

Les Cahiers de droit



Les institutions binationales prévues dans le chapitre 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis au regard de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Stéphane Rochette

Volume 33, Number 4, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043177ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043177ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

The decision to impose antidumping and Countervailing duties is a prerogative of the federal public administration and the Canadian International Trade Tribunal. When such duties are levied on goods originating in the United States recourse to binational panels instituted under chapter 19 of the Free Trade Agreement are substituted for the judicial review of the Federal Court. The extraordinary challenge committees of like origin monitor the panels.

The United States designates certain members of the panels and committees. In Canada, it could hardly be maintained that the governor general appoints these members under the procedures of section 96 of the *Constitution Act, 1867*. Except when the Constitution is invoked, no court of justice may review the legality of these binational entities. The privative clauses enacted for protecting the mechanism in chapter 19 operates even in cases beyond the scope of its powers. Yet since the *McEvoy* decision, the central Parliament is bound by section 96 and the *Crevier* decision forbids privative clauses that encompass powers in excess of their scope. As a result, the author maintains that the constitutionality of the Agreement's mechanism is compromised.

Cite this article

Rochette, S. (1992). Les institutions binationales prévues dans le chapitre 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis au regard de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. *Les Cahiers de droit*, 33(4), 1151–1179. <https://doi.org/10.7202/043177ar>

Les institutions binationales prévues dans le chapitre 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis au regard de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867*

Stéphane ROCHETTE**

La décision d'imposer des droits antidumping et compensateurs relève de l'Administration publique fédérale et du Tribunal canadien du commerce extérieur. Lorsque des marchandises d'origine américaine sont frappées de tels droits, le recours aux groupes spéciaux binationaux, institués suivant le chapitre 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, se substitue à l'examen judiciaire de la Cour fédérale. Les comités de contestation extraordinaire, de même espèce, voient à la surveillance des groupes spéciaux.

Les États-Unis désignent certains membres des groupes spéciaux et des comités. L'on ne saurait soutenir que le gouverneur général nomme ces membres suivant les formalités qu'impose l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. Sauf lorsque la Constitution est invoquée, aucune cour de justice ne pourrait contrôler la légalité de ces entités binationales. Les clauses privatives, édictées en vue de sauvegarder le mécanisme du chapitre 19, opèrent même en cas d'excès de compétence. Or, le Parlement central, depuis l'arrêt McEvoy, est lié par l'article 96, et l'arrêt Crevier proscrit les clauses privatives qui englobent l'excès de compétence. En conséquence, l'auteur est d'avis qu'est compromise la constitutionnalité du mécanisme de l'Accord.

* L'auteur tient à remercier le professeur Ivan Bernier, qui a dirigé la présente recherche, pour ses conseils, sa patience et son encouragement.

** Avocat, étude de Tremblay, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay. Étudiant de deuxième cycle, Faculté de droit, Université Laval.

The decision to impose antidumping and Countervailing duties is a prerogative of the federal public administration and the Canadian International Trade Tribunal. When such duties are levied on goods originating in the United States recourse to binational panels instituted under chapter 19 of the Free Trade Agreement are substituted for the judicial review of the Federal Court. The extraordinary challenge committees of like origin, monitor the panels.

The United States designates certain members of the panels and committees. In Canada, it could hardly be maintained that the governor general appoints these members under the procedures of section 96 of the Constitution Act, 1867. Except when the Constitution is invoked, no court of justice may review the legality of these binational entities. The privative clauses enacted for protecting the mechanism in chapter 19 operates even in cases beyond the scope of its powers. Yet since the McEvoy decision, the central Parliament is bound by section 96 and the Crevier decision forbids privative clauses that encompass powers in excess of their scope. As a result, the author maintains that the constitutionality of the Agreement's mechanism is compromised.

Pages

1. La nature du mécanisme prévu par l'Accord de libre-échange	1156
1.1 L'imposition de droits antidumping ou compensateurs	1156
1.2 Les groupes spéciaux	1156
1.2.1 Leur juridiction	1156
1.2.2 Leur saisine	1158
1.2.3 Leur composition	1158
1.2.4 Leurs règles de procédure	1159
1.2.5 Leur indépendance	1160
1.3 Les comités pour contestation extraordinaire	1161
1.4 Les clauses privatives	1163
1.5 Le projet d'accord de libre-échange nord-américain	1164
2. L'analyse de la constitutionnalité du mécanisme de l'Accord de libre-échange . . .	1165
2.1 Un aperçu de la question en droit américain	1165
2.2 L'article 96 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	1166
2.2.1 Les dispositions constitutionnelles pertinentes	1166
2.2.2 La méthode du <i>Renvoi sur la location résidentielle</i>	1168
2.2.3 Le pouvoir de surveillance des cours supérieures	1169
2.2.4 L'article 96 et le Parlement fédéral	1171
2.2.5 Le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale	1173

	<i>Pages</i>
2.3 Les problèmes posés par l'Accord de libre-échange	1175
2.3.1 Le rôle du gouverneur général dans la nomination des membres des groupes spéciaux et des comités	1175
2.3.2 Les pouvoirs des groupes spéciaux en matière de droits antidumping et compensateurs	1175
2.3.3 La portée excessive des clauses privatives	1176
Conclusion	1178

L'Accord de libre-échange¹ a pour objet d'éliminer les obstacles au commerce entre le Canada et les États-Unis². Depuis son entrée en vigueur, les deux pays procèdent à l'abandon graduel des tarifs douaniers qu'ils appliquent aux produits originaires de l'autre pays. Dès 1999, au terme d'un processus déjà fort avancé³, le Canada et les États-Unis formeront l'une des plus vastes zones de libre-échange sur la planète.

Il convenait de se prémunir contre tout ce qui était susceptible de faire perdre à l'autre pays les avantages qui découleraient de la suppression des tarifs douaniers. L'Accord s'efforce donc de protéger l'entreprise canadienne et américaine contre toute forme de concurrence déloyale⁴. Or, suivant les préceptes de l'économie libérale, le succès d'un produit devrait être uniquement fonction de son prix, de sa qualité et de son originalité. Son caractère concurrentiel ne saurait être accru par des procédés inéquitables et artificiels. Sont considérés comme tels, dans le contexte du commerce international, le dumping et la subvention⁵.

1. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, signé le 2 janvier 1988 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989 (ci-après cité : « Accord » ou « Accord de libre-échange »). Le texte de l'Accord est reproduit à la partie A de l'annexe de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, c. 65 ; L.C., c. C-10.6 (ci-après citée : « Loi de mise en œuvre »).

2. Accord, art. 102 a) ; Loi de mise en œuvre, art. 3 a).

3. Accord, art. 401.

4. *Id.*, art. 102 b) ; Loi de mise en œuvre, art. 3 b).

5. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, R.T.C. 1947, n° 27, art. VI, XVI et XXIII (ci-après cité : « Accord général ») ; *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE, *Instruments de base et documents divers*, Supplément n° 26, p. 188 ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE, *Instruments de base et documents divers*, Supplément n° 26, p. 63.

Le dumping consiste à introduire le produit d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à sa valeur normale⁶. La subvention, quant à elle, est accordée d'une manière directe ou indirecte, pour la fabrication, la production ou l'exportation d'un produit. En particulier, elle comprend toute forme de protection des revenus et de soutien des prix. Elle a pour effet direct ou indirect, au profit du pays qui l'accorde, d'accroître ses exportations ou de réduire ses importations⁷. Pour être condamnés, le dumping et la subvention doivent nuire à l'économie du pays importateur. Ces pratiques doivent causer ou menacer de causer un préjudice important à sa production nationale ou un retard sensible à la création d'une production nationale⁸. Le droit antidumping est appliqué à la frontière en vue de rétablir le prix normal d'une marchandise sous-évaluée. Le droit compensateur, quant à lui, vise à neutraliser l'effet préjudiciable d'une subvention⁹.

Suivant les règles normales du commerce, chaque pays veille lui-même à imposer les droits antidumping et compensateurs destinés à protéger sa production nationale. Sous la seule menace de subir de vagues mesures de représailles¹⁰, son obligation se résume à tenir une « enquête ouverte¹¹ ». Bref, le pays importateur, dans ce genre d'affaires, est à la fois juge et partie.

6. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), c. S-15, art. 2 (« dumping » et « sous-évalué ») ; *Accord général*, art. VI, par. 1 ; *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 2, par. 1.

7. Se référer ici à la définition technique de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 2 (« subvention ») ; *Accord général*, art. VI, par. 3, art. XVI, sec. A, par. 1 et sec. B, par. 4 ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 9, 11, par. 1 et annexe intitulée « liste exemplative des subventions à l'exportation ».

8. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 2 (« préjudice sensible », « retard sensible »), art. 3 ; *Accord général*, art. VI, par. 6 a) ; *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 3 et 4 ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 6.

9. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 3 a) et b) ; *Accord général*, art. VI, par. 2 et 3 ; *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 8, par. 3 ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 4, par. 2.

10. *Accord général*, art. XXIII.

11. *Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 2 ; *Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, précité, note 5, art. 2.

Lorsqu'il s'est agi d'établir une zone de libre-échange, le Canada et les États-Unis cherchèrent à éviter qu'à des fins protectionnistes l'autre pays n'abuse du système et n'impose de tels droits pour éluder l'esprit si ce n'est la lettre même de l'Accord. Ils n'arrivèrent pas, au cours des négociations, à s'entendre pour les appliquer de façon conjointe et selon des règles communes¹². Ils purent néanmoins, au chapitre 19, instaurer un mécanisme « binational » de règlement des différends.

Chaque pays conserve sa propre législation sur les droits antidumping et compensateurs, qu'il fait mettre en œuvre par ses propres instances administratives et quasi judiciaires¹³. Le mécanisme intervient à l'étape de l'examen judiciaire des décisions qui émanent de ces instances. À cet examen se substitue un recours devant des « groupes spéciaux » d'arbitrage¹⁴. Les gouvernements canadien et américain concourent à la formation de ces groupes, composés de citoyens des deux pays. Ils espèrent qu'un tel contrôle binational sera garant d'une application équitable et impartiale de leurs lois respectives¹⁵.

Quelque souhaitable qu'il puisse paraître, ce mécanisme est de nature à porter atteinte, c'est manifeste, à la compétence des cours de justice. Or la juridiction des tribunaux judiciaires se trouve expressément protégée par la Constitution des États-Unis, ce qui en autorise plusieurs là-bas à soulever des doutes sur la constitutionnalité du chapitre 19¹⁶.

Au Canada, suivant l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷, c'est au gouverneur général qu'il appartient de nommer les juges des cours supérieures. Cet article a surtout permis de mettre un frein aux tentatives des provinces d'éroder la juridiction de ces cours. Depuis l'arrêt *McEvoy*¹⁸

12. La mésentente portait sur la définition à donner à une subvention condamnable. Si les pays dénoncent les « distorsions commerciales » causées par les subventions, ils tiennent néanmoins à se garder « la latitude voulue pour protéger l'intérêt public » : Accord, préambule. Ils n'avaient pas renoncé à leur objectif initial et s'étaient donné sept ans pour l'atteindre, soit jusqu'au 1^{er} janvier 1996 : Accord, art. 1906 et 1907. Si toutefois le projet d'accord qui intègre le Mexique entre en vigueur, le mécanisme actuel deviendrait permanent : GOUVERNEMENT DU CANADA, *Accord de libre-échange nord américain. Vue d'ensemble et description*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, août 1992, p. vi.

13. Accord, art. 1902, par. 1.

14. En anglais « panel ».

15. GOUVERNEMENT DU CANADA, *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 2^e éd., Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1988, p. 288.

16. *The Constitution of the United States of America*, art. III ; *infra*, section 2.1.

17. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30-31 Vict., R.-U., c. 3, reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 5.

18. *McEvoy c. Procureur général (N.-B.)*, [1983] 1 R.C.S. 704.

toutefois, il est admis que l'État fédéral, comme les provinces, peut voir son action limitée par l'article 96. Cela n'est peut-être pas sans conséquence ici, surtout à la lumière du célèbre arrêt *Crevier*¹⁹.

Aussi convient-il, après avoir étudié plus en détail la nature du mécanisme de règlement des différends prévu dans le chapitre 19 de l'Accord, d'en déterminer la constitutionnalité au regard de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

1. La nature du mécanisme prévu par l'Accord de libre-échange

1.1 L'imposition de droits antidumping ou compensateurs

C'est la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* qui permet au Canada d'imposer des droits antidumping et compensateurs.

De sa propre initiative ou à la suite d'une plainte, par exemple d'un producteur canadien, le sous-ministre du Revenu national, responsable des douanes et accise, ouvre une enquête²⁰. S'il constate, au vu des éléments de preuve dont il dispose, qu'une marchandise est sous-évaluée ou subventionnée, il rend une décision finale sur cette question²¹.

D'administratif, le processus devient alors quasi judiciaire. Le Tribunal canadien du commerce extérieur est saisi de l'affaire²². Son rôle consiste à établir si le dumping ou la subvention nuit à l'économie canadienne²³. Si c'est le cas, il rend une décision finale sur cette question du préjudice, ce qui permet d'imposer des droits sur les marchandises en cause²⁴.

1.2 Les groupes spéciaux

1.2.1 Leur juridiction

C'est ici qu'intervient le recours aux groupes spéciaux. Ce recours n'est possible qu'à l'encontre des décisions finales du sous-ministre et du

19. *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

20. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 2 (1) (« sous-ministre ») et 31 (1).

21. *Id.*, art. 41.

22. *Id.*, art. 2 (1) (« Tribunal ») et 42 (1). Le Tribunal est institué suivant la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), c. 47 (4^e suppl.) ; L.C., c. C-18.3.

23. *Supra*, note 8.

24. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 43 (1). Aux fins de ce résumé, nous passons sous silence les questions des droits provisoires, qui ne font pas intervenir une décision finale. Nous voulons signaler, en outre, que peuvent donner lieu à des décisions finales l'examen d'engagements du pays d'exportation ainsi que les réexamens possibles, en cas de changement des circonstances, de décisions définitives.

Tribunal²⁵ qui visent des marchandises d'origine américaine²⁶. Il se substitue au contrôle judiciaire exercé par la Cour fédérale, tel qu'en fait foi le texte même de l'Accord :

[1904 par.] 1. S'agissant des décisions finales en matière de droits antidumping et compensateurs, et selon qu'il est prévu au présent article, les Parties *substitueront à l'examen judiciaire* une procédure d'examen par des groupes spéciaux binationaux²⁷.

Ce principe est confirmé par la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* :

77.11 (6) La décision finale objet de la demande de révision n'est susceptible d'aucun recours prévu aux articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou 96.1 de la présente loi ni de l'appel visé à l'article 61 de cette loi²⁸.

Le groupe spécial détermine si la décision révisée est bien conforme au droit interne canadien²⁹. Pour ce faire, il applique les mêmes critères d'examen que l'aurait fait la Cour fédérale³⁰. Aucune norme de droit

25. Accord, art. 1911 (« décision finale ») a); *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.1 (1) (« décision finale »). Cette disposition fut ajoutée par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

26. Sur la « règle d'origine », voir notamment l'Accord, c. 3.

27. L'italique est de nous. Voir, sur le véritable contrôle judiciaire qu'exercent les groupes spéciaux, L. CAUCHON, « L'accord de libre-échange Canada-États-Unis prévoit-il un contrôle judiciaire binational ? », (1991) 32 *C. de D.* 729.

28. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, telle qu'elle a été modifiée par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

29. Accord, art. 1904, par. 2.

30. *Id.*, art. 1904, par. 3 et 1911 (« critères d'examen ») qui se réfèrent à la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 28 (1), lequel était ainsi conçu :

28. (1) [...] la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance [...] rendue par un office fédéral [...] au motif que celui-ci, selon le cas :

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer ;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ;

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

L'actuel article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* renvoie aux critères d'examen de l'article 18.1 (4) : *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1990, c. 8, art. 8. Voir aussi les *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, (1989) 123 *Gaz. Can.* 1, 103, art. 7.

international n'est en cause³¹. Enfin, la décision d'un groupe spécial est obligatoire et exécutoire, en droit interne comme en droit international³².

