouvoir général fédéral. Ces évolutions permettent de démontrer la présence du principe de subsidiarité en droit constitutionnel canadien.

Summary

CONSTITUTIONAL – LAWS– CANADA – EUROPEAN UNION – PRINCIPLE – SUBSIDIARY – SEPARATION – POWERS -- INTEPRETATION

This report intends to demonstrate that the evolution of Canadian federalism, by the judicial interpretation of the distribution of powers, has introduced a federal principle of subsidiarity. The principle of subsidiarity is a social organisation principle who prescribed that decisions affecting individuals must be taken as near as reasonably possible of those individuals. The principle of subsidiarity is particularly applied in federal systems, in the distribution of powers, where he influences the original distribution and regulates the scope and limits of such. Even though the principle of subsidiarity is generally non written in constitutionals documents, the European Community has institutionalized one aspect of the principle, namely by limiting the action of the Community, in the context of share competences, by what is strictly needed to meet the objectives of the Treaty, when state action is not sufficient. This institutionalization has given rise to a lot of reflections about the foundations, nature, and final intents and in the legal context where the principle is applied. Those reflections are used in the present text to demonstrate the influence of the subsidiarity concept on the initial distribution of powers between the Federal Parliament and provincials governments and the judicial interpretation of economics competences. The study of the evolution of the interpretation of the distribution of powers in that matter demonstrate the introduction of jurisprudential criteria formulated like the principle of subsidiarity, particularly in matter of commerce and general power of the federal government. Those evolutions clearly demonstrate the presence of the principle of subsidiarity in Canadian constitutional law.

Remerciement

Je désire, par la présente, remercier Monsieur François Chevrette ainsi que M. Panayotis Soldatos, pour leur soutien et leurs judicieux conseils dans la réalisation de ce mémoire. De même, je souhaite remercier les membres de la Fondation Robert Bourassa en intégration européenne qui m'ont permis de bénéficier d'une bourse de recherche pendant l'élaboration de ce projet. Enfin, je désire remercier ma famille, particulièrement ma mère, Colette Brouillette, et mes amis pour leur soutien et leur encouragement tout au long de la rédaction du présent mémoire.

Table des matières

INTRODUCTION

PARTIE I : LE CADRE JURIDIQUE DE L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

A. L'ordre constitutionnel de l'Union européenne

1. l'ordre juridique communautaire

- i) La nature du régime juridique de la construction européenne 12
- ii) Les sources du droit communautaire 16

2. Aperçu général du droit de l'intégration économique européenne 24

B. Le partage des compétences en droit communautaire et la mise en oeuvre du principe de subsidiarité

1. Origine, fondements et caractère du principe de subsidiarité 30

- i) Origine et fondements du principe de subsidiarité 31
- ii) Le caractère fédéral du principe de subsidiarité 33

2. La mise en oeuvre du principe de subsidiarité dans la théorie générale du partage des compétences en droit communautaire 44

- i) La théorie générale du partage des compétences en droit communautaire 44
- ii) La mise en oeuvre du principe de subsidiarité en droit communautaire 52

PARTIE II : L'INTRODUCTION D'UN PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ INÉDIT DANS L'INTERPRÉTATION DU PARTAGE DES COMPÉTENCES DE NATURE ÉCONOMIQUE EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

A. La répartition subsidiaire des compétences aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*

- 1- Le régime fédératif canadien : sources et fondements 58
- 2- L'ordre juridique canadien 62
- 3- La mise en œuvre d'un principe de subsidiarité lors de l'allocation des compétences 80

B. Le principe de subsidiarité dans le cadre de l'interprétation des compétences de nature économique en droit constitutionnel canadien

- 1- L'approche jurisprudentielle traditionnelle en matière de

commerce : la vision libérale de l'économie, promue par le Comité judiciaire du Conseil Privé, caractérisée par le formalisme et le contractualisme dans l'interprétation des compétences	85
2- L'évolution de l'approche interprétative du partage des compétences en matière commerciale : l'empirisme et le fonctionnalisme	92
3- Le principe de subsidiarité dans la régulation de la portée des compétences de nature économique	102
CONCLUSION	106
Bibliographie	i

«Quand on défend une liberté, on la défend toujours dans l'abstrait jusqu'au moment où il faut payer »¹

«Les hommes vivent et ne peuvent vivre que sur l'idée qu'ils ont toujours quelque chose en commun où ils peuvent toujours se retrouver »²

INTRODUCTION

J'ai longtemps hésité à écrire cet essai portant sur l'interprétation du partage des compétences à l'aube de la mondialisation de l'économie. Le sujet n'est pas neuf. Les querelles constitutionnelles canadiennes ont déjà fait couler beaucoup d'encre mais, bien que persistantes, les solutions satisfaisantes font encore défaut. Pour certains, la réponse du gouvernement fédéral à la nécessité de redéfinir le rôle économique de l'État canadien, en raison de la globalisation des économies et du désir d'empêcher l'accession du Québec à la souveraineté, a été l'adoption de politiques visant à redéfinir le régime politique canadien, d'une manière ayant ébranlé irréversiblement l'esprit, les principes et les structures du fédéralisme canadien³. Dans ce contexte, le gouvernement québécois, soumis lui aussi aux exigences de la mondialisation, a proposé de devenir souverain en assortissant son offre, au gouvernement fédéral, d'un projet d'association de type confédéral à l'image de l'Union européenne⁴. Pour d'autres, les effets sur l'État de la globalisation de l'économie annoncent la fin de l'État-Nation, dans la mesure où l'intérêt national n'est plus la référence centrale et exclusive quant à la détermination et à la capacité de mise en oeuvre de décisions politiques nationales, car celles-ci doivent prendre en considération l'environnement international de l'État⁵.

¹ Albert Camus, entrevue publiée par Émile Simon, dans la *Reine du Caire*, 1948.

² Albert Camus, allocution prononcée à Pleyel, en novembre 1948, à une rencontre internationale d'écrivains, et publiée par *La Gauche*, le 20 décembre 1948.

³ Joseph FACAL, *Le déclin du fédéralisme canadien*, VLB éditeur, 2001, 70 p., à la p.13.

⁴ Ci- après: «UE ». Par ailleurs, nous reviendrons ci-dessous sur l'emploi du terme "confédéral" relativement à l'Union européenne.

⁵ En effet, la mondialisation rapide des facteurs de production, des capitaux, des investissements, de la technologie et des services crée une interdépendance économique, politique et sociale accrue entre les États ainsi que divers acteurs internationaux (telles les firmes multinationales). Cette interdépendance ne nous permet plus de concevoir un État dans la seule perspective de ses relations avec ses subdivisions internes (telles les provinces, les landers ou les régions administratives), ses citoyens et son économie, dans l'espace national, par un schème pyramidal, où il serait au sommet et représentant du Tout, en raison du fait qu'il est le détenteur légitime de la souveraineté nationale, à cause des

Dans cette perspective, les auteurs abordent les incidences de l'intégration économique et de l'ouverture du marché, principalement en termes de conflit et d'opposition dans la redéfinition du rôle de l'État en matière économique. Ils portent spécialement leur attention sur les effets de cette redéfinition au plan, d'une part, des sphères publiques, sociales et politiques et, d'autre part, au plan de la souveraineté nationale, comme si l'une se réalisait nécessairement au détriment de l'autre. En effet, au plan social et professionnel, on énonce généralement que la division du travail et la spécialisation technique s'effectuent au détriment de la culture. Il en résulte alors une tendance des travailleurs à se replier dans un petit domaine, hautement complexe et spécialisé, menant à la formation de petits groupes qui, pour se protéger, élaborent un cadre rigide de règles et qui se tiennent sur la défensive face aux autres groupes⁶. Il en va de même au plan des relations sociales privées où le désintéressement envers la culture et la religion, qui établissaient autrefois un lien social entre les gens, entraîne la perte d'un réseau social fournissant un cadre de vie aux personnes, dans lequel elles pouvaient évoluer et donner une finalité à leur vie. Aujourd'hui, l'individualisme, défini à la lumière de la conception utilitariste de Mills, fait en sorte qu'une personne choisit ses objectifs et ses intérêts et poursuit ceux-ci, isolément, dans le but de maximiser ses plaisirs, qui ne sont pas définis en termes qualitatifs, mais avec la seule limite du droit du voisin à faire la même chose. La perte d'appartenance à un réseau entraîne la rigidité et le repli des gens qui se réunissent en communauté culturelle et religieuse afin de se protéger contre un environnement favorisant l'individualisme. Cette attitude de repli et de rejet de l'autre amène la communauté à vouloir l'assimiler ou à vouloir interdire sa prolifération, au nom de son idéologie propre qu'elle considère comme authentique, fondamentale et supérieure. La montée de la droite religieuse aux États-Unis, les problèmes ethniques rencontrés pendant cette dernière décennie au Rwanda et en Bosnie-Herzégovine et, plus récemment, le conflit entre l'Afghanistan et les États-Unis, que l'on cherche à légitimer sur le

incidences et des influences qu'entraîne cette interdépendance sur l'État, le secteur privé et la société civile. L'État doit alors être envisagé aux termes d'une relation tripartite où d'un côté, il représente le Tout face à ses composantes internes, et d'un autre, une partie dans un ensemble plus vaste. Certes, les relations extérieures ont toujours été un trait caractéristique dans l'appréhension de la conception de l'État. Toutefois, elles n'ont pas les mêmes fins dans cette perspective. Il ne s'agit plus, ici, pour un État, de se présenter comme un Tout souverain promouvant ses valeurs à d'autres États, mais d'être une partie négociant des politiques conjointes qui ont des incidences certaines dans son espace national. De ce fait, l'intérêt national n'est plus la référence centrale à toutes les décisions. Certains auteurs, tel Zaki LAÏDI, *Un monde privé de sens*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2001, 333p., abordent même la notion de développement d'un intérêt mondial.

⁶ Voir à cet effet le développement prolifique d'associations professionnelles, de corporations et d'ordres professionnels.

plan des valeurs⁷, en sont des exemples flagrants. Cette opposition s'inscrit, au plan juridique, dans le contexte élargi du débat portant sur les effets de la mondialisation de l'économie sur la réglementation sociale. On y dénonce les difficultés d'élaboration et de maintien de normes juridiques à caractère social, leur nivellement par le bas en raison de la concurrence internationale et les mouvements de délocalisation des entreprises. Cette délocalisation se fait au profit de pays offrant des avantages fiscaux compétitifs ainsi que peu de normes exigeantes en matière sociale. Il en résulte alors une tendance à la précarisation de l'emploi et la détérioration des conditions de travail⁸. À ce titre, l'ALENA et le défunt accord multilatéral sur les investissements (AMI) ont été vivement critiqués.

En ce qui concerne les réflexions sur l'opposition entre la globalisation de l'économie et la sphère publique, l'attention se concentre surtout sur la relation entre l'État et la notion de souveraineté. Les auteurs soulignent que la globalisation en cours exerce un effet dissolvant sur la souveraineté nationale en entraînant l'érosion des capacités de régulation étatique, ce qui pousse certains à pronostiquer l'effritement de l'État. Ils mettent, notamment, en valeur que la globalisation favorise l'apparition de nouveaux acteurs transnationaux qui brisent le monopole détenu par l'État sur les relations internationales, tout en suscitant de nouveaux procédés de gouvernance.

De façon plus spécifique, on dénonce surtout les contraintes imposées aux gouvernements et à leur gouvernance par les traités internationaux, particulièrement en matière de commerce international⁹. Dans ces situations, seules les instances supranationales ou internationales sont compétentes et habilitées à régler les différends concernant ces contraintes. Leurs actions entraînent alors une harmonisation des normes entre les États puisque l'intégration économique des espaces nationaux procède à la fois de l'ouverture des frontières économiques et de l'harmonisation des politiques afférentes. De ce fait, les législations nationales doivent s'aligner sur une norme plus élevée dans la hiérarchie juridique. En droit

⁷ En effet, du côté d'Oussama Ben Laden, auteur présumé des attentats terroristes du 11 septembre 2001, l'attaque des tours new yorkaises du World Trade Center se voulait l'attaque des symboles du capitalisme économique et la réplique militaire des États-Unis, selon le président Bush, se veut une guerre pour la liberté.

⁸ Voir à cet effet : Marie-Ange MOREAU et Gilles TRUDEAU, «Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières : quelques réflexions autour des modèles européens et nord américain », (1992) 33 *Les Cahiers de Droit* 345.

⁹ Voir par exemple l'effet du GATT, notamment de la clause de la nation la plus favorisée, de la clause du traitement national, des produits d'origines, etc. Il en est de même concernant l'ALENA et l'Union européenne.

interne, il semble que le même phénomène se produise dans plusieurs États. On assiste à l'harmonisation de la législation interne de chaque partie constituante, comme par exemple avec *l'Accord sur le commerce intérieur au Canada*, qui cherche à orienter l'harmonisation de certaines règles pour le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, dans le but de créer un marché intérieur fort et concurrent. Il en va de même pour les dispositions concernant l'harmonisation du droit dans l'UE. Cette harmonisation ne va toutefois pas sans poser de problèmes, notamment sur les questions relatives à la détermination des normes de références, de l'articulation des standards qualitatifs de protection sociale et de la prise en considération effective des particularités régionales et locales.

Enfin, on aborde aussi la problématique de la capacité des États de légiférer, même en l'absence de contraintes internationales, lorsque la législation est nécessaire en raison justement des mouvements économiques. L'exemple de référence demeure celui des multinationales. Celles-ci ne sont pas des acteurs au plan international, mais les législations internes semblent incapables de réglementer leur conduite dans une perspective globale et entière. Par conséquent, l'espace restreint laissé aux États entre leurs obligations internationales et leurs obligations nationales profite aux multinationales.

Finalement, et de façon plus fondamentale, les auteurs avancent que la globalisation de l'économie remet en cause plusieurs éléments essentiels composant la notion de souveraineté développée par Bodin au XVI^e siècle. Ce dernier définissait la souveraineté en terme de puissance absolue et perpétuelle ne pouvant, par essence, être soumise à aucune obligation (lois coutumières ou lois positives) à l'exception des lois naturelles et divines¹⁰. Dans la mesure où l'on considère que les effets de la globalisation des économies ont des incidences lors de la prise de décisions nationales, on assiste alors à une remise en cause de la notion de souveraineté dans ses aspects consistant à penser le politique en terme d'irréductibilité¹¹,

¹⁰J.BODIN, *Les Six Livres de la République*, 1, 8, coll. Livre de poche, 1993, pp.118-122; selon Arbour, la notion de souveraineté consiste en « le pouvoir suprême d'un État sur son territoire et ses habitants, à l'intérieur et l'indépendance de toute autorité étrangère, à l'extérieur. Au plan intérieur, elle rend compte du triple monopole de la législation, de la juridiction et de la contrainte qu'un État possède en toute exclusivité dans son espace national » v. Jean-Maurice ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Yvons Blais inc, p. 248.

¹¹ Selon ces auteurs, l'affirmation des droits individuels et de l'individualisme ne permet plus de concevoir l'État comme le seul et unique représentant des identités collectives et individuelles. Il devient une identité parmi d'autres, un centre de pouvoir et non plus le seul centre de pouvoir. Il nous semble cependant que certaines distinctions doivent être effectuées à ce sujet. Par exemple, au Canada, la tradition fédéraliste est englobée dans un discours pluraliste qui intègre l'affirmation des droits individuels. Toutefois, le fédéralisme diffère du pluralisme parce qu'il fait reposer ses efforts sur la

d'indivision du droit et de la politique¹², de dichotomie entre la souveraineté interne et externe¹³ et de l'impossibilité de partager la souveraineté¹⁴. Comme la souveraineté définit en grande partie la notion même d'État, son effritement produirait l'éclatement de l'État et de l'État-Nation¹⁵. Les auteurs en concluent alors que : « l'État-Nation traverse une sérieuse crise structurelle-fonctionnelle à triple facette : il subit une profonde érosion de son tissu de souveraineté; il est frappé d'une incapacité fonctionnelle accentuée ; il connaît un déficit de légitimité, à la fois tant au niveau de ses structures que sur le plan de ses fonctions »¹⁶.

Cependant, si l'on considère que la notion de souveraineté est un principe politique, elle demeure pénétrable par le droit et la hiérarchie des normes¹⁷ et n'est pas touché par la globalisation de l'économie, dans ce sens, ni par le droit international, puisque celui-ci ne pose pas de limite à la souveraineté de l'État. Il faut, en effet, distinguer les rapports entre les notions de souveraineté et d'État, au plan politique, de leur institutionnalisation juridique.

négociation de conditions fermes de la sécurité humaine sur une structure constitutionnelle, alors que le pluralisme est une forme de liberté pouvant être constitutionnalisée. L'existence du fédéralisme permet ainsi le développement d'une variété de formes de pluralisme dans la société civile. On constate donc une différence entre la structure, le cadre juridique, et le contenu. Les droits individuels ne relèvent pas du fédéralisme mais ont cours à l'intérieur de celui-ci.

¹² La judiciarisation de l'ordre mondial qui s'amorce, par le biais des institutions comme l'OMC et les tribunaux internationaux pénaux, par exemple, bien qu'ils requièrent l'approbation préalable des États concernés avant d'exercer leur compétence à leur encontre et de ce fait respecte le principe de la souveraineté étatique dans la mesure où l'État lui-même limite contractuellement sa souveraineté, écorche tout de même sensiblement la notion de souveraineté. En effet, les traités internationaux ne prévoient pas, par exemple, l'ensemble des critères à considérer lors d'une prise de décision. Dans cette mesure, lorsqu'un différend a pour fond un conflit de valeurs, l'organisme chargé de décider impose aux États, par sa décision, une limitation pouvant aller à l'encontre de ses choix collectifs. Cependant, on peut aussi prétendre, par fiction juridique, que cette possibilité avait été prévue dans la limitation de compétence. L'exemple le plus flagrant consiste en la protection des droits de la personne.

¹³ En effet, si on conçoit l'État comme une partie d'un ensemble mondial plus vaste, l'environnement externe a des incidences sur l'espace national. V. Z. LAÏDI, précité, note 5, p. 10 et suiv.

¹⁴ Traditionnellement, on posait le principe de la souveraineté comme étant inaliénable et donc, impossible à partager. Bien que la souveraineté demeure inaliénable, il semble que son partage et sa mise en commun soient la meilleure modalité permettant de garantir cette même souveraineté.

¹⁵ L'État souverain moderne est le détenteur exclusif des principaux pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. Il organise la participation politique de tous les citoyens sur un territoire aux frontières définies. Lorsque l'État correspond à une seule nation, présumée culturellement homogène, le couple formé par l'État et la nation définit l'État-Nation. La nation coïncide alors que l'espace territorial et la citoyenneté se superposent généralement à la nationalité.

¹⁶ Panayotis Soldatos, « Réflexions sur le devenir de l'État-Nation : Phénomènes de crise et de rationalisation » dans *L'État-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, sous la dir. de Panayotis SOLDATOS et Jean- Claude MASCLLET, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997, p. 18.

¹⁷ V. Thierry DAUP, *L'idée de Constitution*, thèse de doctorat en droit public, 1992, p.26.

L'État est une forme d'organisation politique et non juridique¹⁸. Il est caractérisé, au plan politique, par la notion de souveraineté. Celle-ci a son fondement dans les mains du peuple¹⁹. Ainsi, on dira que le peuple, par sa volonté, commande les actions de l'État et ses limites. L'institutionnalisation juridique de cette théorie s'effectue selon la théorie du pacte, qui n'est ni un traité, ni une constitution, mais le mandat, donné par le peuple de la nation à ses représentants élus, de négocier la formation de l'État, en le dotant d'institutions propres et en instaurant un ordre normatif. Ce mandat se concrétise alors par le biais de traités ou de constitutions où les représentants des nations (et non du peuple) définissent et répartissent l'exercice de certains pouvoirs dans des domaines spécifiques de façon perpétuelle, c'est-à-dire sans possibilité de terminer le contrat unilatéralement, par retrait ou sécession, sauf en cas d'abus d'une partie sur l'autre ou en cas d'entente entre les parties²⁰. Lorsqu'un État conclut un traité international, la notion de souveraineté n'entre pas en compte puisque ce qui est déterminant, c'est son institutionnalisation juridique sous la théorie des pouvoirs, que l'on retrouve dans le pacte institutionnalisé par traités ou par constitutions²¹. Dans cette perspective, les États renoncent contractuellement, lors de la conclusion d'un traité, à exercer certaines compétences et ils limitent, de ce fait, leur omniscience. Conséquemment, lorsque les auteurs soulignent les contraintes imposées par l'environnement international aux États et en concluent à l'effritement de la souveraineté étatique, ils opèrent une certaine confusion entre ce qui relève du droit et ce qui relève du domaine politique. Politiquement et

¹⁸ V. à cet effet: O.BAUD, « Fédéralisme et souveraineté: note pour une théorie constitutionnelle de la fédération » (1998) 1 *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 84.

¹⁹ Dans la théorie du régime représentatif, la souveraineté est l'attribut d'un être, nation ou peuple, qui fonde l'autorité des organes suprêmes de l'État

²⁰ Thèse contractualiste de J. Madison, *The Federalist*, no.39; voir aussi : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 et le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S.753: la Cour suprême, dans cette décision, qualifie la théorie du pacte de thèse politique. Cette qualification, selon nous, réfère au contexte de la théorie du pacte relativement aux deux peuples fondateurs. Cette dernière théorie est en effet une thèse politique développée au cours des années 1902 afin de fonder les revendications identitaires du Québec : v. à cet effet : Ramsay COOK, *Provincial Autonomy, Minority Rights and the Compact Theory, 1867-1921*, Études de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, imprimeur de la Reine, 1969, pp.57 et suiv.; Maurice CROISAT, *Le fédéralisme canadien et la question du Québec*, Paris, éd. Anthropos, 1979, pp. 30-34; Louis MASSICOTTE, «Le partage des pouvoirs dans la fédération canadienne : à la recherche d'une rationalité» dans *L'État- Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, précité, note 16, pp. 163 et suiv.

²¹ On remarque par ailleurs que c'est la même solution qui est adoptée en droit international. En effet, selon Jean-Maurice Arbour, précité, note 10, p. 249: «L'État qui conclut un traité n'aliène pas sa souveraineté mais il restreint volontairement le libre exercice de cette souveraineté». C'est ainsi que l'on doit comprendre la Cour internationale de justice, lorsqu'elle énonce, dans l' *Affaire du vapeur Wimbledon*, C.P.I.J. série A, no.1, p. 25:« Sans doute toute convention (...) apporte une restriction de l'exercice de droits souverains de l'État en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction

souverainement, un État peut volontairement décider de limiter ses actions. Juridiquement, il en découle des contraintes au plan de l'adoption de mesures juridiques mais non au plan de la souveraineté.

Il ne s'agit pas ici de questions nouvelles. Au XIXe siècle, la dimension unitaire et unique de l'État, dans la théorie juridique, a été remise en cause de l'intérieur, par l'apparition d'États composés, fédéraux et de l'extérieur, par le commencement d'une véritable vie internationale qui présupposait des formes d'associations entre les États. L'accroissement des échanges commerciaux, des zones de libre échange et des traités multilatéraux a posé les fondements de la supranationalité, ou de l'incidence d'un ordre international ou mondial sur les États. Les mêmes remises en cause de la notion de souveraineté ont été postulées²². Cependant, de part et d'autre, on tient un discours réducteur et un discours de rupture. Selon nous, réduire le débat à une simple question de souveraineté ne permet pas d'appréhender véritablement le phénomène, alors que le défi consiste justement à examiner l'articulation entre l'État, le marché et la société civile, au plan national dans un espace mondialisé, afin de développer des moyens d'action répondant à ladite crise²³. Dans ce contexte, un champ

déterminée. Mais, la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté d'État.»

²² En effet, plusieurs auteurs contemporains ont remis en cause la notion de souveraineté classique lors de l'apparition d'États composés en affirmant qu'elle se divisait entre les paliers de gouvernements dans les fédérations puisque l'État fédéré et la fédération possèdent chacun des compétences législatives constitutionnelles. De ce fait, ils opéraient une certaine confusion quant à la nature de la fédération puisque celle-ci n'est pas un concept politique caractérisé par la notion de souveraineté. La fédération est une organisation découlant du pacte. On note toutefois que O. BAUD, précité, note 18, à la p.89, est d'avis que la distinction entre État et Fédération n'implique pas que l'État fédéral n'existe pas. Celui-ci existe bien et il est caractérisé par la notion de souveraineté. Cependant, il croit que les États membres ne peuvent pas être qualifiés d'État et qu'il en est de même pour l'Union européenne. Conséquemment, l'État fédéral relèverait de la notion d'État et non de la notion de Fédération. Nous sommes d'accord avec cet énoncé dans la mesure où il n'implique pas l'inexistence de la fédération au plan de la réunion d'entités politiques ayant ses institutions propres. Nous pensons que la Fédération se détermine par des éléments spécifiques communs que nous retrouvons autant dans les systèmes fédéraux que confédéraux ainsi que dans l'Union européenne. La détermination de ces éléments spécifiques permet une analyse fédérative, par des principes communs, de ces trois formes politiques, au plan juridique et constitutionnel. Voir aussi : K.C. Wheare, *Federal Government*, 4e éd., New York, Oxford University Press, 1963, p. 10. Cet auteur définit l'État fédéral comme étant celui où le pouvoir central et les pouvoirs régionaux sont souverains, chacun dans sa sphère respective, et où l'action de ces pouvoirs est coordonnée.

²³ À ce titre, il importe de mettre en valeur le risque que le mouvement juridique d'intégration ne devienne un mouvement d'assimilation. La finalité d'un système d'intégration n'est pas l'intégration en soi mais vise des réalisations plus vastes, des valeurs et des intérêts. Dans ce contexte, l'intégration ne vise pas à atteindre une forme que l'on considérerait achevée par l'assimilation et l'uniformisation complète mais plutôt permettant la cohabitation des diverses communautés : v. à ce sujet : Vilaysoun LOUNGNARATH, «L'intégration juridique dans la zone ALENA : un chantier axé sur les processus » (2001) 61 *R. du B.*, à la p. 7 : « Il serait dès lors indiqué d'avancer une construction intellectuelle de

privilegié d'étude concerne l'interprétation du partage des compétences de nature économique dans les systèmes fédéraux. En effet, si l'on considère que ce n'est pas la souveraineté qui est limitée par la globalisation des économies, mais que l'exercice de certaines compétences étatiques doit être modulé afin de répondre aux engagements internationaux, ou en réaction à l'environnement international de l'État, dans le cadre de ses relations entre ses nationaux et ses unités composantes, le partage des pouvoirs doit s'adapter ou du moins être assez souple afin de ne pas constituer un blocage. Pour ce faire, il procède par l'établissement d'une certaine convergence ou un alignement des normes internes et externes, nationales-régionales et internationales²⁴.

L'établissement de cette convergence se traduirait par une centralisation des pouvoirs au niveau fédéral ou supérieur, créant ainsi une rupture de l'équilibre dans les relations provinciales et fédérales²⁵ dans le domaine économique²⁶ et poussant les revendications identitaires régionales à s'exprimer de façon de plus en plus violente, tant au plan des citoyens, par leurs manifestations anti-mondialisation, qu'au plan des provinces, par leur désir de sécession²⁷. Dès lors, la question de la détermination et de l'étude des mécanismes de convergence qui permettent de redéfinir les compétences étatiques, en instaurant un équilibre nouveau du partage des tâches entre l'État, les citoyens, le secteur privé et le secteur public s'impose avec plus d'acuité. On a d'ailleurs énoncé depuis longtemps, en doctrine, qu'un renouvellement des compétences de nature économique en droit constitutionnel canadien est nécessaire. Dans cette perspective, notre attention se portera sur le principe fédéral de subsidiarité. Ce dernier permet, selon nous, de concilier, ou à tout le moins de mieux harmoniser, les revendications autonomistes avec les nécessités des autorités politiques, en plaçant la liberté d'autonomie, le bien commun ou l'intérêt général au service les uns des autres.

Le principe de subsidiarité a fait sa réapparition dans le paysage juridique et conceptuel européen pendant la dernière décennie, en raison des débats qu'il a soulevés lors de son

l'intégration juridique qui ne place pas en opposition intégration juridique et diversité et qui puisse permettre aux petites communautés engagées dans un grand ensemble de préserver leurs spécificités. »

²⁴ Ce n'est pas une coïncidence que les Accords de l'OMC découlant de l'Uruguay Round, le *Traité de Maastricht*, l'*Accord sur le commerce intérieur au Canada* et l'*ALENA* aient été conclus dans un laps de temps peu espacé: ils sont tous reliés.

²⁵ Ou entre les Landers allemands, les cantons suisses, etc.

²⁶ v. G.A. Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Collection Bleue, éd. Wilson et Lafleur, 2000, p. 440.

²⁷ Voir les exemples du Québec, de la Tchétchénie, etc.

institutionnalisation dans le *Traité de Maastricht portant sur l'Union européenne* en 1992. Sommairement, ce principe visait à répondre aux préoccupations des citoyens et des États membres de l'Union européenne, relativement aux transferts importants des compétences nationales vers l'Union européenne, en posant un principe de nécessité, c'est-à-dire, que seules les compétences nécessaires aux finalités de l'Union et ne pouvant atteindre les objectifs communautaires au plan national par la seule action des instances nationales pourront être exercées au plan supranational²⁸. L'introduction de ce principe a soulevé de nombreuses interrogations relativement à sa définition²⁹ et à son exercice³⁰. Au Canada, pour la majorité des auteurs, le principe de subsidiarité ne fait pas partie du droit constitutionnel canadien et « il serait dangereux, a priori, de l'incorporer dans notre droit sans une étude préalable plus poussée de ses effets »³¹. Pourtant, le principe de subsidiarité ne représente pas une nouvelle théorie née des débats européens. Une étude attentive de ce principe révèle qu'il s'agit d'un principe trouvant ses origines dans l'Antiquité gréco-latine et s'épanouissant dans les régimes fédéraux depuis leur fondation, bien qu'il soit souvent non explicite. Dans cette perspective, comme nous le verrons, l'examen du fédéralisme canadien comporte sans équivoque la mise en oeuvre d'un principe de subsidiarité, autant au plan de la répartition des compétences qui a été opérée dans la *loi constitutionnelle de 1867*³², qu'au plan de leur interprétation judiciaire, notamment en matière d'échange et de commerce ainsi que des dimensions nationales. C'est dans ce contexte que s'inscrit le présent mémoire.

En effet, la présente étude a pour but de démontrer que l'évolution du fédéralisme canadien, au chapitre de l'interprétation judiciaire du partage des compétences, a mis en lumière l'introduction implicite d'un principe fédératif de subsidiarité au Canada comme moyen d'établir une convergence entre les compétences internes, régionales et internationales dans le contexte de la globalisation des économies. Afin d'établir les tenants et les aboutissants de cette position, l'exemple de la Communauté européenne sera exposé (1A) en portant une attention particulière à l'institutionnalisation du principe de subsidiarité et sa mise en oeuvre

²⁸Nous verrons ci-dessous plus de détails relatifs aux notions de transferts de compétence et de supranationalité.

²⁹Est-ce un principe de structure sociale, une norme ou un principe de droit, d'ordre ou de compétence ou de mesure de buts politiques? Quelle est la nature du principe de subsidiarité? principe politique, juridique, fédératif? peut-il être constitutionnalisé?

³⁰ Le principe s'exerce à quel plan dans la dévolution des compétences et dans quels domaines?

³¹ G.A. Beaudoin, précité, note 26, à la p. 441. V. aussi: G.-A. Beaudoin, «Le partage des pouvoirs », dans G.-A. BEAUDOIN, J.E. MAGNET, B. PELLETIER, G. ROBERTSON, J. TRENT (dir.), *Le fédéralisme de demain: réforme essentielles – Federalism of the Future: Essential Reforms*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1998, p. 31 et 32.

dans le cadre de la Communauté européenne. Cet examen permettra de soutenir l'introduction du principe de subsidiarité, de façon implicite, au Canada, lors de la répartition originelle des compétences (IIA) et lors de l'interprétation de la portée des compétences de nature économiques par la Cour suprême du Canada (IIB). Nous concluons ensuite par un bref survol des incidences de la reconnaissance d'un tel principe au Canada³³.

Toutefois, avant de commencer, il importe de préciser les raisons qui nous ont amenée à examiner le Canada et l'Union européenne au plan du partage des compétences.

L'idée de comparer le fédéralisme canadien et le droit communautaire européen, à ce titre, s'est imposée essentiellement en raison de trois motifs. Tout d'abord, l'Union européenne et le Canada représentent les deux grandes traditions fédérales présentes en Amérique du Nord et en Europe³⁴. Leur interaction reflète la dynamique des changements sociaux, politiques et économiques. Ensuite, bien que la Communauté européenne ne soit pas un État fédéral, à la différence du Canada, elle présente tout de même des traits caractéristiques que l'on peut qualifier de fédéraux et elle a l'avantage de cerner la convergence des normes nationales, régionales et internationales en se situant au plan régional, mais en intégrant plus de spécificités et de composantes qu'un simple accord de libre échange. De plus, comme elle vise essentiellement à réaliser des objectifs de nature économique, elle permet d'observer les incidences de la donnée de la globalisation de l'économie au sein des systèmes étatiques³⁵.

³² 30 & 31 Vict., R.-U., c.3; L.R.C. (1985), app. II.

³³ Évidemment, en raison de l'ampleur du sujet, le lecteur comprendra qu'il s'agit ici de broser un portrait schématique de la situation afin d'offrir quelques éléments de systématisation et de réflexion relativement à cette question.

³⁴ Voir à cet effet: M.Burgess et A.G. Gagnon, dans *Comparative Federalism and Federation: Competing Traditions and Future Directions*, University of Toronto Press, 1993, p. xiii ainsi que la partie I A. 1 i) du présent mémoire, relativement à la nature juridique de l'Union européenne, notamment le débat entre le fonctionnalisme et la fédéralisation communautaire. Le fédéralisme en Amérique du nord est souvent décrit en terme de « classique » alors que le fédéralisme qui se développe en Europe ne s'effectue pas au moyen d'un emprunt de méthodes et concepts constitutionnels américain. Il s'agit plutôt d'une construction par étape, sui generis. Les différences au plan des documents constitutionnels, du contrôle de constitutionnalité, des systèmes de droit (common law et droit civil) et de la relation entre les États membres de l'Union sont explicites à cet égard.

³⁵P. LESLIE, « La gouverne de l'économie au sein d'intégrations économiques : les cas du Canada, de l'Union européenne et de l'Accord de libre échange nord-américain » dans *L'État-Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, précité, note 16, pp.58-59: « Les phénomènes extérieurs tels que la mondialisation des marchés, la politique économique intérieure et étrangère des États Unis, des changements dans la configuration du pouvoir sur la scène internationale ont de sérieuses répercussions sur les changements qui surviennent à l'intérieur du Canada et de l'UE. Ces deux cas constituent un sujet de comparaison intéressant comme approche différente en matière de création d'une union économique. La comparaison porte sur les institutions et leurs compétences. »

Enfin, l'introduction explicite du principe de subsidiarité permet de mettre en lumière son jeu en droit constitutionnel canadien. Finalement, le modèle de l'Union européenne est l'alternative proposée par le gouvernement québécois au gouvernement fédéral dans sa poursuite de sécession. Bien que ce sujet ne soit pas l'objet de notre étude, le lecteur pourra cependant, nous l'espérons, y trouver des éléments intéressants³⁶.

PARTIE I : LE CADRE JURIDIQUE DE L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

L'intégration juridique et économique, sur un territoire donné, se réalise par l'ouverture des espaces nationaux au moyen de politiques permettant d'unifier l'espace économique et de le rendre plus compétitif. Le fonctionnement de cet espace économique requiert des mécanismes de convergence des normes afin de permettre l'agencement efficace du système mis en place, tout en respectant l'équilibre entre l'unité et la diversité, l'autonomie et la solidarité des communautés. Ces mécanismes de convergence sont établis suivant l'approfondissement de l'intégration. L'examen de l'évolution de l'intégration européenne permet de mettre en valeur plusieurs mécanismes intégratifs réalisant la convergence des normes, dont le principe de subsidiarité. Celui-ci intervient principalement après l'établissement du marché commun ou lorsque celui-ci est suffisamment intégré³⁷. De ce fait, avant d'aborder le principe de subsidiarité et la théorie générale du partage des compétences à laquelle il se rattache, il importe de retracer l'infrastructure juridique qui fonde et qui organise l'intégration européenne, les dispositions déterminatives du degré d'intégration juridique et, par voie de conséquence, les mécanismes de convergence des normes prévues aux traités. Pour ce faire, nous procéderons par une brève présentation de l'ordre juridique communautaire(A1) et du droit de l'intégration européenne(A2), pour ensuite nous tourner vers un examen plus détaillé du principe de subsidiarité (B).

A. L'ORDRE CONSTITUTIONNEL DE L'UNION EUROPÉENNE

³⁶ *Id.*, p.40 : «On peut étudier le Canada, État fédéral faisant partie d'un système régional, sous deux angles : en tant qu'union économique de dix provinces et de trois territoires et en tant que membre d'une association économique de trois pays. En tant qu'union économique, le Canada se compare à l'Union européenne : en fait, les indépendantistes québécois voient dans l'UE un modèle institutionnel apte à sauvegarder l'union économique canadienne après la sécession politique du Québec ».

³⁷ Nous disons principalement car en fait, le principe de subsidiarité, comme nous le verrons, intervient aussi avant la répartition originelle des compétences ou lors des transferts subséquents. Cependant,

1. L'ordre juridique communautaire

i) La nature du régime juridique de la construction européenne

Avant de procéder à la présentation de l'ordre juridique communautaire, il importe d'apporter quelques précisions quant au cadre conceptuel et juridique de la Communauté européenne, notamment quant à sa nature. En effet, lorsqu'on effectue une comparaison entre des systèmes complexes, tels qu'en l'occurrence la Communauté européenne et le régime fédéral canadien, il est nécessaire de déterminer la nature des systèmes comparés afin de cerner les paramètres généraux de l'analyse proposée.

Jusqu'à ce jour, le débat relatif à la détermination et à la qualification de la nature du régime juridique mis en place par les traités portant sur la CE reste vivace et soulève encore des interrogations. Les auteurs oscillent entre une détermination et une caractérisation de la nature de la Communauté, soit en termes d'union pré-fédérale, soit en termes d'organisation internationale. Selon nous, elle serait à mi-chemin entre d'une part, la fédération et le fédéralisme et d'autre part, une organisation supranationale à caractère international. Cependant, la nature juridique de la CE relèverait plus de la fédération que du fédéralisme en raison, principalement, de l'absence d'un État fédéral³⁸.

nous sommes plus intéressée par son intervention suite à la répartition des compétences, à titre de moyen permettant de l'affiner afin de rendre l'intégration économique plus efficace.

³⁸Comme nous le verrons, l'idée fédérale réfère à une forme spécifique d'association humaine. En science politique, elle engage directement le débat entre le pouvoir et les autorités politiques. Il s'agit alors de se demander comment les relations humaines sont-elles mieux organisées afin d'accommoder, de préserver et de promouvoir les identités distinctes. Le fédéralisme répondra à la question principalement en se présentant comme un concept de valeur qui valorise le principe de l'équilibre entre l'unité et la diversité alors que la fédération adoptera une démarche plus institutionnelle. La différence essentielle entre la fédération et le fédéralisme réside dans cette démarche institutionnelle. La fédération privilégie l'incorporation de ses unités constituantes dans son processus décisionnel. Par exemple, dans l'Union européenne, le Conseil est composé des chefs du gouvernement de chaque États membre. Même s'il constitue un organe autonome, il n'en demeure pas moins que le pouvoir appartient à chaque États membres et qu'ils vont l'exercer collectivement alors qu'au Canada, l'exécutif fédéral n'est pas composé des premiers ministres de chaque province canadienne. En effet, dans la mesure où les membres du Conseil sont les représentants politiques de l'État membre, on ne peut pas dire, même s'il s'agit d'un organe indépendant, que les décisions ne sont pas prises collectivement, même si l'on ne réfère pas à l'intergouvernementalisme. En effet, un président français, contre une décision européenne au plan national, ne va sûrement l'appuyer à titre de membre du Conseil.

À ce sujet, la distinction conceptuelle entre le fédéralisme et la fédération tient à ce que le fédéralisme est essentiellement un concept de valeur visant à concilier l'unité et la diversité³⁹, en maintenant la balance entre l'indépendance mutuelle et l'interdépendance entre les paliers gouvernementaux⁴⁰. Selon J. Brossard, il s'agit de « réaliser un équilibre dynamique entre plusieurs tensions contradictoires : le besoin de liberté ou le désir d'indépendance et le besoin de sécurité ou le désir d'ordre, la spécificité socioculturelle et l'intégration socio-économique, le respect de la diversité et la tendance croissante à l'unité et les pouvoirs des diverses entités »⁴¹. Quant à la fédération, elle est un arrangement institutionnel prenant la forme d'un État distinct des autres États, par le seul fait que son gouvernement central incorpore des unités régionales dans sa procédure décisionnelle, sur le fondement de certaines dispositions constitutionnelles ou des dispositions possédant une primauté dans la hiérarchie juridique des normes⁴² mises en place par cet État. Dans les deux cas, le trait dominant demeure toutefois l'institutionnalisation de la diversité. À cet effet, le fédéralisme a toujours été présenté comme un principe unificateur permettant de réaliser l'idée de l'État et la fédération, comme aspirant à cette vocation⁴³. Dans ce contexte, la finalité fédérale visée et commune à ces deux traditions est d'arriver à un équilibre entre les volontés autonomistes et

³⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 20, p. 244 : « Le fédéralisme était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui. À l'époque de la confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettait de concilier unité et diversité ».

⁴⁰ Comme le rappelait le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, id.: « Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leur propre sphère de compétence. La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité ».

⁴¹ J. BROSSARD, « L'accession à la souveraineté et le cas du Québec », Les Presses de l'Université de Montréal, p. 747.

⁴² L'Union européenne n'est pas un État même si elle possède un territoire et une population. Conséquemment, certains auteurs, lors de leur analyse de la nature de l'Union européenne, ont mis en valeur que les institutions supranationales de l'Union, en réalisant un compromis entre le fédéralisme et la fédération, établissaient une forme de système supranational représentant un fédéralisme inachevé dont les principes fédératifs sont renforcés par le passage du temps et de l'action communautaire. Au sujet de la distinction entre le concept de « fédéralisme » et celui de « fédération » v. *Comparative Federalism and Federation, Competing Traditions and Future Directions*, précité, note 34; W.S. LIVINGSTON, « A note on the nature of federalism », (1952) 67 *Political Science Quarterly*, pp. 81 et suiv.; P.KING, *Federalism and Federation*, Croom Helm, London, 1982; C. DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1; O. Beaud, précité, note 18.

⁴³ Toutefois, il faut souligner que même si on présume que la fédération a vocation à devenir un État fédéral et que ses démarches intégratives, comme dans l'Union européenne, peuvent tendre à cet aboutissement, il faut garder à l'esprit, lorsqu'on analyse de façon constructive cette vocation, que la fédéralisation n'en sera peut-être pas la fin ultime.

le désir de regroupement des collectivités⁴⁴. Toutefois, l'absence d'État fédéral relègue la qualification constitutive de l'Union, pour bien des auteurs, à une organisation internationale⁴⁵. Cependant, l'ampleur des compétences et des pouvoirs transférés à l'Union ainsi que la qualification, par la Cour de Justice des Communautés européennes, des traités européens de « charte constitutionnelle »⁴⁶ ne permet pas, selon nous, de qualifier l'Union européenne de simple organisation internationale ou d'union confédérale⁴⁷. À ce titre, comme nous le constaterons plus loin, les mécanismes de convergence des ordres juridiques prévus dans les traités constitutifs, les transferts importants de compétences étatiques au plan communautaire ainsi que les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (qui ont réalisé une importante centralisation par le biais d'une interprétation finaliste des traités et par la mise de l'avant des principes de primauté du droit communautaire et de l'effet direct des normes européennes en droit interne) permettent de constater qu'un ordre constitutionnel

⁴⁴ V. B. VOYENNE, « Histoire de l'idée fédéraliste », (1976) 11 *Réalités et présent*, p. 31 et *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 20: «Le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d'une seule et même nation en accordant d'importants pouvoirs aux gouvernements provinciaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* était un acte d'édification d'une nation. Elle était la première étape de la transformation de colonies dépendant chacune du Parlement impérial pour leur administration en un État politique unifié et indépendant où des peuples différents pouvaient résoudre leurs divergences et, animés par un intérêt mutuel, travailler ensemble à la réalisation d'objectifs communs. Le fédéralisme était la structure politique qui permettait de concilier unité et diversité ».

⁴⁵ V. P. LESLIE, précité, note 35, p.16: «En dépit de l'ampleur de ses compétences et de l'intention de les étendre encore davantage en vertu du Traité de Maastricht, la Communauté n'est pas une fédération (pas plus que l'UE). La CE ne possède pas de gouvernement central doté de sa propre assise électorale et financière. Le Parlement européen ne dispose pas des pouvoirs d'un Parlement national, et la CE dépend toujours des négociations entre les États membres pour financer ses activités, l'application des politiques et des lois ».

⁴⁶ V. arrêt *Les verts* du 23 avril 1986 et l'*avis* de la CJCE du 14 décembre 1991. Au soutien de la qualification « constitutionnelle » se rattachant à un certain fédéralisme plutôt qu'à une analyse en terme de droit international, la CJCE a soutenu qu'une décision ou une directive communautaire n'était pas un accord international, tant par son objet que par le cadre institutionnel à l'intérieur duquel il a été élaboré: arrêt du 18 mars 1980, aff. 91/79, *Commission/Italie*, rec. p. 1099, aff. 92/79, *Commission/Italie*, rec. p.1115.

⁴⁷ En ce qui concerne la définition de la confédération, voir : M.PRÉLOT et J. BOULOUIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 6e éd., Dalloz, 1975, p. 274: «La confédération, au sens précis du terme, est donc un agrégat durable d'États dont les membres, ayant des objectifs communs, généraux et mêmes vitaux, comme la sécurité et la paix, sont tenus par des engagements permanents et possèdent des organes inter- étatiques d'actions et de représentations » ainsi que M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1970, p. 26: «L'opposition traditionnelle de la « fédération » et de la « confédération » est fondamentale à cet égard. Les autorités placées à la tête d'une fédération ont un véritable pouvoir gouvernemental sur les États membres; la fédération elle-même constitue un super-État. Au contraire, à la tête d'une confédération existent seulement des organismes de coordination, sans pouvoirs de décision véritables; l'autorité reste entre les mains des États confédérés. La conséquence, c'est que les décisions des organismes confédéraux doivent être prises à l'unanimité, tandis que la majorité suffit pour celles des organismes fédéraux ».

commun est en train de se dessiner sur le continent européen⁴⁸. Certains auteurs préconisent alors la notion d'organisation supranationale⁴⁹. Cette notion sous-entendrait un rattachement avec le fédéralisme et la fédération⁵⁰. À cet égard, la compréhension des problématiques ayant historiquement permis le développement d'une finalité fédérative, dans l'Union européenne, nous permet d'étayer cette interprétation.

Le désir de paix durable, né de la Deuxième guerre mondiale, a toujours été rapporté comme l'élément catalyseur dans la formation et le développement de l'Union européenne⁵¹. La construction communautaire visait, par la mise en commun du charbon et de l'acier, à empêcher la construction d'armes de guerre et à nouer un lien privilégié entre la France et l'Allemagne, les ennemis d'hier. La méthode permettant d'atteindre cet objectif a été partagée, dès les débuts, entre deux tendances idéologiques, soit la fédéralisation, qui se traduit par un désir de regroupement, et le fonctionnalisme communautaire, caractérisé par le désir des États de conserver leur autonomie⁵². À ce sujet, la déclaration Schuman du 9 mai

⁴⁸ J.V. LOUIS, « L'ordre juridique communautaire, perspectives européennes », *Office des Publications Officielles des Communautés européennes*, 1986, p. 61.

⁴⁹ V. Panayotis SOLDATOS, précité, note 16.

⁵⁰ V. à cet effet: Panayotis SOLDATOS « Le cadre constitutionnel et l'appareil « sui generis » des pouvoirs publics communautaires » dans *L'accès au marché de l'Union européenne et le droit européen des affaires*, (1995), service de la formation permanente du Barreau du Québec, éd. Yvons Blais inc., Cowansville, p 1 à 26.

⁵¹ V. à cet effet, le préambule du TUE relatif à l'importance historique de la fin de la division du continent européen. Subsidièrement, la rivalité économique croissante entre les États-Unis, le Japon et l'Europe occidentale à partir de 1960, ainsi que l'effondrement du communisme en Europe orientale en 1989, couplé de la restructuration économique et l'instabilité politique qu'il a entraînée dans cette région ont aussi été, à leur tour, des éléments moteurs du développement de l'UE; v. P. LESLIE, précité, note 35, p.5.

⁵² Comme on le sait, la construction européenne s'est réalisée à travers le développement de solidarités sectorielles, dans certains domaines techniques et économiques, de façon progressive. Certains auteurs qualifient ce développement selon une perspective fonctionnaliste, c'est-à-dire que l'UE s'est développée non pas suivant un fédéralisme étatique classique établi, mais en privilégiant les réalisations concrètes dans des domaines précis. La tendance fonctionnaliste s'inscrit dans la mouvance de la pensée post-moderne relative au libéralisme politique et économique où l'on assiste à un mouvement de séparation entre, d'une part, la sphère de vie privée, que l'on rattache aux droits et libertés et d'autre part, la sphère publique, l'État, qui est de plus en plus perçu comme une simple instance d'administration des besoins et de la production, au profit de l'entreprise et du marché. Les auteurs soulignent d'ailleurs de plus en plus la question du délaissement de l'État providence et de l'interventionnisme vers une libéralisation progressive et sectorielle de divers domaines. Toutefois, nous sommes d'avis que la CE est un ensemble fédératif, mais que dans ce cadre, on retrouve des éléments fonctionnalistes, de la même manière qu'en droit constitutionnel canadien, dans le cadre du formalisme ayant traditionnellement marqué l'interprétation judiciaire du partage des compétences, on retrouve des interprétations relevant du fonctionnalisme, comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce travail. Ce fonctionnalisme permet les ajustements concrets aux réalités et besoins, relativement à l'environnement interne et international. V. J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, 2 éd., L.G.D.J., 1996, p.3.

1950 fait appel à la « fédération européenne », mais pose le principe de la construction communautaire concrète, par étapes, avant la réalisation de la fédération⁵³. Cette conception de l'Europe sera reprise dans les préambules des traités constitutifs de l'Union européenne. Cependant, la référence à la « fédération » sera remplacée par celle du « rassemblement des peuples », donnant ainsi plus de poids à l'analyse de l'Union en termes d'organisation internationale. Toutefois, les réalisations concrètes, les avancées communautaires et l'arrivée de nouvelles problématiques modernes, du fait de l'internationalisation de l'économie, ont amené les auteurs à se concentrer davantage sur les rapports entre l'économie, la société civile et le citoyen. Les mots d'ordre à la fin du XXe siècle ont été ceux de subsidiarité, de citoyenneté, de démocratie et de culture. L'idée de fédéralisation de l'Europe est alors passée au second plan dans les esprits pour répondre à ces problématiques. Cependant, ceci ne veut pas dire que l'idée de la fédération est devenue désuète. Au contraire, il a toujours existé une volonté de construire une Europe unie. Toutefois, celle-ci se construit, non par un processus constitutionnel de type étatique s'inspirant du modèle fédéral classique, mais par un processus permettant d'abord la réunion des États européens autour d'objectifs économiques dans le cadre d'un système institutionnel. Ce système a pour vocation de mettre en oeuvre efficacement ces objectifs et il possède, par ailleurs, une finalité fédérale.

ii) Les sources du droit communautaire

Le développement de l'édifice constitutionnel commun européen a suivi l'approfondissement de l'architecture juridique de l'Union, dans la mouvance des tendances fédéralistes et supranationales ou internationales, au gré des achèvements communautaires, suivant les divers traités européens successifs. Ces traités sont les sources primaires du droit communautaire.

Le droit communautaire européen a pris naissance le 18 avril 1951, lorsque six pays⁵⁴ ont paraphé le *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier* (CECA), qui est entré en vigueur le 23 juillet 1952. En 1955, un nouveau projet commun, sur le même modèle que celui de la CECA, a été présenté. Il visait à développer l'union européenne sur le plan économique. De ce projet, le *Traité de Rome instituant la Communauté économique*

⁵³ « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera, par des réalisations concrètes, créant d'abord des solidarités de faits » V. Thierry DAUP, précité, note 17, p.26.

⁵⁴ Belgique, Allemagne fédérale, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas.

européenne (CE) et le *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique* (CEEa) verront le jour et seront ratifiés en 1957, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1958⁵⁵. La construction européenne a été relancée en 1986 par l'*Acte unique* qui a décidé de la réalisation complète de la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux, dans un espace sans frontière pour l'année 1992. Cette année a marqué la création de l'Union européenne par le *Traité portant sur l'Union européenne* (TUE), soit le *Traité de Maastricht*, qui est révisé par le *Traité d'Amsterdam* en 1997 et le *Traité de Nice* (2000). Le *Traité de Maastricht* a établi une union fondée sur les Communautés européennes ainsi que sur de nouvelles formes de coopération en matière de politique étrangère et sécurité commune (PESC) et en matière d'affaires intérieures et de justice (JAI)⁵⁶, tout en précisant les modalités de l'union monétaire. Le *Traité d'Amsterdam*, reprenant les accords de Schengen, a réaffirmé l'ouverture des frontières des quinze pays européens, le renforcement des pouvoirs du Parlement européen et a posé le principe d'une coopération renforcée pour les États membres désireux d'approfondir leurs relations. Enfin, le *Traité de Nice* de l'an 2000 a procédé, essentiellement, à une réforme institutionnelle en vue des nouvelles adhésions à l'Union.

Le TUE se compose d'un ensemble de dispositions, dites formelles, communes aux trois communautés (CE, CECA et CEEa) relativement aux institutions, aux actes et aux recours communautaires. Ces dispositions définissent le cadre institutionnel de l'Union européenne. Pour sa part, le traité CE comprend, outre les dispositions formelles, des règles matérielles dont les plus importantes ont trait aux quatre libertés économiques (la libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et des services). Les règles formelles retiendront notre attention, dans un premier temps, parce qu'elles forment le cadre juridique d'application des règles matérielles, puis parce qu'elles peuvent être qualifiées de règles « constitutionnelles » dans la mesure où elles portent sur la dévolution, l'exercice et la limitation des pouvoirs et de certaines compétences étatiques, dont les États membres se sont

⁵⁵ Entre la CECA et la CEE, un projet de communauté européenne de défense sera discuté mais il ne se concrétisera pas. Par ailleurs, suite à ces premières adhésions, d'autres États viendront se joindre au groupe des six, entre 1981 et 1986, soit le Royaume Uni, le Danemark, l'Irlande, la Grèce, le Portugal et l'Espagne. L'Autriche, la Suède et la Finlande entreront dans l'UE en 1995.

⁵⁶ Article premier, 3^e alinéa TUE: «L'Union est fondée sur les Communautés européennes complétées par les politiques et formes de coopération instaurées par le présent traité.» En l'espèce, les coopérations édictées par les traités ne seront pas abordées puisqu'elles relèvent d'une logique de coopération intergouvernementale demeurant essentiellement sous l'égide du politique et non d'une logique d'intégration, comme dans les communautés.

départis au profit d'organes indépendants⁵⁷. Comme nous le verrons, nous retrouvons parmi ces dispositions plusieurs dynamiques de convergence des normes.

Les règles et les normes communautaires s'appréhendent facilement sous la théorie classique kelséenne de la hiérarchie des normes⁵⁸, où l'on retrouve, au sommet, le droit primaire. Celui-ci est composé de l'ensemble des traités, de protocoles et d'annexes. Ils constituent la nomenclature dans laquelle les institutions communautaires agissent et ont prééminence sur l'ensemble du droit communautaire, ceci en raison de la nature quasi-constitutionnelle que la Cour de justice des communautés européennes a donnée aux traités fondateurs, ainsi qu'en vertu des règles de la primauté du droit communautaire et de l'effet direct.

En s'appuyant, obligatoirement et explicitement,⁵⁹ sur une disposition du droit primaire, les institutions communautaires peuvent adopter des actes juridiques obligatoires⁶⁰ prenant diverses formes : soit le règlement, qui a une portée obligatoire et qui est directement applicable en droit interne, la directive, qui constitue une réglementation cadre liant les États membres quant aux résultats à atteindre mais qui laisse à l'État le choix de la forme et des moyens de transposition interne⁶¹ et les décisions, qui sont obligatoires pour les destinataires

⁵⁷ Essentiellement, le pouvoir de décision au sein de l'Union européenne est réparti entre les institutions européennes supranationales et les gouvernements des États membres. La Commission européenne (art. 211 et suiv. CE) et le Parlement européen (art. 189 et suiv. CE) constituent l'organe exécutif et l'organe législatif de l'Union européenne; quant au Conseil des ministres (art. 202 et suiv. CE), il se compose des représentants de chaque État membre. La Cour de justice (art. 220 et suiv. CE) joue le rôle d'arbitre définitif lors de différends entre institutions de l'Union européenne ou entre ces dernières et les États membres. La Commission, le Parlement et la Cour de justice sont des institutions d'essence pré-fédérale. Le Parlement possède un pouvoir décisionnel, généralement à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission, de codécision ou d'avis conforme, s'imposant aux États membres et aux particuliers dans un cadre juridique permettant une mise en œuvre effective des décisions prises. Des domaines importants relèvent cependant de l'unanimité, notamment la fiscalité, la révision des traités, la création de nouvelles ressources, l'adhésion ou l'association à l'Union. Ces Communautés, à la différence de l'UE, possèdent la personnalité juridique et c'est dans celles-ci que l'on retrouve principalement les éléments fédératifs de la construction européenne. En effet, la CE est le seul pilier vraiment « supranational »; elle seule a le pouvoir de prévaloir sur les politiques et les lois nationales.

⁵⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, réédition, 1962.

⁵⁹ L'absence de référence à un article précis constitue un vice substantiel. S'il n'y a pas de dispositions précises, les institutions peuvent utiliser, sous certaines conditions, l'article 308 CE. Mais les mesures relevant de la politique agricole commune doivent obligatoirement être prises en vertu de l'article 37 CE. L'article 253 CE impose la motivation de chaque acte. L'absence de motivation entraîne l'illégalité de l'acte.

⁶⁰ Les actes juridiques obligatoires doivent être motivés : l'absence de référence à un texte précis entraînera l'invalidation de la mesure.

⁶¹ Art. 249 CE.

et qui possèdent un effet direct⁶². Les institutions peuvent aussi adopter, selon le droit primaire, des avis et des recommandations qui n'ont pas de caractère obligatoire. L'ensemble de ces actes forme le droit dérivé. Le droit dérivé doit être conforme au droit primaire et respecter autant les articles généraux que les articles particuliers, contenus dans les traités⁶³. Ces actes établissent des dynamiques de convergence puisqu'ils sont applicables sur l'ensemble du territoire communautaire.

Deux principes cardinaux dégagés par la Cour de justice des communautés européennes, ainsi que l'interprétation donnée à l'article 10 CE, notamment, ont facilité la mise en oeuvre effective du droit communautaire dans l'ensemble des États-membres. Il s'agit du principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national, ainsi que les principes de l'application directe et de l'effet direct du droit communautaire en droit interne.

L'article 10 CE édicte que :

« Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

La Cour a interprété cette disposition comme établissant un principe fondamental, dans l'Union européenne, à l'effet que les États membres ont l'obligation d'implanter le droit communautaire dans leur droit interne, de manière à ce qu'il reçoive une application uniforme et un effet utile sur l'ensemble du territoire communautaire. Ainsi, les États membres ne peuvent pas choisir de méthodes de réception en droit interne qui laissent planer un doute relativement à l'applicabilité directe de la législation communautaire⁶⁴. Le principe

⁶² En l'espèce, les sujets de droit communautaire sont autant les États membres que les particuliers : voir à cet effet : *Vand Gend en Loos*, affaire du 5 février 1963, CJCE.

⁶³ J. RIDEAU, précité, note 51, p.94.

⁶⁴ CJCE, arrêt du 21 septembre 1983, aff. Jtes. 205 à 215/82, *Deutsche Milchknontor/ Allemagne*, rec. p. 2633 à la p. 2665 : « Conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les États membres, il appartient aux États membres, en vertu de l'article 5 du Traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires (...). Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution de réglementation communautaire, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national, étant entendu, comme la Cour l'a déjà dit (...) que cette règle doit se concilier avec la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire »; arrêt du 10 avril 1984, aff. 14/83 *Von Colson et Kamann/ Land Nordrhein-*

de la primauté du droit communautaire et celui de l'effet direct découlent, notamment, de cette disposition.

De façon plus précise, en ce qui concerne le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national, la Cour, dans l'affaire *Costa / E.N.E.L.*⁶⁵, a traité de la question en référant à la nature de la Communauté. Selon la Cour, la Communauté est dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique et elle repose principalement sur le transfert de compétences étatiques des États-membres vers la Communauté. Ce transfert limite les compétences des États membres et aménage un régime de droit communautaire autonome et unifié. Le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit interne est une conséquence de cet aménagement. Il est à l'effet qu'une règle communautaire a préséance sur une règle de droit interne de sens contraire, ainsi qu'un acte unilatéral ultérieur d'un État sans quoi le caractère communautaire et les fondements juridiques de la Communauté seraient remis en cause. Le principe de la primauté du droit communautaire n'implique pas la primauté sur l'ensemble du droit interne mais seulement lorsqu'un conflit entre deux règles se pose. Dans ce cas, le conflit sera résolu par l'inapplicabilité de la règle interne au profit de la règle communautaire.

Selon les affaires *Costa / E.N.E.L.* et *Simmenthal*⁶⁶, la primauté du droit communautaire joue contre les règles constitutionnelles des États, les règles internes antérieures ou postérieures au Traité, ainsi que les règles relatives aux droits fondamentaux pouvant être énoncées dans les constitutions nationales, dans la mesure où la règle communautaire ne viole pas un droit fondamental dégagé par la CJCE dans les principes généraux du droit⁶⁷.

Du principe de la primauté du droit communautaire découlent plusieurs règles d'interprétation des traités formulées dans la jurisprudence de la Cour.

Westfalen, rec. p. 1891, p. 1909: «Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, et notamment les dispositions d'une loi nationale spécialement introduite en vue d'exécuter une directive, la juridiction nationale est tenue d'interpréter son droit national à la lumière du texte et des finalités de la directive pour atteindre le résultat visé. » ; affaire 34/73, *Variola*, [1973] ECR, 990.

⁶⁵ Arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, rec. P. 1160.

⁶⁶ Id., arrêt du 9 mars 1978, *Administration des finances/ Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77, rec. p. 644.

⁶⁷ Avis du 15 novembre 1994. sggé 1/94, ec. p. I-5267).

Tout d'abord, les déclarations unilatérales des États membres dans les procès verbaux⁶⁸ ne peuvent servir à interpréter les dispositions, de même que les réserves et les objections énoncées par les États membres lors de l'élaboration des textes⁶⁹ et durant les négociations⁷⁰. Le comportement des États n'est pas non plus considéré⁷¹. Par ailleurs, la référence à l'intention des auteurs est rare. Enfin, la Cour privilégie une interprétation téléologique et finaliste en ayant recours au contexte législatif, surtout en présence de divergences d'interprétation et de différences dans les versions linguistiques⁷². Finalement, lorsqu'un texte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité⁷³.

Le troisième principe important, relativement à la mise en oeuvre du droit communautaire, concerne l'applicabilité directe et immédiate du droit communautaire ainsi que l'effet direct de certaines dispositions du droit primaire et des règlements⁷⁴. L'effet direct signifie qu'une disposition ne nécessite pas l'adoption d'une mesure de réception en droit interne afin d'être applicable. Il ne faut cependant pas confondre l'effet direct de l'applicabilité directe. Celle-ci signifie que les règles du droit communautaire ont plein effet, de manière uniforme, sur l'ensemble du territoire communautaire, dès leur entrées en vigueur⁷⁵. En ce sens, une

⁶⁸ Arrêt du 26 février 1991, *The Queen / Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, C-292/89, rec. p. I-745; arrêt du 19 mars 1996, *Commission / Conseil*, C-25/94, rec. p. I-1469.

⁶⁹ Arrêt du 30 janvier 1985, *Commission / Danemark*, 143/83, Rec. p. 427; *The Queen / Immigration Appeal Tribunal Ex parte Antonissen, id.*; arrêt 14 janvier 1987, *Allemagne / Commission*, aff. 278/ 87, rec.5013.

⁷⁰ *Allemagne / Commission, id.*; arrêt du 23 février 1988, *Commission / Italie*, aff. 429/85, rec. p. 843.

⁷¹ Arrêt du 14 décembre 1971, *Commission / France*, aff. 7/71, rec. p.1003; arrêt 8 avril 1976, *Defrenne / Sabena*, aff.43/75, rec. 455; arrêt 25 septembre 1979, *Commission / France*, aff.233/78, rec.2729.

⁷² Arrêt du 22 septembre 1988, *Land de Sarre/ Ministre de l'industrie*, aff. 187/87, rec. p. 5013 (contexte); arrêt de 6 octobre 1982, *Clifit/ ministre de la santé*, aff. 283/81, rec. p. 3415; arrêt 30 octobre 1975, *Rey Soda / Cassa conguaglio Zucchero*, aff. 23 /45, rec. p.1279 (téléologique); arrêt du 25 mars 1985, *Commission / Royaume Uni*, aff. 100/84, rec. p. 1169; arrêt du 6 avril 1995, *Ferrière nord / Commission*, aff. T-143/89, rec. p. II-917; arrêt du 28 mars 1985, *Commission / Royaume-Uni*, aff. 100/84, rec. p. 1169 (versions linguistiques); arrêt 29 juin 1995: *Espagne / Commission*, aff. C-135/93, rec. p. I-1651, arrêt du 10 mars 1971, *Tradax*, aff. 38/70, rec. p. 145; arrêt du 24 juin 1993, *Tretter/ Hauptzollamt Stuttgart-Ost*, aff. C-90/92, rec. p. I-3569 (interprétation divergente).

⁷³ Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / France*, affé 220/83, rec. p. 3663; Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Danemark*, aff. 252/83, rec. p. 3713; Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Allemagne*, aff. 205/84, rec. p. 3755; Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Irlande*, aff. 206/84, rec. p. 3817; Arrêt du 21 mars 1991, *Rauh / Hauptzollamt Nürnberg-Fürth*, aff. C-314/89, rec. p. I-1647; Arrêt du 10 juillet 1991, *Neu e.a. / Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, aff. C-90/90 et C-91/90, rec. p. I-3617; Arrêt du 27 janvier 1994, *Herbrink / Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, aff. C-98/91, rec. p. I-223; Arrêt du 29 juin 1995, *Espagne / Commission*, aff. C-135/93, rec. p. I-1651.

⁷⁴ Art. 249 CE

⁷⁵ Arrêt du 9 mars 1978, précité, note 66.

disposition n'est pas nécessairement applicable dès sa formulation, même si elle possède un effet direct. De même, l'entrée en vigueur d'une disposition peut dépendre d'une mesure de réception en droit interne.

Selon le *Traité de Maastricht*, les règlements possèdent un effet direct. La jurisprudence a toutefois étendu l'effet direct à certaines dispositions des traités, aux directives et aux décisions communautaires. Selon la jurisprudence, l'effet direct de certaines dispositions du droit communautaire s'infère du fait que ces articles, en raison de leur précision, ne nécessitent pas des mesures de réception en droit interne de la part des États membres afin d'être en vigueur sur l'ensemble du territoire communautaire⁷⁶. Ainsi, lorsque les dispositions créent des droits et obligations pour les particuliers, ceux-ci sont directement invocables devant le juge national. Elles sont alors dites d'effet direct individuel. Cependant, une disposition directement applicable n'est pas nécessairement dotée de l'effet direct et une disposition possédant un effet direct n'est pas nécessairement directement applicable. Cela dépend du destinataire visé et de la date d'entrée en vigueur. Les articles du Traité CE dotés de l'applicabilité ou de l'effet direct sont les articles : 28⁷⁷, 29⁷⁸, 31⁷⁹, 39⁸⁰, 43-49⁸¹, 81-82⁸²,

⁷⁶ *Vand Gend en Loos*, précité, note 62; arrêt 13 février 1969, aff. 14/68 *Walt Wilhelm*, rec.p.1; Arrêt du 4 février 1988, *Murphy / An Bord Telecom Eireann*, aff. 157/86, rec. p. 673; Arrêt du 24 mars 1988, *Commission / Italie*, aff. 104/86, rec. p. 1799; Arrêt du 26 avril 1988, *Commission / Allemagne*, aff. 74/86, rec. p. 2139; Arrêt du 19 juin 1990, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, aff. C-213/89, rec. p. I-2433; Arrêt du 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, rec. p. I-2517.

⁷⁷ CJCE 8 nov. 1979, aff. 251/78, *Denkavit*, rec. p. 3369; 22 mars 1977, aff. 74/76, *Lanelli et Volpi* rec. p.557; arrêt du 29 novembre 1978, aff. 83/78, *Redmond*, rec. p. 2347; arrêt du 14 décembre 1982, aff. Jtes. 314, 316/81 et 83/82, *Walerkeyn*, rec. p. 4337; arrêt du 15 dec. 1993, aff. jtes 277/ 91 318 et 319/ 91, *Ligur Carni*, rec. p. I-6621.

⁷⁸ *Redmond*, id.; arrêt du 9 juin 1992, aff. 47/90, *Delhaize et le lion*, rec. p. I-3669.

⁷⁹ Arrêt du 13 mars 1979, aff. 91/78, *Hansen*, rec. p. 935.

⁸⁰ Arrêt du 4 avril 1974, aff. 167/73 *Commission/France*, rec. p. 359; arrêt du 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duyn*, rec. p. 1337; arrêt du 14 juillet 1976, aff. 13/76, *Dona*, rec. p. 1333; arrêt du 12 avril 1994, aff. 1/93, *Halliburton*, rec. p. I-1137.

⁸¹ Arrêt du 3 décembre 1974, aff. 33/74, *Van Binsbergen*, rec. p. 1299; arrêt du 8 avril 1976, aff. 48/75 *Royer*, rec. p. 497; arrêt du 28 juin 1977, aff. 11/77 *Patrick*, rec. p. 1199; arrêt du 25 octobre 1979, aff. 159 /78, *Commission / Italie*, rec. p. 3247; arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, rec. p. 3305; arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, rec. p. 631.

⁸² Arrêt du 6 avril 1962, aff. 13/61, *Société Keldingverkoopbedrijf*, rec. p. 89; arrêt du 10 juillet 1980, aff. 37/79, *Marty*, rec. p. 2481.

95⁸³, 119⁸⁴CE. Par ailleurs, les dispositions directement applicables mais invocables seulement contre un État sont les articles : 12⁸⁵, 23⁸⁶, 25⁸⁷ et 88⁸⁸ CE.

Les directives ne sont pas, a priori, dotées de l'effet direct puisqu'elles sont destinées aux États membres. Elles ne sont pas non plus d'applicabilité directe du fait qu'elles doivent faire l'objet d'une mesure de réception de la part des États. Cependant, la jurisprudence de la Cour a nuancé ce principe en énonçant qu'à l'expiration du délai de transposition de la directive, un particulier pouvait l'invoquer devant un juge national, dans la mesure où les dispositions en cause possédaient un degré de précision qui ne laissait à l'État qu'une faible marge discrétionnaire. Mais, il s'agit d'une exception qui ne s'étend qu'aux particuliers dans le cadre d'un litige contre un État ou une institution communautaire⁸⁹.

Enfin, certains accords internationaux conclus par la Communauté sont dotés de l'effet direct⁹⁰.

Ces principes du droit communautaire ont été formulés par la Cour de justice des Communautés européennes. Celle-ci possède des compétences d'attribution. Selon l'article 220 CE, elle veille à l'interprétation et l'application du droit communautaire. Cependant, c'est le juge national, dans l'ordre juridique interne de chaque État membre, qui applique le droit communautaire aux cas d'espèce et en assure l'effectivité. Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes et sa jurisprudence s'apparentent à une cour constitutionnelle.

⁸³ Arrêt du 16 juin 1966, aff. 57/65, *Luticke*, rec. p. 293; arrêt du 22 mars 1977, aff. 74/76, *Lannelli et Volpi*, précité, note 77; arrêt du 5 mai 1982, aff. 15/81, *Schul*, rec. p. 1409; arrêt du 16 décembre 1992, aff. 17/91, *Lornoy* RJF 3/93, no 473, rec. p. I-6523.

⁸⁴ *Defrenne*, précité, note 71; arrêt du 11 mars 1980, aff. 69/80, *Woringham*, rec. p. 767.

⁸⁵ Arrêt du 28 juin 1978, aff. 1/78, *Kenny*, rec. p. 1489; arrêt du 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Bolissac St-Frères*, rec. p. 3427; arrêt du 13 février 1985, aff. 293/83, *Gravier*, rec. p. 539; arrêt du 2 février 1989, aff. 186/87, *Couvan*, rec. p. 95; arrêt du 20 octobre 1993, aff. 92/92 et 326/92, *Phil Collins*, rec. I-5145.

⁸⁶ *Denkavit*, précité, note 77.

⁸⁷ *Van Gend en Loos*, précité, note 62; arrêt du 6 décembre 1992, aff. 17/91, *Lornoy*, précité, note 83.

⁸⁸ Arrêt du 19 juin 1973, aff. 77/72, *Capolongo*, rec. p. 611; arrêt du 11 décembre 1973, aff. 120/73, *Lorenz*, rec. p. 1471; arrêt du 22 mars 1977, aff. 78/76 *Steinike et Weingl*, rec. p. 595; arrêt du 21 novembre 1991, aff. 354/90, *Federation nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, rec. p. I-5505.

⁸⁹ Voir à cet effet : *Van Duyn*, précité, note 80; arrêt du 5 avril 1979, affaire 148/78, *Ratti*, rec. p. 1629; arrêt du 23 février 1994, affaire C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, rec., p. I-483.

⁹⁰ Il en est ainsi, notamment, des accords de l'OMC conclus par la Communauté. En effet, la Communauté possède une compétence exclusive relativement à la politique commerciale commune.

2- Aperçu général du droit de l'intégration économique européenne

L'espace économique européen est constitué de l'ensemble des domaines soumis à des dynamiques de convergence et d'ouverture. En l'espèce, le domaine du droit de l'intégration européenne est fondé sur l'engagement des États membres d'établir et de protéger un marché unique, au sein duquel les marchandises, les services, les capitaux et la main-d'œuvre circulent sans restrictions imposées par des lois, des pratiques administratives ou des règlements nationaux⁹¹. Pour ce faire, les traités constitutifs ont prévu des dispositions négatives, visant à interdire les entraves pécuniaires et non pécuniaires et les restrictions quantitatives. Les États ont accepté de limiter leurs capacités d'intervention de manière à produire une plus grande fluidité dans la circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ils édictent aussi des dispositions positives garantissant l'exercice de ces libertés de façon non discriminatoire, c'est-à-dire, pouvant être exercées sur l'ensemble du territoire communautaire de façon égale pour tous. Ce principe de non-discrimination est un principe général fondamental dans l'ordre communautaire, que l'on appelle communément, par ailleurs, le principe du traitement national. Celui-ci est à l'effet que l'on doit accorder le même traitement à tous les ressortissants des États membres de l'Union, et ce traitement ne doit pas différer de celui que l'État accorde à ses propres ressortissants⁹². La réalisation de ces dispositions comporte en elle-même une finalité de convergence puisque tous les États membres doivent agir de la même façon ou s'abstenir communément d'agir afin d'établir un marché unique.

De façon plus spécifique, en ce qui concerne les dispositions relatives à l'intégration des marchés, les traités prévoient la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. En ce qui concerne la libre circulation des marchandises, les dispositions introductives du traité CE énoncent que « la Communauté est fondée sur une union douanière ». L'union douanière emporte l'élimination des entraves de nature pécuniaire

La compétence de la Communauté est autant interne qu'externe. Ainsi, lorsqu'elle conclut des accords internationaux dans ce domaine, ils sont directement applicables en droit interne.

⁹¹ Article 2 du traité CE.

⁹² Ce principe ne s'applique cependant qu'à l'égard des États membres et non envers les pays tiers : arrêt du 24 juin 1986, *Malt / Hauptzollamt Düsseldorf*, 236/84, rec. p. 1923.

ou non pécuniaire, susceptibles de faire obstacle à la libre circulation des marchandises⁹³. L'objectif de l'union douanière a été atteint le 1^{er} juillet 1968.

Selon le paragraphe 8 de l'article XXIV de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* de 1947, l'union douanière consiste en la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers avec pour conséquence, sur le plan interne, l'élimination des droits de douanes dans les échanges entre les États membres et, sur le plan externe, l'identité des droits de douane applicables aux échanges avec les pays tiers. Ces éléments sont repris dans le traité CE aux dispositions 25 et 26⁹⁴. L'union douanière s'étend à l'ensemble des marchandises communautaires et elle présuppose que la libre circulation des marchandises sur l'ensemble du territoire est assurée⁹⁵. Selon la Cour, la notion de marchandise s'étend à l'ensemble « des produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »⁹⁶. La liberté de circulation bénéficie tant « aux produits qui sont originaires des États membres (...) qu'aux produits en provenance de pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans les États membres » aux termes de l'article 23(2) du traité CE⁹⁷. Ainsi, en franchissant les frontières de l'union douanière, une marchandise acquiert donc la qualité et le statut de marchandise communautaire. Ce statut lui permet de circuler librement d'un État membre à l'autre. L'atteinte de l'objectif de l'union douanière a permis « l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises ainsi que toutes autres mesures d'effet équivalent »⁹⁸.

Suite à l'établissement de l'union douanière, la Communauté s'est penchée sur l'élimination des entraves de nature pécuniaire et non pécuniaire à la libre circulation des marchandises. En ce qui concerne les entraves pécuniaires, celles-ci correspondent aux

⁹³ Article 23 (1) CE : «La Communauté est fondée sur une union douanière qui s'étend à l'ensemble des échanges de marchandises et qui comporte l'interdiction, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation et de toutes taxes d'effet équivalent, ainsi que l'adoption d'un tarif douanier commun dans leurs relations avec les pays tiers ».

⁹⁴ Qui énoncent que : Article 25 : «Les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent sont interdites entre les États membres. Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal »; Article 26 : «Les droits du tarif douanier commun sont fixés par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission ». V. aussi les articles 28 à 30 du traité CE.

⁹⁵ Arrêt du 9 août 1994, *René Lancry SA*, aff. 363/93 et 407 à 411/93, rec. p. 3957.

⁹⁶ Arrêt du 10 décembre 1968, aff. 7/68, *Commission/ Italie*, rec. p. 617.

⁹⁷ Voir à cet effet, le règlement 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le Code des douanes communautaire, JOCE L302 du 19 octobre 1992, à l'article 4.

prélèvements obligatoires imposés par les États membres. Le traité CE édicte, à ce sujet, l'interdiction de toute taxe d'effet équivalent aux droits de douane⁹⁹ ainsi que l'interdiction de certaines impositions intérieures, notamment en matière fiscale¹⁰⁰ ou lorsque les impositions sont discriminatoires ou imposées de façon protectrice¹⁰¹. Les entraves non pécuniaires consistent en des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. Selon la Commission européenne et la Cour, « toute réglementation commerciale des États membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives »¹⁰². Elles sont interdites, selon le traité CE, tant à l'importation qu'à l'exportation¹⁰³.

Ces dispositions déterminent l'étendue territoriale de l'application de l'intégration économique et juridique en procédant à « l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché

⁹⁸ Article 3 du traité CE.

⁹⁹ Arrêt du 1^{er} juillet 1969, aff. 24/68, *Commission/ Italie*, rec. p. 193 : définition de principe : « une charge pécuniaire – fut-elle minime – unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique, et frappant les marchandises nationales ou étrangères en raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit, constitue une taxe d'effet équivalent alors même qu'elle ne serait pas perçue au profit de l'État et qu'elle n'exercerait aucun effet discriminatoire ou protecteur et que le produit imposé ne se trouverait pas en concurrence avec une production nationale ».

¹⁰⁰ La Cour fait application des articles 28 et 29 du Traité CE qui édictent que : « Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres (...) Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ».

¹⁰¹ Article 90 traité CE.

¹⁰² Directive 70/50 du 22 décembre 1969 ayant pour objet l'élimination des mesures d'effet équivalent appliquées à l'importation à la date d'entrée en vigueur du traité CEE, JOCE L13 du 19 janvier 1970; arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, rec. p.837. Les sujets couverts sont vastes. Ils touchent à la libre circulation des marchandises, la concurrence pour les marchés publics de biens et de services, le libre mouvement des travailleurs, le démantèlement des contrôles réglementaires sur les services et sur la circulation du capital, la facilitation des activités commerciales transfrontalières des firmes, etc. Selon plusieurs auteurs, l'élimination des barrières suppose des techniques d'essai pour vérifier le respect des normes applicables aux produits, des règles normalisées sur la soumission des contrats publics, l'harmonisation des qualifications professionnelles, la coopération des maisons d'enseignement, la libéralisation des services de banque, d'assurance et de transport (une déréglementation au niveau national et une certaine réglementation communautaire), une législation communautaire adoptant des normes communes pour les nouvelles technologies, des règles sur les intermédiaires et les marchés financiers, le développement du cadre juridique devant régir les activités transfrontalières des entreprises, brevets, etc. V. à cet effet : P.LESLIE, précité, note 35, pp. 38 et suiv.

¹⁰³ Articles 28 et 29 CE. Toutefois, certaines exceptions ont été admises par la jurisprudence communautaire : arrêt du 20 février 1979, *Rewe – Zentral*, aff. 120/78, rec. p.649, dit « Cassis de Dijon » portant sur la notion d'exigence impérative et l'article 30 CE qui prévoit une série d'exceptions relatives, notamment, à des questions d'ordre public.

intérieur »¹⁰⁴. Toutefois, bien que réalisant par ces dispositions une intégration importante, et par voie de conséquence, réalisant des mouvements de convergences des normes dans ce domaine, la Communauté, de même que la Cour, ont procédé à l'approfondissement de l'intégration en lui ajoutant une dimension qualitative, soit le respect du principe du traitement national ou l'interdiction de discrimination¹⁰⁵.

En effet, la Cour a reconnu plusieurs principes fondamentaux découlant de l'ordre juridique communautaire, dont le principe d'égalité et de non-discrimination¹⁰⁶, lorsque le domaine visé est soumis à la réglementation communautaire ou à une harmonisation des législations nationales¹⁰⁷. Selon la Cour: « les articles du traité CEE relatifs à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux constituent des dispositions fondamentales pour la communauté et toute entrave, même d'importance mineure, à cette liberté est prohibée »¹⁰⁸. Des dispositions spécifiques relativement à la liberté de circulation des personnes¹⁰⁹, des services¹¹⁰ et des capitaux¹¹¹ ainsi que la liberté d'établissement¹¹² ont

¹⁰⁴ 5 mai 1982, *Schul*, aff. 15/81, rec. p. 1409; 17 mai 1994, *France/commission*, aff. 41/93, rec. p. 1829.

¹⁰⁵ « La règle du traitement national constitue l'une des dispositions juridiques fondamentales de la communauté » : arrêt du 28 juin 1977, aff. 11/77, *Patrick/ Ministre des affaires culturelles*, rec. p. 1999, à la p. 1204.

¹⁰⁶ « L'interdiction de discrimination énoncée à l'article 40, paragraphe 3, alinéa 2 du traité CEE, n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire; ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée » v. arrêt du 19 octobre 1977, aff. Jtes 117/76 et 16/77, *Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg – St. Annen*, rec. p. 1753 à la p. 1770; aff. Jtes 124/76 et 20/77, *Moulins Pont à Mousson/ office interprofessionnel des céréales*, rec. p. 1795; arrêt du 25 octobre 1978, aff. 125/77, *Koninklijke Scholten- Honig/ Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, rec. p. 1991; aff. Jtes 103 et 145/77, *Royal Scholten-Honig/ Intervention Board for Agricultural Produce*, rec. p. 2037; arrêt du 15 juillet 1982, aff. 245/81, *Edeka/ Allemagne*, rec. p. 2745; arrêt du 30 septembre 1998, *Chvatal e.a. / Cour de justice*, T-154/96, rec. FP p. II-1579; arrêt du 30 septembre 1998, *Losch / Cour de justice* T-13/97, rec. FP p. II-1633; arrêt du 30 septembre 1998, *Busacca e.a. / Cour des comptes*, T-164/97, rec. FP p. II-1699.

¹⁰⁷ Les cas échéant, un traitement défavorable des produits de fabrication nationale par exemple, face aux produits importés ne relève pas du champ d'application du droit communautaire et, par voie de conséquence, n'enfreint pas le principe de non-discrimination : v. notamment, arrêt du 23 octobre 1986, aff. 355/85, *Driancourt / Cagnet*, rec. p. 3231; arrêt du 13 novembre 1986, aff. Jtes. 80 et 159/85, *Nederlandse Bakkerij Stichting/ Edah, id.*

¹⁰⁸ Arrêt du 13 décembre 1989, aff. C-49/89, *Corsica Ferries France / Direction générale des douanes*, rec. pp. 4441, 4456.

¹⁰⁹ Articles 39 et suiv. CE.

¹¹⁰ Articles 49 et suiv. CE.

¹¹¹ Article 56 et suiv. CE « 1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdits. 2. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites; Article 58 1. L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres: a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se

été insérées dans les traités et ont suivies le même type de développement que celui de la liberté de circulation des marchandises.

Ces dispositions sont complétées par le pouvoir du Conseil d'édicter des directives afin de s'assurer d'une collaboration étroite entre les administrations nationales, d'éliminer les procédures et les pratiques administratives discriminatoires ou qui posent des entraves à la libre circulation et de prévoir la reconnaissance mutuelle des normes¹¹³, le rapprochement des législations¹¹⁴ ainsi que l'harmonisation des normes¹¹⁵.

trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis; b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique. 2. Le présent chapitre ne préjuge pas la possibilité d'appliquer des restrictions en matière de droit d'établissement qui sont compatibles avec le présent traité. 3. Les mesures et procédures visées aux paragraphes 1 et 2 ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 56».

¹¹² Articles 43 et suiv. CE.

¹¹³ Article 47 CE.