1.2.2 Leur saisine

Le recours aux groupes spéciaux demeure l'option de celui qui l'intente, qui peut lui préférer la voie normale d'examen judiciaire³³. Cependant, dès qu'un groupe spécial est saisi d'une affaire, la Cour fédérale perd toute compétence³⁴.

Le recours au groupe spécial peut être intenté par le gouvernement du Canada ou des États-Unis. Peut également s'en prévaloir toute personne privée qui serait habilitée à engager une procédure devant la Cour fédérale³⁵. La demande doit être faite dans un délai de 30 jours suivant la publication d'un avis de la décision contestée dans la *Gazette du Canada*, ou de la notification de celle-ci au gouvernement américain³⁶.

1.2.3 Leur composition

En ce qui a trait à la formation des groupes spéciaux, la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* renvoie au texte même de l'Accord³⁷. Chaque groupe spécial est formé de cinq membres, dont une majorité d'avocats.

Quatre des cinq membres sont choisis, de façon discrétionnaire, par l'un ou l'autre des pays. Le Canada nomme deux membres, les États-Unis également. L'autre pays est consulté, sans plus. Il a néanmoins le droit d'opérer jusqu'à quatre récusations péremptoires.

31. Au plus le groupe spécial pourrait-il se laisser inspirer par le préambule de l'Accord : GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 15, p. 4.

32. Accord, art. 1904, par. 9 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.16, ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

33. Accord, art. 1904, par. 12 et par. 15 g) ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.12, ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

34. Accord, art. 1904, par. 11 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.11 (6), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

35. Accord, art. 1904, par. 5 et par. 15 b) ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.11 (2), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, art. 3 (« personne »), art. 39 (1).

36. Accord, art. 1904, par. 4. Pour les personnes privées, voir cependant la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.11 (3), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

37. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.13 (1), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42, qui renvoie à l'Accord, annexe 1901.2, par. 1-4.

Dans ce contexte, le choix du cinquième membre paraît décisif. Les deux pays doivent d'abord tâcher de s'entendre. À défaut d'entente, il faut recourir à une liste de candidats dressée, de façon conjointe, par le Canada et les États-Unis, chacun d'eux y inscrivant 25 noms. Les quatre membres déjà nommés s'efforcent de se mettre d'accord sur le choix, à partir de la liste, du cinquième. En cas d'impasse, celui-ci est désigné par tirage au sort, toujours dans la liste.

Les membres, tous d'une « haute moralité » et d'un « grand renom », présentent des qualités d'objectivité, de fiabilité et de discernement. Ils possèdent une connaissance générale du domaine du droit commercial international.

La liste des 25 candidats canadiens est établie par un règlement du gouverneur en conseil³⁸. Au moment de la formation d'un groupe spécial, c'est un comité ministériel qui choisit les deux arbitres du Canada. S'il y a entente à cet égard, ce comité choisit de plus le cinquième membre du groupe, conjointement avec les États-Unis³⁹. Le comité est présidé par le ministre du Commerce extérieur, et le ministre des Finances y siège⁴⁰.

1.2.4 Leurs règles de procédure

Les deux pays établissent les règles de procédure devant être suivies par les groupes spéciaux⁴¹. C'est une procédure souple, du type quasi judiciaire. Une audition est tenue⁴², mais l'examen est fait, pour l'essentiel, sur la base du dossier administratif⁴³. Les membres désignent, parmi les avocats du groupe, leur président⁴⁴. Les décisions sont prises à la majorité. Elles sont motivées, rendues par écrit, avec possibilité d'y joindre toute

38. *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 863. Ce règlement a été modifié : *Règlement sur les membres des groupes spéciaux — Modification*, (1990) 124 *Gaz. Can.* II, 500 ; *Règlement sur les membres des groupes spéciaux — Modification*, (1992) 126 *Gaz. Can.* II, 417. Voir aussi la Loi de mise en œuvre, art. 11 (1).

39. *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, précité, note 38, art. 4 et 5 ; Loi de mise en œuvre, art. 11 (1) a) et 12 (1).

40. *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, précité, note 38, art. 4 (1) a) et b).

41. Accord, art. 1904, par. 6 et 14 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.1 (1) (« règles »), 77.15 (1) et 77.28, ajoutés par la Loi de mise en œuvre, art. 42 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30.

42. *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, partie VI.

43. Accord, art. 1904, par. 2 et 14 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.14, ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

44. Accord, annexe 1901.2, par. 4. À défaut d'une entente, le président est désigné par tirage au sort.

opinion dissidente⁴⁵. L'ensemble du processus est d'une durée d'au plus 315 jours⁴⁶.

1.2.5 Leur indépendance

Les membres des groupes spéciaux ne sont pas tenus de se consacrer exclusivement à leur charge⁴⁷. Ils doivent être citoyens du Canada ou des États-Unis, mais ne peuvent être affiliés à l'un de ces pays ni en recevoir des instructions⁴⁸. Les deux pays fixent et assument, en parts égales, la rémunération des membres. Ces derniers sont en outre remboursés, selon le barème fixé, des frais qu'ils engagent⁴⁹. Les deux pays veillent à établir un code de conduite⁵⁰. Si un membre ne se conforme pas à ce code, les deux pays, de concert, peuvent le relever de ses fonctions.

La *Loi sur les mesures spéciales d'importation* concède aux membres une certaine immunité, conçue en ces termes :

77.21 (3) *Sous réserve de l'article 77.26*, le membre du groupe spécial est soustrait aux poursuites et autres procédures pour les faits — actes ou omissions — censés accomplis dans le cadre de la présente partie⁵¹.

L'article 77.26 est une exception à cette immunité⁵². Il vise à empêcher que ne soient divulgués certains renseignements confidentiels, en particulier d'ordre commercial⁵³. Les membres doivent s'engager par écrit à

45. *Id.*, annexe 1901.2, par. 5 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.15 (5), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

46. Accord, art. 1904, par. 14. Voir cependant les *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, art. 20.

47. Accord, annexe 1901.2, par. 10 et 11. Il est tenu de s'acquitter de ses fonctions avec diligence : Accord, annexe 1901.2, par. 10 ; *Code de conduite relatif aux procédures prévues aux chapitres 18 et 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, (1989) 123 *Gaz. Can.* 1, 96, art. IV (ci-après cité : « Code de conduite »).

48. Accord, annexe 1901.2, par. 1. Sur l'indépendance et l'impartialité des membres, voir aussi le Code de conduite, art. I-III.

49. Accord, annexe 1901.2, par. 13 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.22, ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42 ; Loi de mise en œuvre, art. 11 (2).

50. Accord, art. 1910 ; Code de conduite.

51. L'italique est de nous.

52. Voir aussi l'Accord, annexe 1901.2, par. 12.

53. En termes plus juridiques, il s'agit de « renseignements protégés — confidentiels, personnels, commerciaux de nature exclusive ou autres » : *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.26 (1), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42. Voir aussi, sur la protection accordée à ces renseignements, l'Accord, art. 1904, par. 14 et 15 e), annexe 1901.2, par. 8 ; Code de conduite, art. V, al. 1 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, notamment partie IV.

respecter cette confidentialité⁵⁴. Manquer à cet engagement constitue une infraction, passible d'une amende maximale d'un million de dollars.

Chaque groupe spécial procède à la révision d'une et une seule décision⁵⁵. Une fois son ordonnance rendue, le seul pouvoir du groupe consiste à examiner si l'autorité compétente s'y est conformée⁵⁶. Le groupe est donc institué de manière *ad hoc*, et ses membres n'ont aucune garantie de voir leur mandat renouvelé.

Certes, les personnes dont le nom figure sur la liste des 25 candidats canadiens y sont nommées pour trois ans, à titre inamovible⁵⁷. Il n'empêche que cela n'offre aucune garantie d'être un jour choisi comme membre d'un groupe spécial. Le Canada reste maître de ses nominations et n'est même jamais forcé de choisir parmi les noms figurant sur sa liste⁵⁸.