¹¹⁴ Article 94 :«Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.» Article 95 (ex-article 100 A) « 1. Par dérogation à l'article 94 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 14. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés. 3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif. 4. Si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien. 5. En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption par le Conseil ou par la Commission d'une mesure d'harmonisation, un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption.» Article 96 (ex-article 101) « Au cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les États membres intéressés. Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur

Enfin, l'établissement de normes communes, qui ne visent pas nécessairement l'établissement d'un marché unique mais qui sont de la compétence de la Communauté, instaure une dynamique de convergence directe¹¹⁶.

De la présentation qui précède, nous pouvons catégoriser les normes qui possèdent une dynamique de convergence sous quatre types, selon le degré d'intégration et de convergence qu'elles visent. Les premières sont des dispositions qui cherchent à éliminer les barrières pécuniaires et non pécuniaires, en vue de l'établissement d'un espace économique intégré et qui établissent des normes communes. Ces dispositions s'appliquent de façon uniforme sur le territoire communautaire et ne souffrent pas de dérogation. On les caractérise généralement comme réalisant le niveau d'intégration le plus approfondi puisqu'elles sont applicables intégralement et elles ne laissent pas de place aux divergences régionales. Le deuxième type de dispositions concerne les normes prévues dans les traités ou la jurisprudence communautaire qui sont en elles-mêmes des normes établissant une convergence, comme l'harmonisation ou le rapprochement des législations et les principes de la primauté du droit communautaire et de l'effet direct. Ces normes réalisent un niveau d'intégration intermédiaire, laissant jouer les spécificités régionales selon divers degrés. Enfin, le troisième type de normes a trait au fonctionnement de l'ordonnement communautaire. En effet, le libellé de certaines dispositions relatives à l'ordre juridique communautaire entraîne des mécanismes de convergence indirecte. À ce titre, on retrouve particulièrement les directives communautaires. Elles sont formulées en terme de résultats, mais elles laissent aux États membres le soin d'adopter, selon la forme qu'ils choisissent, les modalités réglementaires de la directive. Par ailleurs, il y a aussi la possibilité pour les sujets du droit communautaire d'invoquer directement le droit communautaire devant leurs instances nationales, selon les procédures nationales, puisque les traités édictent que les juges nationaux revêtent aussi la qualité de juges communautaires. Enfin, la hiérarchie des normes, qui permet d'invalider les normes nationales incompatibles avec le droit communautaire et, de façon générale,

proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin, en statuant à la majorité qualifiée. La Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le présent traité ».

¹¹⁵ V. par exemple, les articles 93, 95, 117, 136, 149, 155, 174 CE.

¹¹⁶ Ces dispositions communes sont différentes du premier type de dispositions dans la mesure où elles réfèrent à des actes positifs dans des domaines plus élargis alors que les premières dispositions étaient de nature « négative », demandant une abstention des États. De plus, ces normes communes

l'exécution du droit communautaire en droit interne, conformément à l'article 10 du traité CE, emportent aussi des dynamiques de convergence. Finalement, les dernières normes qui emportent des dynamiques de convergence ont trait aux actes non obligatoires. Ceux-ci laissent la faculté aux États de les adopter ou non, ainsi que le choix de la forme et des moyens. Le degré d'intégration réalisé est alors tributaire des décisions politiques nationales.

Toutefois, même si ces normes empruntent des classifications différentes, il est à noter qu'elles ont toutes une nature similaire en ce sens qu'elles fondent le système intégratif et qu'elles peuvent, à juste titre, être conçues comme une partie intégrante de l'architecture constitutionnelle de l'Union européenne. Ceci, d'autant plus qu'elles se rattachent au système de répartition des compétences prévu dans le traité CE. Comme nous le verrons, les compétences communautaires sont formulées en termes de finalité et d'objectif à atteindre. Ces dispositions relèvent dès lors d'une conception finaliste de l'intégration économique européenne, à la différence des autres dispositions prévues au traité qui sont plutôt de nature instrumentaliste, ne visant pas une fin en soi mais un moyen en vue d'atteindre divers objectifs.

Bien des auteurs ont arrêté à ce point leur analyse des mécanismes et des dynamiques de convergence des normes dans les espaces économiques intégrés. Toutefois, la question qui se pose, dans le cas d'un espace comme le Canada, par exemple (où l'on ne peut que difficilement changer la répartition des compétences et établir des normes communes, mais qui nécessite un effort de convergence afin de rendre son marché intérieur plus dynamique et compétitif), est de savoir comment établir une nouvelle dynamique de convergence qui respecte l'ordre institué, l'autonomie des provinces et les spécificités régionales et locales, tout en permettant d'améliorer l'espace économique. Nous sommes d'avis que le principe de subsidiarité, que nous allons maintenant aborder, répond à cette question.

B. Le partage des compétences en droit communautaire et la mise en oeuvre du principe de subsidiarité

1. Origine, fondements et caractère du principe de subsidiarité

surviennent souvent suite aux normes d'abstention dans la mesure où la déréglementation étatique demande des re-réglementations communautaires. Voir, par exemple, les articles 81 et suiv. CE.

i) Origine et fondements du principe de subsidiarité

De façon générale, nous pouvons déceler la première expression du principe de subsidiarité dans la pensée aristotélicienne relative au droit naturel, dans ses rapports avec l'être et la Cité. La conception de la réalité d' Aristote s'organise selon une construction en mouvement un peu à l'image des poupées russes, s'emboîtant les unes dans les autres, suivant une hiérarchie qui assure la subordination de l'inférieur au supérieur, tout en respectant chaque être et chaque entité inférieure dans sa nature et dans ses droits, dans une perspective englobante, c'est-à-dire que le Tout, ou l'entité supérieure, enveloppe les entités inférieures sans toutefois les détruire. L'individu est défini comme un être en acte dont la vie se passe à devenir ce qu'il est, à réaliser ses potentialités, par le développement de ses vertus, qui sont orientées vers une fin jugée supérieure, notamment la poursuite du bonheur. Le développement de la vertu supposerait chez l'homme, et, dans sa nature même, la présence d'un germe de bonté qui s'épanouirait au fil du temps. Selon Aristote, la vertu requiert la présence de l'amitié, des joies que procurent la famille et les enfants, la richesse et le pouvoir afin d'atteindre le bonheur. Mais, de toutes ces conditions extérieures, la plus indispensable à l'homme, pour le faire avancer dans la voie du Bien, serait la vie en société. Pour cet auteur, la société est un fait naturel à l'homme, permettant de définir l'homme comme un animal sociable par nature, un animal politique qui est fait pour vivre dans des cités et un animal économique puisque la maison ou la famille, et tout ce qui la concerne, sont nécessaires à la survie autant de l'homme que de la Cité. Cependant, la Cité seule demeure la communauté parfaite, c'est-à-dire capable de se suffire à elle-même. La participation aux biens communs est donc, pour l'homme, la condition du vivre et du bien vivre. Il s'ensuit que l'individu doit être subordonné à la Cité, que sa nature appelle et où elle s'achève, parce que le bien de la Cité est mieux que celui de l'individu et constitue proprement le bien humain, la finalité à atteindre ¹¹⁷.

¹¹⁷ Cette finalité a été reprise par Saint Thomas d'Aquin, qui a tenté de l'assortir aux données de la révélation chrétienne et de la raison elle-même. Selon Thomas d'Aquin, la liberté de l'homme consiste en son pouvoir de vouloir par jugement réfléchi de la raison. L'homme obéit à des fins, mais il a le privilège d'être, par la raison et par la volonté, maître des ses actions. Ainsi, le libre arbitre ne nous permet pas de choisir notre fin, mais seulement de choisir les moyens pour la réaliser conformément à notre nature. Dans cette perspective, la loi naturelle n'est alors qu'une participation de la loi éternelle et toutes les lois positives édictées par une autorité humaine en vue du bien de la communauté se réfèrent et doivent se conformer à ce droit, considéré immuable par nature. Ainsi, toute vie de groupe est commandée par la notion du bien commun, qui est la fin des personnes vivant en communauté. Dans cette perspective, la collectivité est une réunion d'individus qui mettent en commun leurs ressources et leurs activités pour réaliser l'unité. Mais, la société ne peut porter atteinte aux droits que l'individu tient de sa nature et elle a pour fin d'aider la personne à se réaliser lorsqu'elle ne peut le

Comme nous pouvons le constater, l'idée de l'organisation sociale chez Aristote procède d'une conception subsidiaire. Les trois éléments essentiels à retenir sont que le citoyen (le plus petit) est le point de départ de l'analyse en tant qu'être en devenir qui doit se réaliser. Dans la poursuite de cette réalisation, il a une tendance naturelle à se regrouper, en famille, en communauté. Toutefois, ces groupements intermédiaires ne possèdent pas tous les attributs permettant à l'individu de se réaliser. L'entité supérieure, en l'espèce la Cité, doit combler la carence et suppléer au défaut ou à l'insuffisance de l'individu. Dans cette perspective, le rôle de l'autorité supérieure est de suppléer en raison de l'insuffisance de l'individu, afin que ce dernier atteigne son plein épanouissement et le bonheur. Dans cette conception, l'idée de subsidiarité reçoit une interprétation présentant un double aspect : soit un aspect positif, en ce sens que la Cité a pour mission de faire jouer la solidarité sociale afin d'aider un individu ou une collectivité défaillante ou ne pouvant réaliser par elle-même les finalités représentatives du bien commun; soit un aspect négatif dans la mesure où la Cité ne doit pas empêcher l'individu et les collectivités intermédiaires de se réaliser selon leurs potentialités.

Les notions de suppléance et d'insuffisance tracent la ligne d'intervention de la collectivité supérieure dans les collectivités inférieures. Elles seront appliquées aux rapports entre l'État et les instances sociales à partir du XIXe avec Hegel, Tocqueville et Locke et dans l'étude du fédéralisme de Proudhon et Kettler, avant d'être reprises, en 1931 par le pape Pie XI, dans l'encyclique *Quadragesimo Anno* qui énonce :

« On ne saurait ni changer ni ébranler ce principe si grave de la philosophie sociale et de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ni de les absorber. »¹¹⁸

faire, sans porter atteinte à ce qu'elle peut réaliser. À ce sujet, voir J. CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, éd. Flammarion, Paris, 1961; C. MILLION- DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, Coll. «Que sais-je ? », Presses universitaires de France, 1993.

¹¹⁸ C. MILLION- DELSOL, *Id.*, à la p. 572.

Selon C. Million-Delsol, « la réalité sociologique moderne, concrétisant la fin des corps intermédiaires et le rejet d'une conception sociale organiste, laisse apparaître l'État comme le presque unique détenteur d'autorité : aussi, le principe de subsidiarité s'adapte-t-il principalement à la fonction de l'instance étatique face à l'individu (...) Le principe de subsidiarité voudrait ainsi contribuer à aider les gouvernements dans la recherche d'un point d'équilibre, toujours à redéfinir car les sociétés changent sans cesse et les besoins aussi. Les frontières de l'ingérence et de la non-ingérence varient ici avec la capacité et là avec la détresse des acteurs sociaux »¹¹⁹.

ii) Le caractère fédéral du principe de subsidiarité

Comme nous venons de le mentionner, le principe de subsidiarité se développe dans le cadre de la relation entre l'individu et la société, en prescrivant et en régulant le degré d'intervention des collectivités supérieures nécessaire, afin de ne pas compromettre l'autonomie du sujet et des corps intermédiaires. Il s'inscrit dès lors dans la perspective de la concrétisation de la tension entre le désir d'autonomie et celui de solidarité par le regroupement, qui fonde l'idéal fédératif. Il est significatif, à cet égard, d'observer que le principe de subsidiarité trouve son expression la plus éclairée dans l'organisation fédérale¹²⁰, où la question primordiale dont s'occupe toute constitution fédérale est justement celle du partage des compétences, c'est-à-dire la question de savoir jusqu'à quel point les instances de proximité peuvent accomplir les tâches qui les concernent, et en déduction, de savoir quelles tâches restent dévolues aux instances souveraines.

En effet, l'organisation des pouvoirs et des compétences, dans un État, s'effectue généralement par une répartition de compétences législatives selon les critères de proximité du pouvoir aux citoyens et d'effectivité¹²¹. Dans le cas des États unitaires, on qualifiera la

¹¹⁹ *Id.*, p.33.

¹²⁰ V. à cet effet le développement du fédéralisme retracé par Edmond ORBAN, dans *Le fédéralisme? Super état fédéral? Association d'états souverains?*, éd. Hurtubise, Lasalle, 1992.

¹²¹ Dans certains États unitaires, il n'y a pas de répartition des pouvoirs et des compétences mais plutôt une déconcentration. L'État central conserve et exerce l'ensemble des pouvoirs et des compétences en étant présent à différents points dans l'État par des représentants qu'il nomme et révoque. La détermination de ces points s'effectue cependant, selon les mêmes critères que la répartition des pouvoirs et des compétences dans les autres États. V. à cet effet, P. LESLIE, précité, note 35 à la p.4 : « (...) on y fait la distinction entre l'allocation des pouvoirs premièrement selon les secteurs de juridiction législative ou administrative, deuxièmement selon les moyens mis à la disposition des autorités et utilisés par ces dernières en matière de politiques publiques selon les secteurs et enfin, selon les buts poursuivis. C'est seulement lorsque les institutions centrales sont sous la gouverne des

répartition de décentralisation. Il s'agira alors pour l'État central de partager ses pouvoirs et ses compétences avec des collectivités autonomes, à qui il reconnaîtra une personnalité juridique distincte, et qui exerceront ses compétences sur une partie du territoire de l'État, comme les municipalités, les communes, les commissions scolaires, etc. Généralement, une loi du Parlement prévoit le statut autonome de ces collectivités, de leurs compétences propres ainsi qu'un pouvoir de taxation leur permettant d'avoir une capacité financière les rendant indépendantes de l'État central. Certaines collectivités locales ont par ailleurs un statut enchâssé dans la constitution du pays ¹²², mais généralement, les auteurs s'accordent pour dire que l'autonomie des collectivités, étant garantie par simple loi, peut être abolie en tout temps. De même, ces collectivités sont soumises à un pouvoir de tutelle de la part de l'État central. Dans les États fédéraux, la répartition des pouvoirs et des compétences est constitutionnalisée de façon spécifique. La Constitution reconnaît l'existence de paliers inférieurs, divise les compétences entre l'État central et les autres paliers, leur octroie une autonomie financière les rendant indépendants et ils ne sont pas soumis à des pouvoirs de tutelle ou une subordination relativement à l'État central¹²³. À ce titre, certains principes fédératifs généraux sont à l'œuvre dans cette répartition, soit le principe d'autonomie, de participation, de coopération, de complémentarité et le principe de garanties. La mise en oeuvre de ces principes et leur institutionnalisation se détermine généralement par l'idéal fédérateur ayant animé les constituants lors de la création de la fédération ou de l'État fédéral. Cet idéal fédérateur permet de cerner la conception de l'État qu'avaient les constituants, d'éclairer la lecture du texte de la constitution et de donner une cohérence à un ensemble de dispositions constitutionnelles apparemment disparates. Comme nous le savons, l'idéal fédérateur, qui anime les traditions fédératives, repose sur la tension entre les volontés autonomistes et le désir de regroupement des collectivités.

L'existence de ces principes est présente autant en droit canadien qu'en droit européen. Cependant, dans le but d'éclairer la distinction que nous faisons, relativement à la nature de

états membres qu'il est possible ou même acceptable de leur conférer des pouvoirs en fonction de ce troisième critère. Il y a une relation étroite entre les modes d'allocation des pouvoirs ou des compétences, la structure des institutions situées au centre et le fonctionnement des relations intergouvernementales. Le rôle de l'état dans la gouverne de l'économie est modelé par cet ensemble de facteurs interrelié ».

¹²² *La charte européenne de l'autonomie locale* ainsi que le projet de *charte mondiale de l'autonomie locale* promeuvent la constitutionnalisation d'un principe d'autonomie locale au plan des instances municipales.

¹²³ Voir, par exemple, *Hodge c. La Reine*, (1883-84) 9 A.C. 117; *Les liquidateurs de la Banque Maritime c. Le receveur général du Nouveau-Brunswick*, [1982] A.C. 437.

l'Union européenne, nous avons décidé de présenter la mise en oeuvre de ces principes dans l'Union européenne, d'autant plus que le principe de subsidiarité figure parmi ces principes généraux et que son application au Canada est remise en doute.

De façon brève, le principe d'autonomie se définit comme le droit d'une collectivité de s'auto définir dans ses frontières et sa consistance humaine, de s'organiser et se gouverner librement dans le cadre des statuts constitutifs qu'elle s'est données, de posséder des finances autonomes et d'être reconnue comme telle dès qu'elle s'affirme en tant que collectivité autonome, non subordonnée à une autre¹²⁴. Par conséquent, chaque palier de gouvernement (le «tout» ainsi que les «parties composantes»), se définissant comme une collectivité, se gouverne indépendamment des autres, par ses moyens propres, en déterminant ses buts, objectifs, intérêts et limites.

Le préambule du Traité de Maastricht ainsi que le titre premier relatif aux dispositions communes sont révélateurs de la formalisation du principe d'autonomie au plan de l'UE, du «tout». En effet, on remarque que le dernier alinéa du préambule ainsi que le premier alinéa de l'article 1 posent l'existence de l'UE en tant que collectivité. À cet effet, l'article 1 édicte que :

« Par le présent traité, les Hautes Parties Contractantes instituent entre elles une union européenne (...) »¹²⁵

Par ailleurs, le préambule ainsi que les articles 1, 2 et surtout 6 du TUE définissent les valeurs, les orientations et les objectifs de l'Union¹²⁶. En ce qui concerne la définition du territoire communautaire, celui-ci « apparaît comme un territoire fonctionnel à géométrie variable selon les compétences communautaires en cause »¹²⁷. Ensuite, les articles 4 et 5 introduisent le cadre institutionnel par lequel l'UE s'organise et se gouverne¹²⁸. Enfin, les

¹²⁴ V. G. HÉRAUD, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne : contribution à la théorie juridique du fédéralisme*, Presses d'Europe, Paris, 1968, pp. 44 à 48.

¹²⁵ Il en est de même pour la Communauté européenne, dans le préambule du *Traité de Rome instituant la communauté européenne* ainsi qu'à l'article premier.

¹²⁶ Le préambule et les articles 2, 3 et 3A du traité CE délimitent les orientations de la Communauté et les objectifs de celle-ci.

¹²⁷ J. RIDEAU, précité, note 51, p. 80.

¹²⁸ L'article 4 du Traité CE énonce le cadre institutionnel par lequel la communauté réalise ses tâches et objectifs, s'administre et se gouverne.

articles 268 et suiv., notamment l'article 269 du Traité CE , abordent la question des finances autonomes de la CE¹²⁹.

Le principe d'autonomie, selon Héraud, connaît trois limites importantes. La première concerne l'ordre procédural. En effet, tous doivent exercer leurs droits selon des moyens légaux déterminés par la loi¹³⁰. À ce sujet, on constate que, selon le libellé de l'article 5 TUE :

«Le Parlement européen, le Conseil, la Commission et la Cour de justice exercent leurs attributions dans les conditions et aux fins prévues, d'une part, par les dispositions des traités instituant les Communautés européennes et des traités et actes subséquents qui les ont modifiés ou complétés et, d'autre part, par les autres dispositions du présent traité.»¹³¹

La seconde limitation propre au principe d'autonomie consiste en la prohibition de sécession ou de retrait. À cet égard, bien que l'interdiction de retrait ne soit pas prévue en termes explicites dans les traités européens, on remarque que l'article 51 du TUE prévoit que: «le présent traité est conclu pour une durée illimitée»¹³². Aucune procédure de retrait n'est prévue dans les traités. Dans l'affaire *Costa/E.N.E.L.*¹³³, la Cour de justice énonça :

« qu'en effet, en instituant une Communauté de *durée illimitée*, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réel issu d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attribution des États à la Communauté, *ceux-ci ont limité*, bien que dans des domaines restreints, *leurs droits souverains* et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes; Attendu que cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour *corollaires l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une Base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi Lui être opposable (...)* Que le transfert opéré par

¹²⁹ Au Canada, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit l'autonomie des provinces sous plusieurs titres, notamment par les dispositions relatives aux constitutions provinciales, aux frontières, en leur octroyant un pouvoir de taxation directe et des compétences permettant leur développement socioculturel.

¹³⁰ G. HÉRAUD, précité, note 124, p.48.

¹³¹ Par ailleurs, l'article 4 al.2 CE indique que:« chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité». Au Canada, le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet une vérification a posteriori de la légalité d'un acte administratif, d'un règlement ou d'une loi adoptée par le Parlement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité s'exerce selon les moyens prévus par la Constitution et les diverses lois applicables.

¹³² Il en est de même pour l'article 312 CE.

¹³³ Précité, note 65.

les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une *limitation définitive de leurs droits souverains contre lesquels ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté*¹³⁴»

La dernière limitation concerne le principe d'exacte adéquation, dans lequel se retrouve le principe de subsidiarité.

Le principe d'exacte adéquation réfère à l'articulation de la structure des collectivités, le «tout» englobant les «parties composantes». Cette articulation suppose un principe de répartition des compétences. Celui-ci s'exerce selon le principe de subsidiarité.

Les auteurs définissent le principe de subsidiarité comme «une forme d'organisation sociale privilégiant les structures de proximité»¹³⁵. Il aurait trois fonctions reconnues. Au plan politique, il vise à ce que l'action se réalise le plus près des citoyens¹³⁶. Au plan juridique, le principe de subsidiarité se définit généralement selon l'idée que les compétences doivent être attribuées à l'autorité mieux à même de les exercer. La dévolution s'accomplit à partir de la collectivité inférieure dans la mesure où elle peut les exercer de façon efficace. À défaut, les compétences doivent être dévolues au palier supérieur, qui n'agit qu'à titre subsidiaire¹³⁷. La troisième fonction consiste en la régularisation des compétences partagées, au sens où il permet de poser les paramètres à l'action communautaire, permettant de

¹³⁴ p.1159 et 1160 (nos italiques). Par ailleurs, v. *Administration des finances/ Société anonyme Simmenthal*, précité, note 66: «Le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres (...)». V. aussi le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 20.

¹³⁵ V. C.BAIL, «The Principle of Subsidiarity: a Road Map to European Union or a Threat to the Internal Market»,(1993) 3 *N.J.C.L.*,p.378.

¹³⁶V. CONSTANTINESCO, «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne» dans *L'Europe et le droit hommage à Jean Boulois*, Dalloz, 1991, p. 38: « Il y est d'abord conçu comme un *principe d'éthique politique*, puisqu'il exprime une vision «communautaire» de la société: celle-ci n'est pas tant formée d'individus que de communautés diverses dans lesquelles l'individu se situe et qui en permettent l'épanouissement(...) s'accompagne d'une prééminence accordée à la communauté la plus humble qui a vocation à recevoir toutes les tâches qu'elle peut accomplir avec ses propres forces».

¹³⁷ V. C. STEHLY, «L'union européenne infranationale, petite fille deviendra grande?», *Études européennes*, coll.« Travaux et rapports de recherche», 1996, p. 21:« Le concept de subsidiarité est un principe fédéral de répartition des compétences selon lequel les «parties» confient au «tout» certaines de leurs compétences dès lors que celles-ci seraient assurées plus efficacement au niveau fédéral.», V. aussi Guy Héraud, précité, note 124, pp.48-49.

délimiter la portée de sa compétence afin qu'elle n'agisse que lorsque les États membres ne peuvent, isolément ou ensemble, agir de façon efficace¹³⁸.

Selon Héraud, il serait préférable de remplacer le principe de subsidiarité par le principe d'exacte adéquation. Selon ce dernier, «chaque type de collectivité et chaque niveau doivent recevoir compétence pour résoudre les questions qui, soit en raison de leur *nature*, soit en raison de leurs *dimensions*, ne sont solubles que là»¹³⁹. Cette formulation a pour effet d'enrayer l'idée selon laquelle les compétences doivent partir des parties composantes et être dévolues vers le palier supérieur¹⁴⁰, afin que l'on puisse donner les compétences à la collectivité qui est mieux à même de les exercer efficacement.

En droit européen, on remarque l'institutionnalisation du principe de subsidiarité dans sa fonction politique dans le préambule ainsi qu'à l'article 1 al.2 du TUE. Les auteurs abordent le principe de subsidiarité, dans ce sens, en référant à la notion de subsidiarité «interne». Dans l'objectif d'un rapprochement avec les citoyens, il s'agirait de reconnaître aux entités infra-étatiques une certaine autonomie et une participation dans les domaines qu'ils sont à même de régir¹⁴¹. De ce fait, le principe de subsidiarité se rattache au principe démocratique associé à l'État – Nation, servant à légitimer les élargissements de pouvoirs et de compétences communautaires¹⁴². N'étant pas une règle de droit ou un principe juridique selon cette formulation, le principe de subsidiarité, dans ses références au préambule et à l'article 1 al.2 du TUE, n'octroie ni droits ni obligation et n'est pas justiciable et invocable devant la Cour de justice des communautés européennes.

¹³⁸ V. CONSTANTINESCO, précité note 136, p. 38: Cet auteur adopte une approche différente; il définit la deuxième fonction du principe de subsidiarité comme un simple mode d'allocation des compétences entre les collectivités selon le critère de l'efficacité, sans poser comme prémisses que la dévolution doit s'exercer à partir de la base. La troisième fonction est toutefois conforme à celle énoncée ci- haut.

¹³⁹ G. HÉRAUD, précité, note 124, p.50.

¹⁴⁰ V. Vlad CONSTANTINESCO, précité, note 136, à la p.39.

¹⁴¹ V. à ce sujet: C. STEHLY, précité, note 137 et V. CONSTANTINESCO, *id.*, à la p. 40: «Le thème de la subsidiarité traduit alors l'idée d'une nouvelle distribution des pouvoirs entre les trois niveaux que sont la Communauté, l'État, la région (...), et plus profondément, l'idée selon laquelle les compétences des communautés européennes ne devraient pas remettre en cause les partages internes de compétences en aspirant au niveau communautaire des compétences que les Constitutions nationales ont dévolu à des collectivités infra-étatiques. La subsidiarité se veut ainsi une garantie de la complémentarité entre l'intégration communautaire et la régionalisation des États membres».

¹⁴² V. CONSTANTINESCO, *id.*: «La subsidiarité est une réponse politique à une inquiétude politique et sert à légitimer les développements attendus des compétences communautaires attirant l'attention de l'opinion publique sur leur fonctionnalité et sur leur aspect nécessairement limité».

Le principe de subsidiarité dans sa fonction juridique a été partiellement institutionnalisé aux articles 2 al.2 du TUE et 5 CE. En effet, la formulation des articles réfère au principe entendu dans le sens de mécanisme régulateur de la portée des compétences concurrentes entre l'UE, la CE et les États membres. Il ne mentionne pas sa fonction allocative de compétences explicitement.

La question de savoir si le principe, dans sa fonction attributive de compétences, est intégré dans l'ordre communautaire, divise la doctrine. D'une part, les auteurs, tel Rideau¹⁴³, sont d'avis que :

« La présence de ce principe dans la construction communautaire est ancienne, la finalité qui l'anime n'a jamais été absente. Il est impossible d'ignorer que les Communautés sont précisément issues de sa mise en oeuvre, dans la mesure où l'attribution des compétences opérées à leur profit a été incontestablement fondée sur le sentiment d'une nécessité pour les États de se regrouper pour faire face ensemble à des problèmes qu'ils n'étaient pas en mesure de traiter séparément ou de traiter séparément de façon satisfaisante.»¹⁴⁴

D'autre part, des auteurs tels Labouz énoncent :

« (...) le principe de subsidiarité communautaire se distingue du principe fédéral du même nom. Dans l'ordre juridique communautaire, la subsidiarité n'opère pas un partage des compétences entre niveaux de gouvernement mais une régulation de l'exercice de compétences précisément déjà dévolues à ces niveaux par le traité.»¹⁴⁵

Ces positions nous semblent devoir être nuancées à plusieurs plans. En effet, la subsidiarité en tant que principe répartiteur de compétences n'est pas explicite dans le traité. Cependant, il ne l'est généralement pas dans les Constitutions, fédérales ou confédérales, parce qu'il précède l'allocation et la Constitution, à ce titre, en est l'illustration, le résultat¹⁴⁶, sa concrétisation matérielle. À ce sujet, on constate à propos des attributions des nouvelles compétences à l'UE et à la CE dans le traité de Maastricht, la référence au terme «

¹⁴³V. aussi K. LENAERTS et P.VAN YPERSELE, «Le principe de subsidiarité et son contexte: Étude de l'article 3B du Traité CE», (1994) 30 *Cahier de droit européen*, p.9 et 10.

¹⁴⁴J. RIDEAU, précité, note 51, à la p.445.

¹⁴⁵M.F. LABOUZ, «Les collectivités territoriales et locales dans le processus d'intégration européenne, depuis l'établissement du Comité des régions», dans *L'Union européenne de l'an 2000: défis et perspectives*, sous la dir. de P.SOLDATOS et C.PHILIP, Université de Montréal, 1997, p.307.

¹⁴⁶ Il est vrai cependant que l'on peut trouver des traces du principe de subsidiarité sous d'autres formulations telles le pouvoir résiduaire ou, par exemple, au Canada, le pouvoir paix, ordre et bon gouvernement.

complémentaire» ou « conjointe». Selon nous, le terme « complémentaire» est à distinguer du terme « concurrent» : les compétences concurrentes sont celles partagées entre les États membres, l'UE et la CE. À l'intérieur de ces compétences, il y a les compétences complémentaires. Celles-ci sont le reflet de la mise en oeuvre du principe de subsidiarité dans sa fonction allocative¹⁴⁷ de compétences, dans la mesure où la CE et l'UE ont reçu ces compétences parce que les États ne pouvaient agir intégralement dans ces domaines de façon suffisante¹⁴⁸. Par ailleurs, le principe, dans son sens régulateur de la portée, s'appliquera lors de l'adoption de mesures relatives à ces compétences afin de délimiter l'étendue concrète et précise de la mesure envisagée. Ceci n'implique cependant pas qu'avant son institutionnalisation dans le traité, le principe de subsidiarité permettait de contrôler la validité des actes communautaires¹⁴⁹.

Nous sommes d'accord avec Rideau lorsqu'il affirme que les dévolutions de compétences ont toujours été guidées par le principe de subsidiarité. À cet effet, on remarque quelques traces du principe de subsidiarité de façon implicite dans le traité de Paris instituant le CECA, à son article 5, qui édicte que :

«La Communauté accomplit sa mission dans les conditions prévues au présent traité, *avec des interventions limitées (...)*» (nos italiques)¹⁵⁰.

Il en va de même à l'article 308 CE dans la mesure où il prévoit que la Communauté peut adopter des mesures nécessaires mais non prévues¹⁵¹, dans la formulation de l'article 174 (4) CE de *l'Acte unique européen* de 1986 relatif à l'environnement qui énonçait que la

¹⁴⁷ K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, précité, note 143, p.9.

¹⁴⁸ V. CONSTANTINESCO, «La structure du Traité instituant l'Union européenne», (1993-1994) *Cahier de droit européen*, (29), pp. 251 à 284, p.284:« son rôle est plutôt d'accompagner, d'appuyer, de compléter les actions des États (...) Faut-il y voir la diffusion subreptice du principe de subsidiarité?».

¹⁴⁹ Arrêt du 21 février 1995, *SPO e.a. / Commission*, aff. T-29/92, rec. p. II-289.

¹⁵⁰ V. J. RIDEAU, précité, note 52, p. 447, C. STEHLY, précité, note 137, p. 21, V. CONSTANTINESCO, précité, note 136.

¹⁵¹ L'article 308 apparaît en effet comme le fondement d'une compétence subsidiaire et évolutive qui permet l'adaptation du traité. Toutefois, cette adaptation a pour effet d'éliminer l'exercice de ces compétences par les États. Il existerait une différence de nature entre la subsidiarité de l'article 235, celle issue de l'étude du droit constitutionnel et celle de l'article 5 CE. En effet, l'article 308 intervient par défaut, de façon résiduelle ou complémentaire des compétences communautaires explicitement attribuées par les États pour en déterminer de nouvelles alors que le principe de subsidiarité dans son sens constitutionnel vise surtout à définir l'étendue de l'intervention normative de la Communauté par rapport à celle des États dans l'exercice d'une compétence préalablement attribuée et qualifiée de subsidiaire. Par ailleurs, l'article 308 est à rapprocher du pouvoir résiduel fédéral au Canada, comme nous le verrons subséquemment. À ce titre, il comporte un pouvoir d'action autonome.

Communauté n'intervenait que si les mesures ne pouvaient qu'être mieux réalisées au niveau communautaire et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée le 10 décembre 1989, qui mentionne expressément la subsidiarité¹⁵².

Cependant, l'affirmation selon laquelle les attributions de compétences ont toujours été exercées selon le principe de subsidiarité doit être nuancée et être mise en relation avec le développement de la construction européenne, au plan juridique, pour expliquer la raison de son inscription formelle dans le TUE et le traité CE.

En effet, la Cour de justice des Communautés européennes, par la mise de l'avant des principes de primauté du droit communautaire sur le droit national¹⁵³, de l'applicabilité directe, de l'effet direct du droit communautaire en droit interne¹⁵⁴, par sa méthode d'interprétation constructiviste et téléologique¹⁵⁵ ainsi que son interprétation large et souple de l'article 308 CE, conjuguée avec une forte utilisation de celui-ci par le Conseil, l'élargissement des compétences communautaires et l'ajout de nouvelles compétences ainsi

¹⁵² Par ailleurs, le principe de subsidiarité fut abordé dans le projet de traité instituant l'UE (1984) du Parlement européen, à l'art. 12(2) qui édictait: «Lorsque le présent traité attribue une compétence concurrente à l'Union, l'action des États membres s'exerce là où l'Union n'est pas intervenue. L'Union n'agit que pour mener des tâches qui peuvent être entreprise en commun de manière plus efficace que par les États oeuvrant séparément, en particulier celles dont la réalisation exige l'action de l'Union parce que leurs dimensions ou leurs effets dépassent les frontières nationales. La loi qui déclenche l'action commune dans un secteur non abordé par l'Union ou par les Communautés, doit être adoptée selon la procédure de la loi organique»: on retrouve aussi mention du principe de subsidiarité dans le Rapport Delors de 1989, Dans la Résolution du Parlement européen du 12 novembre 1990: JOCE no 324 du 24 décembre 1990 en vue de la conférence intergouvernementale, dans la Déclaration finale du 30 novembre 1990 pour la conférence des Parlements de la CE rassemblant des représentants du Parlement européen et des Parlements nationaux: Rome, 27-30, novembre 1990, Bull. CE 11/90, point 1.1.1 et point 2.3.4. , dans la déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité: bulletin CE 10-1992 , p.17 et bull.CE 10-1993, p.128 suiv. Et lors du Conseil d'Edimbourg.

¹⁵³ *Simmenthal*, précité, note 66, aux pp. 643-644: «En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions des traités et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale, mais encore (...) d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires.»V. aussi *Costa / E.N.E.L.*, précité, note 65, p.1158-159.

¹⁵⁴ *Simmenthal*, *id.*, p. 643:«Attendu que l'applicabilité directe, envisagée dans cette perspective, signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité».

¹⁵⁵ Arrêt du 6 novembre 1982, *Cilfit/ Ministère de la santé*, aff. 283/81, rec. p. 3415, à la page 3429: « Enfin, chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités, et de l'état de son évolution à la date à laquelle l'application de la disposition en cause doit être faite.»

que par le passage du vote de l'unanimité à la majorité qualifiée en règle générale dans le premier pilier du TUE, entraîne comme conséquence un agrandissement des pouvoirs communautaires reposant sur une assise fédérale centralisée au niveau de l'Union et de la CE. Ces développements n'étaient pas prévus dans les traités. Le principe de subsidiarité a donc été ajouté afin d'encadrer ceux-ci et d'établir un équilibre entre les pouvoirs de l'UE, de la CE et des États membres, en corrélation avec le principe de proportionnalité. Notons cependant que l'ajout du principe de subsidiarité dans les traités ne remet pas en cause ces développements antérieurs¹⁵⁶.

Finalement, on remarque que le principe d'exacte adéquation, tel que formulé par Héraud, n'a pas été retenu selon le libellé de l'article 5 CE. Cependant, les dimensions et les effets de l'action sont des critères qui doivent être considérés lors de la mise en oeuvre du principe de subsidiarité¹⁵⁷.

En ce qui a trait au principe fédératif relatif à la participation, ce dernier postule que chaque collectivité participe au processus décisionnel ainsi qu'à l'élaboration de normes par la collectivité supérieure. La participation des collectivités, par ailleurs, n'exclut pas celle des citoyens¹⁵⁸.

On observe la participation des États membres à l'UE à la lecture du système institutionnel-décisionnel de la Communauté européenne au plan de l'organisation, de la composition et du mode de délibération des organes communautaires. En ce qui a trait à la participation des citoyens, celle-ci s'exerce indirectement par les élections (nationales et européennes) ainsi que par l'exercice de nombreux recours qui leur sont ouverts¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Art.2. du TUE: un des objectifs de l'UE est de conserver l'acquis communautaire.

¹⁵⁷ V. supra, analyse de 5 CE. Au Canada, bien que plusieurs auteurs redoutent l'introduction d'un principe comme le principe de subsidiarité, un regard attentif au type de compétences qui ont été réparties entre le fédéral et les provinces (locale et sociale versus économique,) ainsi que la théorie des dimensions nationales, découlant du paragraphe introductif de l'article 91, nous porte à conclure que le principe d'exacte adéquation a été respecté au Canada et possède les mêmes fonctions que le principe de subsidiarité. En effet, la structure des compétences, la théorie des dimensions nationales, l'évolution jurisprudentielle en matière d'échange et de commerce empruntent une approche finaliste et fonctionnelle de l'interprétation du partage des compétences et posent des critères représentatifs du principe de la subsidiarité.

¹⁵⁸ G. HÉRAUD, précité, note 124, p.51.

Le troisième principe concerne la coopération juridique, aux moyen d'accord entre les collectivités, et la coopération institutionnelle par le biais d'ententes entre les institutions¹⁶⁰.

Dans l'Union européenne, relativement à la coopération juridique entre les États, on note que les articles 306 et 307 CE permettent que les accords antérieurs au traité continuent d'être applicables, dans la mesure où ils ne portent pas atteinte au traité CE¹⁶¹. Les accords postérieurs au traité sont permis pourvu que les États « s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité »¹⁶².

En ce qui à trait à la coopération interinstitutionnelle, celle-ci résulte de pratiques telles que les conférences inter-institutionnelles, d'accords ou de déclarations. On retrouve des références explicites à cette coopération dans le traité CE¹⁶³.

Enfin, en ce qui concerne le principe de complémentarité, que les auteurs abordent souvent en parlant du principe de spécialité, il précise que chaque partie a ses fonctions propres et interagit avec les autres, dans les limites de ses attributions, afin de former un ensemble cohérent. Il y a cependant un domaine mixte, celui des compétences concurrentes, qui permet de préciser l'exercice du principe de subsidiarité ou d'exacte adéquation¹⁶⁴.

À ce sujet, le principe de complémentarité est à rapprocher du principe d'autonomie, relativement au critère de l'administration et de la gouvernance, tel que mentionné précédemment. Comme nous le verrons, l'UE et la CE font un usage extensif des compétences partagées, l'exclusivité des compétences de l'UE et de la CE étant l'exception, et le principe de subsidiarité agence, dans ce domaine, la portée des compétences relevant de l'UE ou de la CE, ainsi que celles relevant des États membres, contrairement au Canada où l'exclusivité des compétences est la règle.

¹⁵⁹ Au Canada, le Sénat devait remplir le rôle de participation provinciale et répondre à la question de la représentation de l'identité régionale. Par ailleurs, le processus électif provincial et fédéral permet la participation des citoyens.

¹⁶⁰ G. HÉRAUD, précité, note 124, pp.53-54.

¹⁶¹ Selon l'arrêt du 27 septembre 1988, *Matteuci/Communauté Française de Belgique et a.*, aff. 235/87, rec. p. 5589, les traités ont primauté sur les accords antérieurs.

¹⁶² Article 10 CE. Comme nous le verrons, un mouvement de fédéralisme coopératif s'est développé au Canada.

¹⁶³ Voir, par exemple: art. 193, 195 et 218 CE. Par ailleurs, voir J. RIDEAU, précité, note 51, p.131 et suiv.

Enfin, le dernier principe concerne les garanties. Celles-ci sont relatives à l'institutionnalisation des compétences au moyen d'une Constitution ou de Traités. Elle porte la garantie formelle qu'aucune collectivité n'usurpera le pouvoir de l'autre. Enfin, le système judiciaire permet la garantie effective des compétences en tant que gardien du respect de la Constitution ou des Traités¹⁶⁵.

L'institutionnalisation des compétences dans le cadre de l'UE et de la CE est réalisée au moyen du Traité de Maastricht instituant l'Union européenne, du traité de Nice modifiant le traité portant sur l'Union européenne ainsi que du Traité de Rome instituant la Communauté européenne. Les traités ne peuvent être modifiés qu'au moyen de révision, dans la mesure prévue à l'article 48 du TUE¹⁶⁶. La garantie d'effectivité du partage des compétences est assurée par la Cour de justice qui, selon l'article 220 CE :

« (...) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité.

Ces décisions possèdent une force exécutoire selon les articles 239 et 244 CE¹⁶⁷.

2. La mise en oeuvre du principe de subsidiarité dans la théorie générale du partage des compétences en droit communautaire

i) La théorie générale du partage des compétences en droit communautaire

¹⁶⁴ G. HÉRAUD, précité, note 124, pp. 55 à 57.

¹⁶⁵ *Id.*, pp.57 à 60.

¹⁶⁶ Par ailleurs, même si la révision des traités se fait en fonction de l'art.48 du TUE, l'article 308 CE permet des modifications, dans une certaine mesure.

¹⁶⁷ Il est à noter cependant que ce sont les instances nationales qui exercent les modalités du pouvoir d'exécution puisque les tribunaux nationaux appliquent le droit communautaire et l'exécutent. Voir à cet effet, *Costa ENEL*, précité, note 65, p. 1179: «En effet, (...) ce système est basé sur la création d'un ordre juridique distinct de celui des États membres, mais qui lui est intimement, et même organiquement lié, de telle sorte que le respect mutuel et constant des compétences respectives des organes communautaires et des organes nationaux est une des conditions fondamentales d'un fonctionnement du système conforme au traité et, par suite, de la réalisation des objets de la Communauté (...) ce respect exige que les dispositions self-executing du traité et les règlements régulièrement pris par les exécutifs communautaires puissent recevoir application immédiate dans les États membres. Tel est l'ordre juridique institué par le traité de Rome et il appartient à la Cour de justice, et à elle seule, de le dire le cas échéant par ses arrêts». Au Canada, les tribunaux assurent le

À la différence des constitutions, les traités constitutifs de l'UE et de la CE ne prévoient pas de liste de compétences déterminant les domaines pouvant être sujets à la législation communautaire ou demeurant l'apanage des États membres. Les attributions de compétences¹⁶⁸ se font par référence à des objectifs assignés à l'UE et à la CE, à propos de divers secteurs dans lesquels des actions peuvent être entreprises. Les compétences ne sont pas transférées à la Communauté en fonction de matières, comme dans un État fédéral, mais plutôt au moyen de buts et de finalités qui possèdent une intensité variable selon le domaine du droit¹⁶⁹. Les objectifs doivent être interprétés à la lumière des préambules et des articles liminaires du TUE (art. 1 et 2) et du traité CE (art. 2, 3 et 4 CE) qui énoncent des objectifs généraux de l'UE et de la CE.

De façon générale, les objectifs de la Communauté concernent surtout le plan économique, soit un espace sans frontière, une plus grande cohésion économique et sociale et une monnaie unique. Les dispositions les plus importantes ont trait aux quatre libertés économiques (liberté de circulation des capitaux, des services, des personnes et des marchandises) et la concurrence. Mais on doit ajouter, de façon accessoire, des finalités sociales.

Selon le TUE et le Traité CE, la CE possède, notamment, des compétences relatives à la citoyenneté de l'Union, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, l'union douanière, les transports, la concurrence, la fiscalité, le rapprochement des législations, l'agriculture, la politique économique et monétaire, la politique commerciale commune, la politique sociale, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse, la culture, la santé publique, la protection des consommateurs, les réseaux trans-européens,

respect du droit dans l'interprétation et l'application de la constitution en déclarant inopérante ou invalide toute mesure enfreignant ou violant la constitution.

¹⁶⁸ Les compétences communautaires sont transférées des États membres à la CE. Le mécanisme de transfert constituerait une limitation contractuelle des compétences étatiques et, simultanément, une création des compétences correspondantes au plan de l'Union. Ainsi, il ne s'agirait pas d'un abandon de compétences des États membres au profit de la CE et les États membres ne perdraient pas leur « souveraineté » lorsque de nouvelles attributions de compétences sont effectuées au profit la CE. La thèse de la création des compétences de la CE expliquerait pourquoi les compétences nationales transférées à l'Union ne sont pas abrogées lors de révision constitutionnelle nationale, comme en France, ainsi que la possibilité, pour la CE, d'intervenir dans des domaines nouveaux, qui n'ont pas été transféré des États membres à la CE, comme, par exemple, en matière d'harmonisation du droit communautaire.

¹⁶⁹ Selon J. RIDEAU, précité, note 51, à la p. 70: «Les traités constitutifs édictent également des normes matérielles. Ils fixent des objectifs à l'action des Communautés européennes dans les préambules et les dispositions liminaires des traités et déterminent, dans des conditions variables selon les traités et à l'intérieur du même traité, selon les secteurs considérés, les règles essentielles qui devront inspirer le législateur communautaire dans l'élaboration du droit dérivé».

l'industrie et la cohésion économique et sociale, l'environnement, la recherche-développement technologique, la coopération au développement et les visas.

À certains égards, les compétences dévolues à la Communauté sont aussi vastes, sinon plus, que les compétences attribuées au Parlement fédéral canadien. La différence primordiale est qu'au Canada, un des principes cardinaux de la répartition des compétences est l'exclusivité des compétences de chacun des ordres de gouvernement. Chacun préserve jalousement ses compétences et dénonce tout empiètement alors qu'en matière européenne, beaucoup de compétences sont partagées et visent des domaines dans lesquels des mesures communes peuvent être prises selon la volonté collective des États et du Conseil¹⁷⁰.

Par ailleurs, nous devons aussi considérer, dans la détermination des compétences appartenant à la communauté, l'application de l'article 308CE qui a permis à plusieurs reprises d'étendre les compétences communautaires, l'article 42 du TUE et l'application de la théorie des compétences implicites.

Comme nous le mentionnions, les objectifs ainsi que les dispositions des traités forment l'assise juridique sur laquelle les actes communautaires peuvent être pris. Celle-ci constitue le fondement des pouvoirs des institutions. Mais il peut arriver qu'une action nécessaire ne possède pas de fondement explicite dans les traités et qu'aucun pouvoir d'action n'ait été prévu. Dans ce cas, le Conseil peut recourir à l'utilisation de l'article 308 CE afin de combler l'absence d'assise juridique explicite.

L'article 308 CE édicte que :

« Si une action de la communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.»

¹⁷⁰ V. P. LESLIE, précité, note 35, à la p.4. Dans la CE, les décisions sont prises par le Conseil, un organe communautaire autonome, sur proposition de la Commission européenne. Cependant, le Conseil est composé du chef du gouvernement de chacun des États membres. Dans la mesure où les compétences sont partagées entre les États membres et la CE et que la même personne représente, d'un côté, l'État et de l'autre, la CE, il est inéluctable qu'une influence mutuelle soit présente. Si un chef de gouvernement est contre une décision, au plan national, il est loisible de croire que son vote, à titre de membre du Conseil, sera aussi défavorable. En ce sens, les États membres et le Conseil décident agissent collectivement, même si la décision exclusivement de la CE.

Les conditions d'application de l'article 308 CE requièrent tout d'abord que l'action envisagée soit nécessaire. L'évaluation du caractère nécessaire se fait selon un « jugement de nature économique, technique, politique... mais pas juridique »¹⁷¹. Ensuite, l'action de la communauté doit réaliser un objet de la CE dans le cadre du marché commun. Selon la jurisprudence, cette expression doit s'entendre plus largement, soit dans le cadre de la CE¹⁷². Enfin, aucune assise juridique dans le traité ne doit être disponible pour permettre l'adoption de la mesure.

L'article 308CE a notamment permis l'adoption de mesures dans les domaines de la politique énergétique, la recherche, la protection de l'environnement et des consommateurs¹⁷³.

Dans la lignée de la création d'un espace intérieur sans frontière, l'article 42 du TUE permet au Conseil, à l'unanimité, de transférer certains domaines relevant du pilier de la justice et des affaires intérieures¹⁷⁴ au pilier communautaire, relativement à l'harmonisation des législations (art.94 CE). La politique des visas est un exemple de cette façon d'attribuer de nouvelles compétences à l'Union¹⁷⁵. L'article 42 du TUE démontre aussi que les limites entre compétences nationales et communautaires sont évolutives et qu'il est difficile de rechercher un critère commun ou d'en établir une liste afin de les répartir, même dans les domaines considérés comme le noyau dur de la souveraineté¹⁷⁶.

Enfin, la théorie des compétences implicites permet aussi à la CE d'élargir ses domaines de compétences. En effet, lorsqu'aucune disposition ne permet d'asseoir une action de la CE mais que les textes et le contexte de plusieurs dispositions des traités permettent de déduire une telle action, celle-ci pourra l'être au moyen de la théorie des compétences implicites. Selon Lenaerts et Van Ypersele :

¹⁷¹ *Traité instituant la CEE commentaire article par article*, sous la dir. De V. CONSTANTINESCO, R.KOVAR, J.-P.JACQUÉ et D. SIMON, éd. Economica, Paris, p. 1516.

¹⁷² *Id.* et J. RIDEAU, précité, note 52, p. 99.

¹⁷³ J. RIDEAU, précité, note 52, p. 441.

¹⁷⁴ Art. 29 et suiv. TUE relativement à la politique d'asile, aux règles régissant le franchissement des frontières extérieures des États membres par des personnes et l'exercice du contrôle de ce franchissement, la politique d'immigration, la lutte contre la toxicomanie, la lutte contre la fraude de dimension internationale et la coopération judiciaire en matière civile.

¹⁷⁵ Robert LANE, « New Community Competences Under the Maastricht Treaty » (1993) *Common Market Law Review* (30), pp. 945-946.

« Le recours aux compétences implicites ne peut être justifié que s'il n'existe pas de compétence explicite et qu'il doit être motivé par référence à des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel qui établissent un lien intime entre la compétence invoquée et une compétence explicite, de sorte qu'en réalité, l'existence de la première conditionne l'effet utile de la seconde.»¹⁷⁷

La théorie des compétences implicites consiste en l'application du principe de l'effet utile. Elle vise à permettre aux institutions d'exercer un pouvoir normatif conforme aux finalités et objectifs des traités. La théorie des compétences implicites est le pendant de la théorie des pouvoirs implicites. En effet, en l'absence d'une attribution explicite dans les traités constitutifs, nous inférons que les normes et les principes qu'ils énoncent impliquent l'adoption de réglementations communautaires sans quoi les principes et normes n'auraient aucun sens et aucune application, comme nous le mentionnions relativement à l'article 308 CE.

Lorsque nous examinons les compétences conférées à l'UE et à la CE, nous devons distinguer les compétences qui sont exclusives de celles qui sont concurrentes et complémentaires¹⁷⁸. Cette distinction est importante sous plusieurs aspects. En effet, dans les domaines de compétences exclusives par nature, seule l'UE ou la CE peuvent légiférer, sauf délégation expresse aux États membres¹⁷⁹. Les compétences exclusives, par nature, se déterminent par la lecture de la jurisprudence et des dispositions des traités. Celles-ci doivent laisser « apparaître qu'une compétence parallèle des États membres et de la Communauté en la matière est exclue »¹⁸⁰. Les compétences exclusives, reconnues par la Cour de justice¹⁸¹,

¹⁷⁶ Comme en matière fiscale, par exemple.

¹⁷⁷ K. LENAERTS et P.VAN YPERSELE, précité, note 143, p. 41.

¹⁷⁸ À ce sujet, il nous semble que les traités apportent une distinction entre les compétences concurrentes et les compétences complémentaires. Les compétences complémentaires constituent des compétences conjointes entre la CE et les États membres. Les compétences concurrentes, quant à elles, sont aussi partagées, mais seulement lorsque la CE n'a pas exercé ses pouvoirs. Quand elle le fait, ce qui est visé par son exercice devient exclusif en raison de la règle de la primauté du droit communautaire sur le droit national. Toutefois, la compétence ne devient pas une compétence entièrement exclusive, mais la portée de la compétence partagée devient plus restreinte.

¹⁷⁹ La délégation présuppose une habilitation donnée par la Commission aux États membres leur permettant d'exercer sa compétence, en précisant que les pouvoirs délégués seront exercés dans le sens de la réalisation des objectifs des traités. La Commission peut en surveiller l'exercice selon l'article 211 CE et elle peut révoquer la délégation à tout moment. V. arrêt 5 mai 1981, *Commission/Royaume-Uni*, 804/79, rec. p. 1045 et K. LENAERTS et P.VAN YPERSELE, précité, note 143, p. 29.

¹⁸⁰ Avis 1/75 de la cour du 11 novembre 1975, rec. p. 1355 à la page 1364. K. LENAERTS et P.VAN YPERSELE, *id.*, p. 13 à 20.

concernent la politique commerciale commune¹⁸², l'union douanière et la compétence de la Communauté relative à la conservation des ressources biologiques de la mer, dans le cadre de la politique commune de la pêche¹⁸³. Par ailleurs, en matière d'accords internationaux, la Communauté possède une compétence exclusive ou concurrente dépendamment du domaine considéré¹⁸⁴. L'exclusivité n'exclut pas toutes mesures nationales dans les mêmes domaines. Le droit national peut s'appliquer à titre supplétif¹⁸⁵.

En ce qui à trait aux compétences concurrentes ou partagées, les États membres conservent leurs compétences et peuvent intervenir tant que les institutions n'ont pas exercé leurs compétences pour remplir les objectifs qui leur sont assignés par les traités. Mais, lorsque des législations communautaires valides et des législations nationales valides entrent en conflit, la primauté du droit communautaire¹⁸⁶ jouera en faveur de l'inopérabilité ou de l'inapplicabilité de la mesure nationale contraire à la mesure communautaire. L'exercice d'un pouvoir de la Communauté dans un domaine de sa compétence entraîne un effet d'exclusivité. Il ne rend pas la compétence exclusive¹⁸⁷. Cependant, lors de l'analyse du conflit, on doit tenir compte de l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité auxquels nous

¹⁸¹ Par ailleurs, le Parlement européen, dans sa résolution de 1984, JOCE n.C77 du 19 mars 1983, p.33: définit les notions de compétences exclusives et concurrentes en donnant une vision extensive des compétences exclusives de la Communauté. La Commission, dans l'annexe de sa communication relative à la subsidiarité du 27 octobre 1992: Bull. CE 10/92, aux points 1.1.4 et 2.2.1 classe dans les compétences exclusives la suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux (union douanière), la politique commerciale commune, les règles générales de la concurrence, l'organisation commune des marchés agricoles, la conservation des ressources de la pêche, les éléments essentiels de la politique de transport et l'union monétaire.

¹⁸² CJCE avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE*, rec. p.1355; arrêt du 15 décembre 1976, *Donckerwolcke et al/ proc. Rep. Et a.*, aff. 41/76, rec. p. 1921.

¹⁸³ Arrêt du 14 juillet 1976, *Kramer et a./ Ministère public*, aff. Jtes. 3/76 et 6/76, rec. p. 1279.

¹⁸⁴ *Arrangement OCDE*, précité, note 182; Avis 1/76 du 26 avril 1977, *Fonds européens d'immobilisation de la navigation sur le Rhin*, rec. p. 750; Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, *Convention AIEA* rec. p. 2151; avis 1/78 du 4 octobre 1979, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, rec. p. 2871; Avis C-2/91 du 19 mars 1993, *convention no 170 OIT*, rec. p. I-1061; Avis C-1/94 du 15 novembre 1994, *Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, Accord instituant l'OMC*, rec. p. I-5267; avis C-2/92 du 24 mars 1995, *Troisième décision révisée du conseil de l'OCDE relative au traitement national*, rec. p. I-521; avis C-2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*.

¹⁸⁵ V. par exemple, arrêt du 18 décembre 1992, *Diaz Garcia / Parlement*, T-43/90, rec. p. II-2619; arrêt du 18 décembre 1992, *Khouri / Commission*, T-85/91, rec. p. II-2637.

¹⁸⁶ V. *Costa ENEL*, précité, note 65.

¹⁸⁷ Les auteurs et la Cour, lorsqu'ils abordent la question de l'exclusivité des compétences, distinguent entre les compétences exclusives par nature et les compétences exclusives par exercices. Comme nous le mentionnions, nous croyons que cette distinction relève de deux concepts différents: les compétences exclusives par nature procèdent des traités alors que celles par exercices sont un effet

reviendrons, qui délimitent la portée de la compétence communautaire pour déterminer si la CE, bien que compétente dans ce domaine, peut exercer son pouvoir afin d'édicter la mesure en cause.

Par ailleurs, on doit aussi ranger dans la même lignée que les compétences exclusives les dispositions ayant un effet direct établissant une interdiction de poser certains actes par les États, dans la mesure où ces dispositions ne prévoient pas la possibilité de dérogation par les États, généralement pour des motifs d'ordre public, de sécurité et de santé publique.

Enfin, les compétences retenues concernent les compétences où la Communauté ne fait que coordonner l'exercice par les États membre de leurs compétences, tel qu'en matière de rapprochement des législations¹⁸⁸ ou de politique économique¹⁸⁹. Les compétences réservées sont celles qui demeurent aux États membres.

Finalement, même en l'absence de conflit, avant d'exercer ses pouvoirs en matière de compétences concurrentes, la CE doit tenir compte de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Pour déterminer la portée des compétences communautaires, nous devons analyser les dispositions spécifiques des traités en relation avec les préambules, les objectifs, les actions et les protocoles en annexe¹⁹⁰. Nous devons aussi porter attention au contexte socio-économique actuel ainsi qu'aux avancées dans la construction communautaire. Par exemple, il est prévu que le traité CE a compétence, de façon exclusive selon la lecture des dispositions, relativement à l'union économique et monétaire. L'étendue de sa compétence se profilera au gré des achèvements dans les phases du passage à l'euro et ainsi de suite¹⁹¹. Par ailleurs, même si le transfert de compétences est progressif, il n'en demeure pas moins total et

résultant de l'application des principes de primauté du droit communautaire; elles ne sont pas exclusives.

¹⁸⁸ Art. 95 à 97 CE.

¹⁸⁹ Art. 98 à 101 CE.

¹⁹⁰ V. CONSTANTINESCO, précité, note 148, p.255:«Selon une règle établie, les protocoles ont la même valeur juridique que le traité auquel ils sont annexés». Par ailleurs, les déclarations n'ont pas de caractère juridique, p.261.

¹⁹¹ Selon la jurisprudence, ce n'est pas parce que la communauté n'exerce pas sa compétence qu'elle la perd: arrêt du 14 décembre 1971, *Commission/France*, aff 7/71, rec. p. 1003.

irréversible en principe, selon la jurisprudence de la CJCE¹⁹². De façon générale, la portée d'une compétence octroyée à l'Union est inversement proportionnelle à celle de l'État, ce qui définit le degré d'intégration d'une compétence de l'Union et les rôles respectifs de l'Union et des États membres dans la mise en oeuvre des compétences. Cette détermination est modulée principalement par l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

En ce qui concerne le principe de proportionnalité, l'article 5 CE édicte que :

«L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité»

Le principe de proportionnalité sert à contrôler l'exercice des pouvoirs, l'action, dans le cadre d'une compétence communautaire exclusive ou concurrente, afin que les actes communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché. Il semble un peu étrange qu'une action ayant une assise juridique puisse excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité étant donné que ce sont les objectifs qui délimitent la portée de la compétence communautaire. Par ailleurs, le principe de proportionnalité (entendu dans la perspective de l'articulation des compétences entre la CE, l'UE et les États membres, c'est-à-dire, comme le principe de subsidiarité) doit réguler l'action de la Communauté afin qu'elle n'envahisse pas excessivement les compétences des États membres¹⁹³. Le contrôle du principe de proportionnalité s'effectue par 4 conditions. La première consiste à déterminer la légitimité de l'objectif poursuivi par l'action communautaire. Ensuite, s'il s'agit d'un objectif légitime, on doit vérifier sa validité au terme du partage des compétences selon l'article 5 CE ainsi que la capacité des États membres, de la CE et de l'UE à atteindre l'objectif. Enfin, on doit décider si l'objectif porte une atteinte minimale au droit national, en se demandant si la mesure adoptée est soigneusement désignée pour atteindre l'objectif qu'elle vise et si une autre action moins

¹⁹² Arrêt no 804 179 du 5 mai 1981, rec. Dalloz-Sirey 1982, p.333; arrêt 47 et 48-83 du 28 mars 1984, c. 158-89 du 17 mai 1990; arrêt 7-71 du 14 février 1971, rec. p.1003. Mais, il apparaît que l'État peut prendre des mesures dans l'attente de l'exercice de la compétence par la Communauté mais, il ne recouvre pas compétence dans la matière et ces mesures ne doivent pas contredire le droit communautaire, selon l'article 10 CE notamment, et cèdent le pas devant une législation communautaire de sens contraire, conformément au principe de la primauté du droit communautaire.

¹⁹³ Par ailleurs, «le principe de proportionnalité devrait notamment conduire à faire en sorte que la Communauté se contente, d'une part, d'un minimum de réglementation et, d'autre part, à ce que la Communauté n'hésite pas à décentraliser l'exécution des règles qu'elle aurait l'occasion d'établir.» *Traité instituant la CEE commentaire article par article*, précité, note 179, p. 107.

envahissante pouvait être envisagée¹⁹⁴. Finalement, on doit examiner la condition de la proportionnalité des effets, c'est-à-dire que les inconvénients ne dépassent pas les avantages malgré une réponse affirmative aux trois conditions précédentes.¹⁹⁵

Finalement, nous devons considérer l'application du principe de subsidiarité, tel que formulé à l'article 5 CE pour déterminer la portée des compétences communautaires.

ii) La mise en oeuvre du principe de subsidiarité en droit communautaire.

Avant de procéder à l'examen des conditions énoncées par le principe de subsidiarité, les organes communautaires, notamment la Commission, doivent déterminer s'ils sont compétents pour adopter la mesure envisagée¹⁹⁶. Pour ce faire, une assise juridique à leur action doit être disponible. Le cas échéant, ils doivent examiner la possibilité d'utiliser l'article 308 CE ou faire valoir une compétence implicite¹⁹⁷. Ensuite, ils doivent relier l'action à l'une des actions prévues aux articles 3 et 4 CE, ainsi qu'aux dispositions spécifiques qui leur sont relatives ou aux objectifs généraux prévus à l'article 2 CE.

Si la communauté se reconnaît compétente dans ce domaine, elle doit alors se tourner vers l'application du principe de subsidiarité. La commission, lors de ses propositions relatives à de nouvelles compétences ou lorsqu'elle intensifie son action dans un domaine, doit motiver son respect du principe de subsidiarité dans le cadre de l'action proposée avant de la soumettre au Conseil. Il en va de même en ce qui concerne le Parlement européen¹⁹⁸ et le Conseil¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Arrêt du 25 juin 1997, *Procédure pénale/Kieffer et Thill*, aff. C-114/96, rec. p.I-3629, à la p.3656.

¹⁹⁵ Voir au sujet du principe de proportionnalité, à titre d'exemple, arrêt du 20 février 1979, aff. 122/78, *Buitoni/FORMA*, rec. p.677; arrêt du 23 février 1983, *Fromançais/FORMA*, rec. p. 395; arrêt du 1^{er} octobre 1985, aff. 123/83, *OBEA/ Corman*, rec. p. 3039; arrêt du 22 février 1986, aff. 266/84, *Denkavit France /FORMA*, rec. p.149; arrêt du 2 mai 1990, aff. C-357 et C-358/88, *Hoppermann/BALM*, rec. p. I-1669 et I-1687.

¹⁹⁶ Art. 5 CE: «Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire».

¹⁹⁷ *Avis du 28 mars 1996*, aff. 2/94, rec. p. I-1759.

¹⁹⁸ En matière d'avis conforme, de coopération selon 252 CE, de codécision selon 257 CE et d'avis.

¹⁹⁹ V. J. RIDEAU, précité, note 51, p.458, et la communication du Conseil et du Parlement européen sur le principe de subsidiarité du 27 octobre 1992.

Afin de motiver leur respect du principe, les organes communautaires doivent appliquer les conditions prévues à l'article 5 CE qui édicte :

«Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.»

La première condition posée par l'article réfère au champ d'application du principe. Celui-ci s'exerce dans les domaines de compétences concurrentes, incluant les compétences complémentaires et les compétences « exclusives par exercice». Les compétences exclusives par nature ne sont pas soumises au respect du principe de subsidiarité, à l'exception de dérogations établies par la jurisprudence et les traités.

Par ailleurs, selon Lenaerts et Van Ypersele :

« Ainsi, lorsque la Communauté a une obligation d'agir sanctionnable par un recours en carence, non seulement le principe de son action sera acquis automatiquement, mais son ampleur sera, dans une large mesure, déjà prédéterminée par le traité. L'article 3B, deuxième alinéa, du traité ne jouera, dans ce cas, qu'un rôle marginal.»²⁰⁰

Enfin, il semble que lorsque l'intervention de la Communauté n'entraîne ni préjudice ni empiètement sur les compétences nationales, il n'y a pas de violation du principe de subsidiarité²⁰¹.

La deuxième condition énoncée à l'article 5 CE a trait à l'aptitude des États à réaliser l'action envisagée relativement à ses dimensions ou ses effets. À notre avis, les termes «dimensions» et «effets» doivent s'entendre dans le sens d'unicité ou d'indivisibilité de la matière, qui nécessiterait une réglementation uniforme en raison de ces aspects transnationaux. Il semble que pour appliquer concrètement cette exigence de l'aptitude, la Communauté doit déterminer si les États, de façon individuelle, peuvent réaliser

²⁰⁰ K.LENAERTS et P.VAN YPERSELE, précité, note 143, p.26.

²⁰¹ G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne: une énigme et beaucoup d'attente », (1994) 30-3 *RDT. Eur.*, p. 382.

l'action²⁰². La capacité de l'État doit être actuelle ou potentielle, c'est-à-dire qu'il serait possible pour cet État d'adopter la mesure selon son système constitutionnel. Enfin, l'incapacité d'un État ne constitue pas une fin de non recevoir, dans la mesure où l'incapacité n'est que partielle et non totale, et dans la mesure où cette inaptitude ne met pas en péril la réalisation substantielle de l'objectif et n'est pas contraire au traité. En effet, la mesure doit être réalisée de manière «suffisante» par les États. Le terme laisse présager une réalisation substantielle mais non totale.

La troisième condition concerne la réalisation de l'action par la communauté. On doit examiner si celle-ci peut apporter une valeur ajoutée, c'est-à-dire si l'action peut être mieux réalisée à ce palier, si elle ne peut pas l'être de manière suffisante par les États. On doit donc procéder à un test d'efficacité comparative entre la CE et les États. Si l'action de la CE apporte une valeur ajoutée, des avantages manifestes, par rapport aux États, la mesure proposée rencontre le test de la subsidiarité²⁰³.

Enfin, si l'action répond aux exigences de l'article 5 CE et que la Communauté peut adopter la mesure en cause, il ne semble pas pertinent de s'attarder au principe de proportionnalité énoncé à l'article 5 CE. En effet, même si une réponse positive au test de subsidiarité n'exclut pas la question de l'application du principe de proportionnalité, comme celui-ci s'applique dans une perspective d'articulation entre les droits nationaux et le droit communautaire et vise à ce que le droit communautaire ne soit pas excessivement envahissant, la finalité de ce principe est à rapprocher de celui de subsidiarité. De ce fait, si l'action rencontre les exigences du principe de subsidiarité, elle doit presque automatiquement rencontrer celle du principe de proportionnalité²⁰⁴. Cependant, si les résultats des tests ne tranchent pas clairement ou comportent des zones grises, le principe de proportionnalité pourra pencher en faveur des États membres et de l'abstention de la Communauté.

²⁰² On ne doit pas regarder si tous les États peuvent agir ensemble sinon, le principe serait vidé de toute application.

²⁰³ Le problème avec ce test, c'est que dans la majorité des cas, l'action communautaire est plus efficace que celle des États. Ainsi, en posant un critère d'efficacité, le test dénature le principe et la référence à la valeur ajoutée par l'action de la Communauté comparativement à celle des États membres. Voir à cet effet : C.BAIL, précité, note 135, p.383:« However, it has also been pointed out that in view of the rising interdependencies the criteria of comparative efficiency and added value tend to have a centralising tendency».

²⁰⁴ G. STROZZI, précité, note 201 p. 380 : « L'exercice d'une compétence partagée qui ne respecte pas le principe de subsidiarité est qualifié *ipso facto* de non proportionnelle».

Finalement, l'acte doit être adopté selon les modalités et les procédures prévues par les dispositions en cause, le traité ou au moyen de la théorie des pouvoirs implicites²⁰⁵.

Le principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 CE est justiciable²⁰⁶, étant donné son caractère de règle de droit. Il peut être invoqué devant les tribunaux par les parties et la Cour de justice se reconnaît compétente pour appliquer le principe en vertu de l'article 220 CE²⁰⁷. Par contre, l'article 5 CE ne possède pas d'effet direct en droit interne. Bien qu'il puisse être soulevé devant les tribunaux nationaux, ceux-ci ne peuvent par conséquent déterminer la validité de l'acte à l'aune du principe et ils doivent déférer la question à la Cour de justice au moyen d'un renvoi préjudiciel²⁰⁸. Par ailleurs, bien que l'article 2 du TUE soit une règle juridique, l'article 46 du TUE lui enlève son caractère justiciable. Les compétences de l'Union (notamment celles prises en vertu de l'article 42 et en vertu de la théorie des compétences implicites) ne sont donc pas justiciables devant la Cour. Par ailleurs, le principe de subsidiarité, dans sa formulation politique, n'est pas une règle de droit. Il est non justiciable par nature.

Au plan des moyens procéduraux et des recours disponibles permettant d'invoquer le non-respect du principe de subsidiarité par les institutions communautaires, on constate qu'aucune procédure spécifique n'est prévue. Les citoyens et les États utiliseront donc les recours ordinaires prévus au traité²⁰⁹.

²⁰⁵ K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, précité, note 143, p. 41 à 43: cette théorie est le pendant de la théorie des compétences implicites.

²⁰⁶ V. CONSTANTINESCO, précité, note 136, p.43 : « La justiciabilité est un terme qui renvoie à la possibilité d'un contrôle juridictionnel à propos d'un litige dont on dira qu'il est «justiciable» si une juridiction se reconnaît compétente pour en connaître. Le terme s'applique également au caractère juridique d'une règle: est justiciable la règle susceptible d'être invoquée devant les tribunaux à l'appui d'une demande».

²⁰⁷ V. infra relativement au principe de garantie.

²⁰⁸ Conseil européen d'Edimbourg, 11-12 décembre «Approche globale de l'application par le Conseil du principe de subsidiarité et de l'article 3B du TUE», bull. Agence Europe, no 5878/BIS, éd. Spéciale du 13/14 décembre 1992, p. 2, aux conclusions de la présidence: « le principe de subsidiarité ne saurait être considéré comme ayant un effet direct; néanmoins, l'interprétation de ce principe et la vérification de la conformité de ce principe sont soumises au contrôle de la Cour de justice, pour ce qui concerne les questions relevant du Traité instituant la Communauté européenne». V aussi J. RIDEAU, précité, note 51, p. 463.

²⁰⁹ Communication de la Cour du 20 décembre 1990 en vue de la conférence intergouvernementale: « En tant que fondement d'un moyen dirigé contre des actes pris par les institutions politiques, le principe de subsidiarité serait d'application dans le cadre, notamment, des recours en annulation, des questions préjudicielles sur la validité d'un acte des institutions et des exceptions d'illégalité soulevée au titre de l'article 184».

Finalement, en ce qui concerne le contrôle du principe énoncé à l'article 5 CE par la Cour de justice, celle-ci examine l'absence d'erreur manifeste de droit ou de fait dans l'appréciation réalisée par les institutions communautaires ainsi que l'absence de détournement de pouvoir²¹⁰. Le détournement de pouvoir implique qu'un objectif d'une action envisagée ou un acte en apparence constitutionnellement valide, au terme de la répartition des compétences, soit en fait utilisé pour couvrir un exercice de pouvoir inconstitutionnel. Cette auto-limitation de la Cour a pour objectif de restreindre son rôle, dans la mesure du possible, à ses fonctions adjudicatives.

PARTIE II. L'INTRODUCTION D'UN PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ INÉDIT DANS L'INTERPRÉTATION DU PARTAGE DES COMPÉTENCES DE NATURE ÉCONOMIQUE EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

La problématique de la convergence des normes, nécessaire en raison de la globalisation des économies afin de rendre les espaces économiques intégrés performants et compétitifs, a souvent été associée à la constitution et au développement de l'intégration juridique des marchés. Toutefois, peu d'analyses se sont penchées sur la question de la convergence des normes, lorsque le marché est définitivement constitué et que les vecteurs d'intégration sont difficilement modifiables²¹¹. À ce titre, nous sommes d'avis que le principe de subsidiarité pourrait permettre d'affiner et de moduler l'intégration afin de répondre aux impératifs économiques actuels. L'exemple du Canada à cet égard est prégnant. En effet, la question de l'intégration économique canadienne est débattue depuis plusieurs années, essentiellement en raison de la présence dans le marché intérieur d'entraves à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des capitaux. Ces entraves prennent la forme de barrières non tarifaires consistant en normes discriminatoires directes ou indirectes de toutes sortes. Elles sont principalement créées et admises en raison du fait qu'elles ont pour fondement des compétences constitutionnelles attribuées au gouvernement provincial qui les adopte. Les

²¹⁰ V. à cet effet: arrêt du 12 novembre 1996, *Royaume-Uni/Conseil*, aff. C841/94, rec. p. I 5793, au point 58: « Le contrôle juridictionnel de l'exercice d'une telle compétence doit se limiter à examiner s'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou si l'institution n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ». V aussi: V. CONSTANTINESCO, précité, note 136, p. 43 et K. LENAERTS et P.VAN YPERSELE, précité, note 143, p. 79.

²¹¹ Les auteurs abordent principalement la question, dans ce cas, sous l'angle de l'adhésion à des instruments régionaux d'intégration économique et des problématiques d'application aux marchés intérieurs. La question de l'intégration interne est mise de côté.

critiques de l'interprétation du partage des compétences, en matière économique, font largement état de ce problème qui découle de l'interprétation traditionnelle de la répartition des compétences, en matière commerciale, du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Deux voies semblent alors se dessiner de façon parallèle dans le paysage juridique canadien afin de remédier à la situation. D'une part, le développement du fédéralisme coopératif, privilégiant les ententes administratives entre les différents paliers de gouvernement, et une série de rapports portant sur la question de l'union économique canadienne, ont mené à l'adoption d'un accord non contraignant et non justiciable, portant sur le commerce intérieur au Canada et l'élimination des entraves à la libre circulation²¹². D'autre part, l'interprétation du partage des compétences de nature économique a subi une évolution progressive qui a permis d'introduire des changements significatifs, relativement à la possibilité d'adopter des réglementations ayant une incidence directe sur l'économie du pays. Selon nous, l'évolution de l'interprétation du partage des compétences, à ce sujet, pose un cadre conceptuel adéquat à

²¹² Comme nous le savons, la délégation de pouvoir est interdite : *P.G. Nouvelle-Écosse c. P.G. Canada (Renvoi relatif au projet de loi intitulé An Act Respecting the Delegation of Jurisdiction from the Parliament to the Legislature of Nova Scotia and vice versa, [1951] R.C.S. 31. Toutefois, la délégation administrative et la coopération ne l'est pas : P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc., [1952] 2 R.C.S.392. En 1985, le Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Approvisionnement et Services, Ottawa, 1985, a été produit, suivi, en 1987, du Rapport du Comité intergouvernementale des ministres sur le commerce intérieur et, en 1989, du protocole d'entente relatif à la libre circulation des produits agricoles et alimentaires. Néanmoins, le rapport le plus important a été celui de 1992, soit le rapport du COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNE, «Le renouvellement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992, 203p. Il proposait d'affirmer le principe du marché commun interne dans la Constitution, par amendement constitutionnel, et de le reconnaître comme l'un des traits caractéristiques de l'union canadienne. De façon plus spécifique, ce rapport préconisait la modification de l'article 121, de manière à ce que ce dernier reconnaisse le principe de l'union économique canadienne, le principe du marché commun interne et la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux, ainsi que l'interdiction de discrimination entravant la mise en œuvre de ces libertés (Certains auteurs, suite à ce rapport, ont proposé que la jurisprudence adopte cette interprétation de l'article 121 : voir Jacques FRÉMONT, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien » dans *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* sous la direction de Gérald A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT, précité, note 31, p. 45 et suiv.) Le rapport proposait aussi d'inclure dans la constitution un nouvel article, l'article 36.2, édictant que les gouvernements étaient tenus de coopérer au renforcement de l'union économique et d'assurer la mise en œuvre effective des quatre libertés. Le rapport traitait aussi de la reconnaissance des principes de l'unité, de l'harmonisation et de subsidiarité, en vertu desquels les gouvernements acceptaient de transférer leurs compétences au palier (fédéral ou provincial) qui était le mieux placé afin de réaliser de manière suffisante les objectifs de l'action envisagée. Ce rapport fut à l'origine de l'Accord sur le commerce intérieur au Canada qui est entré en vigueur le 1 juillet 1995. Celui-ci consiste en un accord multilatéral entre le parlement fédéral et les provinces canadiennes, ainsi que les territoires, non justiciable, qui a pour objectif l'accroissement du commerce et de la mobilité à l'intérieur du Canada, ainsi que l'établissement d'un marché ouvert, performant et stable, par le biais de l'élimination des entraves à la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des investissements à l'intérieur du Canada.*

la réception du principe de subsidiarité comme principe constitutionnel inédit, permettant de pallier aux difficultés engendrées par la répartition constitutionnelle des compétences de nature économique. Cette hypothèse peut d'ailleurs s'étayer par l'examen des sources du droit constitutionnel canadien, relativement au partage des compétences. En effet, comme nous le savons, le principe de subsidiarité agit dans une perspective de suppléance lorsque les collectivités ne peuvent agir isolément. La notion de suppléance implique la détermination factuelle d'un besoin, d'une part, et d'une fin, d'autre part, puisque c'est la finalité recherchée, ou l'objectif visé, qui déterminera le besoin. Cette finalité se présente au moment précédent la dévolution des compétences et elle se détermine par l'examen des causes de la répartition opérée (A1). Mais cette finalité peut aussi varier au cours du temps. Le principe de subsidiarité permettra alors de bouleverser et de modifier la répartition apparente, à la face même du texte constitutionnel, par le biais de l'interprétation des compétences(B). Dans ce contexte, le principe de subsidiarité détermine, d'une part, la dévolution et permet d'autre part, la modification de la portée des compétences afin d'atteindre l'objectif visé. L'étude des sources de l'ordre constitutionnel canadien soutient l'existence et la présence du principe de subsidiarité au moment de la répartition originelle des compétences (A). Par ailleurs, l'examen de l'évolution de l'approche interprétative, relative aux compétences de nature économique, permet, comme nous le disions, de relever la mise en œuvre du principe de subsidiarité dans ce domaine (B).

A. LA RÉPARTITION SUBSIDIAIRE DES COMPÉTENCES AUX TERMES DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867

1- Le régime fédératif canadien : sources et fondements

Le cadre constitutionnel canadien actuel est le produit d'un amoncellement de règles, de nature et d'origines diverses, dont les sources remontent à la *Proclamation royale* de 1763. Celle-ci fut la première constitution du Canada, suite à la conquête de la Nouvelle-France par les Britanniques. À cette époque, la Nouvelle-France devient colonie britannique, au même titre que la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. La Conquête mit en place un tout nouveau régime. Les Anglais prennent le contrôle de tout le territoire et y établissent leur façon de gouverner en instaurant le droit anglais, autant en matière de droit public que de droit privé. Toutefois, l'application du droit anglais à la majorité francophone catholique se révéla problématique. Afin de pallier aux difficultés engendrées, la Proclamation royale a

été remplacée par l'Acte de Québec²¹³, une loi britannique, en 1774. L'Acte de Québec établit la 2^e constitution du Canada. Elle remet en vigueur les lois civiles françaises, tout en reconnaissant officiellement la liberté de pratiquer la religion catholique et en permettant aux canadiens français de participer au gouvernement civil. Toutefois, la coexistence des francophones et des anglophones continuait d'être difficile, d'autant plus que la *Déclaration d'indépendance* de 1776, par les États-Unis, avait eu pour effet d'introduire un grand nombre de loyalistes au Canada. Ces derniers réclamaient un système parlementaire et des lois civiles, ce qui rendit inapplicable l'Acte de Québec. C'est dans ce contexte qu'est né l'Acte constitutionnel de 1791²¹⁴, la 3^e constitution du Canada. Voté par le Parlement de Londres, l'Acte constitutionnel n'abolissait pas l'Acte de Québec, mais il divisait le Québec en Haut et Bas Canada par l'ajout de quelques amendements. Une ordonnance spéciale en 1792 compléta le régime mis en place. Cependant, malgré la division de la colonie, les querelles entre les francophones et les anglophones se poursuivirent et menèrent à l'adoption, en 1840, de l'Acte d'Union²¹⁵, la 4^e constitution canadienne et finalement, en 1867, à l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique²¹⁶, la constitution actuelle. Celle-ci comprend, à ce jour, 26 textes formels²¹⁷, plusieurs lois organiques²¹⁸, des conventions constitutionnelles²¹⁹ et des règles de common law²²⁰.

²¹³ *Act for making more effectual Provision of the Government in the Province of Quebec in North America*, (1774), 14 Geo. III, R.-U., c. 83; L.R.C. (1985), app. II.

²¹⁴ *An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the Fourteenth Year of His Majesty's Reign, untitled, An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America*, (1791), 31 Geo. III, R.-U., c.31; L.R.C. (1985), app. II.

²¹⁵ *An Act to re- unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada*, 3 & 4 Vict., R.-U., c.35; L.R.C. (1985), app. II.

²¹⁶ 30 & 31 Vict., R.-U., c.3; L.R.C. (1985), app. II.

²¹⁷ V. à cet effet l'art. 52 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c.11; L.R.C. (1985), app. II.

²¹⁸ Les lois organiques portent sur l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics en précisant et complétant la constitution formelle.

²¹⁹ En ce qui concerne les conventions constitutionnelles, il s'agit de règles qui régissent le fonctionnement des institutions politiques. Elles sont issues de la pratique et elles sont généralement non écrites. En fait, ces conventions concrétisent une entente entre ceux qui dirigent l'État et elles sont perçues comme étant d'application obligatoire. Elles complètent ou contredisent des règles de droit sans toutefois pouvoir les modifier formellement. Les tribunaux peuvent les reconnaître, sans toutefois en assurer la sanction puisque ce ne sont pas des règles juridiques. L'existence d'une convention requiert la présence de nombreux précédents, le sentiment d'être tenus d'agir ainsi et doit avoir pour raison d'être un principe constitutionnel important, justifiant l'apparition d'une telle convention. Ces principes ont principalement trait au gouvernement responsable, qui se rattache au principe démocratique, aux principes nés lors de l'évolution, comme par exemple, l'égalité et l'autonomie des dominions, tel que reconnus par le traité de Westminster en 1931 ou encore, concernent le fonctionnement de l'État fédéral, l'équilibre des pouvoirs entre le gouvernement central et les gouvernements provinciaux. V. à ce sujet : *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 20; A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991; J. WOEHRLING, «La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au

L'Acte de l'Amérique du Nord britannique unit les provinces du Canada (divisées en deux provinces, l'Ontario et le Québec), de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick pour former le Dominion du Canada. Après qu'il eut acquis les droits de la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1869, le Dominion regroupa la région de la Terre de Rupert et des terres se trouvant à l'est des montagnes Rocheuses pour créer les Territoires du Nord-Ouest. En 1870, l'ancienne colonie de la rivière Rouge entra dans le Dominion et devint la province du Manitoba. En 1871, la Colombie-Britannique entra dans la Confédération et en 1873, ce fut au tour de l'Île-du-Prince-Édouard. En 1905, l'Alberta et la Saskatchewan devinrent des provinces du Dominion. La constitution de 1867 établit un pacte²²¹ négocié par les représentants des quatre parties fondatrices, la Nouvelle Écosse, le Nouveau Brunswick, le Haut et le Bas Canada. Il devient la cinquième constitution du Canada, la première sous le régime fédéral canadien.

Les causes ayant mené à l'union sont de nature politique, économique et militaire²²². En ce qui concerne les causes politiques, elles tiennent principalement au mauvais fonctionnement du régime mis en place par *l'Acte d'Union* en 1841. Celui-ci avait pour objectif d'assimiler à long terme les canadiens français à la population anglophone, comme le préconisait le rapport Durham²²³. De ce fait, *l'Acte d'Union* avait institué l'égalité de représentation des deux peuples de la province à l'assemblée législative. Toutefois, ce n'est qu'en 1848 que le principe du gouvernement responsable a été acquis, lorsque les anglophones devinrent majoritaires.

« rapatriement » de la Constitution canadienne », (1984) 14 *R.D.U.S.* 391. Récemment, à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 19, la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de principes structurels inédits présents dans la Constitution canadienne, soit le principe du fédéralisme, le principe du constitutionnalisme, le principe de la démocratie et le principe de la protection des minorités. Ces principes sont des illustrations des raisons d'être pouvant justifier le développement d'une convention constitutionnelle.

²²⁰ En ce qui concerne la common law, la prérogative royale qui édicte certains pouvoirs et privilèges appartenant à la couronne, est encore en vigueur, quoi qu'elle ait été abrogée en grande partie.

²²¹ Comme le mentionne le préambule de la loi.

²²² J. WOEHLING et Jacques Yvan MORIN, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, T.1, éd. Thémis, 1994, p. 148; J.M.S. CARELESS, *Canada: A Story of Challenge* (revised ed.), Toronto, MacMillan, 1970, pp.230-249; G. REMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, T.1, «La Loi constitutionnelle de 1867», Montréal, Québec / Amérique, 1983, pp. 65-74; D. CREIGHTON, *The Road to Confederation*, Toronto, MacMillan, 1964.

²²³ *Le rapport de Durham*, présenté, traduit et annoté par M.-P. HAMEL, 1948.