1.3 Les comités pour contestation extraordinaire

Insatisfaits d'une ordonnance rendue par un groupe spécial, le Canada ou les États-Unis peuvent se prévaloir d'une procédure de contestation extraordinaire. Ce recours ne peut être exercé par une personne privée⁵⁹ et n'est possible qu'en des circonstances très exceptionnelles prévues par l'Accord :

[1904 par.] 13. Toute Partie qui, dans un délai raisonnable à compter de la date où la décision du groupe spécial est rendue, fait valoir

- a) (i) qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite.
- (ii) que le groupe spécial s'est considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure, ou

54. Accord, annexe 1901.2, par. 7 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.21 (2), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, art. 14.

55. Accord, art. 1904, par. 2 et 5 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.13, ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux (article 1904)*, précitées, note 30, art. 36 et 37.

56. Accord, art. 1904, par. 8 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.15 (4), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

57. En anglais « during good behaviour » : *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, précité, note 38, art. 3 (2). Au cours de la période de trois ans, le nom d'un candidat a été remplacé : *Règlement sur les membres des groupes spéciaux — Modification*, précité, note 38. Au terme des trois ans, huit personnes n'ont pas vu leur candidature renouvelée : *Règlement sur les membres des groupes spéciaux — Modification*, précité, note 38.

58. Accord, annexe 1901.2, par. 2 et 3 ; *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, précité, note 38, art. 4 (2).

59. Accord, art. 1904, par. 13 *a contrario* ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.17 (1), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42, *a contrario*.

- (iii) que le groupe spécial a *manifestement* outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère le présent article, *et*
b) que l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et *menace l'intégrité du processus d'examen bi-national*,
pourra se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire⁶⁰.

Ce contrôle est mené par un comité pour contestation extraordinaire. C'est un comité binational, soumis à des règles de fonctionnement très semblables, à maints égards, à celles des groupes spéciaux. Le comité peut confirmer l'ordonnance contestée ou renvoyer l'affaire devant un nouveau groupe spécial⁶¹.

Les membres du comité sont choisis dans une liste de dix candidats, dressée, de façon conjointe, par le Canada et les États-Unis, chacun d'eux y inscrivant cinq noms. Les candidats canadiens sont tous des juges ou d'anciens juges d'une cour de juridiction supérieure. Les autres candidats, quant à eux, sont des juges ou d'anciens juges d'une cour fédérale américaine.

Chaque comité se compose de trois membres. Le Canada nomme un membre, les États-Unis également. Le troisième est choisi dans la liste par les deux membres déjà nommés. En cas d'impasse, il est désigné par tirage au sort, dans la même liste⁶².

La liste des cinq candidats canadiens est établie par un règlement du gouverneur en conseil⁶³. Le choix des membres d'un comité est du ressort d'un comité ministériel. La nomination est faite à partir de la liste⁶⁴, mais l'Accord ne garantit pas l'actuel statut des candidats qui, d'après un règlement, seraient inamovibles pour trois ans⁶⁵.

60. L'italique est de nous. Voir aussi la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.17 (2), ajouté par la Loi de mise en œuvre, art. 42. Cet article a été interprété très restrictivement par le seul comité institué jusqu'à maintenant : *Affaire du porc frais, frigorifié ou congelé du Canada*, 14 juin 1991, EEC-91-1904-01 USA.

61. Accord, annexe 1904.13, par. 3 ; *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, art. 77.19 (3) et (4), ajoutés par la Loi de mise en œuvre, art. 42.

62. Sur la composition des comités : Accord, annexe 1904.13, par. 1. La *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, à l'article 77.18 renvoie à l'Accord.

63. *Règlement sur les membres des comités*, (1989) 123 *Gaz. Can.* II, 866. Ce règlement a été modifié : *Règlement sur les membres des comités—Modification*, (1992) 126 *Gaz. Can.* II, 415. Quatre candidats sur cinq, à cette occasion, furent renouvelés dans leur mandat.

64. *Règlement sur les membres des comités*, précité, note 63, art. 4 ; Loi de mise en œuvre, art. 11 (1) a) et 12 (1).

65. Accord, annexe 1904.13 *a contrario*. Il en est de même de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, qui n'offre aucune garantie du genre. Ce statut est conféré par le *Règlement sur les membres des comités*, précité, note 63, art. 3 (2).

Comme pour les groupes spéciaux, les deux pays établissent la procédure suivie par le comité⁶⁶. Elle est du type quasi judiciaire. L'immunité de l'article 77.21 (3) précité ne protège pas les membres des comités⁶⁷. Or les juges ou anciens juges qui le composent ne jouissent peut-être pas de l'immunité de common law, puisqu'ils n'agissent plus dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires⁶⁸. Ils doivent respecter le même code de conduite que celui des membres des groupes spéciaux⁶⁹. Ils doivent signer un engagement sur la confidentialité et paraissent donc soumis à l'amende prévue dans l'article 77.26 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*⁷⁰.

1.4 Les clauses privatives

Tout ce mécanisme se substitue à l'examen judiciaire. L'Accord écarte totalement, dès qu'un groupe spécial est institué, les cours de justice canadiennes et américaines.

Ainsi, la Loi de mise en œuvre crée un obstacle à la prise d'un recours judiciaire, lorsque l'Accord est en cause :

5. Le droit de poursuite, relativement aux droits ou obligations uniquement fondés sur la partie I, ses règlements d'application ou l'Accord, ne peut être exercé par quiconque *sans le consentement du procureur général du Canada*⁷¹.

La *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, quant à elle, édicte :

77.2 (1) Sous réserve du paragraphe 77.15 (4) et de l'article 77.17, les ordonnances et décisions du groupe spécial ou du comité sont obligatoires et définitives et ne sont pas susceptibles d'appel⁷².

(2) Sous réserve du paragraphe 77.15 (4) et de l'article 77.17, l'action — décision, ordonnance ou procédure — du groupe spécial ou du comité, dans la mesure où elle s'exerce ou est censée s'exercer dans le cadre de la présente loi, ne peut, pour quelque motif que ce soit — y compris l'excès de pouvoir ou l'incompétence à une étape quelconque de la procédure — être contestée, révisée, annulée, empêchée

66. *Règles des comités pour contestation extraordinaire*, (1989) 123 *Gaz. Can.* I, 132.

67. Contrairement à l'article 77.21 (1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, précitée, note 6, l'article 77.21 (3) ne prévoit pas expressément qu'il s'applique aux membres des comités (ces articles furent ajoutés par la Loi de mise en œuvre, art. 42).

68. *Morier et Boily c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716.

69. Code de conduite, interprétation du terme « membre ». Il ne semble pas que les deux pays puissent les révoquer pour avoir manqué au Code de conduite, car le paragraphe 6 de l'annexe 1901.2 de l'Accord ne semble s'appliquer qu'aux membres des groupes spéciaux.

70. *Règles des comités pour contestation extraordinaire*, précitées, note 66, art. 11.

71. L'italique et de nous.

72. L'article 77.15 (4) concerne la révision, par le groupe spécial lui-même, des suites données à son ordonnance. L'article 77.77 concerne la contestation extraordinaire devant un comité binational.

ou limitée, ni faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition, de *quo warranto* ou de jugement déclaratoire⁷³.

(3) Le paragraphe 28 (4) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne s'applique pas au groupe spécial ni au comité⁷⁴.

Pour plus de sûreté, elle ajoute, à l'article 77. 1 (2) : « Les dispositions de la présente partie l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur la Cour fédérale*. »

Ces clauses privatives ont été conçues pour être impénétrables. La *Loi sur la Cour fédérale* soustrait les organismes fédéraux de la surveillance des cours de juridiction supérieure instituées dans chaque province, sauf en matière constitutionnelle⁷⁵. Les clauses privatives ne semblent pas incompatibles avec cet aspect de cette loi, au sens de l'article 77.1 (2). Sauf lorsque la Constitution est en cause, aucune cour de justice ne paraît donc pouvoir contrôler la légalité des actes des groupes spéciaux et des comités institués suivant le chapitre 19 de l'Accord. Telle est, du moins, l'intention du législateur.

1.5 Le projet d'accord de libre-échange nord-américain

Le 12 août 1992, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont convenu d'un projet d'accord de libre-échange nord-américain. En ce qui concerne le règlement des différends en matière de droits antidumping et compensateurs, le projet ne semble pas modifier la substance du mécanisme de l'Accord actuel. En outre des adaptations nécessaires afin d'intégrer le Mexique, le projet pourvoit plutôt à la sauvegarde de ce mécanisme. Des mesures de représailles seraient admises à l'encontre du pays qui, d'après un « comité spécial », appliquerait sa législation de manière à nuire au fonctionnement des groupes spéciaux⁷⁶. S'il est ratifié, le nouvel accord entrera en vigueur au début de 1994⁷⁷.

73. L'italique est de nous.

74. L'article 28 (4) prévoyait, à l'initiative d'un office fédéral à caractère judiciaire ou quasi judiciaire, le renvoi d'une question de droit à l'examen de la Cour d'appel fédérale. Cet article a été abrogé : *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1990, c. 8, art. 8.

75. *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 30, art. 18. Sur le rôle en matière constitutionnelle des cours de juridiction supérieure, voir *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, 216 (J. Beetz) ; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147 ; *Cuddy Chicks Ltd. c. CRTO*, [1991] 2 R.C.S. 5, 17 (J. La Forest).

76. GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 12, pp. vi, xi, 10 et 11 ; GOUVERNEMENT DU CANADA, *Accord de libre-échange nord américain : le Canada atteint ses objectifs*, Ottawa, communiqué de presse, 12 août 1992, « Points saillants », p. 6. Au moment de rédiger le présent article, le texte juridique du projet d'accord n'était toujours pas disponible.

77. GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 12, p. 21.

2. L'analyse de la constitutionnalité du mécanisme de l'Accord de libre-échange

2.1 Un aperçu de la question en droit américain

Le pouvoir de surveillance est au nombre des attributs essentiels des cours de justice américaines, qui voient leur juridiction protégée par la Constitution des États-Unis :

ARTICLE III. SECTION 1. The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

SECTION 2. The Judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority [...].

L'article III offre la garantie d'une portée minimale au contrôle judiciaire. Or le chapitre 19 écarte toute surveillance des groupes spéciaux par les cours de justice, ce qui pourrait être jugé comme dérogeant à cette portée minimale.

D'autres arguments, à titre subsidiaire, peuvent être invoqués. Le mécanisme binational porterait atteinte à la souveraineté des États-Unis. Il ne respecterait pas les garanties d'ordre procédurale du cinquième amendement, qui consacre le droit de propriété : « No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law. » Quand l'entreprise américaine est menacée par la concurrence indue, elle doit pouvoir s'en remettre à un tribunal indépendant et impartial. Les critères qu'édicte la jurisprudence à cet égard ne seraient pas respectés⁷⁸. La Constitution des États-Unis, enfin, confère au président le pouvoir de nommer « all Officers of the United States ». Les groupes spéciaux exercent une autorité significative. Aussi leurs membres devraient-ils être désignés par le président. Or certains d'entre eux sont nommés par le Canada⁷⁹.

78. La Constitution canadienne n'énonce pas le droit de propriété aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44, annexe B, partie I. Sur le *due process of law*, en droit américain, voir par exemple N. REDLICH, B. SCHWARTZ et J. ATTANASIO, *Constitutional Law*, 2^e éd., New York, Matthew Bender & Co., 1989, pp. 376-564.

79. *Constitution of the United States of America*, art. II, sec. 2, al. 2. Ce pouvoir fut interprété largement par la Cour suprême américaine : *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

La constitutionnalité du chapitre 19 de l'Accord, qui paraît diviser la doctrine⁸⁰, est depuis peu contestée devant la United States District Court du district de Columbia, par l'American Engineering Association de même que par le National Council for Industrial Defense, une entité proche des syndicats. La plainte a été introduite le 19 août 1992 et n'a donné lieu, à ce jour, à aucun jugement⁸¹.

2.2 L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

2.2.1 Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Au Canada, l'administration de la justice relève en principe de la compétence législative des provinces, suivant le paragraphe 14 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸². Chaque province pourvoit au maintien et à l'organisation d'une cour supérieure, tribunal de droit com-

80. CUSTOMS AND INTERNATIONAL TRADE BAR ASSOCIATION, *Customs and International Trade Bar Association's Statement in Opposition to Withdrawal of Jurisdiction in the United States Court of International Trade and its Appellate Tribunals to Review Antidumping and Countervailing Duty Decisions of Federal Agencies Involving Canadian Merchandise*, 3 décembre 1987; T.A. BLUMBERG, « Canada-United States Free-Trade Agreement: Binational Dispute Settlement and Judicial Review of Antidumping and Countervailing Duty Cases », (1988) 12 *ILSA J. Int'l L.* 137; T.W. BARK, « The Binational Panel Mechanism for Reviewing United States-Canadian Antidumping and Countervailing Duty Determination: A Constitutional Dilemma? », (1989) 29 *Va. J. Int'l L.* 681; G.A. CHRISTENSON et K. GAMBREL, « Constitutionality of Binational Panel Review in Canada-U.S. Free Trade Agreement », (1989) 23 *Int'l Law.* 401; G.Y. OHANA, « The Constitutionality of Chapter Nineteen of the United-States-Canada Free-Trade Agreement: Article III and the Minimum Scope of Judicial Review », (1989) 89 *Colum. L. Rev.* 897; G.Y. OHANA, « Chapter 19 of the Canada-United States Free Trade Agreement: An Unconstitutional Preclusion of Article III Review », (1990) 5 *Conn. J. Int'l L.* 317; P. HUSTON, « Antidumping and Countervailing Duty Dispute Settlement Under the United States-Canada Free Trade Agreement: Is the Process Constitutional? », (1990) 23 *Cornell Int'l L. J.* 529; D. RESNICOFF, « The United States-Canada Free-Trade Agreement and the U.S. Constitution: Does Article III Allow Binational Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determination? », (1990) 13 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 237.

81. *National Council for Industrial Defense Inc. and Engineering Association c. United States of America and George H.W. Bush*. Voir *Inside U.S. Trade*, Washington, Inside Washington Publishers, 21 août 1992, pp. 3 et 4.

82. Cet article se traduit comme suit :

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux.

mun investi d'un pouvoir inhérent de surveillance. Ce pouvoir inhérent permet le contrôle judiciaire de la légalité des décisions d'instances inférieures et celui des actes de l'administration publique. La nomination des juges d'une cour supérieure est confiée au gouvernement fédéral, en vertu de l'article 96, lequel est ainsi conçu :

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick⁸³.

Les juges sont choisis, aux termes des articles 97 et 98, parmi les membres du barreau de leur province respective⁸⁴. Suivant l'article 99, ils demeurent en fonction, à titre inamovible, jusqu'à l'âge de 75 ans. Ils ne peuvent être révoqués que par le gouverneur général, sur la proposition du Sénat et de la Chambre des communes⁸⁵. Suivant l'article 100, leur rémunération est fixée et versée par le Parlement canadien⁸⁶. L'article 101,

Le fédéral, toujours en principe, doit se contenter de légiférer en matière de procédure criminelle, suivant le paragraphe 27 de l'article 91, dont voici la traduction :

91. [...] l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

[...]

27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

83. Il s'agit d'une traduction. La seule version officielle est la suivante : « 96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick. »

84. Ces articles sont ainsi traduits :

97. Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces.

98. Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province.

85. Cet article se traduit comme suit :

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite [dans la version officielle : « during good behaviour »], mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes. (2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

86. Cet article se traduit comme suit : « 100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada. »

quant à lui, a permis au pouvoir central de créer la Cour suprême, la Cour fédérale et la Cour canadienne de l'impôt⁸⁷. Il se lit comme suit :

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada⁸⁸.