Par ailleurs, en ce qui a trait aux motifs économiques, l'abolition, en 1846, du tarif préférentiel accordé par la Grande-Bretagne aux produits coloniaux sur son territoire et la dénonciation, en 1866, d'un traité de libre échange entre le Canada et les États-Unis créèrent la nécessité, pour le Canada, de renforcer son économie. La voie qui semblait le plus appropriée fut celle de la création d'un marché commun économique pancanadien. En développant leurs échanges commerciaux sur un axe est-ouest et en s'alliant ensemble, les colonies pouvaient aussi faire face à leur endettement, qui découlait de la construction d'infrastructures de transport considérables, et terminer les travaux commencés, notamment la liaison ferroviaire entre Québec et Halifax²²⁴.

Enfin, au plan militaire, les colonies désiraient s'unir afin de mettre en œuvre une meilleure défense face aux visées envahissantes des États-Unis, qui avaient déjà tenté d'envahir le Canada en 1812²²⁵.

De ces faits, *l'Acte* prévoit la mise en place d'un système très centralisé où les compétences les plus importantes, en matière de défense, d'économie, de transports et ouvrages inter provinciaux furent dévolues au Parlement fédéral, de même que les pouvoirs résiduels²²⁶. De façon plus spécifique, le parlement fédéral possède, notamment, des compétences en matière de dette de propriété publique (91(1A)), d'échange et de commerce (91(2)); d'assurance-chômage (91(2A)); de taxation (91(3)); d'emprunt sur le crédit public (91(4)); de défense (91(7)); de navigation (91(10)); de pêcheries (91(12)); de passage d'eau (91(13)); de monnaie (91(14)); de banque (91(15)); de lettre de change (91(18)); d'intérêt (91(19)); de faillite (91(21)); de mariage et de divorce (91(26)); de droit criminel (91(27)), d'entreprises reliant une province à une autre, de chemin de fer, de bateau, etc. (92(10a) et b)) et les ouvrages déclarés à l'avantage général du Canada ou de deux ou plusieurs provinces (92(10c)), etc; alors que les pouvoirs exclusifs des législatures provinciales portent, en outre, sur la taxation provinciale (92(2)); les emprunts sur les crédits de la province (92(3)); les prisons et les maisons de réforme (92(6)); les hôpitaux et les institutions de charité (92(7)); les licences afin de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux (92(9)); les travaux et entreprises de nature locale (92(10)); les compagnies ayant des objets provinciaux (92(11));

²²⁴ J. WOEHLING et Jacques Yvan MORIN, précité, note 222, p149-150.

²²⁵ *Id.*, p. 151.

²²⁶ On note cependant la présence de certains éléments relevant plus d'un régime unitaire que fédéral. Toutefois, ces mécanismes, notamment le pouvoir de désaveu du Parlement fédéral ainsi que son pouvoir déclaratoire, vont tomber en désuétude. *Id.*, p.155-156.

la propriété et les droits civils dans la province (92(13)); l'administration de la justice (92(14)) et toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province (92(16)).

Les dispositions portant sur l'organisation des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent les fondements de l'ordre juridique canadien, comme nous allons le constater.

2- L'ordre juridique canadien

L'ordre juridique canadien obéit au principe de la hiérarchie des normes, au principe de la primauté du droit²²⁷ et au principe du constitutionnalisme²²⁸. À l'image d'une pyramide dont la Constitution est au sommet²²⁹, le pouvoir législatif est divisé entre le Parlement fédéral et les gouvernements provinciaux. Ceux-ci peuvent, lorsqu'ils sont compétents aux termes de la répartition des pouvoirs prévue à la Constitution, adopter des lois, des règlements en vertu de lois générales, ainsi que des décrets. Ils peuvent aussi déléguer un pouvoir réglementaire à certaines institutions, comme par exemple, les municipalités et les institutions scolaires, sous l'égide d'une loi habilitante respectant certaines conditions²³⁰.

²²⁷ *Renvoi droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750 (la Cour) : «La primauté du droit a toujours été considérée comme le fondement même de la Constitution anglaise qui caractérise les institutions politiques d'Angleterre depuis l'époque de la conquête normande (...) Elle devient un postulat de notre propre structure constitutionnelle en raison du préambule de la Loi constitutionnelle de 1982 et de son inclusion implicite en vertu du préambule de la Loi constitutionnelle de 1967, en vertu des mots « avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des lois constitutionnelles de 1867 et 1982, le principe est nettement implicite de par la nature même d'une constitution ».

²²⁸ *Selon le renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 20, par. 72 : «Le principe du constitutionnalisme exige que les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution ».

²²⁹ Au Canada, il n'y a pas de normes supraconstitutionnelles comme dans d'autres pays, ce que l'on ne doit pas confondre avec les principes structurels dégagés par le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *id.* Aux termes du *Renvoi*, la Constitution comporte certains principes fondamentaux non écrits qui servent à interpréter la Constitution : ils agissent, dans le processus interprétatif, au début de l'exercice, dans le but de cerner la portée des dispositions interprétées. Ils ne prennent pas sur ces dispositions écrites.

²³⁰ Le Canada est un cas particulier dans la mesure où on y retrouve la coexistence de deux grandes traditions juridiques, soit le droit civil et la common law. La common law est applicable en droit public (comme en droit constitutionnel et en droit criminel). En droit privé, le droit civil est applicable au Québec et il agit à titre supplétif en matière de droit public lorsque des intérêts québécois sont en jeu. Dans les autres provinces canadiennes, la common law régit le droit privé et est aussi applicable à titre supplétif en matière de droit public, à moins qu'une loi statutaire n'en prévoit autrement. Dans les provinces de common law, la tradition anglaise du précédent et du *stare decisis* a cours et les décisions jurisprudentielles ont une valeur contraignante. En matière de droit civil, l'importance sera donnée aux divers Codes et lois adoptées par le gouvernement. Les décisions n'ont qu'une portée interprétative.

Les actes adoptés par les gouvernements doivent se fonder sur l'exercice valide de l'une des compétences dont ils sont titulaires. Au Canada, la répartition des compétences législatives, entre le Parlement et les législatures provinciales, se retrouve principalement aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces dispositions agissent comme un principe d'ordre et d'organisation visant à embrasser l'ensemble de la réalité, composée de faits que la législation organise et modèle, afin de les répartir de façon conceptuelle et intellectuelle entre les acteurs institutionnels, selon diverses perspectives²³¹.

De façon générale, un examen des articles 91 et 92 de la Constitution permet de faire ressortir plusieurs caractéristiques de la répartition des compétences au Canada. Ceux-ci prévoient deux listes de compétences permettant de déterminer les catégories (ou les finalités législatives pouvant être valablement poursuivies) pouvant être sujettes à la législation fédérale (article 91 et 92 (10)) ou provinciale (92)²³².

Il aurait été possible, toutefois, de prétendre, à la lecture du paragraphe introductif de l'article 91, que la compétence fédérale en matière de paix, ordre et bon gouvernement (POBG) est une compétence générale et la seule compétence octroyée au gouvernement fédéral. D'ailleurs, la disposition énonce bien que :

« pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés (...) il est par la présente déclarée que (...) l'autorité exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées, (...) »

Ainsi, les compétences fédérales énumérées ne seraient que l'illustration de la compétence générale conférée au parlement. De plus, cette expression provient d'une formule sémantique ayant été employée tout au long de l'histoire coloniale britannique afin de conférer les pleins pouvoirs législatifs. Elle se lisait alors « to make laws in relation to peace, order and good

²³¹ V. à ce sujet: J. LECLAIR, «L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 28 *R.J.T.* 661, p. 663: « La répartition effectuée aux termes de ces dispositions ne s'apparente pas à une allocation de domaines étroitement cloisonnés, mais bien plutôt à un partage de pouvoir de légiférer relativement à ces catégories de sujets. Plus précisément, sont alloués des pouvoirs de réglementation relativement à toutes matières tombant dans ces catégories de sujets et non à l'égard des catégories elles-mêmes. (...) les articles 91-92 procèdent à un partage de finalités législatives à poursuivre (...) ». En 1867, l'ensemble du champ législatif a été partagée entre le Parlement et les législatures provinciales, sauf exceptions (par exemple, les matières nouvelles): V. par exemple, *Murphy c. Canadian Pacific Railway Company*, [1958] R.C.S.626.

²³² J. LECLAIR, *id.*, p.663.

government ». Cependant, à l'article 91, elle est devenue "to make law for the Peace, Order and good Government in relation to all Matters"²³³ et la Constitution a été interprétée comme constituant deux listes distinctes.

Par ailleurs, en raison des avancées technologiques et des réalités socio-économiques changeantes, la Constitution prévoit des mécanismes permettant l'adaptation du partage des compétences aux circonstances. Essentiellement, la Constitution prévoit deux clauses résiduelles ainsi qu'un pouvoir général en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement (POBG) en faveur du Parlement. Ceux-ci permettent de combler les lacunes de la Constitution et donnent le pouvoir au Parlement de légiférer lorsqu'une situation d'urgence se présente ou lorsqu'une matière, de compétence provinciale, acquiert de telles dimensions qu'elle devient d'importance nationale.

En ce qui concerne les pouvoirs résiduels, deux clauses sont prévues par la Constitution, une en faveur du parlement fédéral, au paragraphe introductif de l'article 91 et une clause résiduelle pour les législatures relativement aux matières d'ordre local, au paragraphe 92(16)²³⁴. Ces dispositions édictent en effet que :

« Il sera loisible à la Reine, (...) de faire des lois (...) relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignées aux législatures des provinces; (...) »²³⁵

« Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières (...) ci-dessous (...) »²³⁶
Généralement, toutes les matières de nature purement locale ou privée dans la province. »²³⁷

Le pouvoir résiduel fédéral prévu à cette disposition est à rapprocher de l'article 308 TUE, dans son libellé, comme visant à remplir les lacunes. Il est complété par le pouvoir résiduel découlant de l'interprétation du pouvoir fédéral en matière de POBG. Celui-ci a son fondement juridique à l'article 91 introductif, lorsqu'il édicte que :

²³³ M.DESCHÊNES, «Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada», (1992) 33 *Les Cahiers de Droit* 1181, à la p. 1184.

²³⁴ Voir à ce sujet: P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Fourth Student Edition, Carswell, Toronto, 1996, à la p. 17.1.

²³⁵ 91 introductif.

²³⁶ 92 introductif.

« Il sera loisible à la Reine (...) de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada (...) »

L'interprétation de ces pouvoirs par les tribunaux a fait en sorte que le pouvoir résiduel du parlement est plus important que celui des gouvernements provinciaux puisque, selon les termes du paragraphe introductif de l'article 91, le Parlement possède tous les pouvoirs, à l'exception de ceux qui ne sont pas assignés aux provinces²³⁸ et que les pouvoirs provinciaux doivent être soustraits des pouvoirs fédéraux²³⁹. Toutefois, il est à souligner que la jurisprudence a donné une interprétation tellement large de la compétence provinciale en matière de propriété et de droit civil que cette clause peut être considérée comme un pouvoir résiduel provincial important²⁴⁰. À ce jour, plusieurs matières sont tombées dans le pouvoir résiduel fédéral. Par exemple, le domaine de l'aéronautique, les radiocommunications, l'aménagement, la conservation et l'embellissement de la capitale nationale²⁴¹.

Afin de tomber dans la sphère résiduelle, selon la jurisprudence, une matière doit présenter une unicité et une spécificité la rendant indivisible. Elle doit avoir une identité distincte des matières provinciales ainsi qu'une consistance permettant de retenir les limites d'une forme. Elle ne doit pas constituer un agrégat de matières ²⁴².

²³⁷ 92(16).

²³⁸ *A.G. for Alberta c. A.G. for Canada*, [1943] A.C. 356, p. 371; v. aussi : *Lambe c. Manuel*, [1903] A.C.68; *John Deere Plow Co Ltd. c. Wharton*, [1915] A.C.330; *Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King*, [1916] 1 A.C.566; *Brophy c. A.G. of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Fort Frances Pulp and Power Co.Ltd. c. Manitoba Free Press Co.Ltd.*, [1923] 695; *Jones c. P.G. du Nouveau- Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; , *Renvoi sur les droits miniers sous marins*, [1967] R.C.S. 792; *Johannesson c. Municipality West St-Paul and A.G. for Manitoba*, [1952] 1 R.C.S 292, *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S.373.

²³⁹ V. par exemple : *Russel c. La Reine*, (1882) 7 App. Cas 829; *P.G. de L'Ontario c. P.G. Du Canada* (arrêt sur la prohibition locale) [1896] A.C.348; *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*, [1957] R.C.S.198.

²⁴⁰ J.BEETZ, «Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.A Crépeau et C.B. MacPherson (dir) *The Future of Canadian Federation – l'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, éd. P.U.M. 1965, p. 113 à la p.119 : « Le Conseil privé a donné à la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils une extension si grande qu'il a presque transformé cette compétence nommée en une compétence innommée à laquelle font exception les compétences nommées par l'article 91. Le Conseil privé déplaçait ainsi, en grande partie, le site du pouvoir résiduel ».

²⁴¹ *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité, note 238, à la p.457.

²⁴² *Id.* : pouvoir résiduel doit présenter une certaine unité et unicité : «cependant la jurisprudence n'en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n'était pas un agrégat mais présentait un degré d'unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme. (...) les tribunaux doivent à plus forte raison se garder d'ajouter des pouvoirs de nature diffuse à la liste des pouvoirs fédéraux ».

Par ailleurs, en ce qui concerne le pouvoir résiduel prévu dans le pouvoir général en matière de POBG, il sert, comme nous le disions, à combler les lacunes présentes dans la répartition des compétences. Il a été utilisé, par exemple, afin de prévoir l'incorporation de compagnies ayant des objets fédéraux. La Constitution ne prévoyait que l'incorporation de compagnies ayant des objets provinciaux sans prévoir de chef de compétence équivalente dans le domaine, pour les objets fédéraux. La Cour a reconnu, dans plusieurs décisions²⁴³, que le pouvoir d'incorporer des compagnies, ayant des objets autres que provinciaux, pouvait valablement tomber dans le pouvoir fédéral en matière de POBG, en raison de son caractère résiduel²⁴⁴. Dans tous les cas, une catégorie générale, relative à ces compétences, existait dans la Constitution, mais ne permettait pas de traiter l'ensemble du sujet en entier, lors d'une formulation plus spécifique.

Les deux autres branches en matière de POBG permettant l'adaptation de la Constitution sont la théorie des dimensions nationales et la théorie des pouvoirs d'urgence. Ces théories sont une création jurisprudentielle²⁴⁵.

L'émergence de la théorie des dimensions nationales a commencé avec la décision *Russell c. The Queen*²⁴⁶, lorsque le Conseil privé a maintenu une loi fédérale relative à la tempérance au Canada, au motif que le sujet ne tombait pas dans une des catégories de sujet provincial. Le Conseil privé n'a pas énoncé de quelle compétence fédérale la loi relevait, ni qu'il s'agissait d'un exercice valide du parlement reposant sur les clauses résiduelles fédérales. Ce n'est que lors de la décision *A.-G. Ont. c. A.-G. Can (local prohibition)*²⁴⁷ que le Conseil

²⁴³ *Great West Saddlery Company Ltd. c. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *The Citizen Insurance Company of Canada c. Parson*, [1881-1882] 7 A.C. 96; *The Colonial Building and Investment Association c. A.G. of Quebec*, [1883-1884] 9 A.C.157; *John Deere Plow Co. Ltd. c. A.G. for Canada and Wharton*, précité, note 238 ; *Bonanza Creek Gold Mining Company Limited c. The King*, précité, note 238; *A.G. for Canada c. A.G. for Alberta*, [1916] 1 A.C. 588; *In the matter of the Incorporation of Companies in Canada*, (1913) 48 R.C.S. 321.

²⁴⁴ V. aussi: *Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C.304; *A.G. Can v. A.-G. Ont. (arrêt sur les conventions de travail)* [1937] A.C. 326 relativement au pouvoir de signer des traités; *Jones c. A.-G. N.B.*, [1975] 2 R.C.S. 182 reconnaissant un statut égal à la langue française et à la langue anglaise; *Re Offshore Mineral Rights B.C.*, [1967] R.C.S. 792; *Re Nfld. Continental Shelf*, [1984] R.C.S. 86: relativement aux ressources naturelles dans la mer territoriale.

²⁴⁵M. DESCHÊNES, précité, note 233, p. 1184 : « Notre droit constitutionnel est issu du droit britannique, comme le souligne le préambule de la *loi constitutionnelle de 1867*, où, en l'absence d'une constitution écrite, les pouvoirs d'urgence y sont implicites : Historiquement, en Grande Bretagne, les pouvoirs d'urgence découlaient de la prérogative royale et de la common law ainsi que, de façon moins importante, de la doctrine de la loi martiale et de la législation ».

²⁴⁶ précité, note 239.

²⁴⁷ Précité, note 239.

privé a précisé que la compétence fédérale, en matière de tempérance, reposait sur le pouvoir fédéral en matière de POBG, selon la théorie des dimensions nationales. En effet, selon Lord Watson :

« Their Lordships do not doubt that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion and to justify the Canadian Parliament in passing laws for their regulation or abolition in the interest of the Dominion. But great caution must be observed in distinguishing between that which is local or provincial and that which has ceased to be merely local or provincial, and has become a matter of national concern, in such sense as to bring it within the jurisdiction of the Parliament of Canada. »

C'est ainsi qu'est née l'idée selon laquelle des matières d'origines locales et provinciales peuvent devenir d'intérêt national et de ce fait, devenir de compétence exclusive fédérale²⁴⁸ de façon permanente.

Le test, permettant de déterminer si une matière atteint des dimensions nationales, a été élaboré, a priori, dans la décision *Canada Temperance case*²⁴⁹ où le vicomte Simon énonça que :

« In their Lordships opinion, the true test must be found in the real subject matter of the legislation; if it is such that it goes beyond local or provincial concern or interests and must form its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as for example, in the Aeronautics Case and the Radio Case), then it fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, although it may in another aspect touch on matters specially reserved to the provincial legislature. War and pestilence, not doubt, are instances; so, too, may be the drink or drug traffic, or the carrying of arms. In *Russel v. The Queen*, Sir Montague Smith gave as an instance of valid Dominion Legislation a law which prohibited or restricted the sale or exposure of cattle having a contagious disease. Nor is the validity of the legislation, when due to its inherent nature, affected because there may still be room of enactments by a provincial legislature dealing with an aspect of the same subject in so far as it specially affects that province. »

Selon la jurisprudence, la théorie de l'intérêt national s'applique à de nouvelles matières qui, bien que provinciales à l'origine, ont pris une grande ampleur. La matière doit avoir une

²⁴⁸ Il est un peu difficile dans un sens de réconcilier la décision *Russell* à cette dernière puisque dans *Russell*, la loi ne relevait pas d'une catégorie de sujet provincial alors que dans l'arrêt sur les prohibitions locales, on reconnaît que la compétence relevait d'abord des provinces.

²⁴⁹ [1946] A.C.193.

unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial.

Plusieurs décisions subséquentes²⁵⁰, auxquelles nous reviendrons, ont précisé le test et la définition de la théorie des dimensions nationales. Aux termes de ces décisions, l'assurance, la croissance économique, les relations du travail, l'inflation, la pollution sont devenues des domaines exclusivement fédéraux. Comme nous le constaterons dans la deuxième partie de ce chapitre, la théorie des dimensions nationales présente de fortes similitudes avec le principe de subsidiarité²⁵¹.

Enfin, en ce qui concerne la théorie du pouvoir d'urgence, celle-ci est à l'effet que, lors de circonstances exceptionnelles et temporaires, le Parlement central est autorisé à légiférer pour faire face à la crise et pour intervenir dans des secteurs qui, en temps normal, sont de la compétence exclusive des législatures provinciales. Historiquement, les pouvoirs d'urgence ont été étroitement associés à la menace armée provenant de l'extérieur mais on y fait maintenant référence pour contrer la menace provenant de désastres naturels ou de problèmes économiques graves. L'objet principal des pouvoirs d'urgence est de garantir le maintien des structures socio-politiques de l'État, de même que d'assurer le bien-être du peuple. La seule limite à ce pouvoir concerne sa durée : il doit être temporaire²⁵².

La théorie des pouvoirs d'urgence a été développée lors de la décision *A.G. Can c. A.G. Alta (Insurance)*²⁵³ et précisée dans la décision *Board of Commerce*²⁵⁴ où le Conseil privé a

²⁵⁰ *Johannesson c. West St-Paul*, précité, note 238 (aéronautique); *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, note 238 ; *La Reine c. Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 R.C.S. 401.

²⁵¹ Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que ces décisions empruntent une approche de fait et que la jurisprudence semble assimiler l'intérêt national aux obligations internationales²⁵¹. Par exemple, dans la décision *La Reine c. Crown Zellerbach Canada Ltd*, *id.*, la Cour a mentionné, relativement à l'objet de la loi contestée, que: « La Loi semblerait avoir été adoptée en exécution des obligations qui incombent au Canada en vertu de la *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets* ». Cette prise en considération des faits et de l'environnement international est à rapprocher de l'introduction du présent travail, où nous mentionnions que l'intérêt national n'était plus la référence centrale et exclusive quant à la détermination et à la capacité de mettre en oeuvre des décisions de politiques nationales, puisque celles-ci devaient prendre en considération l'environnement international de l'État. L'intérêt national est sous-jacent à la théorie des dimensions nationales. En élargissant le concept d'intérêt national pour inclure des considérations découlant de l'ordre international, on élargit aussi la portée de la compétence fédérale dans ce domaine.

²⁵² M. DESCHÊNES, précité, note 233, p.1191.

²⁵³ Précité, note 243.

²⁵⁴ [1922] 1 A.C. 191.

invalidé une loi fédérale une loi au motif que, seulement des circonstances hautement exceptionnelles ou anormales auraient pu justifier l'utilisation du pouvoir fédéral en matière de POBG, comme en cas de guerre ou de famine²⁵⁵. Toutefois, certaines lois furent validées sous la théorie de l'urgence²⁵⁶. La dernière décision d'importance en ce domaine est le *Renvoi anti-inflation* rendu en 1976²⁵⁷. Cette décision diffère des autres puisqu'elle précise certains critères et s'applique non pas en relation avec une guerre ou une famine mais en raison d'une réalité économique : l'inflation. De ce fait, la notion de situation d'urgence a été considérablement élargie. Nous reviendrons plus loin sur cette décision puisqu'elle comporte des aspects intéressants au plan du principe de subsidiarité et de l'approche empirique.

Même si la Constitution prévoit des moyens permettant de combler des lacunes ou de s'adapter aux nouvelles situations, la jurisprudence a élargi, dans un sens, ces pouvoirs en autorisant un pouvoir d'empiètement d'un ordre de gouvernement dans les compétences de l'autre palier. En effet, l'impact d'une législation sur un autre palier de gouvernement peut être un exercice législatif valide, en raison de la théorie du pouvoir accessoire. Celle-ci est à l'effet que lorsque le Parlement légifère dans un domaine énuméré à l'article 91, il peut édicter toutes les dispositions nécessaires afin de rendre efficace et complète sa législation, même si ces dispositions relèvent, à priori, d'un sujet de compétence provinciale²⁵⁸.

L'existence d'un pouvoir accessoire a été rejetée dans *A.G. Can c. Nykorak*²⁵⁹ ainsi que dans l'arrêt *Papp c. Papp*,²⁶⁰ où le juge Laskin a toutefois énoncé :

«Where there is admitted competence, as there is here, to legislate to a certain point, the question of limits (where that point is passed) is best answered by

²⁵⁵ Il en a été de même, par exemple, dans la décision *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396.

²⁵⁶ *Fort France Pulp and Power Co. Ltd*, précité, note 238; *Reference as to the Validity of the Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124; *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. P.G. Canada*, [1947] A.C.87.

²⁵⁷ *Renvoi relatif à la Loi anti- inflation*, précité, note 238.

²⁵⁸ *Devine C. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *A.G. Ontario c. A.G. Canada*, [1894] A.C.189; *Cushing c. Dupuy*, [1880] 5 A.C. 409; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468; *A.G. for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *P.G. Québec c. Kellogg's Co. Et al.*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la T.P.S.*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Tomell Investment Ltd. C. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S.974; *La Reine c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. Le corollaire du pouvoir accessoire est la théorie du champ inoccupé.

²⁵⁹ [1962] R.C.S. 331.

²⁶⁰ [1970] 1 O.R. 331 (Ont. C.A.).

asking whether there is a rational, functional connection between what is admittedly good and what is challenged »

Le pouvoir accessoire a été cependant accepté subséquemment lors de plusieurs décisions²⁶¹. Les critères permettant de déterminer si l'intégration au régime de la loi permet de valider les dispositions par la théorie du pouvoir accessoire ont été énoncés dans la décision *General Motors c. City National Leasing*²⁶² et précisés dans le *Renvoi relatif à la T.P.S.*. Suivant cette décision, afin de déterminer si l'on est en présence d'un pouvoir accessoire :«il convient de décider si le régime contesté touche en fait à des matières qui relèvent de la compétence provinciale. Si ce n'est pas le cas, inutile d'aller plus loin. Si c'est le cas, il est nécessaire de demander si le texte législatif n'est pas adopté dans la poursuite d'un objectif régulier alors, évidemment il faut l'annuler. Toutefois, s'il a été adopté dans la poursuite d'un objectif fédéral régulier, alors, il est nécessaire de déterminer si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées au système pour pouvoir être maintenues en raison de ces rapports. Si non, elles peuvent être maintenues à titre d'exercice valide du pouvoir fédéral. Si le critère de l'intégration est respecté alors les dispositions sont admissibles à titre d'exercice d'un pouvoir fédéral même si elles touchent à des matières relevant de la compétence provinciale »²⁶³.

Le corollaire de la théorie du pouvoir accessoire est la théorie du champ libre. Le champ libre est celui qui peut être envahi par le Parlement central s'il décide de recourir à son pouvoir accessoire. En l'absence d'une pareille intervention fédérale, la province peut l'occuper en vertu de sa compétence pertinente.

Comme nous l'avons vu précédemment, les compétences sont énumérées spécifiquement. En fait, on prend pour acquis que la Constitution opère un partage de l'ensemble des finalités législatives à poursuivre, de façon exhaustive. Cependant, en raison de la présence des clauses résiduelles et de paix, ordre et bon gouvernement, certaines compétences peuvent être considérées comme des compétences non énumérées. Enfin, le pouvoir accessoire peut se rattacher à la notion de compétence implicite, comme nous l'avons vu dans l'UE, relativement à l'article 308.

²⁶¹ *R. c. Thomas Fuller Construction*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Regional Municipality of Peel c. Mackenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, notamment.

²⁶² *Id.*

²⁶³ Précité, note 258.

Par ailleurs, les compétences sont généralement de nature exclusive. En effet, le paragraphe introductif de l'article 91, la clause finale de cette disposition ainsi que le paragraphe introductif de l'article 92 prévoient que les compétences dévolues aux ordres de gouvernement sont de nature exclusive, donc qu'elles ne peuvent être partagées. De ce fait découlent trois conséquences, selon la jurisprudence. Tout d'abord, l'absence d'exercice par un des titulaires de la compétence n'occasionne pas la perte de cette compétence puisque l'autre ordre de gouvernement n'a pas le pouvoir de l'exercer au départ. Ensuite, il ne peut y avoir de délégation horizontale entre les ordres de gouvernement, comme nous l'avons vu précédemment. Enfin, la jurisprudence a interprété, notamment, la clause finale de l'article 91, qui édicte que : « Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces » , comme établissant le principe selon lequel les compétences doivent s'interpréter les unes à la lumière des autres, afin de soustraire une compétence spécifique d'une compétence générale²⁶⁴.

Le principe de l'exclusivité des compétences comporte toutefois trois exceptions. En effet, d'une part, les articles 94A et 95 prévoient des compétences de nature concurrente, sujettes à la prépondérance fédérale, en matière d'agriculture et d'immigration, et à la prépondérance provinciale, en matière de pensions de vieillesse et de prestations additionnelles.

D'autre part, les conséquences de certaines théories jurisprudentielles, développées par le Conseil privé et la Cour suprême du Canada, remettent en cause le caractère exclusif de certaines compétences, notamment lorsque des sujets relèvent de façon accessoire d'une compétence fédérale, comme nous le savons ou, subsidiairement, lorsqu'un empiètement ou un chevauchement est permis, afin de favoriser un meilleur agencement des compétences. Dans l'analyse de ces théories, on réfère aussi à la clause nonobstant du pouvoir fédéral.

En ce qui concerne la théorie du chevauchement, le fait qu'une loi, par ailleurs valide, ait des conséquences importantes sur des compétences appartenant à l'autre palier de

²⁶⁴ Voir par exemple, *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, précité, note 255.

gouvernement, ne rend pas la loi invalide²⁶⁵. Ceci, à moins qu'il ne s'agisse d'un détournement de pouvoir ou qu'il y ait un conflit, auquel cas, il sera résolu en faveur du gouvernement fédéral, en raison de la théorie de la prépondérance fédérale, à moins que nous soyons en présence de compétences expressément concurrentes, auquel cas, le texte constitutionnel indique en faveur de quel ordre de gouvernement la prépondérance doit jouer.

Toutefois, lorsque l'on est en présence de deux lois valides mais, incompatibles, le conflit se résoudra en faveur du gouvernement fédéral, en raison du paragraphe introductif de l'article 91 et de la clause finale de cette disposition²⁶⁶. Un conflit se définit comme étant une incompatibilité faisant en sorte qu'il est impossible pour une personne de respecter intégralement les deux lois dans une situation donnée²⁶⁷.

Ces théories permettent d'octroyer une certaine souplesse à la répartition des compétences. Dans la même perspective, la théorie du double aspect accorde aussi une certaine flexibilité au partage des compétences puisqu'elle reconnaît « qu'un fait ou un sujet législatif, peut revêtir un « double aspect », de sorte que, vu sous un angle, ce sujet relève de la compétence du Parlement et, vu sous un autre angle, il est du ressort de la province (...) »²⁶⁸. Ce n'est qu'en cas de conflit, tel que défini ci haut, que la loi fédérale aura prépondérance.

²⁶⁵ *General Motors c. City National Leasing*, précité, note 261 : « En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier de gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives.. » ; *Alberta Government Telephone c. CNCP*, [1989] 2 R.C.S. 225; « Le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales et, à mon avis, la théorie de l'immunité constitutionnelle n'est ni souhaitable, ni nécessaire à la réalisation d'objectifs provinciaux réguliers » *Grand Trunk Railway Company of Canada c. A.G. of Canada*, [1907] A.C. 65 : il peut exister un domaine dans lequel les législations fédérales et provinciales se chevauchent; auquel cas, ni l'une ni l'autre n'est ultra vires si le champ est libre; si le champ n'est pas libre et si les deux mesures viennent en conflit, la législation fédérale prévaut : ici, il s'agit de compétences parallèles et non concurrentes. Par ailleurs, une loi provinciale peut être complémentaire à une loi fédérale.

²⁶⁶ V. par exemple, *Multiple Access Ltd. C. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S.121.

²⁶⁷ *Husky Oil Operations Ltd. C. Ministre du Revenu National*, [1995] 3 R.C.S. 453, juge Gonthier, pp. 504 et 507.

²⁶⁸ *Rio Hotel c. New Brunswick (Commission des licences d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59.

La plus importante théorie demeure cependant la théorie de la qualification constitutionnelle. Celle-ci consiste en la méthode développée par la jurisprudence afin d'interpréter le partage des compétences.

L'interprétation judiciaire du partage des compétences, en droit constitutionnel, a été dominée par une approche formaliste s'inscrivant dans la perspective de la séparation entre les fonctions judiciaires (adjudicatives) et les fonctions législatives. Elle tient pour acquis que le tribunal se limite à un rôle strict de vérification, objective et mécanique, de la question de savoir si le palier gouvernemental ayant adopté une mesure dont on conteste la validité n'a pas outrepassé ses pouvoirs. Cette attitude formaliste se remarque dans l'élaboration et la mise de l'avant de plusieurs règles ou principes d'interprétation, relativement à la qualification constitutionnelle²⁶⁹, aux doctrines et aux théories interprétatives, comme nous venons de le voir, ainsi qu'à la déférence que le tribunal doit manifester envers le législateur.

En ce qui concerne la méthode de qualification constitutionnelle, le processus adjudicatif permettant de déterminer la validité ou l'invalidité d'une loi repose sur la lecture des paragraphes introductifs des articles 91 et 92 de la Constitution qui prévoient le :«(...) pouvoir (...) de faire des lois (...) relativement (...) à des matières (...) tombant dans des catégories de sujet. ». Il se déroule en trois étapes, soit l'identification de la matière à laquelle l'objet de la loi est relié, la définition de la portée des compétences et l'assignation de la matière à une catégorie de sujet²⁷⁰.

La détermination de l'objet de la loi consiste en l'identification de son caractère véritable et réfère à l'intention du législateur. Celle-ci, de façon traditionnelle, se détermine en fonction de l'intention de ceux qui ont rédigé et adopté la loi à l'époque. Elle ne varie pas dans le temps et elle se découvre à la lecture de la loi, de ses dispositions ainsi que des versions antérieures de la loi ou de ses articles en cause²⁷¹. L'historique législatif, c'est-à-dire la

²⁶⁹ La qualification constitutionnelle, bien qu'étant un processus différent de l'interprétation ordinaire des lois, s'attarde au texte de loi et de la Constitution, par une approche textuelle et littérale, se concentrant autour du concept de l'intention du législateur.

²⁷⁰ *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, note 238, juge Beetz, p.450 : « Qualifier une loi, c'est tout simplement donner un nom à son contenu ou au sujet dont elle traite pour la faire tomber dans l'une ou l'autre des catégories de sujets mentionnés aux art. 91 ou 92 de la Constitution » .

²⁷¹ V. à ce sujet, *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson rejette la théorie de l'objet changeant. Cependant, selon l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, l'objet se définit dans son contexte et à ce titre, il semble qu'en matière de Charte, sous l'analyse de l'article 1, l'objet se module en fonction du contexte: "le gouvernement n'a pu viser un objet donné

preuve documentaire produite pendant l'élaboration de la loi²⁷², semble avoir été tenu pour inadmissible, en regard des règles de qualification des lois, dans le but de déterminer l'intention législative²⁷³, le problème auquel le législateur voulait s'attaquer, la situation à réformer.

L'emphase sur l'objet de la loi, plutôt que sur les effets de la législation sur l'autre palier de gouvernement, entraîne une attitude de plus grande déférence envers le législateur. Les effets de la loi ne seront généralement considérés que s'ils éclairent l'objet de la loi, notamment lorsque l'on se retrouve devant une législation déguisée. Une législation déguisée est celle qui, dans un système fédéral, sous l'apparence de réglementer une matière qui ressort de

dans le contexte du partage des pouvoirs, un objet différent dans le contexte du droit ou de la liberté garantie. Par contre, le même objet peut être évalué de différents points de vue lorsqu'on interprète le partage des pouvoirs, les restrictions apportées à cette garantie ou les limites raisonnables." V. S.G.REQUADT, «Worlds Apart on Words Apart: Re-examining the Doctrine of Shifting Purpose in Statutory Interpretation», (1993) 51 *University of Toronto Faculty of Law Review* 331 ainsi que P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, précité, note 234, pp. 688 à 690. Mais, en matière de partage des compétences, même si l'objet est nécessairement le même qu'en matière de Charte, celui-ci ne varie pas. Par ailleurs, la Cour s'en remet à ce que dit le législateur et non pas sur ce qu'il pourrait avoir eu l'intention de dire.

²⁷² L'historique législatif peut inclure, notamment, les rapports d'une commission royale, d'une commission de réforme du droit, d'un comité parlementaire, des documents parlementaires, des études non gouvernementales mais auxquelles le gouvernement s'est référé lors de l'élaboration de sa loi et les discours parlementaires. V. à ce sujet, P.W. HOGG, «Legislative History in Constitutional Cases», (1976) 26 *University of Toronto L.J.* 386.

²⁷³ En effet dans l'arrêt *Home Oil Distributors Ltd. c. A.-G. B.C.*, [1940] R.C.S.44, la Cour refuse un rapport d'une commission royale ainsi que l'arrêt *Assam Rys and Trading Co. c. Commissioners of Inland Revenue*, [1935] A.C. 445. Les arrêts *Texada Mines Ltd. c. P.G. C.B.*, [1960] R.C.S. 713; *P.G. Canada c. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961]; *P.G. Ontario c. Winner*, [1954] A.C.541; *Gosselin c. The King*, [1903] 33 R.C.S. 255 interdisent le recours au Hansard. Dans le *Renvoi : Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, les discours parlementaires sont irrecevables à cause de leur faible valeur probante. Cependant, en dépit de leur inadmissibilité, certains arrêts semblent les avoir utilisés : *Ladore c. Bennett*, précité, note 258, par exemple. Il semble, par ailleurs, que le cheminement en matière d'interprétation ordinaire des lois emprunte le même raisonnement: v. P.P. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, éd. Yvon Blais inc., 1990 aux pp.353 et suiv. Et P.W. HOGG, *id.* L'historique législatif est pertinent pour établir le contexte d'adoption de la loi, son but et ses effets. Certains auteurs suggèrent que l'utilisation de l'historique législatif, dans le cadre de la «mischief rule» énoncée dans l'arrêt *Heydon*, (1584) 3 Co.rep.7a, 7b, était admissible dans l'objectif de déterminer l'état du droit antérieur à la loi, le mal à remédier et la solution proposée par la législation en cause. Cependant, il n'était pas admissible pour la décision concernant l'interprétation des termes de la loi, l'intention législative, au motif que c'est le texte de loi qui prime. V. à ce sujet P.W. HOGG, précité, note 234, p. 132: «Legislative history is bound to be of only limited utility as an aid to interpretation or classification of a statute or as an aid to the interpretation of a constitution (...) It is only the words of the statute or constitution that have received the formal imprimatur of law, and it is the duty of the court to apply only those words (...) The words of a statute or constitution (...) take their colour from their context (...) this is the relevance of legislative history: it supplies information about the context in which the words of the statute or constitution are used.» Par ailleurs, ces interdictions ont été libéralisées au cours des années 1970.

l'autorité législative qui l'a adoptée, tente par son but ou ses effets d'empiéter sur le champ de compétence de l'autre ordre de gouvernement²⁷⁴.

En ce qui à trait à la délimitation de la portée de la compétence, les juges interprètent la Constitution par référence aux termes employés ainsi que par la jurisprudence antérieure²⁷⁵. L'utilisation de l'historique législatif a aussi, semble-t-il, été tenu pour inadmissible dans de nombreuses affaires²⁷⁶. Cependant, il est à noter que l'interprétation de la Constitution a reçu une interprétation large et libérale²⁷⁷ et que la portée des compétences peut varier dans le temps, en fonction de nouvelles circonstances. Comme le mentionne le juge Laskin dans l'arrêt *R. c. Zelensky*:

« L'évolution due à de nouvelles situations sociales ou la réévaluation des solutions antérieures due à celles-ci, autorisent cette Cour à réexaminer l'orientation des décisions relatives à l'étendue du pouvoir législatif lorsque de nouvelles questions lui sont présentées, sans oublier, bien sûr, qu'on lui a confié le rôle très délicat de maintenir l'intégrité des limites constitutionnelles imposées par l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (...) »²⁷⁸

Par conséquent, des faits sociaux peuvent être pris en considération par les juges, dans le contexte de l'interprétation de la portée des compétences. Nous pouvons aussi noter que la

²⁷⁴ *Anger v the Queen Insurance Co*, (1878) 3 A.C. 1090; *A.G. Can v. AG Alberta*, (1916) 1 A.C. 588; *A.G. Ontario v. Reciprocal Insurers*, (1924) A.C. 328; *In re Insurance Act of Canada*, (1932) A.C. 41; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Re upper Churchill Water Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

²⁷⁵ Selon la décision *Lambe c. Manuel*, précité, note 238, il est du devoir des tribunaux d'interpréter la Constitution selon les règles ordinaires d'interprétation des lois. Toutefois, selon *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S.965, la nature du document à interpréter invite à la formulation de règles d'une nature différente que les règles ordinaires d'interprétation des lois. Voir aussi *British Coal Corporation c. The King*, [1935] A.C. 500: pour l'interprétation d'une loi organique et constitutionnelle, il faut donner à cette dernière toute l'ampleur qu'elle recèle.

²⁷⁶ Par ailleurs, même si la tendance est contre l'admissibilité de l'historique législatif aux fins d'interprétation de la Constitution, il est à noter que peu de documents, relativement à la *Loi constitutionnelle de 1867*, sont disponibles V. P.W. HOGG, précité, note 234, p. 144.

²⁷⁷ V. *Edwards c. P.G. Canada*, [1931] A.C.124; ainsi que *Citizens Ins. Co. v. Parsons*, précité, note 243: les mots et les expressions peuvent exiger une interprétation qui n'est pas littérale.

²⁷⁸ [1978] 2 R.C.S.940 p. 950 voir aussi l'arrêt *Compagnie des chemins de fers nationaux du Canada c. Clark*, [1988] 2 R.C.S.680. Dans cette affaire, il était question de savoir si la disposition d'une loi fédérale régissant les chemins de fer, qui avait pour objet de protéger les chemins de fer contre les poursuites judiciaires, en dehors d'un certain délai, avait préséance sur une disposition établissant un délai de prescription différent, dans une loi provinciale générale en responsabilité civile. Antérieurement, il avait été décidé que le délai de prescription, pour les actions en dommage, était accessoire au pouvoir fédéral en matière de chemin de fer et intra vires du Parlement. La Cour mentionne, à la p. 701: « Le juge LaForest de la Cour d'appel a exprimé l'avis qu'il fallait aborder la question constitutionnelle sous un nouveau jour compte tenu de l'évolution de la situation et de l'importance des entreprises de chemin de fer (...)». Il est à remarquer qu'en réévaluant la portée de la

théorie du double aspect, à laquelle nous reviendrons, qui se rattache à la portée des compétences (dans la mesure où elle prévoit que deux aspects différents d'un même problème peuvent faire l'objet de législations de la part des deux paliers de gouvernement), permet aussi la considération de faits sociaux. En effet, l'aspect est un fait social, une facette de la réalité²⁷⁹. Toutefois, le temps seul ne rend pas valide une mesure législative qui ne l'est pas au départ²⁸⁰.

Par ailleurs, chaque compétence en appelle à une conceptualisation particulière qui requiert une analyse des finalités à poursuivre et de la portée de la compétence, en raison de la nature même de la compétence. En effet, même si la Constitution procède à un partage de finalités législatives, généralement exclusives, pouvant être valablement poursuivies par le titulaire de la compétence, il n'en découle pas nécessairement que toutes les compétences sont de même nature et qu'elles ont la même portée.

De façon générale, on distingue, d'une part, les compétences relatives au droit public de celles relatives au droit privé. D'autre part, on distingue les compétences dont le libellé réfère à un domaine du droit de celles dont la formulation de la disposition est relative à une structure physique ou une personne. Ces distinctions entraînent une analyse différente dans chacun de ces ensembles. Ainsi, par exemple, les compétences fédérales en matière de faillite et de divorce seront jugées dérogatoires à la compétence générale provinciale en matière de droit civil et de droit privé, et elles recevront une interprétation restrictive. De même, les compétences formulées par référence à un domaine de droit, comme en matière de droit criminel, recevront une interprétation de nature analytique, alors que les compétences libellées en termes de structure ou fondées sur des caractéristiques physiques ou territoriales, comme les ponts, et celles portant sur le statut de certains groupes, comme les Indiens, recevront une interprétation de type matériel. Toutefois, certaines compétences ont reçu une interprétation de type matériel ou territorial, alors que leur nature intrinsèque en appelait plutôt à une interprétation analytique, notamment, la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce, ainsi que la compétence en matière de banque et d'activités

compétence (la Cour décide que le délai ne fait pas partie de la compétence exclusive fédérale en matière de chemin de fer) l'objet de la disposition s'est restreint.

²⁷⁹ V. *Bell Canada c. CSST*, [1988] 1 R.C.S. 749, p.765: « (...) parce qu'elles sont édictées pour des fins différentes et dans des *contextes législatifs* différents dont elles tirent des qualifications distinctes.» (nos italiques).

²⁸⁰ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 227 ; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

bancaires. Bien que ces compétences doivent recevoir une interprétation restrictive, puisqu'elles sont déroatoires à la compétence provinciale en matière de droit civil, la méthode utilisée par la cour a été, traditionnellement, l'adoption d'une approche territoriale. Le choix de ces approches emporte d'importantes conséquences sur la délimitation de l'étendue des pouvoirs exclusifs conférés par un chef d'attribution donné²⁸¹, sur l'étendue des débordements autorisés par la théorie de l'empiètement et de l'accessoire, ainsi que sur la possibilité de recourir à la théorie du double aspect²⁸².

Enfin, l'assignation de la matière à une catégorie de sujets ne fait pas l'objet de considérations explicites en matière de preuve; ceci dans la mesure où le raisonnement s'effectue en même temps que la détermination du caractère véritable de la loi et de la portée de la compétence en cause, et que celles-ci s'influencent mutuellement lors de leur détermination. Par ailleurs, il a été énoncé depuis longtemps que l'efficacité d'un moyen, d'une loi, sa nécessité et sa sagesse n'avaient aucune incidence relativement à la détermination de sa validité²⁸³. En effet, comme le rappelle l'arrêt *Bell Canada c. CSST*, tout moyen retenu par un gouvernement est inconstitutionnel s'il échappe aux compétences de

²⁸¹ J. Leclair, précité, note 231, p. 664.

²⁸² Comme nous le verrons ci-après, la jurisprudence constitutionnelle a développé 4 approches interprétatives relativement à ces théories. La dernière en date permet, selon nous, d'établir les fondements de l'introduction d'un principe de subsidiarité comme principe constitutionnel inédit.

²⁸³ V. par exemple, les arrêts *A.G. Can. c. A.G. Ont.*, [1898] A.C. 700 (C.P.); *A.G. Ont. c. A.G. Can.*, [1912] A.C. 571; *Royal Bank c. The King*, [1913] A.C. 283; *Macdonald Murphy Lumber Co.* [1930] R.C.S. 357; *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. A.G. Can.*, précité, note 256; *Morgentaler c. The Queen*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Renvoi: Loi anti-inflation*, précité, note 238, *Renvoi relatif à la la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] R.C.S. 1005. Par ailleurs, il ne faut pas confondre le lien rationnel extrinsèque entre la matière et la catégorie de sujet avec le lien rationnel intrinsèque, qui se rattache à la théorie de l'accessoire, entre le moyen utilisé dans une loi et son objet. Un exemple de cette confusion se retrouve dans la décision *Canada (P.G.) c. R.J.R. Macdonald Inc.*, [1993] R.J.Q. 375 (C.A.) où le juge Brossard énonce, à la page 407: « (...) il me semble exister une *lien rationnel*, tout abstrait et théorique soit-il, entre, d'une part, la publicité positive et incitation à la consommation et, d'autre part, messages négatifs (art.9) et diminution de consommation; en ce sens, il me paraît donc y avoir un *lien logique et rationnel entre les effets immédiats et directs de la loi et les buts visés (...)* bref, *les effets directs et immédiats de la loi me paraissent rationnellement et théoriquement liés au problème plus vaste de la santé publique*». Il poursuit à la page 408 en affirmant: «(...) l'aspect du partage des compétences, c'est l'intention législative qui compte, dans la mesure où le Parlement a des motifs rationnellement et théoriquement justifiés de croire que les effets obtenus rejoignent le but recherché». Dans cette affaire, l'objet de la loi concernait le domaine de la santé. La loi visait la diminution de la consommation de tabac et le moyen utilisé était une interdiction de publicité. Selon l'arrêt *Bell*, id., un moyen inconstitutionnel n'est pas valide du fait que la finalité poursuivie par la loi est valide. Il doit exister un lien, selon la théorie de l'accessoire, entre les moyens législatifs et la finalité poursuivie. Par ailleurs, selon *R. c. Morgentaler*, précité, note 274, un effet constitutionnel ne rend pas une loi inconstitutionnelle valide. Le Parlement n'a pas à avoir de motif de croire que sa loi est efficace car ce critère n'entre pas en ligne de compte dans la détermination du pouvoir de légiférer. Le juge Brossard se prononce ici sur l'efficacité de la loi.

l'ordre de gouvernement qui l'a adopté : « au plan constitutionnel, la finalité d'une loi... ne suffit pas à justifier les moyens spécifiques employés pour l'atteindre »²⁸⁴. Toutefois, une loi poursuivant une finalité valide peut, à titre accessoire, recourir à des moyens qui, pris isolément, ne sont pas de son ressort²⁸⁵. Dans les deux cas, la constitutionnalité de la loi est mesurée à la lumière d'une compétence énumérée.

Par ailleurs, plusieurs règles et principes d'interprétation ont favorisé une attitude de retenue et de déférence du pouvoir judiciaire envers le législateur.

De prime abord, il y a la présomption de constitutionnalité à laquelle la Cour s'est référée à plusieurs reprises²⁸⁶. Celle-ci postule qu'une loi est présumée valablement adoptée²⁸⁷. Elle emporte trois conséquences. Tout d'abord, entre deux qualifications possibles d'une loi, la Cour doit choisir celle qui favorise la validité de la loi²⁸⁸. Ensuite, quand l'existence d'un fait est nécessaire à l'exercice de la compétence, il n'est pas nécessaire que le gouvernement effectue une preuve stricte de l'existence de ce fait. Il lui suffit de démontrer le fondement rationnel de la croyance législative en l'existence de ce fait. Enfin, la Cour doit, dans les cas qui s'y prêtent, faire une interprétation atténuée de la loi afin d'en sauvegarder la validité. Par

²⁸⁴ précité, note 279

²⁸⁵ Par exemple: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S.112.

²⁸⁶ *Severn c. R.*, [1879] 2 R.C.S. 70, p.103; *Hewson c. Ontario Power Company of Niagara Fall*, [1905] 36 R.C.S. 573, p.103; *Reference Validity and Applicability of the Industrial Relations and disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S.529; *Nova Scotia Board of Censors c. Mcneil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p.687; *A.G. Ont. V. Reciprocal Insurers*, précité, note 274; A.C. 328; *Reference re Farm Products Marketing Act*, précité, note 239; *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643; *C.B.C. v. Cordeau*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Re Relatif à la taxe sur le gas naturel*, précité, note 283; *Scowby c. Glendenning*, [1986] 2 R.C.S.226; *R. c. Edwards Book*, [1986] 2 R.C.S.713. Dans *Métropolitan Store*, le juge Beetz écrit: « la présomption de constitutionnalité est la règle selon laquelle une loi contestée doit, autant que possible, être interprétée de manière qu'elle soit conforme à la Constitution. Cette règle d'interprétation est bien connue et est généralement acceptée et appliquée sous l'empire des dispositions de la Constitution relatives au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales ».

²⁸⁷ *Id.*, on ne doit pas présumer que le Parlement avait l'intention d'excéder ses pouvoirs. Le même principe à l'égard des provinces est applicable. *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*, précité, note 239: « il existe une présomption Juris Tantum à l'effet qu'une législature a l'intention de demeurer dans sa sphère législative. Il existe une présomption de même nature selon laquelle les mots employés dans une loi, quoique généraux, ne visent pas à étendre l'opération de la loi au delà de l'autorité territoriale de la législature ». *Renvoi sur les droits linguistiques*, précité, note 19 : primauté du droit et théorie de la validité de facto: les lois invalides sont réputées valides pour le temps de les traduire et les adopter de nouveau.

²⁸⁸ *Hewson c. Ontario Power Company of Niagara Fall*, précité, note 286.

ailleurs, la présomption de constitutionnalité a mené la Cour à refuser, dans plusieurs cas, d'étendre son examen aux effets de la loi et à ne s'en tenir qu'à l'objet²⁸⁹.

Ensuite, la Cour ne décide pas plus qu'il n'est nécessaire pour disposer de l'affaire devant elle²⁹⁰. Chaque cas est un cas d'espèce²⁹¹ et la Cour ne juge pas dans l'abstrait²⁹². La Cour suprême et le Conseil privé ont aussi refusé d'entendre des renvois, dans la mesure où l'absence de parties privées pouvait, à long terme et vu le fonctionnement du *stare decisis*, leur porter préjudice²⁹³. Enfin, dans plusieurs décisions, lorsque la loi a un fondement valide,

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *P.A.T.A. c. A.G. Canada*, [1931] A.C. 310, p. 316; *Citizens Ins. Co. v. Parsons*; précité, note 243, p.109: Sir Montague Smith: « in performing this duty, it will be a wise course for those on whom it is thrown, to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon an interpretation of the statute than is necessary to the decision of the particular question in hand » (mais c'est dans cette décision que réside la définition générale de 91(2)); *John Deere Plow Co. v. Wharton*, précité, note, p. 238: « In such cases the nature and scope of the legislative attempt of Dominion or the Province, as the case may be, have to be examined with reference to the actual facts if it is to be possible to determine under which set of power it fall in substance and in reality. This may not be difficult to determine in actual and concrete cases. But it may well be impossible to give abstract answers to general questions as to the meaning of the words, or to law down any interpretation based on their literal scope apart from their context ».

²⁹¹ *A.G. Alberta c. A.G. Canada*, [1939] A.C. 117: dans cette affaire, portant sur les lois fiscales en Alberta, il a été décidé que la constitutionnalité d'une loi doit être déterminée dans chaque instance donnée car on ne peut établir un test applicable pour tous les cas. V. aussi *PATA*, précité, note 290.

²⁹² La Cour suprême et le Conseil privé ont refusé à plusieurs occasions de se prononcer lors de demande de renvoi au motif, notamment, que l'absence de contexte factuel ne permettait pas, d'une part, de déterminer si le gouvernement avait l'intention d'outrepasser ses pouvoirs et, d'autre part, ne pouvait pas démontrer, par l'application concrète de la loi, la possibilité que celle-ci ait des effets inconstitutionnels, même si la lecture des dispositions législatives en cause permettait de découvrir l'objet de la loi et l'intention législative. V. à ce sujet: *A.G. B.C. v. A.G. Can.*, [1914] A.C.153 à la page 162: « Nevertheless, under this procedure questions may be put of a kind which it is impossible to answer satisfactorily. Not only may the question of future litigants be prejudiced by the Court laying down principles in an abstract form without any reference or relation to actual facts, but it may turn out to be practically impossible to define a principle adequately and safely without previous ascertainment of the exact facts to which it is to be applied ». Par ailleurs, dans l'arrêt *A.G. Ont. V. Hamilton Street Ry*, [1903] A.C. 524, à la page 529, le Conseil privé a refusé de se prononcer au motif que: « It would be extremely unwise for any judicial tribunal to attempt before hand to exhaust all possible cases and facts which might occur to qualify, cut down, and override the operation of particular words when the concrete case is not before it ». V. aussi *Re Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 R.C.S. 54, à la page 78, où la Cour refuse de répondre aux questions posées au motif qu'en l'absence de contexte factuel, elles ne peuvent être répondues de façon catégorique; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 20, à la page 762; *J.Deere Plow*, précité, note 238 où le Conseil établit qu'une définition abstraite et logique d'une rubrique est non seulement irréalisable, mais que si l'on tente de l'établir, cette tentative pourrait s'avérer une source d'embarras et d'injustice dans un instance subséquente.

²⁹³ *A.G. Can. V. A.G.Ont.*, [1898] A.C. 700 à la page 717 (C.P.); *A.G. Can. V. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 285 à la page 294.

la cour s'abstient de se prononcer sur la possibilité que la loi puisse être un exercice valide sous un autre chef de compétence²⁹⁴.

3- La mise en œuvre d'un principe de subsidiarité lors de l'allocation des compétences

Cet examen des fondements historiques et juridiques du cadre constitutionnel canadien permet de mettre en valeur la présence d'un principe de subsidiarité. En effet, comme nous le savons, le principe de subsidiarité est un principe fédéral qui se développe dans le cadre de la relation entre l'individu et la société en prescrivant et en régulant le degré d'intervention des collectivités supérieures nécessaire, afin de ne pas compromettre l'autonomie du sujet et des corps intermédiaires. Il s'inscrit dès lors dans la perspective de la concrétisation de la tension entre le désir d'autonomie et celui de solidarité par le regroupement, qui fonde l'idéal fédératif. Au Canada, l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* concrétisait deux conceptions du fédéralisme : d'une part, la nécessité d'un gouvernement central fort permettant de gérer l'économie et de bâtir le pays et, d'autre part, la nécessité de permettre aux collectivités provinciales de diriger elles-mêmes leur propre développement socio-économique, en préservant leur identité culturelle et religieuse²⁹⁵. De ceci, il est donc impossible d'ignorer que la répartition des compétences, découlant de la Constitution, est précisément issue de la mise en œuvre du principe de subsidiarité, dans la mesure où l'attribution des compétences, opérée au profit du parlement fédéral, a été incontestablement fondée sur un sentiment de nécessité - nécessité pour les provinces de se regrouper, afin de

²⁹⁴ Par exemple, *A.G.Ont. v. Winner*, précité, note 273. La Cour suprême refuse de se prononcer sauf dans la mesure de la situation particulière. V. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R.100: trois des six juges ne discutent pas de quel palier de gouvernement possède le pouvoir législatif de régler la liberté de presse: *A.G. Alta v. A.G.Can.*, [1939] A.C. 117, à la page 128: le Conseil privé refuse d'examiner la validité de lois qui ne pouvaient plus être effectivement mises en œuvre à cause de l'abrogation de législations reliées; *Renvoi anti-inflation*, précité, note 238, la majorité ne se prononce pas si l'inflation est de dimension nationale, *RJR Macdonald* précité, note 283: se prononce sur la validité en fonction du droit criminel et non en fonction de la théorie des dimensions nationales.

²⁹⁵ Conception communautaire : v. à cet effet : J.WHYTE, « Le partage des pouvoirs et la politique d'État », Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement au Canada, précité, note 2, vol. 6; L.MASSICOTTE, « Le partage des pouvoirs dans la fédération canadienne : à la recherche d'une rationalité », précité, note 16, pp. 163 à 178; G.A. BEAUDOIN, précité, note 31, p. 7: « La fédération des colonies britanniques naquit pour des raisons à la fois politiques, économiques et militaires. On craignait les armées du Nord qui étaient victorieuses, d'autant plus que le R.-U. avait appuyé le Sud pendant la guerre de sécession de 1861-1865. De plus, les gouvernements dans la province du Canada étaient instables : le régime de l'Union ne fonctionnait pas très bien; on voulait enfin renforcer l'économie du pays, chancelante dans certains secteurs. Un traité de libre échange avec

faire face ensemble à des problèmes qu'elles n'étaient pas en mesure de traiter séparément, ou de traiter séparément de façon satisfaisante²⁹⁶- et sur la préservation de l'autonomie de chacune des parties contractantes.

Cette hypothèse est d'ailleurs soutenue par une lecture attentive du libellé des articles 91 à 95 de la Constitution. Celle-ci permet de constater une distinction entre les affaires locales et les affaires nationales d'un côté, et de l'autre, l'octroi d'un large pouvoir d'intervention économique au Parlement fédéral, quant aux modes et aux structures de transport et de communication pancanadiens²⁹⁷, alors que les provinces jouissent de compétences plus définies en terme de gestion sociale et de développement identitaire²⁹⁸.

En droit constitutionnel canadien, cette définition du principe de subsidiarité prendrait racine dans la théorie selon laquelle chaque province canadienne, au départ, était entièrement souveraine²⁹⁹, mais qu'en raison de l'Union, chacune a décidé de déléguer l'exercice de plusieurs compétences à une autorité fédérale créée. Dans cette perspective, toutes les compétences appartiennent d'abord à l'unité inférieure puis elles sont dévolues, du bas vers le haut. Inversement, les compétences de la fédération doivent être légitimées et le pouvoir fédéral n'existe que par l'insuffisance des instances régionales et locales. Toutefois, conformément au principe de subsidiarité dans sa fonction juridique, les provinces ont

les EU, de 1854 à 1864 venait d'être dénoncé par les États-Unis. La construction de chemins de fer s'imposait ».

²⁹⁶ Voir les causes économiques, politiques et militaires ayant mené à la fédération.

²⁹⁷ Chemins de fer, télégraphe, navigation, etc.

²⁹⁸ Selon plusieurs auteurs, cette hypothèse relative au développement identitaire fonderait la « théorie du pacte » à l'effet que l'union canadienne résulterait d'un accord entre les nations francophones et anglophones du Canada, fondatrices de l'Union. Cette théorie expliquerait ainsi la présence de dispositions expresses relatives à la protection des minorités linguistiques et confessionnelles francophones et anglophones dans la Constitution : v. à ce sujet : J. BAUER, *Les minorités au Québec*, coll. Boréal express, p. 15 et suiv. et 40 et suiv. Toutefois, cette théorie du pacte entre peuples fondateurs ne fait pas l'unanimité et elle a été reléguée, par la Cour suprême du Canada, lors du *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 20, aux pp. 803 et 804, à une thèse politique sans incidence juridique. Cette théorie du pacte ne doit pas être confondue avec la théorie du pacte relative à la conception contractuelle de l'État, de la fédération et du fédéralisme, telle que nous l'avons explicitée précédemment.

²⁹⁹ Voir à cet effet : *Hodge c. La Reine et Les liquidateurs de la Banque Maritime c. Le receveur général du Nouveau-Brunswick*, précité, note 115, p. 441-442 : « le but de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie » (nos soulignés). Traduction de F.CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel, Notes et jurisprudences*, Presse de l'Université de Montréal, 1982.

conservé les compétences de nature locale parce qu'elles sont mieux à même de les exercer et cet exercice se réalise plus près des citoyens. Certaines dérogations à cette répartition s'expliquent généralement par des motifs historiques. Par exemple, les provinces sont compétentes en matière familiale, mais le fédéral possède la compétence en matière de divorce. Historiquement, il en a été déterminé ainsi pour des motifs religieux. En effet, le Bas-Canada, recouvrant la province de Québec, était doté d'une population majoritairement catholique où le divorce était interdit. Mais les autorités britanniques et anglaises, de religion protestante, voulaient conserver le droit de divorcer que leur permettait leur religion. Il a donc été décidé que le Parlement fédéral, et non les provinces, serait compétent en matière de divorce afin que les personnes partageant une même foi, mais ne résidant pas dans la même province, puissent avoir le même droit au divorce. Une analyse historique approfondie permettrait de relever plusieurs exemples de ce type. Toutefois, notre attention se portera plus sur le principe de subsidiarité, dans sa fonction de régulation des compétences, puisque c'est à ce titre qu'il peut jouer un rôle significatif en droit canadien. Cependant, puisque le principe de subsidiarité n'a jamais fait l'objet de considération expresse par la jurisprudence constitutionnelle canadienne, afin d'en motiver son exercice dans la détermination de la portée des compétences, il serait nécessaire d'examiner la jurisprudence portant sur l'ensemble des compétences et de les mettre en relation les unes avec les autres afin d'examiner l'articulation entre chacune d'elles. Le présent essai ne peut le faire, vu l'ampleur de la tâche. Nous nous limiterons donc à l'examen de l'interprétation des compétences de nature économique, principalement en matière de commerce, où, nous semble-t-il, la présence du principe de subsidiarité apparaît manifeste, et permet d'affiner la convergence des normes juridiques dans ce domaine.

B. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ DANS LE CADRE DE L'INTERPRÉTATION DES COMPÉTENCES DE NATURE ÉCONOMIQUE EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN.

Comme nous avons pu le voir dans la première partie de ce travail, plusieurs dispositifs juridiques permettent une intégration économique entraînant des dynamiques de convergence. En matière européenne, nous avons relevé quatre types de dispositions possédant ces forces de convergence. Les premières étaient relatives aux dispositions qui cherchent à éliminer les barrières pécuniaires et non pécuniaires, en vue de l'établissement d'un espace économique intégré, et qui établissent des normes communes. Comme nous le savons, ces dispositions sont applicables intégralement sur l'ensemble du territoire. Au Canada, lorsqu'une loi relève

de la compétence fédérale, elle est applicable, en général, uniformément sur l'ensemble du territoire³⁰⁰ et constitue une norme commune. Toutefois, la question de l'élimination des barrières pécuniaires et non pécuniaires n'atteint pas un degré d'intégration substantiel. En effet, d'une part, bien que la Constitution prévoie, à l'article 121 que :

« Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces »

cette disposition ne vise que la libre circulation des marchandises, excluant celle des services, des personnes et des capitaux. Dans ces domaines, les provinces sont compétentes pour réglementer les activités qui s'y rattachent, par le biais de leurs compétences en matière de commerce local et de droit civil, notamment en matière de droit du travail, selon l'interprétation traditionnelle donnée par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres³⁰¹. De plus, l'article 121 interdit principalement les droits de douanes, mais ne prohibe pas les barrières non pécuniaires à la libre circulation des biens qui sont actuellement imposées par les provinces³⁰².

Le deuxième type de dispositions que nous avons remarqué concernait les normes prévues dans les traités ou dans la jurisprudence communautaire qui étaient en elles-mêmes des normes établissant une convergence comme : l'harmonisation ou le rapprochement des législations et les principes de la primauté du droit communautaire, son application uniforme sur le territoire communautaire et l'effet direct. Celles-ci sont en grande partie couvertes, au Canada, par les effets de normes communes fédérales. En ce qui concerne la question de l'harmonisation et du rapprochement des législations, comme nous l'avons mentionné, l'*Accord sur le commerce intérieur* vise à réaliser ce type d'harmonisation. Il est à rapprocher

³⁰⁰ Dans certains cas, des divergences régionales peuvent subsister. Par exemple, le Parlement est compétent en matière criminelle aux termes de l'article 91(27). Toutefois, l'administration de la justice relève de la compétence provinciale prévue à 92(14), par conséquent, le procureur chargé des poursuites peut mettre plus d'efforts à poursuivre certains types de crimes perçus comme graves dans une province alors que dans une autre, la poursuite peut être plus souple.

³⁰¹ Comme nous le verrons, l'extension de la portée de la compétence fédérale en matière de commerce, du concept d'entreprise fédérale qui soumet, lorsque c'est le cas, le droit du travail à la réglementation fédérale et l'essor de la théorie des dimensions nationales donné par la Cour suprême du Canada posent les fondements d'un changement significatif dans ces domaines.

³⁰² *Murphy c. Le Canadien Pacifique*, [1985] R.C.S. 626; *Caloil Inc., c. P.G. du Canada*, [1971] R.C.S. 543; *Carnation Co. Ltée c. L'Office des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238; *P.G. du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689; *Burns Food Limites c.*

du quatrième type de normes relevé en matière européenne, concernant les actes non obligatoires qui laissent l'État membre libre de les adopter ou non, dans la forme qu'il choisissait. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la possibilité d'une uniformisation des normes. En effet, l'article 94 édicte que :

« Nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, -- le parlement du Canada pourra adopter des mesures à l'effet de pourvoir à l'uniformité de toutes les lois ou de parties des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick (...) ».

Cette disposition est cependant demeurée lettre morte. Enfin, la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁰³ prévoit la liberté de circulation des personnes et le droit d'établissement, à l'article 6. Cette disposition s'applique sur l'ensemble du territoire canadien. Elle est toutefois incomplète et entravée par l'application de barrières non tarifaires, notamment celle relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles et de l'instruction.

Finalement, le dernier type de normes avait trait au fonctionnement de l'ordonnement communautaire. Au Canada, l'application du droit privé, à titre supplétif, permet la conservation de certaines spécificités régionales ou locales.

C'est dans ce contexte que le principe de subsidiarité, dans sa fonction de régulation de la portée des compétences, peut jouer un rôle positif en droit constitutionnel canadien. En effet, tel que nous l'avons vu, les barrières créées par les législations provinciales et l'impossibilité d'intervenir pour le Parlement dans plusieurs situations constituent le fondement des principales entraves au fonctionnement du marché économique canadien. Ces barrières ont pour fondement l'interprétation donnée, par le Comité du Conseil privé de Londres, aux compétences provinciales. Toutefois, comme nous le verrons, la Cour suprême du Canada, depuis 1970, a initié d'importants changements en matière d'interprétation du partage des compétences en privilégiant, notamment, une approche interprétative de type empirique, reposant sur l'octroi d'un plus grand rôle aux données factuelles ainsi qu'une orientation finaliste³⁰⁴, dans la détermination de la portée de certaines compétences économiques (b). Ce

P.G. du Manitoba, [1975] 1 R.C.S. 494; *P.G. du Québec c. Dominion Sotres Ltd.*, [1976] C.A. 310; *Renvoi relatif à l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

³⁰³ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.).

³⁰⁴ Dans ce texte, l'orientation finaliste qualifie l'interprétation donnée par la Cour. Cette qualification suit ce que plusieurs auteurs ont traité d'approche fonctionnaliste. Ainsi, un test relevant du

contexte permet l'introduction du principe de subsidiarité. Ce faisant, le principe pourrait, en raison d'une application conforme au principe de l'équilibre entre l'unité et la diversité et au principe du fédéralisme, affiner la répartition des compétences, afin de diminuer l'impact des entraves à la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes (c). Il apparaît alors utile de débiter par l'examen de l'approche traditionnelle d'interprétation du partage des compétences économiques en droit constitutionnel en matière de commerce, puisqu'une grande part des problèmes actuellement soulevés y trouvent leur source (a).

- 1- L'approche jurisprudentielle traditionnelle en matière de commerce : la vision libérale de l'économie, promue par le Comité judiciaire du Conseil privé, et caractérisée par le formalisme et le contractualisme, dans l'interprétation des compétences.

L'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* répondait à la nécessité de restructurer les échanges commerciaux des colonies, afin de développer un axe de commerce pancanadien. Le développement de cet axe s'inscrivait dans le cadre d'un marché intérieur intégré permettant de soutenir l'économie canadienne, tout en la rendant compétitive et performante. Les dispositions relatives à la répartition des compétences de nature économique reflétaient cette ambition; elles mettaient en place, à première vue, un régime très centralisé où le Parlement fédéral était invité à jouer un rôle dominant en matière économique, comme l'atteste l'attribution de plusieurs compétences clés dans ce domaine, notamment : en matière d'échange et de commerce, de taxation, de monnaie, d'activités bancaires, de lettre de change, de transport, de communication. Le Parlement jouissait aussi de compétences générales (par exemple en matière de droit criminel et de POBG) qui ont servi de fondements valides à l'adoption de réglementations économiques, telles que les lois sur la concurrence et l'inflation. Le régime ainsi mis en place était complété, notamment, par les articles 121 et 125 de la Constitution.

Toutefois, même si la Constitution semble donner au Parlement fédéral la responsabilité première en matière économique, l'interprétation donnée, par le Comité judiciaire du Conseil privé, au partage des compétences dans ce domaine a inversé cette situation, par l'adoption

fonctionnalisme acquiert aussi la qualification d'interprétation finaliste, comme nous le verrons ci-dessous.

d'une approche interprétative ayant eu pour effet, d'une part, d'élargir la portée des compétences provinciales en matière économique et d'autre part, de restreindre la portée des compétences fédérales.

Comme nous l'avons constaté plus haut, l'interprétation du partage des compétences a été marquée par une attitude formaliste privilégiant une approche reposant sur l'analyse des lois dans le cadre d'un processus interprétatif intellectuel, sans accorder trop de valeur aux implications pratiques et concrètes des législations. Dans le cadre de cette attitude formaliste, la lecture attentive des décisions judiciaires du Conseil privé en matière de commerce permet de déceler une orientation idéologique relevant du libéralisme économique qui se traduit, au plan juridique, par une approche que l'on peut qualifier de « contractualiste ». Selon cette approche, toute activité commerciale, quelle qu'elle soit, se présente comme une série de contrat (vente, service, transport, publicité, entreposage, transformation, emballage, etc.). Dans cette perspective, une loi commerciale consistait, tout simplement, en une loi régissant des contrats qui mettent en jeu certains droits civils des parties contractantes. Cette qualification permettait alors d'opérer le rattachement de ces lois, soit à la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce, soit à la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils.

Les premières décisions judiciaires relatives à l'interprétation de la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce prévue à l'article 91(2) se sont attardées à restreindre la portée de cette compétence qui, à première vue, peut sembler illimitée et couvrir toutes réalités commerciales. En effet, si l'on réfère au sens ordinaire du mot « commerce », il signifie l'achat, la vente, l'échange de marchandises, de valeurs, de services et de denrées³⁰⁵. Dès lors, on ne peut nier, par exemple, que les valeurs mobilières soient des activités commerciales puisqu'il s'agit de vendre, d'acheter et d'échanger des valeurs ou que le travail soit une activité commerciale puisqu'il s'agit pour une personne de vendre ou de louer ses services. De la même façon, les différends patronaux-ouvriers peuvent recevoir une interprétation « commerciale » puisqu'il s'agit de différends lors de la négociation, de la mise en œuvre ou de la conclusion d'un contrat collectif. Les banquiers, les cultivateurs et les épiciers sont aussi des commerçants. À ce rythme, on pouvait octroyer à la notion constitutionnelle d'échange et de commerce une extension illimitée, comme le mentionne la

³⁰⁵ Larousse, Encyclopédie universelle.

décision *Citizens' Insurance c. Parsons*³⁰⁶. Celle-ci a alors opposé deux limitations à la compétence fédérale. La première pourrait être qualifiée d'approche contractualiste pure puisqu'elle est à l'effet que certains commerces n'en sont pas au sens de 91(2) par essence, sans considération géographique ou territoriale³⁰⁷. La seconde limitation pourrait être qualifiée d'approche contractualiste à fractionnement territorial, puisqu'elle prend en compte la nature géographique et territoriale de l'activité commerciale. En effet, elle déterminait que la compétence fédérale sur le commerce ne couvrait que le commerce inter provincial et le commerce international.

En ce qui concerne la limitation selon laquelle certains commerces ne sont pas des commerces au sens de 91(2), l'exemple classique concerne l'assurance, qui a été traitée spécifiquement dans la décision *Parson*. Celle-ci, en effet, devait se prononcer sur la qualification constitutionnelle d'un contrat d'assurance. Deux options s'offraient au Conseil privé : soit de qualifier le contrat dans une perspective de droit privé, où le concept d'assurance réfère avant tout à une institution contractuelle fondée sur le risque et qu'il engage les droits civils des parties contractantes, assurés et assureur; soit de reconnaître le caractère public du contrat d'assurance, dans la perspective où le concept d'assurance réfère à la puissance financière des compagnies engagées dans cette activité, à leurs transactions, à leurs investissements, aux garanties de leur solvabilité qui doivent être soumis à des contrôles étatiques divers³⁰⁸. La jurisprudence constitutionnelle canadienne a qualifié l'ensemble de cette activité d'après sa nature privée et contractuelle. Elle consacrait du même coup la compétence des provinces sur celle-ci, en vertu de l'article 92(13), et elle faisait échec aux nombreuses tentatives fédérales d'établir des contrôles publics sur cette activité commerciale. En effet, cette approche historique et contractualiste a conduit à l'invalidation d'une loi fédérale sur l'assurance- chômage³⁰⁹, comme si une loi d'assurance-chômage à triple contribution (État, employeur et employé) était davantage une loi de contrat qu'une mesure

³⁰⁶ Précité, note 243: si on interprétait cet article isolément, il serait assez large pour inclure toute matière commerciale, des ententes internationales aux règlements internes d'entreprises particulières et locales. De plus, les catégories de l'article 91 sont plutôt des catégories à finalités d'avantage général du pays.

³⁰⁷ Qu'un assureur possède son siège social en Ontario, mais exerce ses activités commerciales au Québec n'aura pas pour effet d'accorder un droit de regard au Parlement fédéral; seul le Québec demeure compétent sous son territoire.

³⁰⁸ *Le Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, Ottawa, 1940, 773 p., prônera d'ailleurs cette distinction entre la nature privée du contrat d'assurance (relevant de la compétence provinciale) et ses caractères publics (pouvant être réglementés par le Parlement fédéral).

³⁰⁹ *A.G. Canada c. A.G. Ontario*, [1937] A.C. 355.

globale de politique économique. Cependant, la question des réglementations publiques des compagnies d'assurance, notamment par le moyen de permis, restait une question ouverte pour le Parlement fédéral³¹⁰. Celui-ci tenta de s'en occuper sans succès. Pour le Comité du Conseil privé, le domaine de l'assurance est intimement relié au droit civil. Il s'agit d'une question de capacité contractuelle où le Parlement ne peut intervenir. Dans cette mesure, les considérations territoriales n'auront aucune incidence.

On pourrait transposer directement aux valeurs mobilières les remarques qui précèdent et qui concernent l'assurance³¹¹. La compétence provinciale est la règle sur le commerce des valeurs mobilières, c'est-à-dire l'achat et la vente, sur le marché ou en bourse, des actions et des obligations des entreprises et des corps publics. Traditionnellement, on justifie cette compétence en invoquant le bien-être local et la nécessité de protéger le public contre les éventuelles fraudes et malhonnêtetés des courtiers et des compagnies ainsi que par le fait qu'il s'agit de réglementer des contrats d'achat et de vente sur un territoire donné (92(13)(16)).

Le Parlement fédéral a pénétré le domaine des valeurs mobilières, non pas par sa compétence en matière d'échange et de commerce, mais plutôt par le biais de sa compétence sur l'incorporation de compagnies ayant des objets fédéraux³¹². Ceci lui a permis d'établir d'importantes réglementations dans ces deux domaines, sous réserve que ces réglementations s'appliquent aux entreprises d'incorporation fédérale. Celles-ci ne sont pas pour autant exemptées des lois provinciales à ce sujet, pourvu que ces lois soient vraiment des lois générales relatives à l'assurance ou qu'elles portent sur le commerce des valeurs mobilières, et qu'elles ne posent pas d'entraves à l'application de la réglementation fédérale. Celle-ci, pour être valide et prépondérante, doit être relative à un domaine relevant de la spécificité de l'entreprise fédérale³¹³. Cependant, dans ce domaine, la difficulté vient du fait qu'une loi

³¹⁰ Celui-ci tenta sans succès, à plusieurs reprises, de s'approprier la compétence sur cette question afin d'étendre son contrôle sur les diverses activités de ces compagnies : voir à cet effet : *A.G. Canada c. A.G. Alberta*, précité, note 274; ainsi que : *A.G. Ontario c. Reciprocal Insurers*, précité, note 274, p. 356 : où le parlement tente de faire valoir sa compétence en matière de droit criminel et *Reference as to Validity of s. 16 of the Special War Revenue Act*, [1942] R.C.S. 429 en matière de taxation.

³¹¹ À l'exception que le Parlement fédéral a réussi à imposer d'importants moyens de contrôle en la matière, par ses lois criminelles et par ses lois corporatives s'appliquant aux entreprises d'incorporation fédérale.

³¹² V. notamment, les articles 91(5), (10), ((15) et 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³¹³ V. par exemple *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Company of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Re Validity and Applicability of the Industrial Relations and Disputes investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Re as to the Applicability of the Minimum wages Act of Saskatchewan to an*

provinciale sur la vente des valeurs mobilières (si générale et non discriminatoire qu'elle soit et si provinciaux soient les objectifs qu'elle poursuit) risque plus que toute autre de porter atteinte à la spécificité de l'entité corporative des compagnies fédérales. En effet, la loi, dans son application aux entreprises fédérales, les oblige à vendre leurs actions suivant certaines modalités, et même les empêche complètement de le faire. La vente d'action est considérée comme relevant de la spécificité de l'entreprise fédérale, puisqu'il s'agit d'une fonction essentielle et inhérente au fonctionnement de l'entité même de la compagnie. Il semblerait donc qu'en cette matière les lois provinciales soient valides en autant qu'elles s'appliquent aux commerçants en valeurs mobilières et non pas systématiquement aux compagnies comme telles. Par conséquent, une compagnie fédérale pourra éviter de se soumettre directement aux contrôles provinciaux si elle fait vendre ses actions par l'intermédiaire d'un courtier. Ce dernier devra avoir obtenu un permis provincial, non pas pour chaque vente d'actions de la compagnie en cause, mais pour l'ensemble de son activité. Mais, si l'entreprise fédérale vend ses actions elle-même, elle sera considérée comme un commerçant en valeurs mobilières et les lois provinciales générales à ce sujet lui seront applicables³¹⁴.

Dans la même lignée, un autre domaine important où l'on peut remarquer le choix d'une approche contractuelle de droit privé, au lieu d'une approche de caractère public, est celui du droit du travail et des relations patronales-ouvrières. La jurisprudence relative à ce domaine est marquée par l'approche contractualiste pure. En ce sens, ce n'est pas parce qu'un conflit ouvrier atteint plusieurs provinces ou qu'il peut avoir un impact important sur l'économie nationale que sa réglementation relève du parlement. Il s'agit avant tout d'une question de forme, de contrat, plutôt que de contenu, prenant en considération les aspects empiriques et économiques des intérêts en cause³¹⁵.

L'approche contractualiste pure avait surtout porté sur des activités de type commercial, au sein desquelles la circulation physique de l'objet commercial lui-même n'était pas une

Employee of a revenue Post Office, [1948] R.C.S. 248; *Union des facteurs du Canada c. M. and B. Enterprises Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 179.

³¹⁴ *A.G. Manitoba c. A.G. Canada*; *Lymburn c. Mayland*; *Re Chromex Nickel Mines Ltd*, [1971] 16 D.L.R. (3) 273 (C.A. Colombie Britannique).

³¹⁵ *Snider*, précité, note 255, pose le principe que le droit du travail et les relations de travail sont une affaire provinciale, parce qu'ils relèvent de la compétence provinciale en droit civil et du domaine des contrats. Le Parlement fédéral n'est habilité à légiférer relativement à ce sujet que par le biais des entreprises ou des ouvrages fédéraux, et non pas par l'entremise de sa compétence générale en matière de commerce. *V. Montcalm construction Inc. C. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.

caractéristique dominante. Or, face aux commerces de circulation de biens, il a fallu reconnaître que les questions territoriales avaient une importance constitutionnelle. C'est à ce moment que la compétence fédérale en matière de commerce qui, depuis *Parson*, ne portait que sur le commerce inter-provincial et international, a acquis une certaine signification pratique. De façon plus spécifique, ce fut surtout à l'occasion de l'adoption de lois sur la commercialisation de l'agriculture et sur les marchés agricoles que la compétence commerciale fédérale commença à acquérir un certain contenu³¹⁶, si minime fut-il.

Par conséquent, la jurisprudence a inclus des données factuelles afin de déterminer si l'activité relève de la compétence provinciale ou fédérale, soit le lieu de consommation et le lieu du contrat. Ainsi, sur un processus commercial donné, interprovincial ou international, le Parlement fédéral n'a pas une compétence certaine; ceci en raison de l'ensemble des contrats intra-provinciaux particuliers relevant de la province, dont il est constitué, non plus que la province d'ailleurs, à cause de la consommation extraprovinciale du produit et de son absence de compétence sur le contrat de vente, de transport, etc. chevauchant les deux territoires. Cette rationalisation avait trois avantages principaux. Premièrement, on évitait ainsi que les provinces puissent affecter, directement et à volonté, la circulation interprovinciale ou internationale des produits. Une disposition législative ou réglementaire provinciale, ayant pour effet possible de prohiber la conclusion ou d'influer sur le contenu commercial de contrats chevauchant deux provinces, était l'exemple le plus identifiable au plan formel d'une mesure de ce type. D'où l'idée de la déclarer invalide en invoquant la compétence commerciale fédérale. Mais, dans les contrats intra-provinciaux, maillons d'un processus commercial inter-provincial ou international, on était porté, dans beaucoup de cas, à continuer de reconnaître la compétence provinciale, surtout si elle se manifestait par des lois générales s'appliquant, par exemple, à toutes les usines d'abattage ou de transformation de produits pour en régler les conditions de travail et de fonctionnement et ayant de ce fait un aspect local qui l'emportait sur ses conséquences éventuelles et difficilement appréciables sur le produit exporté.

Ensuite, une telle façon de procéder respectait la position jurisprudentielle traditionnelle selon laquelle la compétence commerciale fédérale devait avoir un contenu étroit et limité. En effet, la compétence commerciale fédérale voyait ainsi sa portée mince et négative, en

³¹⁶ Il en fut cependant autrement dans la décision *Severn c. R.*, [1879] 2 R.C.S.70 et *City of Fredericton c. The Queen*, [1880] 3 R.C.S.505.

quelque sorte, dans le sens où la compétence fédérale n'acquerrait à peu près rien de positif au profit du pouvoir central, car elle avait surtout pour effet d'en enlever aux provinces, les empêchant d'influer directement sur la circulation des produits³¹⁷. Comme l'a écrit la Cour dans la décision *Snider*³¹⁸, l'article 91(2) n'a qu'un caractère accessoire qui ne permet pas au parlement fédéral de légiférer sur rien d'autre que sur quoi le fédéral aurait pu légiférer sans lui. Dans ce sens, lorsque la jurisprudence énonce que le fédéral ne peut pas légiférer sur des commerces particuliers, ceci signifie que l'article 91(2) vise le commerce dans son sens le plus général, c'est-à-dire le libre passage d'une province à l'autre, les importations et les exportations, inter-provinciales et internationales, et non pas la réglementation positive et détaillée de productions particulières, à laquelle l'on ne saurait parvenir qu'en réglementant les opérations intra-provinciales, constitutives du processus inter-provincial ou international d'ensemble.

Enfin, une telle rationalisation permettait aux tribunaux d'apprécier la validité constitutionnelle des lois commerciales, fédérales ou provinciales, sans trop devoir recourir aux faits et aux données empiriques, et en s'en tenant surtout aux formes, c'est-à-dire à la localisation, facile à identifier, du point de consommation du produit et de divers contrats constitutifs du processus commercial d'ensemble. Du moins, plus facilement identifiable que l'effet concret d'une hausse de prix, de salaires, de telle grève sur le prix d'exportation d'un bien et de son écoulement sur les marchés extérieurs. De plus, cette rationalisation tendait à consacrer le libéralisme économique, en tel sens qu'elle rendait extrêmement difficile, à l'un comme à l'autre ordre de gouvernement, de régler la mise en marché des produits agricoles. Si le pouvoir fédéral s'y essayait, on invalidait sa loi, au motif qu'elle portait sur des commerces particuliers. Lorsqu'il s'agissait d'une mesure provinciale, on invoquait contre la mesure le fait qu'elle puisse réglementer des contrats inter-provinciaux, le fait qu'elle englobait des produits d'exportation ou on invoquait contre une même mesure fédérale

³¹⁷ *The King c. Eastern Terminal Elevator Company*, [1925] R.C.S. 434 (invalidation d'une loi fédérale de mise en marché de blé destiné à 70% à l'exportation au motif que cette loi touchait des occupations particulières et des ouvrages locaux, notamment des élévateurs à grain); *Lawson c. Interior Tree Fruit*, [1931] R.C.S. 357 (invalidation d'une loi provinciale colombienne de mise en marché des fruits et des légumes, au motif que ces produits étaient destinés à 90% au marché inter-provincial et que la province était inhabile à réglementer les transactions ayant lieu entre un vendeur de Colombie et un acheteur d'une autre province); *AG BC c. AG Canada*, [1937] AC 377 (invalidation d'une loi fédérale de mise en marché des produits naturels, au motif qu'elle réglementait des transactions complètement intra-provinciales et des commerces de denrées particulières). Ce contenu minime et négatif est à rapprocher des effets de l'interdiction des entraves à la libre circulation dans l'UE, comme nous l'avons vu précédemment.