2.2.2 La méthode du *Renvoi sur la location résidentielle*

Compétentes dans le domaine de l'administration de la justice, les provinces risquaient de s'approprier, par voie indirecte, le pouvoir de nomination confié au gouverneur général par l'article 96. Elles auraient pu créer des tribunaux, en désigner les membres et leur transférer l'essentiel de la juridiction traditionnelle des cours supérieures. Les pouvoirs des juges nommés par l'État fédéral seraient alors devenus très illusoire, les cours visées par l'article 96 ayant été dépouillées de leur autorité réelle.

L'examen minutieux de la constitutionnalité des tribunaux créés par les provinces permet d'éviter cet écueil. L'examen suit la méthode de l'analogie historique. Cette méthode, élaborée par la jurisprudence, tend, d'une part, à cristalliser l'essentiel de la juridiction des cours supérieures. D'autre part, elle admet la création de tribunaux administratifs. Le juge Dickson en décrit les trois étapes dans le *Renvoi sur la location résidentielle*⁸⁹.

La première étape est celle de l'analyse historique en tant que telle. L'article 96 protège la juridiction que possédaient les « cours supérieures, de district et de comté » en 1867. L'analyse doit être centrée sur l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, les quatre provinces qui, à l'origine, ont contracté l'union fédérale. À défaut d'une certaine uniformité du droit de ces provinces, le Royaume-Uni tient lieu de référence⁹⁰. Il s'agit de se demander si le pouvoir du tribunal est analogue à celui qu'y exerçaient les cours supérieures à l'époque.

Si la recherche historique le confirme, il faut passer à la deuxième étape, celle de la fonction judiciaire. La fonction du tribunal est-elle judi-

87. Voir : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, art. 3 ; *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 30, art. 3 ; *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), c. T-2, art. 3.

88. Il s'agit d'une traduction.

89. *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, 734-736.

90. Sur l'analyse des juridictions des cours supérieures des provinces originelles et du Royaume-Uni, voir l'arrêt de principe en la matière : *Sobey Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238.

ciaire ? Elle l'est lorsque le rôle du tribunal consiste, à l'occasion d'un litige, à examiner des droits opposés suivant un ensemble reconnu de règles, et en conformité avec les principes de l'équité et de l'impartialité.

Si le tribunal exerce une fonction judiciaire, il convient de passer à la troisième étape, celle du cadre institutionnel. Juger est-il la fonction principale du tribunal ? Le pouvoir de juger peut n'être qu'un simple accessoire d'une fonction administrative ou se révéler nécessaire à la réalisation d'une politique plus vaste du législateur.

Si la fonction principale du tribunal est de juger, sa constitutionnalité sera compromise. La méthode de l'analogie historique formulée dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, en somme, prévient l'érosion de l'autorité des cours supérieures, mais s'efforce de considérer la croissance de l'État moderne et l'éclosion d'une justice administrative efficace, économique et spécialisée.

2.2.3 Le pouvoir de surveillance des cours supérieures

Afin de contenir de trop fréquentes interventions du judiciaire dans la conduite des affaires des tribunaux administratifs, le législateur a parfois recours aux clauses privatives. Celles-ci cherchent à immuniser le tribunal administratif contre le pouvoir de surveillance des cours de justice, et ainsi à consolider son autonomie.

Or le contrôle judiciaire des représentants de la puissance publique est l'un des corollaires de la primauté du droit⁹¹. La Constitution du Canada, affirme le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni⁹² ». La primauté du droit est l'un de ces principes, et son caractère fondamental est consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹³.

Au Canada, les cours supérieures instituées dans chaque province sont les héritières du pouvoir de surveillance acquis en Angleterre, depuis des siècles, par la Court of King's Bench. Ce pouvoir s'exerce traditionnellement par voie de bref de prérogative, comme les brefs de *mandamus*, de prohibition, de *certiorari*, de *quo warranto* et de *habeas corpus*, ou par voie d'action en nullité, d'injonction ou de jugement déclaratoire. Il est protégé par l'article 96, les cours supérieures le possédant déjà en 1867, à l'époque de la Confédération⁹⁴.

91. En anglais « rule of law ».

92. Il s'agit d'une traduction.

93. Son préambule est ainsi conçu : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit. »

94. *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, 651-656 (J. Pratte) ; *Three Rivers Boutman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 607.

La Cour suprême, dans l'arrêt *Farrah*⁹⁵, établit qu'une province ne peut, sans violer l'article 96, abolir tout contrôle judiciaire sous prétexte d'y substituer un appel administratif.

En 1981, dans l'arrêt *Crevier*, la Cour suprême devait déterminer dans quelle mesure les clauses privatives des lois provinciales contreviennent à l'article 96. Est légitime la clause qui écarte le contrôle judiciaire si le tribunal administratif ne commet qu'une simple erreur de droit dans la limite de ses compétences. La constitutionnalité du tribunal est cependant compromise quand la clause prétend le mettre à l'abri du contrôle judiciaire même lorsqu'il outrepassa la juridiction que la loi lui attribue⁹⁶. À ce sujet, le juge en chef Laskin écrit :

C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'*un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence*. À mon avis, cette limitation, qui découle de l'art. 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel⁹⁷ sur des questions constitutionnelles [...] Il est maintenant incontestable que des clauses privatives bien formulées peuvent efficacement écarter le contrôle judiciaire sur des questions de droit et, bien sûr, sur d'autres questions étrangères à la compétence. Toutefois, comme l'art. 96 fait partie de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*⁹⁸ et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, *je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision*⁹⁹.

La clause privative qui englobe l'excès de juridiction compromet le tribunal qu'elle est censée sauvegarder. Le législateur provincial ne saurait adopter une clause de portée illimitée. Il doit admettre sans équivoque le contrôle judiciaire sur les questions de compétence¹⁰⁰. Le Parlement fédéral est-il soumis à la même contrainte ? L'arrêt *Crevier* évite d'y répondre.

95. *Procureur général du Québec c. Farrah*, précité, note 94. Au fédéral, voir au contraire l'arrêt *Pringle et al. c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, rendu quelques années plus tôt. Le juge Laskin ne soulève pas l'article 96. D'ailleurs, les membres de la Commission d'appel de l'immigration, en cause dans l'affaire, étaient nommés par le gouverneur général : *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. 1-3, art. 3 (1).

96. Voir la remarque du juge Beetz dans *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, 1090.

97. En anglais « unreviewable determination ».

98. Depuis 1982, l'Acte est appelé : « *Loi constitutionnelle de 1867* ».

99. *Crevier c. Procureur général du Québec*, précité, note 19, 236-237. L'italique est de nous.

100. Dans l'espèce, la clause privative n'était pas formulée de manière à englober les questions de compétence. La clause doit donc prévoir expressément ne pas s'appliquer en cas d'excès de compétence.

2.2.4 L'article 96 et le Parlement fédéral

Avant 1983 et l'arrêt *McEvoy*, bien peu croyaient que l'article 96 liait le Parlement central¹⁰¹. Le pouvoir de nomination qu'il énonce paraissait conçu à l'avantage exclusif de l'État fédéral. L'article 101 permet d'éroder la juridiction des cours supérieures, l'État fédéral pouvant confier à des tribunaux fédéraux l'application des lois du Canada, « nonobstant toute disposition contraire¹⁰² ». Ces mots semblaient le dispenser du respect de l'article 96.

L'arrêt *McEvoy* désavoue cette approche. Le gouvernement canadien et celui du Nouveau-Brunswick voulaient, de concert, transférer à un nouveau tribunal la compétence de juger toutes les infractions, y compris celles qu'édicte le *Code criminel*¹⁰³ et qui relèvent des cours supérieures. Le tribunal devait être créé par la province, et ses juges nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Le Parlement du Canada devait lui conférer une juridiction exclusive en matière criminelle.

De façon unanime, la Cour suprême tient le projet pour inconstitutionnel. L'article 96 est impératif. L'État fédéral ne peut y déroger. Il ne peut dessaisir le gouverneur général de son pouvoir de nomination. La Cour énonce :

Il n'est pas plus loisible au Parlement de se départir des pouvoirs conférés au fédéral par la Constitution qu'il ne l'est à une province de les usurper [...] On propose en l'espèce que le Parlement transfère à un tribunal provincial la compétence qu'ont actuellement les cours supérieures pour juger les actes criminels.

101. Sur l'opinion dominante, voir l'*obiter dictum* du juge en chef Laskin dans *Procureur général du Canada c. Canard*, précité, note 75, 176 ; l'*obiter dictum* du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, 76 ; les motifs du juge Laskin dans *Papp v. Papp*, (1969) 8 D.L.R. (3d) 389 (C.A. Ont.), 397-401 ; la remarque incidente du juge Taschereau dans *Valin c. Langlois*, (1879) 3 R.C.S. 1, 74 et 75 ; *Re Vancini*, (1904) 34 R.C.S. 621 ; *Couglin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569 ; *R. c. McDonald*, [1958] O.R. 373 (C.A. Ont.) ; *R. c. Canada Labour Relations Board, Ex parte Federal Electric Corp.*, (1964) 44 D.L.R. (2d) 440 (Q.B. Man.), 462 et 463 ; l'examen de cette opinion que fait le juge Stone dans *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, [1986] 3 C.F. 486 (C.A.F.), 508-515 ; G. PÉPIN, *Les tribunaux administratifs et la Constitution : étude des articles 96 à 100 de l'A.A.N.B.*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, pp. 201-203 ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 1^{re} éd., Toronto, The Carswell Company Ltd., 1977, pp. 126 et 127 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 508. Sur l'opinion contraire, qui veut que le Parlement central soit lié, voir W.R. LEDERMAN, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 R. du B. can. 769 et 1139, 1166-1177.

102. Il s'agit d'une traduction.

103. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46. Sur la juridiction des cours supérieures en matière criminelle, voir notamment le *Code criminel*, art. 468 et 469.

Cette proposition aurait pour effet d'enlever au gouverneur général son pouvoir en vertu de l'art. 96 de nommer les juges chargés de juger les actes criminels au Nouveau-Brunswick. Cela est contraire à l'art. 96 qui interdit aussi bien au Parlement qu'aux provinces de modifier le régime envisagé par les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire¹⁰⁴.

Dans l'arrêt *Rifou*¹⁰⁵ de la Cour d'appel fédérale, le juge Urie soumet à un examen fondé sur la méthode du *Renvoi sur la location résidentielle* un tribunal d'arbitrage institué suivant une loi du Parlement du Canada. Comme le juge Mahoney, il estime que « l'existence d'un contrôle judiciaire est peut-être une condition *sine qua non* » à la création, par l'État fédéral, d'un tel tribunal.

Dans l'arrêt *Morgentaler*¹⁰⁶, le juge Beetz applique sommairement la méthode du *Renvoi sur la location résidentielle* aux comités de l'avortement thérapeutique institués, dans chaque hôpital, suivant le *Code criminel*¹⁰⁷. Le comité décidait des arrêts de grossesse. Il était composé de trois médecins, désignés par l'administration de l'hôpital. Or le juge ne se préoccupe pas de l'origine fédérale des pouvoirs du comité.

Le *Renvoi sur les jeunes contrevenants*¹⁰⁸, rendu par la Cour suprême en 1991, soumet les tribunaux pour adolescents à une analyse au regard de l'article 96. Ces tribunaux jugent les infractions commises avant l'âge adulte¹⁰⁹. Si leur compétence est conférée par une loi fédérale, les provinces se chargent d'en nommer les membres¹¹⁰. Avant de conclure à leur constitutionnalité, la Cour suprême suit les trois étapes formulées dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Le juge en chef Lamer s'explique ainsi :

Dans l'arrêt *McEvoy* [...], notre Cour a [...] précisé que l'art. 96 peut s'appliquer non seulement pour limiter la compétence des assemblées législatives mais également celle du Parlement. *L'entente constitutionnelle exprimée à l'art. 96 lie le Parlement tout autant que les assemblées législatives provinciales*. En d'autres

104. *McEvoy c. Procureur général (N.-B.)*, précité, note 18, 720 (la Cour).

105. *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, précité, note 101.

106. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 129. Le juge Estey concourt aux motifs du juge Beetz. La juge Wilson, à la page 184, est d'accord avec cet aspect des motifs. Le juge en chef Dickson et le juge Lamer ne voient pas d'atteinte à l'article 96, mais ne justifient pas leur conclusion. Les juges McIntyre et La Forest, à la page 157 toutefois, se réfèrent aux motifs de la Cour d'appel de l'Ontario qui considère que le fédéral n'est pas lié par l'article 96 : *R. v. Morgentaler*, (1985) 52 O.R. (2d) 353, 400.

107. *Code criminel*, précité, note 103, art. 287, déclaré inopérant par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, note 106, mais parce que non conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

108. *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

109. *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), c. Y-1, art. 5.

110. *Id.*, art. 2 (1) (« tribunal pour adolescents »).

termes, si la compétence conférée aux tribunaux pour adolescents par le Parlement constitue un élément fondamental de la compétence des cours supérieures, le Parlement ne peut attribuer une telle compétence à des tribunaux présidés par des juges qui ne sont pas nommés conformément à l'art. 96¹¹¹.

Il ne paraît plus possible d'éluder l'arrêt *McEvoy*¹¹². Le Parlement du Canada est lié par l'article 96. En présence d'un tribunal fédéral dont les membres ne sont pas nommés par le gouverneur général, il y a lieu d'appliquer la méthode du *Renvoi sur la location résidentielle*.

Qu'en est-il si les formalités de l'article 96 sont respectées ? Il n'apparaît pas nécessaire ici d'examiner cette question, à laquelle la Cour suprême a tout récemment refusé de répondre dans l'arrêt *Chrysler Canada*. Était alors contesté le Tribunal de la concurrence, instance quasi judiciaire instituée par l'État fédéral, et qui voit ses membres nommés par le gouverneur général en conseil¹¹³.

2.2.5 Le pouvoir de surveillance de la Cour fédérale

Le pouvoir de délimiter sa propre juridiction est la marque la plus distinctive d'une cour supérieure rappelle l'arrêt *Crevier*. Une clause privative doit admettre le contrôle judiciaire sur les questions de compétence. Le Parlement du Canada est lié par l'article 96. Nous croyons que l'arrêt

111. *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, précité, note 108, 264. L'italique est de nous. Voir aussi ce passage des motifs de la juge Wilson (p. 276) : « L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'applique de manière générale pour restreindre l'attribution aux tribunaux inférieurs de compétences réservées aux cours supérieures à l'époque de la Confédération. » L'italique est de nous.

112. Voir, comme exemples d'approches élusives : *Banque canadienne impériale de commerce c. Rifou*, précité, note 101, 492-494 (j. Mahoney), 504-515 (j. Stone) ; *R. v. Trimarchi*, (1987) 49 D.L.R. (4th) 382 (C.A. Ont.), 390-393 (j. Zuber et Morden) (autorisation d'appel refusée) ; *Re Regina and McGann*, (1987) 28 C.C.C. (3d) 215 (Q.B. N.B.), 230 et 231 (j. Stevenson) ; *Reference re Judicature Act (N.B.)*, (1988) 54 D.L.R. (4th) 430 (C.A. N.-B.), 446-448 en obiter dictum (j. en chef Stratton) ; *Ref. Re Young Offenders Act*, (1989) 45 C.C.C. (3d) 264 (P.E.I. C.A.), 267 (j. Mitchell), 274-276 (j. McQuaid) ; P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Toronto, The Carswell Company Ltd., 1985, pp. 154, 420-424, 548-549 ; B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988, p. 92 ; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 3, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1989, pp. 66-77 ; P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, pp. 92-94.

113. *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, 414-419. (j. Gonthier), 441-444 (j. McLachlin) ; *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), c. 19 (2^e suppl.), art. 3. La situation était la même, au sujet de la Commission d'appel de l'immigration, dans l'arrêt *Pringle et al. c. Fraser*, précité, note 95, rendu avant l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, précité, note 19. Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Alex Couture inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A. Qué.), 2591 (j. Rousseau-Houle) (autorisation d'appel refusée).