³¹⁸ Précité, note 255.

qu'elle puisse aussi s'appliquer à des produits de consommation locale. On sait, en effet, qu'il est difficile, au début d'un processus commercial, de déterminer quels sont les produits de consommation locale et ceux destinés à être exportés.

Cette deuxième approche à la notion constitutionnelle de commerce, de type contractualiste comme la première, intégrait pourtant une idée de fractionnement territorial dans la perspective où les provinces, compétentes de façon générale pour régler les contrats commerciaux intra-provinciaux, ne l'étaient plus lorsque ces contrats chevauchaient deux provinces³¹⁹. Cependant, cette approche contractualiste à fractionnement territorial de l'activité commerciale, contrairement à l'approche contractualiste pure, donnait un certain contenu à l'art. 91(2), même s'il est minime et possède des implications négatives. Un tel type d'interprétation, mis de l'avant par le Conseil privé, manifestait bien la philosophie juridique de ce tribunal. En effet, du moment où l'on reconnaît un contenu constitutionnel positif à la notion de commerce intra-provincial, inter-provincial ou international, on se met dans l'obligation d'aller aux faits de chaque litige, pour vérifier d'abord si un commerce existe et si, au plan empirique, il favorise une seule province, plusieurs ou l'ensemble du pays. Il est par conséquent plus simple et plus formel de s'en tenir au concept de contrat et à la localisation, intra-provinciale ou non de celui-ci. Au plan pratique, bien peu d'activités n'auraient aucune incidence sur le commerce inter-provincial, d'où une extension considérable de la compétence fédérale à ce sujet, sur les questions de travail en particulier. Mais les tribunaux ont refusé d'y consentir et préfèrent favoriser les provinces en invoquant leur compétence sur la propriété, les droits civils et les contrats.

2 L'évolution de l'approche interprétative du partage des compétences en matière commerciale : l'empirisme et le fonctionnalisme.

³¹⁹ C'est ainsi que l'on peut comprendre ces décisions, même si elles sont plus récentes: *Carnation*, précité, note 302, qui porte sur la validité d'un plan conjoint provincial de vente de produits laitiers à une compagnie qui les transformait au Québec et les exportait ensuite en Ontario. Le plan conjoint est une opération intraprovinciale, comme un contrat de travail : il affecte incidemment le commerce inter-provincial. Il s'agit d'une interprétation contractualiste très nette et le critère du lieu de consommation n'y joue aucun rôle; idem pour *Shannon*, [1938] AC 708, portant sur la validité d'une loi colombienne de mise en marché de produits agricoles, s'appliquant aussi aux produits importés, au motif qu'elle réglementait des opérations intra-provinciales; *Home Oil Distributors*, [1940], RCS 444, portant sur la validité d'une loi colombienne créant une régie du charbon et du pétrole, même importés et ayant des visées protectionnistes. V. aussi *Manitoba Egg and Poultry association*, précité, note 302.

Les évolutions relatives à l'interprétation des compétences de nature économique ont surtout procédé par le biais d'une réception plus large des faits, ainsi qu'une considération plus effective de ceux-ci, quant à la détermination de la validité d'une loi. En effet, une jurisprudence qui fait beaucoup appel aux faits se prête mieux à un changement d'orientation et est moins contrainte par la règle du précédent.

Les faits pertinents dans le cadre de l'interprétation du partage des compétences sont principalement de trois ordres : soit les faits qui déterminent l'applicabilité d'une loi ou non, telles les compétences fédérales en matière d'échanges et de commerce³²⁰ et d'entreprises fédérales³²¹, soit les faits qui sont nécessaires à l'exercice de la compétence telle la compétence Paix, Ordre et Bon Gouvernement prévue à l'article 91 introductif et les faits qui servent à démontrer l'effet de la loi et qui peuvent aider la Cour à déterminer son objet.

En ce qui concerne les effets, on doit distinguer entre les effets juridiques et les effets pratiques, ou réels, de l'application du texte. Les effets juridiques réfèrent « à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions et sont déterminés en fonction des termes même du texte »³²². Ceux-ci sont pertinents relativement à la détermination de l'objet même lorsque ces effets ne pas prévus par le législateur³²³. Les effets pratiques, dans la majorité des cas, ne seront pertinents que s'ils témoignent d'un objet inconstitutionnel³²⁴. Mais, comme l'énonçait le Conseil privé dans la décision *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*:

« The process of characterization is not a technical, formalistic exercise, confined to the strict legal operation of the impugned law (...) the *fact* that a provincial law levies a tax is not decisive of its classification as a taxing measure, the Court will look beyond the direct legal effect to inquire into the social and economic purposes which the statute was enacted to achieve. » (nos italiques)³²⁵.

³²⁰ Art.91(2) *Loi constitutionnelle de 1867*, précité, note .

³²¹ *Id.*, art. 92(10) et 91(29) .

³²² *R. c. Morgentaler*, précité, note 274, p.431.

³²³ À titre d'exemple, dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, le législateur ne prévoyait qu'une enquête publique mais dans la mesure où le mandat de la commission reprenait les objets et les fonctions d'une enquête de police, celle-ci relevait du droit criminel et non du droit provincial.

³²⁴ *V. R. c. Big M. Drug Mart*, précité, note 271, p. 356, où la juge Wilson affirme : « ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse ».

³²⁵ Précité, note 238, p.119.

Cependant, la Cour a énoncé à plusieurs reprises, tel que nous l'avons mentionné, que la sagesse et l'efficacité d'une loi n'avaient pas de pertinence quant à la détermination de sa validité. Ces dernières ne doivent pas être confondues avec les effets de la loi.

On ne doit pas non plus confondre les effets directs et immédiats avec les effets indirects incidents ou secondaires. Par exemple, une loi fédérale relative à une matière relevant de la compétence fédérale n'est pas invalide du fait qu'elle affecte incidemment des matières de compétences provinciales. Ce n'est que si les effets indirects empiètent fortement sur l'autre palier de gouvernement que le tribunal considérera l'effet indirect, dans la perspective de savoir si la législation n'a pas un objet inconstitutionnel. On revient dans ce cas à l'effet pratique de la loi. L'effet pratique d'une loi est une question factuelle.

Le Conseil privé et la Cour suprême ont admis des preuves relativement à l'effet dans plusieurs cas³²⁶, par le biais d'une conception élargie de la connaissance d'office.

Enfin, la qualification des faits considérés par l'effet de la loi serait à rapprocher de ce que K.C.Davis nomme les faits législatifs. Selon cet auteur, les faits se divisent, de façon générale, en deux catégories (avec des subdivisions), soit les faits adjudicatifs et les faits législatifs :

³²⁶ À titre d'exemple, dans *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turner Dairy et al.* [1941] R.C.S. 573, la Cour suprême a accepté en preuve des éléments extrinsèques afin de l'éclairer sur l'objet de la loi. Dans *Attorney-General for British Columbia v. McDonald Murphy Lumber Co.*, [1930] A.C. 357, une loi frappant d'une taxe le bois coupé dans la province mais donnant un abattement équivalent si le bois était transformé dans la province, avait l'effet d'une taxe à l'exportation. Il en va de même dans *Texada Mine*, précité, note 273, où l'on regarde l'effet d'une loi provinciale imposant une taxe sur les minerais. Il fut déterminé qu'elle était tellement oppressive qu'elle empêchait l'exportation et elle fut jugée invalide parce qu'elle était relative à l'article 91(2); Dans *Crickard et al v Attorney General for British Columbia*, (1958) 14 D.L.R. (2e) 58 (B.C. Supreme Court) on invalida une loi qui voulait que chaque oeuf importé dans la province devait porter à l'encre le nom de son pays d'origine. Dans les faits; on peut pas faire cela à un œuf sans le briser. Ainsi, l'effet indirect était d'empêcher l'importation donc invalide parce que relatif à 91(2). V. par ailleurs, ; *Big M Drug Mart*, précité, note 271; *Alberta Bank Taxation Reference*, précité, note 238, *Re Upper Churchill Water Reversion Act*, précité, note 274, *Reciprocal Insurers*, précité, note 274; *Re insurance* [1932] A.C.41 A.C.110, *Switzman c. Elbling*, précité, note 280; *Les brasseries Labatt du Canada ltée. c. P.G.Canada*, [1980] 1 R.C.S.914, *Carnation Co. ltée. c. L'Office des marchés agricoles du Québec*, précité, note 302; *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 713: effet du schéma provincial: presque tout exporté: *PG. Du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, précité, note 302, 704-705: juge Laskin se plaint du manque de contexte factuel: le volume d'exportation aurait aidé à caractériser la loi. *Saumur c. The City of Québec*, [1953] 2 R.C.S.299, examine application pratique de la loi pour la déclarer inconstitutionnelle. Elle a regardé ces faits comme pertinents et admissibles (mais a refusé les dépens pour la preuve documentaire).

«When a Court or an agency finds facts concerning the immediate parties- who did what, where, when, how and with what motive or intent- the court or agency is performing an adjudicative function, and the facts so determined are conveniently called adjudicative facts. When a court or an agency develop law or policy, it is acting legislatively; the courts have created the common law through judicial legislation, and the facts which inform the tribunal's legislative judgement are called legislative facts. Stated in other terms, the adjudicative facts are those to which the law is applied in the process of adjudication. They are the facts that normally go to the jury in Jury case. They relate to the parties, their activities, their properties, their Businesses. Legislative facts are those which help the tribunal to determine the content of the law and policy and to exercise its judgement or discretion in determining what course of action to take. Legislative facts are ordinarily general and do not concern the immediate parties.»³²⁷

La distinction développée par cet auteur le fut dans le cadre du droit administratif américain, dans le contexte de tribunaux administratifs ou d'organismes exerçant des fonctions judiciaires. En matière de droit constitutionnel, cette distinction pourrait référer, en ce qui a trait aux faits législatifs, aux faits dont le législateur a tenu compte lors de l'élaboration de sa loi³²⁸.

Ensuite, certains faits sont pertinents à l'exercice d'une compétence, principalement la compétence fédérale en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement. La théorie de l'urgence et celle des dimensions nationales s'appuient, en grande partie, sur des déterminations factuelles³²⁹.

Comme on le sait, en ce qui concerne l'urgence nationale, pour que le gouvernement exerce son pouvoir, il doit y avoir une situation d'urgence. Celle-ci est un fait socio-économique dont la gravité nécessite une action que les provinces, même de façon collective, ne peuvent réaliser³³⁰. Ce pouvoir est par ailleurs de nature temporaire.

³²⁷ K.C.DAVIS, « Judicial Notice », (1955) 55 no. 7 *Columbia Law Review*, 945, p.952.

³²⁸ Par ailleurs, il importe de ne pas oublier que la Cour suprême du Canada joue aussi un rôle de nature politique en plusieurs occasions, notamment en matière de partage des compétences, auquel nous reviendrons. Dans ce contexte, les faits pris en considération par les juges lors d'une décision seraient de nature législative tel que défini par K.C.Davis, *id.* Cependant, les décisions n'explicitent pas les considérations et les faits déterminants dans cette perspective.

³²⁹ V. à ce sujet, H.BRUN et G.TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 1997 ainsi que M. DESCHÊNES, précité, note 233.

³³⁰ À titre d'exemple, on peut se référer aux cas *Unemployment Insurance Reference* [1937] A.C. 355 où il était question de savoir si la crise économique de 1930 autorisait le fédéral à réglementer le chômage qui avait atteint des dimensions affectant tout le pays (échoue car les mesures étaient permanentes); *Board of Commerce Case*, précité, note 254, où l'on se demandait si la dislocation économique résultant de la première guerre mondiale était suffisamment exceptionnelle afin de

Le *Renvoi Loi anti-inflation*³³¹ établit qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence de la situation d'urgence mais qu'il suffit d'établir la croyance rationnelle du législateur en l'existence d'une situation d'urgence. Ce critère fait preuve de déférence envers le législateur et les tribunaux n'interviendront pas, à moins d'une preuve très claire de l'absence d'urgence ou que la situation a cessé³³². Selon P.W.Hogg, le gouvernement n'a même pas besoin d'établir le fondement rationnel de sa croyance, c'est plutôt à ceux qui contestent la validité de la loi de démontrer l'absence de fondement rationnel³³³.

Par ailleurs, la Cour, bien qu'ayant admis de la preuve extrinsèque relativement à l'existence de la crise inflationniste, a déclaré :

« (...) examiner l'étendue du pouvoir législatif en vertu duquel la loi a été décrétée (...) dans ce contexte qu'on peut, soit en invoquant la théorie de la connaissance d'office, soit en adaptant au droit constitutionnel les règles exposées dans *Heydon*, demander à la Cour de prendre en considération des éléments de preuve extrinsèques pour statuer sur la validité d'une loi contestée.»

Enfin, le fait à l'origine de la situation d'urgence serait à rapprocher des faits législatifs de K.C.Davis, tel que vu précédemment avec les adaptations nécessaires au droit constitutionnel.

En ce qui a trait à la théorie des dimensions nationales, celle-ci prévoit que des matières, qui à l'origine semblent être de nature locale, ont des effets sur l'ensemble du pays et atteignent une telle importance qu'elles deviennent d'intérêt national. Le test, dans sa dernière formulation dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*³³⁴, s'exprime de façon abstraite et conceptuelle. On ne remarque pas de place accordée aux faits ni à la preuve. Cependant, la question de savoir si une matière a atteint le degré voulu d'unicité et d'indivisibilité, qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, demande un examen de l'effet qu'aurait l'omission ou l'incapacité d'une province de légiférer à cet

permettre une intervention fédérale; *Renvoi Loi anti-inflation*, précité, note 238, où la Cour devait déterminer si la crise économique engendrée par une situation d'inflation était une situation d'urgence

³³¹ Précité, note 238.

³³² *Id.*, v. *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. PG Canada*, précité, note 256 et *Fort France Pulp and Power Co. Ltd. c. Manitoba Free Press*, précité, note 238.

³³³ Hogg, précité, note 234, p.390.

³³⁴ [1988] 1 R.C.S. 401.

égard³³⁵. Dans ce contexte, des indications relatives à la preuve et au fardeau de preuve seraient pertinentes. Mais le jugement ne traite pas de la question.

Enfin, certaines compétences ont été formulées à partir de critères factuels, tels les compétences fédérales en matière d'échanges et de commerce et en matière d'entreprises fédérales.

En ce qui concerne la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce, comme nous l'avons vu, cette dernière a été définie par la jurisprudence comme nécessitant un critère territorial, à l'effet que le commerce doit être *interprovincial* ou *international*, par opposition au commerce local et intra-provincial relevant de la compétence des provinces³³⁶. L'examen du flux d'échange réglementé ou du commerce est une question factuelle.

En ce qui à trait aux entreprises fédérales, celles-ci doivent plaider leur caractère fédéral pour échapper à l'applicabilité d'une loi provinciale. Une entreprise a un caractère fédéral si ses activités concernent les communications ou le transport et si elle possède un caractère *interreliant* (entre deux ou plusieurs provinces ou internationalement) ou si elle est structurellement intégrée dans une entreprise fédérale³³⁷. La question de savoir si l'entreprise possède un caractère interreliant est une question factuelle.

Comme nous le mentionnions, le cadre d'analyse restreint de l'interprétation du partage des compétences, conjugué avec une attitude de déférence à l'égard du législateur et de retenue judiciaire, ainsi que la nature intellectuelle du partage ont fermé la porte, dans plusieurs cas, aux traitements des faits et leur mise en preuve; le contrôle de constitutionnalité s'exerçant à partir des textes de loi en cause et par appui sur la jurisprudence antérieure. La doctrine fait d'ailleurs souvent référence au caractère formel et conceptuel de l'interprétation du partage des compétences³³⁸. Cependant, certaines nuances sont à apporter. L'apparent

³³⁵ *Id.* p. 432, le troisième critère permettant de déterminer si une matière relève de la théorie des dimensions nationales est à l'effet que : « pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra-provinciaux de cette matière. »

³³⁶ *Parson*, précité, note 243

³³⁷ *Bell Canada c. CSST*, précité, note 279.

³³⁸ V.D. PINARD, « La rationalité législative, une question de possibilité ou de probabilités ? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac » (1994) 39 *McGill Law Journal* 401, pp.403,404: « On

formalisme du contentieux constitutionnel canadien, en matière de partage des compétences, n'implique pas que des considérations autres que les textes de lois n'ont pas été évaluées par les juges. Il s'agit d'une question de perspective³³⁹. Comme l'écrivait le juge Dickson, dans l'arrêt *Renvoi loi de 1979 sur la location résidentielle* :

« (...) un processus de classification est au centre de l'examen judiciaire de la répartition ou de la restriction des principaux pouvoirs législatifs. Ce processus joint la logique à la réalité sociale, aux décisions de valeurs et aux précédents.»³⁴⁰

En accentuant la question des faits en matière de POBG, notamment quant à l'urgence et à la théorie des dimensions nationales, en matière d'échange et de commerce fédéral, relativement aux entreprises fédérales et en portant plus attention aux effets des lois, tout en promouvant des tests de validité qualifiés de « fonctionnels »³⁴¹, les tribunaux en sont progressivement venus à délaisser l'approche contractualiste pour adopter une conception plus économique des lois commerciales. Ils les analysent de façon concrète et empirique, comme étant essentiellement une question de circulation de biens, allant d'un producteur vers un consommateur ultime, en passant par une multitude possible d'intermédiaires, de

a depuis longtemps remarqué que le contentieux constitutionnel au Canada était marqué au coin du formalisme. Les faits y ont généralement joué un rôle extrêmement limité. On y traitait de concepts abstraits, et la constitutionnalité d'une loi pouvait facilement relever, en dernier ressort, d'une question d'ordre sémantique. (...) l'analyse des textes mêmes de la loi ou de la Constitution a longtemps constitué leur seul objet d'intérêt. On a parlé abondamment de l'approche conceptuelle des juges canadiens».

³³⁹V. D.PINARD, *id.*, «On a déjà dénoncé le caractère fictif de la distinction entre une approche (judiciaire) formaliste ou conceptuelle et une approche dite pragmatique. Dans la première, la pondération des intérêts en cause présidera inévitablement à la délimitation des contours définitionnels des concepts utilisés. Cette opération aura le plus souvent lieu dans l'ombre des processus mentaux des juges qui pourront n'exprimer qu'une définition apparemment formelle et abstraite. La seconde approche, dite pragmatique, explicite tout simplement le processus et pondère expressément des intérêts et des valeurs à propos desquels les parties auront préalablement eu l'occasion de se prononcer». Selon K.E. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism; The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990, pp. 29,30: « (...) views about the proper distribution of legislative powers shape by the individual's belief in other values promoted or protected by federalism, such as a stronger national or regional community responsive to the country's needs or loyalties, or increased economic efficiency.» et à la p.57:« The special nature of constitutional litigation (...) the Court's important policy role, although that awareness is frequently obscured in the writing of reasons for judgment.».

³⁴⁰ précité, note 268, à la p.721. V. aussi R. c. *Morgentaler*, précité, note 274, p. juge Sopinka: « L'analyse du caractère véritable n'est cependant pas limitée à la teneur même du texte (...) par conséquent, la Cour ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux et économiques que la loi vise à réaliser, de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée.».

³⁴¹V. à cet effet la théorie du rapport fonctionnel en matière de pouvoir accessoire dans la décision *General Motors c. City National Leasing*, précité, note 261.

mouvements faits d'offres et de demandes, porteurs de valeurs économiques et pouvant servir une variété infinie d'intérêts. Suivant cette seconde perspective, une loi commerciale apparaîtra donc comme une loi poursuivant une certaine finalité économique, qu'il s'agisse, par exemple, de stimuler la production ou de la réduire, de protéger certains marchés, d'abolir tout protectionnisme, etc. L'interprétation de ces lois, dans le cadre de la théorie de la qualification constitutionnelle, empruntera alors une orientation finaliste puisque la question sous-jacente ne se concentre plus sur le sujet, mais demande quelle fin l'État poursuit-il en adoptant une loi de ce genre et quel est son effet. Une telle question relève d'une orientation idéologique économique différente, de droit public et de caractère plus empirique que l'approche contractuelle³⁴².

Lorsqu'on analyse la jurisprudence constitutionnelle en matière commerciale (surtout celle de la Cour suprême du Canada, après l'abolition du droit d'appel au Comité du Conseil privé en 1949) on peut remarquer que celle-ci a appliqué à des lois commerciales une qualification moins contractuelle et plus empirique, en tentant de voir quel intérêt économique concret, intra-provincial, inter-provincial ou international, les lois en question poursuivaient. À partir de 1957, on voit définitivement se profiler une évolution vers une approche empirique, qui tient toutefois en compte le critère du fractionnement territorial, pour arriver à l'adoption d'une approche empirique pure.

À cet effet, la Cour suprême du Canada, dans la décision *Re Ontario Farm Products Marketing Act*³⁴³, a donné le coup d'envoi à l'adoption d'une approche plus empirique en étendant, d'une part, la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce et en restreignant, d'autre part, les compétences provinciales en matière de commerce. Ce processus s'est enclenché par la mise de l'avant d'une distinction entre l'aspect commerce et l'aspect contrat d'un processus commercial. Cette distinction permettait de donner au commerce une réalité constitutionnelle autonome et de changer le fondement constitutionnel de la compétence provinciale en matière de commerce de 92(13) à 92(16). Le paragraphe 92(16) prévoit que :

« Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province »

³⁴² Il s'agit d'une approche de type empirique du fait qu'elle met en oeuvre une appréciation de faits en l'occurrence, le lieu d'origine et le lieu de consommation du produit.

³⁴³ Précité, note 239 .

Cette disposition permet aux provinces de réglementer le marché de ce qui est produit sur leur territoire et de ce qui est destiné à y être consommé, en raison des mots « locale ou privée ». Mais une compétence commerciale fondée sur 92(16) au lieu de 92(13) vient limiter la compétence provinciale traditionnelle car l'approche de 92(13), examinée ci-haut, permettait une portée plus vaste que ne le permet 92(16). Selon le juge Rand, au sein de la réalité commerciale l'aspect d'échange de biens prime l'aspect contractuel. Un commerce est un flux d'échanges avant tout, et le contenant de la réalité commerciale (c'est-à-dire le contrat, forme ou contenant du commerce) a moins d'importance que son contenu; d'où l'insistance du juge pour établir le fondement de la compétence des provinces sur le commerce à l'article 92(16) et non 92(13) , ce dernier article ayant une nette coloration fixiste, de droit privé statique, en opposition à la réalité commerciale dynamique que recouvrent les articles 92(16) et 91(2). En glissant de (13) à (16), le juge a ébranlé sérieusement les deux approches contractualistes. Ces approches n'avaient de sens que dans une optique de contrat et de droits civils. Le juge a aussi accordé un contenu positif à l'article 91(2) , tout en conservant aux provinces une compétence commerciale, elle aussi positive, quoi que fort diminuée par rapport à ce qu'elle avait été antérieurement.

Cette approche de type empirique intègre toutefois un certain fractionnement territorial, mais non pas au sujet du lieu du contrat, comme dans l'approche précédente. Comme l'énonce le juge Kerwin , un contrat intraprovincial (portant sur l'emballage, le traitement et la transformation de produits, par exemple) pourra relever de la compétence fédérale , au niveau de son contenu commercial (soit la façon de le conclure , les causes d'annulation, la responsabilité contractuelle entre les parties, etc. ce qui concerne plus le droit civil et relèveraient à ce titre de l'article 92(13)), s'il s'insère dans un processus d'ensemble interprovincial ou international ou il relèvera de la compétence provinciale, selon 92(13), s'il s'agit d'une affaire de contrat exclusivement, comme par exemple, un contrat entre une personne ontarienne qui se rend au Québec faire son épicerie. Il est ici question d'une affaire de contrat et non de « trade as trade » au sens constitutionnel.

Il faut alors se demander si un processus commercial est, dans son ensemble, de la production à la consommation, intra-provincial ou non. Dans l'affirmative, il s'agit alors d'un

commerce local au sens de 92(16) . Dans le cas contraire, il relève de la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce au sens de 91(2)³⁴⁴.

Le fractionnement territorial que suggère cette troisième approche est bien plus contraignant pour les provinces que pour le Parlement central. Aux premières, en effet, on interdit, par exemple, de réglementer, sur leur territoire, la mise en marché des oeufs importés. On invoque que cela relève de la compétence commerciale fédérale, quoi qu'elles puissent probablement réglementer ces mêmes produits, pour des motifs autres que commerciaux³⁴⁵. Mais, du côté de la compétence fédérale, les exigences de circulation inter-provinciales ou internationales sont infiniment plus souples, et l'on va d'une approche empirique, à fractionnement territorial, à une approche empirique pure ou prétendument telle, à partir de 1970.

En 1970, la Cour a démontré, dans l'arrêt *Caloil*³⁴⁶, sa volonté de se démarquer de l'interprétation stricte de 91(2), en permettant un certain degré de réglementation fédérale dans le commerce intra-provincial. Dans cette affaire, la Cour a statué que le parlement fédéral, compétent sur le commerce d'importation et d'exportation, pouvait permettre à la compagnie Caloil d'importer ses produits pétroliers au Canada, à la condition expresse que ces produits soient consommés à certains points fixes du territoire canadien. Selon la Cour, si le Parlement peut bloquer les importations étrangères, il peut aussi réglementer leur entrée, à condition qu'on en limite la circulation, inter-provinciale et même intra- provinciale³⁴⁷.

D'importantes conséquences découlent du fait de reconnaître à la compétence commerciale fédérale un contenu positif, différent du contenu qu'on lui reconnaissait dans le cadre de la deuxième approche. Ainsi, le Parlement fédéral pourrait diriger des importations vers des provinces ou des régions qui ont déjà des difficultés à écouler leur stock et les mener à la faillite. Par ailleurs, plusieurs questions restent irrésolues relativement à cette décision. En

³⁴⁴ *Murphy*, précité, note 302, par exemple.

³⁴⁵ *Manitoba Egg and Poultry Association*, précité, note 302.

³⁴⁶ Précité, note 302 .

³⁴⁷ On justifie cette possibilité par le principe selon lequel « qui peut le plus, peut le moins ». Il signifie que le Parlement peut maintenir la condition imposée sur l'importation de gaz étranger en requérant qu'il soit vendu pour utilisation et consommation seulement dans l'est d'Ottawa. Cette mesure faisait partie d'un programme national destiné à protéger le marché domestique de l'Alberta et de la Saskatchewan de la compétition des importations étrangères moins dispendieuses. La condition était accessoire ou incidente au schème visant à réglementer le mouvement interprovincial de l'huile mais, la théorie de l'incident et de l'accessoire ne peut pas tout couvrir.

effet, si le fédéral peut interdire ou contingenter les importations de l'étranger, peut-il, pour des motifs commerciaux ou autres, et compte tenu de l'article 121 (qui ne vaut que pour les produits canadiens) interdire carrément la circulation interprovinciale de produits canadiens? Ensuite, le principe : « qui peut le plus, peut le moins » n'aurait-il pas pour effet de permettre au parlement fédéral, compétent pour réglementer le commerce inter-provincial, de régir et limiter la circulation intra-provinciale des produits allant d'une province à l'autre?

Il découle de l'évolution jurisprudentielle actuelle, en matière commerciale, une impression qui va dans le sens d'une reconnaissance de la compétence du Parlement fédérale de faire tout ce qui, empiriquement, peut servir l'intérêt national. La notion même de compétence commerciale recouvre, par nature, un contenu vague, très empirique et qui se prête mal à la formalisation. Dans cette nouvelle perspective, toutes les distinctions formelles ou territoriales s'estompent³⁴⁸. Cette impression est appuyée par les dernières décisions importantes relativement à la théorie des dimensions nationales, à la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce, à l'extension de la règle de la prépondérance et de la théorie du pouvoir accessoire et de la notion d'entreprise fédérale. Ces décisions empruntent une approche finaliste et fonctionnelle de l'interprétation du partage des compétences et posent des critères représentatifs du principe de la subsidiarité.

3- Le principe de subsidiarité dans la régulation de la portée des compétences de nature économique.

Lorsque les compétences attribuées à un ordre de gouvernement sont exclusives, comme dans la théorie générale du partage des compétences au Canada, le principe de subsidiarité ne semble pas, a priori, pouvoir jouer un rôle significatif. En effet, le principe de subsidiarité ne peut que réguler la portée des compétences lorsqu'elles sont partagées entre deux ou plusieurs ordres de gouvernement ou lorsqu'elles sont concurrentes, comme nous l'avons vu dans le contexte européen³⁴⁹. Cependant, l'examen de l'interprétation judiciaire du partage

³⁴⁸ Par exemple : *Regina c. Klassen*, [1959] 20 DLR (2) p. 406 (CA Manitoba). On a jugé la mesure valide comme accessoire à un exercice efficace de la compétence fédérale sur le blé exporté.

³⁴⁹ Toutefois, il est à noter que le TUE détermine que le principe de subsidiarité ne s'applique qu'en présence de compétences concurrentes, ce qui ne veut pas nécessairement dire que le principe fédératif général de la subsidiarité est au même effet. Par ailleurs, en matière européenne, la majorité des compétences sont concurrentes, à la différence du droit constitutionnel canadien où les compétences sont présumées exclusives.

des compétences, en droit constitutionnel canadien, permet de constater que le principe de subsidiarité peut jouer un rôle, même en matière de compétences exclusives.

En effet, bien que les compétences soient exclusives, la jurisprudence permet l'existence de certains chevauchements, lesquels peuvent être régulés, dans une certaine mesure, par le principe de subsidiarité. À cet égard, la théorie du double aspect remplit un peu cette fonction, de même que la théorie de l'accessoire qui, en développant un test fonctionnel, permet à un palier de gouvernement de réaliser ce que la répartition formelle des compétences lui interdit de faire. En effet, dans la décision *City National Leasing*³⁵⁰, le juge Dickson a énoncé qu'un empiétement sur les pouvoirs provinciaux, lorsqu'il est négligeable, est valide si un rapport fonctionnel entre la disposition en cause et la loi dans laquelle elle s'insère, peut suffire à la justifier. Si l'empiétement est considérable, on doit alors se demander si la disposition en cause s'inscrit dans un système de réglementation valide. Si elle n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne pourra être maintenue³⁵¹. La question de savoir si l'accessoire se réalise en fonction de critères subsidiaires reste à voir. Enfin, une compétence exclusive mais complémentaire à une autre compétence (comme par exemple en matière de commerce général et de commerce provincial) peut voir sa portée varier selon le principe de subsidiarité.

Dans ce domaine, la Cour a affiné cette approche par le développement de ce que l'on appelle la deuxième branche de la compétence en matière d'échange et de commerce. Cette distinction remonte à l'arrêt *Parsons*. Pendant plusieurs années, cette doctrine a été d'une assistance minimale au parlement³⁵². Toutefois, l'ouverture laissée par la dissidence du juge Laskin, dans la décision *Macdonald*³⁵³, a permis une nouvelle justification à la réglementation des activités économiques, par le fédéral jusqu'en 1989, où cette branche a servi de fondement à la validité d'une loi, dans la décision *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*³⁵⁴. Selon cette décision, les lois provinciales qui sont par ailleurs valides peuvent tomber sous la compétence fédérale en matière de commerce, en autant qu'elles visent le commerce général et non des commerces particuliers. Elles doivent être de nature telle que les provinces, individuellement ou conjointement, ne puissent pas les mettre

³⁵⁰ précité, note 253.

³⁵¹ *Id.*, p. 672; v. aussi les arrêts : *Papp*, précité, note 260; *Zelensky*, précité, note 258 ; *Multiple Access*, précité, note 266.

³⁵² *John Deere Plow*, précité, note 238.

³⁵³ *McDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134.

en œuvre et que l'omission d'une ou plusieurs provinces de légiférer à ce sujet menace l'application du système dans d'autres parties du pays³⁵⁵. La similitude avec l'énonciation du principe de subsidiarité en droit communautaire européen est ici flagrante. De même, on se retrouve ici face à une interprétation finaliste, puisque le fait de viser le « commerce général » relève d'une conception économique et d'une conception fonctionnelle, car le test est articulé en terme d'incapacité provinciale et d'objectifs nationaux où l'on doit balancer les intérêts provinciaux et fédéraux dans la réglementation économique. Il s'agit d'un contexte interprétatif similaire à celui développé par la Cour européenne de Justice. Comme nous l'avons constaté, l'interprétation des compétences en droit communautaire emprunte une approche finaliste et elle est généralement qualifiée de fonctionnaliste.

Finalement, la compétence générale fédérale, à l'article 91 introductif, s'exerce selon le principe de subsidiarité. En effet, la décision *La Reine c. Crown Zellerbach Ltd.*³⁵⁶ a interprété les critères de l'intérêt national justifiant qu'une matière, préalablement du ressort de la compétence provinciale, mais ayant acquis des dimensions tellement importantes, passe de la compétence provinciale à la compétence fédérale, d'une manière à ce que le test corresponde à un test de subsidiarité. Dans cette affaire, il était question de déterminer si la compétence du Parlement fédéral relative à la réglementation de l'immersion de substances en mer à titre de mesure de prévention de la pollution des mers s'étendait jusqu'à la réglementation des immersions dans les eaux provinciales³⁵⁷. La Cour a décidé que le contrôle des immersions dans les eaux de la mer situées à l'intérieur d'une province faisait partie d'une seule matière d'intérêt national, qui relève de la compétence fédérale en matière de POBG. Le test permettant à la Cour d'en arriver à cette conclusion établit que :

« Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectués par la Constitution. Pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extraprovinciaux l'omission d'une province de

³⁵⁴ Précité, note 253.

³⁵⁵ *Id.*, p.662.

³⁵⁶ Précité, note 250.

³⁵⁷ *Id.*, p.407.

s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra provinciaux en cette matière »³⁵⁸

À la lecture de cet extrait, on remarque de façon évidente les ressemblances avec le principe de subsidiarité, développé à l'article 5 CE dans l'Union européenne, puisqu'il s'agit d'un test d'où il résulte que si la collectivité inférieure, compétente a priori, ne peut valablement réglementer une matière ou un problème qui possède des dimensions nationales, la compétence est transférée au niveau supérieur. De la même manière que le principe de subsidiarité, il suffit de déterminer l'incapacité provinciale de réglementer adéquatement la situation pour que le contrôle lui en échappe. Par ailleurs, on remarque, dans ce test, que le juge considère « l'effet » de l'omission. Celle-ci est une question de fait qui opère le rattachement à la conception empirique pure de l'interprétation récente du partage des compétences. D'autant plus qu'en l'espèce, l'accent est mis sur la « matière » concrète et factuelle. Pourtant, ce qui est partagé selon la Constitution, ce n'est pas des matières mais des pouvoirs de légiférer relativement à ces matières. Ainsi, les pouvoirs législatifs portent sur des faits ou des activités concrètes et non sur des secteurs de droit. En insistant sur l'idée que les compétences portent sur des matières, donc des faits, et en les envisageant dans la perspective de catégories de sujets au lieu des catégories mêmes, on se retrouve à ouvrir la voie à la théorie du double aspect. Cette théorie entraîne un type d'interprétation finaliste puisqu'on rattache une matière provinciale à une finalité d'intérêt national. Il en résulte alors une matière nouvelle, qui relève de la compétence fédérale.

Ces décisions sont complétées par l'extension jurisprudentielle de la règle de la prépondérance fédérale et de la notion d'entreprise fédérale³⁵⁹. Dans ces cas, la jurisprudence a élargi le domaine de l'application de ces théories par l'adoption d'une approche relevant du fonctionnalisme. En effet, concernant l'extension de la règle de la prépondérance fédérale, comme nous l'avons constaté, en matière de conflit, la prépondérance fédérale ne jouera que s'il y a un conflit réel entre les dispositions d'une loi provinciale valide et d'une loi fédérale valide; c'est-à-dire lorsque nous ne pouvons pas respecter intégralement les deux lois. Dans la décision *Hall c. Banque de Montréal*,³⁶⁰ la règle du conflit a pris une orientation

³⁵⁸ *Id.*, p. 432.

³⁵⁹ V. à ce sujet: *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada*, précité, note 279; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Clark*, [1988] 2 R.C.S. 680; *P.G. Québec c. Irwin Toy Ltd.*, précité, note 271; *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, précité, note 265.

³⁶⁰ Précité, note 266.

fonctionnelle, dans la mesure où il peut y avoir un conflit lorsqu'il est de l'intention manifeste du Parlement fédéral d'occuper un champ législatif quelconque.

On peut donc conclure de cette brève présentation que la présence du principe de subsidiarité se réalise dans une approche interprétative finaliste et fonctionnelle, qui privilégie les faits et l'empirisme dans l'évolution de l'interprétation du partage des compétences. Comme nous le constatons, cette évolution se concentre autour d'un secteur : le domaine économique, en relation avec les obligations internationales canadiennes et les impératifs de concurrence, de compétitivité et d'efficacité.

CONCLUSION

L'objet du présent mémoire visait à examiner l'hypothèse de l'introduction du principe de subsidiarité dans le partage des compétences de nature économique en droit constitutionnel canadien, en prenant pour référence le modèle offert par l'Union européenne à ce sujet.

L'exemple européen a permis de mettre en valeur le jeu du principe de subsidiarité lors de la répartition originelle des compétences et surtout lors de la régulation de la portée des compétences partagées entre les paliers de gouvernement. À ce titre, on constate qu'il s'exerce dans un contexte juridique et interprétatif axé sur une orientation fonctionnelle et finaliste.

En rapprochant le développement du principe de subsidiarité de celui du droit constitutionnel canadien, au plan de ses fondements et surtout en regard du partage des compétences, on peut constater l'émergence d'une idée, à tout le moins, de subsidiarité en matière économique. Dans ce domaine, on remarque le passage d'une approche interprétative formelle et conceptuelle vers une approche plus empirique et finaliste du partage des compétences, ainsi que l'apparition de critères jurisprudentiels reprenant la formulation du principe de subsidiarité. Ces évolutions jurisprudentielles sont à replacer dans le contexte politique actuel de la globalisation des économies et aussi des entraves à la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes que connaît le marché intérieur canadien, en raison de la répartition des compétences. Comme nous le savons, il est à peu près impossible, selon la formule d'amendement constitutionnel prévue à la Constitution, d'adopter des modifications au partage des compétences constitutionnelles alors qu'elles

peuvent être nécessaires. De ce fait, les changements initiés par la Cour dans ce domaine peuvent permettre de pallier aux difficultés rencontrées. À ce titre, le principe de subsidiarité permet d'ajuster la portée des compétences législatives, afin de contourner les difficultés pratiques que pose la répartition en matière économique, telle qu'interprétée par le Comité judiciaire du Conseil privé.

Toutefois, ces modifications ne vont pas sans entraîner elles-mêmes des difficultés. Au départ, le choix d'une interprétation axée sur des finalités entraîne la question de la détermination de ces finalités et de leurs justifications, notamment, quant à la décision de privilégier une fin plutôt qu'une autre. En l'espèce, il semble que l'orientation prise par la jurisprudence s'effectue au détriment des législatures provinciales. En effet, comme nous l'avons constaté, l'introduction implicite du principe de subsidiarité au Canada profite principalement au gouvernement fédéral. Il lui permet d'adopter des instruments législatifs de politiques économiques, dans des secteurs de droit relevant originellement des compétences provinciales en matière économique, pour des motifs d'intérêt général, découlant du contexte de la globalisation mondiale des économies. Par ailleurs, la question des faits à considérer n'est pas claire ni celle de leur mise en preuve. Bien que la jurisprudence adopte une approche plus empirique, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici essentiellement de considérations politiques. Il en va de même pour le principe de subsidiarité. En effet, le principe de subsidiarité implique une bonne dose d'opportunité politique. La détermination qu'une situation donnée peut être mieux réalisée au plan national, plutôt que local, résulte d'une appréciation de nature essentiellement politique impliquant des critères d'efficacité et d'opportunité, même si on tente de légitimer cette décision par la mise en preuve de faits. Dans ce contexte, il s'agit avant tout d'une question d'équilibre à conserver ou à obtenir. La recherche de cet équilibre est primordiale car le principe de subsidiarité ne se résume pas à une simple répartition des compétences. Il s'agit d'un choix de société, relativement à son organisation sociale dans ses rapports au pouvoir d'État, à sa structure constitutionnelle ainsi qu'au rôle politique des individus et des groupements intermédiaires. Une référence explicite au principe de subsidiarité pourrait être bénéfique, dans la mesure où, dans sa formulation originelle, le principe se veut un mécanisme de convergence et d'agencement des normes qui prend en considération, en premier lieu, les particularités locales et régionales et permet, de ce fait, de conserver l'équilibre entre l'unité et la diversité, la solidarité et l'autonomie des communautés.

Législation canadienne

Accord sur le commerce intérieur au Canada (1995).

Act for making more effectual Provision of the Government in the Province of Quebec in North America, (1774), 14 Geo. III, R.-U., c. 83; L.R.C. (1985), app. II.

An Act to repeal certain Parts of an Act, passed in the Fourteenth Year of His Majesty's Reign, untitled, An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America, (1791), 31 Geo. III, R.-U., c.31; L.R.C. (1985), app. II.

An Act to re- unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, 3 & 4 Vict., R.-U., c.35; L.R.C. (1985), app. II.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c.3; L.R.C. (1985), app. II.

annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c.11; L.R.C. (1985), app. II.

Législation européenne et internationale

Acte Unique européen 1986.

Charte européenne de l'autonomie locale.

Conseil européen d'Édimbourg, 11-12 décembre «Approche globale de l'application par le Conseil du principe de subsidiarité et de l'article 3B du TUE», bull. Agence Europe, no 5878/BIS, éd. Spéciale du 13/14 décembre 1992.

Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité: bulletin CE 10-1992, p.17 et bull. CE 10-1993.

Déclaration finale du 30 novembre 1990 pour la conférence des Parlements de la CE rassemblant des représentants du Parlement européen et des Parlements nationaux: Rome, 27-30, novembre 1990, Bull. CE 11/90.

Directive 70/50 du 22 décembre 1969 ayant pour objet l'élimination des mesures d'effet équivalent appliquées à l'importation à la date d'entrée en vigueur du traité CEE, JOCE L13 du 19 janvier 1970.

Projet de traité instituant l'UE (1984) du Parlement européen.

Projet de *charte mondiale de l'autonomie locale* de l'O.N.U.

Règlement 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le *Code des douanes communautaire*, JOCE L302 du 19 octobre 1992.

Résolution du Parlement européen du 12 novembre 1990: JOCE no 324 du 24 décembre 1990 en vue de la conférence intergouvernementale.

Résolution de 1984, JOCE n.C77 du 19 mars 1983.

Traité modifiant le Traité instituant l'Union européenne (Nice) 2000.

Traité modifiant le Traité instituant l'Union européenne (Amsterdam) 1997.

Traité instituant l'Union européenne (Maastricht) 1992.

Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (Rome) 1957.

Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome) 1957.

Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie (Rome) 1957.

Jurisprudence canadienne

- A.G. Alberta c. A.G. for Canada*, [1943] A.C. 356.
A.G. Alta. v. A.G. Can., [1939] A.C. 117.
A-G British Columbia v. McDonald Murphy Lumber Co., [1930] A.C. 357.
A.G. B.C. v. A.G. Can., [1914] A.C.153.
AG Can v. AG Alberta, (1916) 1 A.C. 588.
A.G. Can. V. A.G. Ont., [1898] A.C.700.
A.G. Can. v. A.-G. Ont. (arrêt sur les conventions de travail), [1937] A.C. 326.
A.G. Can. v. C.P.R., [1958] S.C.R. 285.
A.G. Ont. c. A.G. Can, [1912] A.C.571.
A.G. Ontario c. A.G. Canada, [1894] A.C.189.
A.G. for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd., [1963] R.C.S.570.
A.G. Ont. v. Hamilton Street Ry, [1903] A.C.524.
A.G. Ont. v. Reciprocal Insurers, [1924] A.C.328.
Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [1989] 1 R.C.S. 401.
Anger v. the Queen Insurance Co., (1878) 3 A.C. 1090.
Assam Rys and Trading Co. c. Commissioners of Inland Revenue, [1935] A.C.445.
Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S.121.
Bell Canada c. CSST, [1988] 1 R.C.S. 749.
Board of Commerce Case, [1922] 1 A.C. 191.
Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King, [1016] 1 A.C.566.
British Coal Corporation c. The King, [1935] A.C.500.
Brophy c. A.G. of Manitoba, [1895] A.C. 202.
Caloil Inc. c. P.G. du Canada, [1971] R.C.S. 543.
Canada (P.G.) c. R.J.R. Macdonald Inc., [1993] R.J.Q. 375 (C.A.).
Carnation Co. Ltée. c. L'Office des marchés agricoles du Québec, [1968] R.C.S.238.
C.B.C. v. Cordeau, [1979] 2 S.C.R. 618.
Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan, [1979] 1 R.C.S. 713.
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Company of Canada, [1966] R.C.S.767.
Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Bell Canada, [1988] 1 R.C.S.749.
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Clark, [1988] 2 R.C.S. 680.
Co-operative Committee on Japanese Canadians c. P.G. Canada, [1947] A.C. 87.
Crickard et al. v. Attorney General for British Columbia, (1958) 14 D.L.R. (2e) 58 (B.C. Supreme Court).
Cushing c. Dupuy, [1880] 5 A.C.409.
Devine c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 790.
Edwards c. P.G. Canada, [1931] A.C.124.
Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd. c. Manitoba Free Press Co. Ltd., [1923] 695.
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports), [1992] 1 R.C.S. 3.

- General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.
Gosselin c. The King, [1903] 33 R.C.S. 255.
Grand Trunk Railway Company of Canada c. A.G. of Canada, [1907] A.C. 65.
Hewson c. Ontario Power Company of Niagara Fall, [1905] 36 R.C.S. 573.
Hodge c. La Reine, (1883-84) 9 A.C. 117.
Home Oil Distributors Ltd. c. A.-G. B.C., [1940] R.C.S.44.
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu National, [1995] 3 R.C.S.453.
Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.), [1989] 1 R.C.S. 927.
Johannesson c. Municipality West St-Paul and A.G. for Manitoba, [1952] 1 R.C.S. 292.
John Deere Plow Co Ltd. c. Wharton, [1915] A.C.330.
Jones c. P.G. du Nouveau- Brunswick, [1975] 2 R.C.S.182.
Ladore c. Bennett, [1939] A.C.468.
Lambe c Manuel, [1903] A.C.68.
La Reine c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940.
La Reine c. Crown Zellerbach Canada Ltd, [1988] 1 R.C.S. 401.
Lawson c. Interior Tree Fruit, [1931] R.C.S. 357.
Les brasseries Labatt du Canada ltée. c. P.G. Canada, [1980] 1 R.C.S.914.
Les liquidateurs de la Banque Maritime c. Le receveur général du Nouveau-Brunswick, [1982] A.C. 437.
Lieberman v. The Queen, [1963] S.C.R.643.
Lower Mainland Dairy Products Board v. Turner Dairy et al.[1941] R.C.S. 573.
Lymburn c. Mayland; Re Chromex Nickel Mines Ltd, [1971] 16 D.L.R. (3) 273 (C.A. Colombie Britannique).
Montcalm construction Inc. c. Commisison du salaire minimum, [1979] 1 R.C.S.754.
Morgentaler c. The Queen, [1976] 1 R.C.S.616.
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161.
Munro c. National Capital Commission, [1966] R.C.S.663.
Murphy c. Le Canadien Pacifique, [1985] R.C.S. 626.
Nova Scotia Board of Censors c. Mcneil, [1978] 2 R.C.S. 662.
P.A.T.A. c. A.G. Canada, [1931] A.C.310.
P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc., [1952] 2 R.C.S. 392.
P.G. du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association, [1971] R.C.S. 689.
P.G. Nouvelle- Écosse c. P.G. Canada (Renvoi relatif au projet de loi intitulé An Act Respecting the Delegation of Jurisdiction from the Parliament to the Legislature of Nova Scotia and vice versa), [1951] R.C.S. 31.
P G. Ontario c. P.G. Canada (arrêt sur la prohibition locale), [1896] A.C.348.
P.G.Ontario c. Winner, [1954] A.C.541.
P.G. Québec c. Dominion Sotres Ltd., [1976] C.A. 310.
P.G. Québec c. Kellogg's Co. et al., [1978] 2 R.C.S. 211.
P.G. Québec c. Irwin Toy ltd., [1989] 1 R.C.S. 927.
Regional Municipality of Peel c. Mackenzie, [1982] 2 R.C.S. 9.
R. c. Big M Drug Mart, [1985] 1 R.C.S.295.
R. c. Edwards Book, [1986] 2 R.C.S.713.
R. c. Laba, [1994] 3. R.C.S.965.
R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463.

- R. c. Thomas Fuller Construction*, [1980] 1 R.C.S. 695.
Re Alberta Statutes, [1938] S.C.R.100.
Re as to the Applicability of the Minimum wages Act of Saskatchewan to an Employee of a revenue Post Office, [1948] R.C.S. 248.
Re Authority of Parliament in Relation to the Upper House, [1980] 1 R.C.S.54.
Re insurance, [1932] A.C.41 A.C.110.
Re Regulation and Control of Radio Communication in Canada, [1932] A.C.304.
Re Offshore Mineral Rights B.C., [1967] R.C.S. 792.
Re Nfld. Continental Shelf, [1984] R.C.S. 86.
Re Resolution to Amend the Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.
Re upper Churchill Water Reversion Act, [1984] 1 R.C.S.297.
Reference Validity and Applicability of the Industrial Relations and disputes Investigation Act, [1955] R.C.S.529.
Reference as to the Validity of the Wartime Leasehold Regulations, [1950] R.C.S. 124.
Regina c. Klassen, [1959] 20 D.L.R. (2) p. 406 (CA Manitoba).
Renvoi: Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S.373.
Renvoi : Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S.714.
Renvoi relatif à l'organisation du marché des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S.1198.
Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.
Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté, [1982]1005.
Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario), [1957] R.C.S.198.
Renvoi relatif à la T.P.S., [1992] 2 R.C.S.445.
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S.753.
Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S.721.
Renvoi sur les droits miniers sous marins, [1967] R.C.S.792.
Rio Hotel c. New Brunswick (Commission des licences d'alcool), [1987] 2 R.C.S.59.
Royal Bank c. The King, [1913] A.C.283.
Russel c. La Reine, (1882) 7 App. Cas. 829.
Saumur c. The City of Québec, [1953] 2 R.C.S.299.
Schneider c. La Reine, [1982] 2 R.C.S.112.
Scowby c. Glendenning, [1986] 2 R.C.S.226.
Severn c. R., [1879] 2 R.C.S. 70.
Starr c. Houlden, [1990] 1 R.C.S. 1366.
Switzman c. Elbling, [1957] R.C.S. 285.
Texada Mines Ltd. c. P.G. C.B., [1960] R.C.S. 713.
Tomell Investment Ltd. c. East Marstock Lands Ltd., [1978] 1 R.C.S.974.
Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C.396.
Union des facteurs du Canada c. M. and B. Enterprises Ltd., [1975] 1 R.C.S. 179.
Unemployment Insurance Reference [1937] A.C.355.

Jurisprudence européenne

- Arrêt du 7 juillet 1999, *Wirtschaftsvereinigung Stahl / Commission* T-106/96, rec. p. II-2155.
- Arrêt du 23 novembre 1999, *Portugal / Conseil* C-149/96.
- Arrêt du 6 juillet 1999, *Séché / Commission* T-112/96 et T-115/96, rec. FP p. II-623.
- Arrêt du 29 avril 1999, *Ciola* C-224/97, rec. p. I-2517.
- Arrêt du 4 mars 1998, *De Abreu / Cour de justice* T-146/96, rec. FP p. II-281.
- Arrêt du 2 avril 1998, *Apostolidis / Cour de justice* T-86/97, rec. FP p. II-521.
- Arrêt du 22 octobre 1998, *Ministero delle Finanze / IN.CO.GE.'90 e.a.* C-10/97 à C-22/97, rec. p. I-6307.
- Arrêt du 21 juillet 1998, *Mellett / Cour de justice* T-66/96 et T-221/97, rec. FP p. II-1305.
- Arrêt du 19 novembre 1998, *Royaume-Uni / Conseil* C-150/94, rec. p. I-7235.
- Arrêt du 30 septembre 1998, *Chvatal e.a. / Cour de justice* T-154/96, rec. FP p. II-1579.
- Arrêt du 30 septembre 1998, *Losch / Cour de justice* T-13/97, rec. FP p. II-1633.
- Arrêt du 30 septembre 1998, *Busacca e.a. / Cour des comptes* T-164/97, rec. FP p. II-1699.
- Arrêt du 13 mars 1997, *Morellato / USL n 11 di Pordenone* C-358/95, rec. p. I-1431.
- Arrêt du 16 avril 1997, *Kuchlenz-Winter / Commission* T-66/95, rec. p. II-637, rec. FP p. II-235.
- Arrêt du 17 juillet 1997, *Krüger / Hauptzollamt Hamburg-Jonas* C-334/95, rec. p. I-4517.
- Arrêt du 19 mars 1996, *Commission / Conseil* C-25/94, rec. p. I-1469.
- Arrêt du 26 novembre 1996, *T. Port / Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung* C-68/95, rec. p. I-6065.
- Arrêt du 12 décembre 1996, *Altmann e.a. / Commission* T-177/94 et T-377/94, rec. p. II-2041, rec. FP p. II-1471.
- Arrêt du 6 avril 1995, *Ferrière nord / Commission*, aff. T-143/89, rec. II-917.
- Arrêt du 6 avril 1995, *Martinelli / Commission* T-150/89, rec. p. II-1165.
- Arrêt du 29 juin 1995, *Espagne / Commission* C-135/93, rec. p. I-1651.
- Arrêt du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a. (I) / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* C-465/93, rec. p. I-3761.
- Arrêt du 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a. / Energiebedrijf IJsselmij* C-393/92, rec. p. I-1477.
- Arrêt du 12 avril 1994, aff.1/93 *Halliburton*, rec. p. I-1137.
- Arrêt du 27 janvier 1994, *Herbrink / Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* C-98/91, rec. p. I-223.
- Arrêt du 9 août 1994, *René Lancry SA*, aff. 363/93 et 407 à 411/93, rec. p. 3957.
- Arrêt du 17 mai 1994, *France/commission*, aff. 41/93, rec. p. 1829.
- Arrêt du 15 mars 1994, *La Pietra / Commission* T-100/92, rec. FP p. II-275.
- Arrêt du 20 octobre 1993, aff. 92/92 et 326/92, *Phil Collins*, rec. p. I-5145.
- Arrêt du 24 juin 1993, *Tretter/ Hauptzollamt Stuttgart-Ost*, aff. C-90/92, rec. p. I-3569.
- Arrêt du 22 juin 1993, *Allemagne / Commission* C-54/91, rec. p. I-3399.
- Arrêt du 1er juillet 1993, *Hubbard / Hamburger* C-20/92, rec. p. I-3777.
- Arrêt du 4 juin 1992, *Procédure pénale contre Debus* C-13/91 et C-113/91, rec. p. I-3617.

- Arrêt du 9 juin 1992, *Simba e.a. / Ministero delle finanze* C-228/90 à C-234/90, C-339/90 et C-353/90, rec. p. I-3713.
- Arrêt du 10 novembre 1992, *Exportur / LOR et Confiserie du Tech* C-3/91, rec. p. I-5529.
- Arrêt du 18 décembre 1992, *Diaz Garcia / Parlement*, T-43/90, rec. p. II-2619.
- Arrêt du 18 décembre 1992, *Khouri / Commission*, T-85/91, rec. p. II-2637.
- Arrêt du 9 juin 1992, aff. 47/90, *Delhaize et le lion*, rec. p. I-3669.
- Arrêt du 6 décembre 1992, aff. 17/91, *Lornoy*, RJF 3/93 no 473, rec. p. I-6523.
- Arrêt du 21 novembre 1991, aff. 354/90, *Federation nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, rec. p. I-5505.
- Arrêt du 21 mars 1991, *Rauh / Hauptzollamt Nürnberg-Fürth* C-314/89, rec. p. I-1647
- Arrêt du 10 juillet 1991, *Neu e.a. / Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture* C-90/90 et C-91/90, rec. p. I-3617.
- Arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest / Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt Paderborn* C-143/88 et C-92/89, rec. p. I-415.
- Arrêt du 21 février 1991, *Allemagne / Commission* C-28/89, rec. p. I-581.
- Arrêt du 11 juin 1991, *Commission / France* C-307/89, rec. p. I-2903.
- Arrêt du 11 juillet 1991, *Verholen e.a. / Sociale Verzekeringsbank Amsterdam* C-87/90, C-88/90 et C-89/90, rec. p. I-3757.
- Arrêt du 21 février 1990, *Wuidart e.a. / Laiterie coopérative eupenoise e.a.* (C-267/88, C-268/88, C-269/88, C-270/88, C-271/88, C-272/88, C-273/88, C-274/88, C-275/88, C-276/88, C-277/88, C-278/88, C-279/88, C-280/88, C-281/88, C-282/88, C-283/88, C-284/88 et C-285/88, Rec. p. I-435).
- Arrêt du 19 juin 1990, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* C-213/89, rec. p. I-2433.
- Arrêt du 26 septembre 1990, *Beltrante e.a. / Conseil* T-48/89, rec. p. II-493.
- Arrêt du 26 septembre 1990, *Piemonte / Conseil* T-52/89, rec. p. II-513.
- Arrêt du 13 novembre 1990, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e.a.* C-331/88, rec. p. I-4023.
- Arrêt du 13 décembre 1989, aff. Jtes. 181, 182 et 218/88, *Deschamps E.A./ Ofival*, rec. p. 4381.
- Arrêt du 11 juillet 1989, *Ford España / État espagnol* 170/88, rec. p. 2305.
- Arrêt du 13 décembre 1989, aff. C-49/89, *Corsica Ferries France / Direction générale des douanes*, rec. p. 4441.
- Arrêt du 23 février 1988, *Commission / Italie* ,429/85, rec. p. 843.
- Arrêt du 22 septembre 1988, *Land de Sarre/ Ministre de l'industrie*, aff. 187/87, rec. p. 5013.
- Arrêt du 4 février 1988, *Murphy / An Bord Telecom Eireann* ,157/86, rec. p. 673.
- Arrêt du 24 mars 1988, *Commission / Italie* ,104/86, rec. p. 1799.
- Arrêt du 26 avril 1988, *Commission / Allemagne* ,74/86, rec. p. 2139.
- Arrêt du 17 mai 1988, aff. 84/87, *Erpelding/ Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture*, rec. p.2647.
- Arrêt du 29 juin 1988, aff. 300/86, *Association générale des producteurs de blé et autres céréales / ONIC*, rec. p. 1653.
- Arrêt du 18 février 1987, *Ministère public / Mathot* ,98/86, rec. p. 809.

- Arrêt du 25 février 1987, *Procureur général / Rousseau*, 168/86, rec. p. 995.
- Arrêt du 9 avril 1987, *Ministère public / Verbrugge*, 160/86, rec. p. 1783.
- Arrêt du 12 mars 1987, *BALM / Raiffeisen Hauptgenossenschaft*, 215/85, rec. p. 1279.
- Arrêt du 17 juin 1987, *Frico / Voedselvoorzienings In- en Verkoopbureau*, 424/85 et 425/85, rec. p. 2755.
- Arrêt 14 janvier 1987, *Allemagne / Commission*, aff. 278/ 87, rec. p.5013.
- Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / France*, 220/83, rec. p. 3663.
- Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Danemark*, 252/83, rec. p. 3713.
- Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Allemagne*, 205/84, rec. p. 3755.
- Arrêt du 24 juin 1986, *Malt / Hauptzollamt Düsseldorf*, 236/84, rec. p. 1923.
- Arrêt du 23 octobre 1986, aff. 355/85, *Driancourt / Cagnet*, rec. p. 3231.
- Arrêt du 13 novembre 1986, aff. Jtes. 80 et 159/85, *Nederlandse Bakkerij Stichting/ Edah*, rec. p. 3359.
- Arrêt du 22 février 1986, aff. 266/84, *Denkavit France /FORMA*, rec. p.149.
- Arrêt du 4 décembre 1986, *Commission / Irlande*, 206/84, rec. p. 3817.
- Arrêt du 1^{er} octobre 1985, aff. 123/83, *OBEA/ Corman*, rec. P. 3039.
- Arrêt du 13 février 1985, aff. 293/83, *Gravier*, rec. p. 539.
- Arrêt du 25 mars 1985, *Commission / Royaume Uni*, aff. 100/84, rec. p. 1169.
- Arrêt du 30 janvier 1985, *Commission / Danemark*, aff.143/83, rec. p. 427.
- Arrêt du 10 avril 1984, aff. 14/83 *Von Colson et Kamann/ Land Nordrhein- Westfalen*, rec. p. 1891.
- Arrêt du 12 avril 1984, aff. 281/82, *Unifrex/ Commission et Conseil*, rec. p.1969.
- Arrêt du 6 décembre 1984, aff. 59/83, *Biovilac /CEE*, rec. p.4057.
- Arrêt du 13 décembre 1984, aff. 106/83, *Sermide / Cassa conguaglio zucchero*, rec. p. 4209.
- Arrêt du 23 février 1983, *Fromançais/FORMA*, rec. p. 395.
- Arrêt du 21 septembre 1983, aff. Jtes. 205 à 215/82, *Deutsche Milchknontor/ Allemagne*, rec. p. 2633.
- Arrêt de 6 octobre 1982, *Cilfit/ ministre de la santé*, aff. 283/81, rec. p. 3415.
- Arrêt du 15 juillet 1982, aff. 245/81, *Edeka/ Allemagne*, rec. p. 2745.
- Arrêt du 14 décembre 1982: aff. Jtes. 314, 316/81 et 83/82, *Walerkeyn*, rec. p. 4337.
- Arrêt du 5 mai 1982, aff. 15/81, *Schul*. Rec. p. 1409.
- Arrêt du 17 décembre 1981, aff. 279/80, *Webb*, rec. p. 3305.
- Arrêt du 11 mars 1981: aff.69/80, *Woringham*, rec. p. 767.
- Arrêt du 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Bolissac St-Frères*, rec. p. 3427.
- Arrêt du 10 juillet 1980, aff. 37/79, *Marty*, rec. p. 2481.
- Arrêt du 18 mars 1980, aff. 91/79, *Commission/Italie*, rec. p. 1099.
- Arrêt du 20 février 1979, *Rewe – Zentral*, aff. 120/78, rec. p.649.
- Arrêt 25 septembre 1979, *Commission / France*, aff.233/78, rec. p. 2729.
- Arrêt du 13 mars 1979, aff. 91/78 *Hansen*, rec. p. 935.
- Arrêt du 25 octobre 1979, aff. 159 /78, *Commission / Italie*, rec. p. 3247.
- Arrêt du 8 novembre 1979; aff.251/78, *Denkavit*, rec. p. 3369.
- Arrêt du 29 novembre 1978, aff. 83/78, *Redmond*, rec. p. 2347.
- Arrêt du 28 juin 1978, aff. 1/78, *Kenny*, rec. p.1489.

- Arrêts du 25 octobre 1978, aff. 125/77, *Koninklijke Scholten- Honig/ Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, rec. p.1991.
- Arrêt du 19 octobre 1977, aff. Jtes. 117/76 et 16/77, *Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg – St. Annen*, rec. p. 1753.
- Affaires jtes. 124/76 et 20/77, *Moulins Pont à Mousson/ office interprofessionnel des céréales*, rec. p. 1795.
- Aff. Jtes. 103 et 145/77, *Royal Scholten-Honig/ Intervention Board for Agricultural Produce*, rec. p. 2037.
- Arrêt du 22 mars 1977, aff. 74/76, *Lannelli et Volpi*, rec. p. 557.
- Arrêt du 22 mars 1977, aff 78/76 *Steinike et Weingl*; rec. p. 595.
- Arrêt du 28 juin 1977, aff. 11/77, *Patrick/ Ministre des affaires cultuelles*. Rec. p. 1999.
- Arrêt 8 avril 1976 *Defrenne / Sabena*, aff.43/75, rec. p. 455.
- Arrêt du 14 juillet 1976, aff.13/76, *Dona*, rec. p.1333.
- Arrêt du 14 juillet 1976, *Kramer et a./ Ministère public*, aff. Jtes. 3/76 et 6/76, rec. p.1279.
- Arrêt 30 octobre 1975, *Rey Soda / Cassa conguaglio Zucchero*, aff. 23 /45, rec. p. 1279.
- Arrêt du 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, rec. p.837.
- Arrêt du 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, rec. p.631.
- Arrêt du 4 avril 1974, aff.167/73 *Commission/France*, rec. p. 359.
- Arrêt du 3 dec.1974, aff. 33/74, *Van Binsbergen*, rec. p. 1299.
- Arrêt du 4 dec.1974, aff. 41/74, *Van Duyn*, rec. p. 1337.
- Arrêt du 19 juin 1973 aff. 77/72: *Capolongo*, rec. p. 611.
- Arrêt du 11 dec.1973, aff. 120/73, *Lorenz* , rec. p. 1471.
- Arrêt du 14 décembre 1971, *Commission / France*, aff. 7/71, rec. p.1003.
- Arrêt du 10 mars 1971, *Tradax*, aff. 38/70, rec. p. 145.
- Arrêt du 1^{er} juillet 1969, aff. 24/68, *Commission/ Italie*, rec. p. 193.
- Arrêt 13 février 1969, aff.14/68 *Walt Wilhem*, rec. p. 1.
- Arrêt du 10 décembre 1968, aff. 7/68, *Commission/ Italie*, rec. p. 617.
- Arrêt du 16juin 1966: aff. 57/65, *Luticke*, rec. p. 293.
- Arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa ENEL* rec. p.1160.
- Arrêt 5 février 1963, aff. 26/62 *Vand Gend en Loos*, CJCE rec. p. 1.
- Arrêt du 6 avril 1962, aff.13/61, *Société Keldingverkoopbedrijf*, rec. p. 89.
- Avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Arrangement OCDE*, rec. p.1355.
- Avis 1/76 du 26 avril 1977, *Fonds européens d’immobilisation de la navigation sur le Rhin*, rec. 750; Délibération 1/78 du 14 novembre 1978, *Convention AIEA* rec. p. 2151.
- Avis 1/78 du 4 octobre 1979, *accord international sur le caoutchouc naturel*, rec. p. 2871.
- Avis C-2/91 du 19 mars 1993, *convention no 170 OIT*, rec.I-1061.
- Avis C-1/94 du 15 novembre 1994, *compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, accord instituant l’OMC*, rec.I-5267.
- Avis C-2/92 du 24 mars 1995, *troisième décision révisée du conseil de l’OCDE relative au traitement national*, rec. I-521.

Avis C-2/94 du 28 mars 1996, *adhésion de la Communauté européenne à la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.*

Jurisprudence internationale

Cour internationale de justice, *affaire du vapeur Wimbledon*, C.P.I.J. série A, no.1, p. 25.

Ouvrages

- J.M. ARBOUR, *Droit international public*, 3^e éd., Yvon Blais inc.
- G.A. BEAUDOIN, *Le fédéralisme au Canada*, Collection Bleue, éd. Wilson et Lafleur, 2000.
- G.A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada*, Wilson et Lafleur ltée., Montréal, 1990.
- Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* : G.A.BEAUDOIN, J.E.MAGNET, B.PELLETIER, G.ROBERTSON, J.TRENT, éd. Wilson et Lafleur, Montréal, 1998.
- J.BODIN, *Les Six Livres de la République*, I, 8, coll. Livre de poche, 1993.
- SIR L.BRITTAN, *Les relations entre l'UE et le Canada dans un contexte transatlantique*, coll. *Études européennes*, ens. Comp., Montréal, 1996.
- H.BRUN et G. TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, 3^e éd., Cowansville, éd. Yvon Blais Inc., 1997.
- Comparative Federalism and Federation, Competing Traditions and Future Directions*, sous la dir. De M.BURGESS et A-G. GAGNON, University of Toronto Press, 1993.
- J.M.S. CARELESS, *Canada: A Story of Challenge* (revised ed.), Toronto, MacMillan, 1970.
- D.CARREAU, E GAILLARD, W.L.LEE, *Le marché unique européen*, éd. Pedone, Paris, 1989.
- L.CARTOU, *Communautés européennes*, 10 éd. Dalloz, Paris, 1991.
- F.CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel, Notes et jurisprudences*, Presse de l'Université de Montréal, 1982.
- COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNE, *le renouvellement du Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1992, 203 p.
- Le Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, Ottawa, 1940, 773 p.
- R. COOK, *Provincial Autonomy, Minority Rights and the Compact Theory, 1867-1921*, Études de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, imprimeur de la Reine, 1969.
- V. CONSTANTINESCO, R.KOVAR, D.SIMON, *Traité sur l'UE commentaire article par article*, éd. Économica, Paris.
- V. CONSTANTINESCO, R.KOVAR, D. SIMON, JP JACQUÉ *le traité instituant la CEE commentaire article par article*. éd. Économica, Paris.

- V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les CE : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, bibliothèque de droit international, v. 74, thèse pour le Doctorat en droit : 22 décembre 1970, Paris 1974, 492 p.
- P.P. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2e éd., Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, éd. Yvon Blais inc., 1990.
- D.CREIGHTON, *The Road to Confederation*, Toronto, MacMillan, 1964.
- M. CROISAT, *Le fédéralisme canadien et la question du Québec*, Paris, éd. Anthropos, 1979.
- T. DAUP, *L'idée de Constitution*, thèse de doctorat en droit public, 1992.
- T.DEBARD, *Égalité Hommes-Femmes : droit et jurisprudence dans l'UE*, coll. Études européennes, ens. Comp., Montréal, 1998.
- C. DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome 1.
- J. FACAL, *Le déclin du fédéralisme canadien*, VLB éditeur, 2001, 70 p.
- Le rapport de Durham*, présenté, traduit et annoté par M.-P. HAMEL, 1948.
- L.FAFOREU, *Droit constitutionnel comparé*, «Que sais-je?» 1986, Paris.
- C.A.GASOLIBA I BOHM, *Les régions et la construction européenne*, coll. Études européennes, ens. Comp., Montréal, 1995.
- A.HEARD, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991.
- G. HÉRAUD, *Les principes du fédéralisme et la fédération européenne contribution à la théorie juridique du fédéralisme*, Presses d'Europe, Paris, 1968.
- A.HERBERT, *La construction européenne*, essentiels de Milan, 1996.
- P.W.HOGG, *Constitutional Law of Canada*, éd. Étudiant, 1998, Toronto, Carswell.
- H.Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, réédition, 1962.
- P.KING, *Federalism and Federation*, Croom Helm, London, 1982.
- Z.LAÏDI, *Un monde privé de sens*, éd. Hachette, coll. Pluriel, 2001, 333p.
- B.LEVY, *L'intégration européenne à l'ère des blocs régionaux et de la globalisation de l'économie*, ens. Comp., Coll. Études européennes, Montréal, 1995.
- J.C. MASCRET, *L'Union politique de l'Europe*, coll. «Que sais-je?» presses universitaires de France, Paris, 1993.
- C. MILLION- DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, Coll. «Que sais-je ?» , presses universitaires de France, 1993.
- J.MOLINIER, *Droit du contentieux européen*, LGDJ Paris, 1996.
- M.A.MOREAU, *Bilan de la politique sociale européenne*, coll. Études européennes, ens. Comp., Montréal, 1996.
- J.Y.MORIN et J.WOEHLING, *Les Constitutions au Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, éd. Thémis, 1992, vol.1 et 2.
- E.NOEL, *Perspective de développement dans l'UE : vers un nouvel ordre institutionnel*, coll. Études europ. Ens. Comp., Montréal, 1995.
- Edmond ORBAN, dans *Le fédéralisme? Super état fédéral? Association d'états souverains?*, éd. Hurtubise, Lasalle, 1992.
- Rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Approvisionnements et Services, Ottawa, 1985.
- G. REMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, T.1, «La Loi constitutionnelle de 1867» , Montréal, Québec / Amérique, 1983, pp.65-74.

- J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, 2 éd., L.G.D.J., 1996.
- J.S.ROY, *L'UE et le Canada à l'heure des défis*, ens. Comp., coll étude européenne, Montréal, 1996.
- Céline STEHLY, «L'union européenne infranationale, petite fille deviendra grande?», *Études européennes*, coll.« Travaux et rapports de recherche», 1996.
- L'Europe du traité de Maastricht dans un monde en mutation*, dir. P.SOLDATOS, colloque européen, coll. Études européennes, Montréal, 1995.
- P.SASSIER, *L'euro*, Dominos, Flammarion, 1997, France.
- B.E.STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts, The function and scope of judicial review*, 3ed. Butterworths, Toronto et Vancouver, 1988.
- K.E.SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism : the Laskin-Dickson Years*, Carswell, Toronto, 1990.
- Le traité de Maastricht, des communautés à l'union européenne*, sous la dir. De F.Rigaldies, Thémis, 1994.
- L'État nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, sous la dir. de P.SOLDATOS et J.C. MASCLET, Montréal, 1997.
- L'UE de l'an 2000 : défis et perspectives* : dir. C.PHILIP et P.SOLDATOS, Montréal 1997.
- A. VALHAS, *Identité européenne et identités nationales dans l'UE*, travaux et rapports de recherches, coll. Études européennes, Montréal, 1995.
- K.C. Wheare, *Federal Government*, 4e éd., New York, Oxford University Press, 1963.

Articles de périodiques

- A.ABEL,« The Anti-inflation Judgment : Right Answer to the Wrong Question?», (1976) 26 *U of T. L.J.* 409.
- A.A.ABEL, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969) 19 *U of T. L.J.*487.
- J.F. AKANDJI-KOMBÉ, «Jurisprudence communautaire récente en matière de droits fondamentaux» 3-4 *Cahiers de droit européen* 353.
- D. ALFANGE jr, «The Relevance of Legislative Facts in Constitutionnal Law», (1966) *University of Pennsylvania Law Review* 637.
- M.ALLAIS, «L'Union européenne, la mondialisation et le chômage» *Revue des sciences morales et politiques* 63.
- C.BAIL, «The Principle of Subsidiarity: a Road Map to European Union or a Threat to the Internal Market»,(1993) 3 *N.J.C.L.*377.
- A.BARAV, «Le principe de subsidiarité et sa mise en oeuvre» dans *L'UE de l'An 2000 : défis et perspectives*, sous la dir. De C.PHILIP et P.SOLDATOS, 1997, Chaire Jean Monnet, U. de M., 113-132.
- G.A. BEAUDOIN, «La Communauté européenne et le Canada : mouvements perpétuels du fédéralisme» (1993) 3 *N.J.C.L.* 325.
- G.A. BEAUDOIN, «Jean Beetz et le partage des compétences législatives» , (1994) 28 *R.J.T.* 305.

- O. Beaud, «Fédéralisme et souveraineté note pour une théorie constitutionnelle de la fédération» (1998)1 *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*.
- J.BEDNAR, J.FERJOHN, G.GARRETT, «The Politics of European Federalism» dans *Constitutional Law and Economics of the European Union* par. D.Schmidt Chen et R.Cooter, ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK, Lyme US 1997.
- J.BEETZ, «Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.A Crépeau et C.B. MacPherson (dir) *the Future of Canadian Federation – l'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, éd. P.U.M. 1965, p. 113.
- K.BENYEHKLEF, «Démocratie et liberté, quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1993) 38 *McGill L.J.* 91.
- G.A.BERMANN, «Subsidiarity and the European Community» (1993) 3 *N.J.C.L.* 357.
- R.BIEBER et I SALOMÉ, «Hierarchy of Norms in European Law» (1996) 33 *Common Market Law Review* 907.
- C. BLUMANN, «aspects institutionnels» (1997)33(4) *Revue trimestrielle de droit européen* 721.
- J.F. BONIN, T.ZUIDJWIJK et F.JORDAN, «An Introduction to the Issues» (1993) 3 *NJCL* 301.
- H.BRIBOSIA, «Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire : réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge» (1996) 1 *Revue Belge de droit international* 33.
- J.BROSSART, «L'accession à la souveraineté et le cas du Québec», les presses de l'Université de Montréal.
- P.BRUN, «La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement», (1993) 24 *R.G.D.* 191.
- P.B. CARTER, «Do Courts Decide According to Evidence?» (1988) 22(2) *UBC Law Rev.* 351.
- F.CHEVRETTE, «Le téléphone et la Constitution : l'affaire Alberta Government Telephones» (1990) 24 *R.J.T.* 184.
- F.CHEVRETTE, «Inquiétudes et perspectives de la pensée constitutionnelle américaine : le rôle de la Cour suprême et l'équilibre constitutionnel global des pouvoirs aux EU», (1977) 12 *R.J.T.* 341.
- V.CONSTANTINESCO, «Le Principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'UE?» dans *l'Europe et le droit : mélanges en hommages à Jean Boulois*, Dalloz, 35-45.
- V.CONSTANTINESCO, «La structure du traité instituant l'Union européenne : les dispositions communes et finales; les nouvelles compétences» (1993-94) 29 *Cahiers de droit européen* 251.
- D.CURTIN. «The Constitutional Structure of the Union, a europe of bits and pieces» (1993) 30 *Common Market Law Rev.*17.
- K.C.DAVIS, «Fact in Lawmaking», (1980) 80 *Columbia L.Rev.* 931.
- K.C. DAVIS, «Judicial Notice», (1955) 55(7) *Columbia L.Rev.* 945.
- F.DEHOUSSE, « Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe» (1998) 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

- M.DELMAS-MARTY, «Union européenne et droit pénal» (1997) 5-6 *Cahiers de droit européen* 607.
- M.DESCHÈNES, «Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada», (1993) 33(4) *Les Cahiers de Droit* 1181.
- G.DRAGO, «Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel» (1994) 2 *RIDC* 583.
- R. DWORKIN, «Social Sciences and Constitutional Rights- The Consequences of Uncertainty», 9(1977) 6(1) *J.of L. and Education* 3.
- U.EVERLING, «Constitutional Problems of the European Union- a lawyer view» dans *Constitutional law and economics of the EU*, p. 286.
- D. L.FAIGMAN, «Normative Constitutional Findings : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation», (1991) 139 (3) *University of Pennsylvania L.Rev.* 541.
- L.FAFOREU, «Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle» (1988) IV *Annuaire international de justice constitutionnelle*.
- J.M.FAVRET, «Le traité d'Amsterdam : une révision a minima de la «charte constitutionnelle» de l'UE : de l'intégration à l'incantation» (1997) 3-4 *Cahiers de droit européen* 555.
- J. FRÉMONT, «La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien » dans *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles* sous la direction de Gérald A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT, éd. Wilson et Lafleur, 1998, p. 45.
- F.GELINA, «La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation», (1994) 28 *R.J.T.* 507.
- W.VAN GERVEN« Mutual Permutation of Public and Private Law at the National and Supranational Level» (1998) 5 *MJ* 7.
- D.GRIM, « Does Europe Need a Constitution?» dans *The Question of Europe*, ed. By P.GOWAN, et P.ANDERSON, verso, London, 1997, p. 239.
- W.B.GWYN, «The Separation of Powers an Modern Form of Democratic Government» dans R.A. GOLDWIN et A.KAUFMAN (dir.) *Separation of Powers- Does-it Still Work?* Washington D.C. American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1986, pp.65-89.
- P.W.HOGG, «Legislative History in Constitutional Cases», (1976) 26 *University of Toronto L.J.* 386.
- P.W.HOGG, «Proof of Facts in Constitutional Cases», (1976) *U of T. L.J.* 386.
- P.W.HOGG, «Subsidiarity and the Division of Powers in Canada» (1993) 3 *NJCL* 342.
- R.HOWSE' «Subsidiarity in all but name : Evolving concepts of Federalism in Canadian Constitutional Law» 1994, *Droit contemporain, rapports canadiens au congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, éd. Y. Blais Inc. 701.
- R.KOVAR, D.SIMON, «La citoyenneté européenne» (1993-94) 29 *Cahiers de droit européen* 285.
- MF LABOUZ, «L'ordre juridique communautaire» (1995) *accès au marché de l'UE et le droit européen des affaires* 26.
- MF LABOUZ, «L'Acte unique européen» (1986) *Revue québécoise de droit international* 133.

- M.F. LABOUZ, «Les collectivités territoriales et locales dans le processus d'intégration européenne, depuis l'établissement du Comité des régions», dans *L'Union européenne de l'an 2000: défis et perspectives*, sous la dir. De P.SOLDATOS et C.PHILIP, Université de Montréal, 1997, p.307.
- F.E.LABRIE, «Canadian Constitutional Interpretation and Legislative Review» *U of T L.J.* 298.
- R.LANE, «New Community Competence Under the Maastricht Treaty» (1993) 30 *Common Market Law review* 939.
- B.LASKIN, «Tests for the Validity of Legislation : What's the «matter»?» (1955) 11(1) *U of T L.J.* 114.
- J.LECLAIR, «Droit constitutionnel – partage des compétences – loi réglementant les produits du tabac, s.c. 1988, c.20 – la théorie des dimensions nationales : une boîte à phantasme : Canada (PG) c. R.J.R. MacDonald Inc».
- J.LECLAIR, «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement», (1996) 27 *R.G.D.* 137.
- J.LECLAIR, «L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la LC 67», (1994) 28 *R.J.T.* 661.
- K.LENAERTS et P.V.YPERSELE, «Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'art. 3B du traité CE» (1994) 30 *Cahiers de droit européen* 3.
- P. LESLIE, «La gouverne de l'économie au sein d'intégrations économiques : les cas du Canada, de l'Union européenne et de l'Accord de libre échange nord-américain » dans *L'État- Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, sous la dir. de Panayotis SOLDATOS et Jean- Claude MASCLET, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997.
- W.S. LIVINGSTON, «A note on the nature of federalism », (1952) 67 *Political Science Quaterly*, pp. 81 et suiv.
- J.V.LOUIS, «L'ordre juridique communautaire, perspectives européennes », Office des Publications Officielles des Communautés européennes, 1986.
- V. LOUNGNARATH, « L'intégration juridique dans la zone ALENA : un chantier axé sur les processus » (2001) 61 *R. du B.* 1.
- ALC de MAESTRAL, «La subsidiarité est-elle une menace au grand marché intérieur?» (1993) 3 *NJCL* 391.
- J.E.MAGNET, «The Presumption of constitutionality», (1980) 18(1) *Osgoode Hall Law Journal* 87.
- L. MASSICOTTE, «Le partage des pouvoirs dans la fédération canadienne : à la recherche d'une rationalité » dans *L'État- Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, sous la dir. de Panayotis SOLDATOS et Jean- Claude MASCLET, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997.
- C. MESTRE et Y.PETIT, «La cohésion économique et sociale après le traité sur l'Union européenne» (1995) 31(2) *RTDeur* 207.
- J.MERTENS DE WILMARS, «Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres» *mélanges Jean Boulouis*, 391.
- P.J.MONAHAN, «At Doctrine Twiligh : the Structure of Canadian Federalism», (1984) 34 *U.of. T. L. J.* 47.

- M. MOREAU et G. TRUDEAU, « Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières : quelques réflexions autour des modèles européens et nord américain », (1992) 33 *Les Cahiers de Droit* 345.
- P.E.PARTSCH. «De quelques questions juridiques relatives au passage à la troisième phase de l'union économique et monétaire et au fonctionnement de celle-ci» (1998) 34(1) *RTD eur* 35.
- E.U PETERSMANN «Proposal for a new constitution for the European Union : Building Blocks for a constitutional Theory and constitutional law of the EU» (1995) 32 *Common Market Law Rev.* 1123.
- D.PINARD, «La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac» (1994) 39 *McGill L.J.* 401.
- D.PINARD, «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel» (1997) 31 *R.J.T.* 315.
- D.PINARD, «La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits» (1997) 31 *R.J.T.* 87.
- S.A. RIESENFELD, «Legal System of Regional Economic Integration» (1997) *Hastings Int. 'l and Comp. L.Rev.* 539.
- N.ROHT-ARRIAZA, «The Committee on the Region and the Role of Regional Governments in the European Union» 20 *Hastings Int 'l and comp. L. rev.*413 à 465.
- P.H.RUSSEL, «The paradox of Judicial Power» (1987) 12 *Queen's L.J.* 421.
- P.H.RUSSEL, «Overcoming Legal Formalism : The Treatment of the Constitution, The Courts and Judicial Behavior in Canadian Political Science» (1986) 1 *CJLSD/RCDS* 5.
- S.G. REGQUADT, «World Apart on Words Apart : Re-Examining the Doctrine of Shifting Purpose in Statutory Interpretation» (1993) *U of T.L.Rev.*331.
- D. SCHNEIDERMAN, «Constitutional Interpretation in an Age of Anxiety : a reconsideration of the local prohibition case» (1996) 41 *McGill L.J.*411.
- P. SOLDATOS, «Réflexions sur le devenir de l'État- Nation : Phénomènes de crise et de rationalisation » dans *L'État- Nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, sous la dir. de P.SOLDATOS et J.C »MASCLET, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal, 1997.
- P.SOLDATOS, «Le cadre constitutionnel et l'appareil « sui generis » des pouvoirs publics communautaires » dans *L'accès au marché de l'Union européenne et le droit européen des affaires*, (1995), service de la formation permanente du Barreau du Québec, éd. Yvons Blais inc., Cowansville, p 1 à 26.
- G.SOULIER, «le traité d'Amsterdam et la coopération policière et judiciaire en matière pénale» (1998) 2 *Rev. sc. Crim.* 237.
- G. STROZZI, «Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attente» (1994) 30(3) *RTDeur.* 373.
- D.TARSCHYS, «La nouvelle architecture de l'Europe: élargissement du conseil de l'Europe, droit de la personne, relations avec l'UE» coll. *Études européennes*, ens. Comp., Montréal, 1997.
- G.VEGH, «The Characterization of Barriers to Interprovincial Trade Under the Canadian Constitution» (1996) 34(2) *Osgoode Hall L.J.* 355.
- V. B. VOYENNE, «Histoire de l'idée fédéraliste », (1976) 11 *Réalités et présent* 31.

José WOEHLING, «La Cour suprême et les convention constitutionnelles: les renvois relatifs au « rapatriement » de la Constitution canadienne », (1984) 14 *R.D.U.S.*391.
B.WILSON, «Decision Making in the Supreme Court», (1986) 36 *U of T L.J.* 227.
P.WEIL, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1993) 23 *U of T L.J.* 307.