Crevier s'applique aux tribunaux fédéraux. Si l'État fédéral veut investir un tribunal du pouvoir de délimiter sa propre compétence, à l'abri de tout contrôle judiciaire, pour le moins doit-il laisser le gouverneur général en nommer les membres. Dans l'arrêt *McEvoy*, il est écrit :

Dans l'hypothèse où cette compétence ne serait pas susceptible de contrôle, cela pourrait faire de ce tribunal constitué par la province, avec ses juges nommés par la province, une cour au sens de l'art. 96, *même s'il tient sa compétence du Parlement*. L'arrêt *Crevier* [...] pourrait être pertinent à cet égard¹¹⁴.

Que la surveillance soit du ressort de la Cour fédérale, et non des cours supérieures provinciales, importe peu. La demande de contrôle judiciaire, instituée en Cour fédérale, se substitue aux multiples recours destinés à la surveillance des organismes fédéraux¹¹⁵. La Cour fédérale, instituée en application de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est une cour supérieure d'archive. Ses juges sont nommés par le gouverneur général. Ils sont choisis parmi les avocats, les juges ou les anciens juges. Ils demeurent en fonctions, à titre inamovible, jusqu'à l'âge de 75 ans¹¹⁶. Le Parlement central n'a pas ainsi porté atteinte au régime d'indépendance judiciaire que consacrent les articles 96 à 100¹¹⁷.

114. *McEvoy c. Procureur général (N.-B.)*, précité, note 18, 718 (la Cour). L'italique est de nous. Voir, en doctrine, D.J. MULLAN, « Developments in Administrative Law: The 1982-83 Term », (1984) 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 1, 6 et 7; J.D. WHYTE, « Developments in Constitutional Law: The 1982-83 Term », (1984) 6 *Sup. Ct. L. Rev.* 49, 80 et 81; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes : un cadre pour la prise de décisions*, Rapport n° 26, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1985, p. 47; P. LEMIEUX, *Les grands arrêts du contrôle judiciaire de l'Administration. Jurisprudence et commentaires*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1990, p. 67; J.-F. JOBIN, *L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les organismes inférieurs d'appel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1984, pp. 7-8, 46 à la note 163, 79, 82 à la note 300a; R. ELLIOT, « New Brunswick Unified Criminal Court Reference », (1984) 18 *U.B.C.L. Rev.* 127; R. ELLIOT, « Constitutional Law — Judicature — Is Section 96 Binding on Parliament — Reference Re Establishment of Unified Criminal Court of New Brunswick », (1982) 16 *U.B.C.L. Rev.* 313; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 692, 706, 639 et 640. Sur l'opinion contraire, qui veut que le Parlement central peut édicter une clause privative qui englobe les questions de compétence, voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 112, p. 164; B.L. STRAYER, *op. cit.*, note 112, pp. 86-97.

115. *Supra*, note 75. Sur la demande de contrôle judiciaire, voir les nouveaux articles 18.1 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 74.

116. *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 30, art. 3, 5 et 8.

117. *McEvoy c. Procureur général (N.-B.)*, précité, note 18, 720 (la Cour). K. BENYEKHEF, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, pp. 43-45.

2.3 Les problèmes posés par l'Accord de libre-échange

À la lumière de ces principes, le mécanisme prévu dans le chapitre 19 de l'Accord soulève certains problèmes.

2.3.1 Le rôle du gouverneur général dans la nomination des membres des groupes spéciaux et des comités

L'on ne saurait soutenir que le gouverneur général nomme les membres des groupes spéciaux que désignent les États-Unis. Même s'il les ratifiait, ces désignations seraient faites sous la dictée d'un tiers. Les arbitres canadiens, quant à eux, sont choisis par un comité ministériel. Le gouverneur général ne joue aucun rôle, même formel, dans ces nominations. Le gouvernement, il est vrai, dresse une liste de candidats canadiens. Néanmoins, cette liste n'est pas de nature à lier les ministres responsables et ne sert qu'au choix du cinquième membre, à défaut d'un accord entre les deux pays.

Le gouverneur général n'intervient pas davantage dans la nomination des membres des comités de contestation extraordinaire. En ce qui concerne le membre américain, c'est incontestable. Certes, le membre canadien est choisi dans une liste approuvée par le gouverneur général en conseil. Au moment de la formation de chaque comité toutefois, les ministres désignent, de façon discrétionnaire, l'un ou l'autre des candidats de la liste. La nomination n'est pas ratifiée par le gouverneur général. Quant au troisième membre, il est choisi, de concert, par les membres déjà nommés, et à défaut par tirage au sort.

En conséquence, nous estimons que ni les membres des groupes spéciaux, ni ceux des comités, ne sont nommés suivant les formalités prescrites par l'article 96. Pour en déterminer la constitutionnalité, il faut donc soumettre ces instances à la méthode du *Renvoi sur la location résidentielle*.

2.3.2 Les pouvoirs des groupes spéciaux en matière de droits antidumping et compensateurs

Les groupes spéciaux se sont vu attribuer de larges pouvoirs en matière de droits antidumping et compensateurs. Cette attribution, à elle seule, résisterait à une analyse fondée sur la méthode du *Renvoi sur la location résidentielle*.

En 1867, à l'époque de la Confédération, les droits antidumping et compensateurs n'existaient pas. Au Canada, le droit antidumping est

instauré en 1904, et le droit compensateur en 1955¹¹⁸. Au surplus, la fonction judiciaire des groupes spéciaux se révèle nécessaire à la réalisation des objets de l'Accord.

Le libre-échange, faut-il le rappeler, supprime tout tarif douanier entre le Canada et les États-Unis. L'un des pays risque donc un jour d'abuser des droits antidumping et compensateurs dans le dessein de restaurer certains tarifs et ainsi de protéger son économie. Le contrôle binational des groupes spéciaux prévient cet obstacle. Le groupe spécial suit une procédure accélérée. Il se compose de citoyens canadiens et américains, tous experts dans le domaine du commerce international. Le mécanisme offre des garanties d'impartialité. C'est le fruit de concessions réciproques des deux pays. Sa pérennité s'avère liée à l'équilibre de l'Accord.

La validité constitutionnelle des groupes spéciaux, à notre avis, ne semblerait guère douteuse, abstraction faite des clauses privatives. En revanche, tenir compte de ces clauses conduit à la solution contraire.

2.3.3 La portée excessive des clauses privatives

Sans les clauses privatives qu'édicte la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, les groupes spéciaux et les comités de contestation extraordinaire seraient soumis à la surveillance de la Cour fédérale¹¹⁹. La loi leur confère d'importants pouvoirs. Leurs décisions sont obligatoires et exécutoires, en droit interne comme en droit international. Le Canada ou les États-Unis peuvent prendre l'initiative de les saisir d'une affaire. Une personne privée peut même intenter seule une procédure devant un groupe spécial. Le mécanisme n'est pas de la nature d'un arbitrage consensuel¹²⁰.

Les clauses privatives, en principe, ne doivent pas écarter le contrôle judiciaire sur les questions de compétence. Or, suivant l'article 77.2 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, les groupes spéciaux et les comités ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire, pour quelque motif que ce soit, « y compris l'excès de pouvoir ou l'incompétence ». Il s'agit là, à n'en pas douter, de l'archétype des clauses privatives que bannit l'arrêt *Crevier*. Apparaissent-elles nécessaires à la réalisation des objets de l'Accord ? Rien n'est moins sûr.

118. Sur les droits antidumping, voir *Acte modifiant le Tarif des Douanes*, S.C. 1904, c. 11, art. 19 ; sur les droits compensateurs, voir *Loi modifiant le Tarif des douanes*, S.C. 1955, c. 51, art. 1.

119. *Loi sur la Cour fédérale*, précitée, note 30, art. 2 (1) (« office fédéral ») et 18.

120. Sur la qualité des entités soumises à la surveillance des cours de justice, traditionnellement par voie de bref de prohibition ou de *certiorari*, voir notamment *Roberval Express c. Union des chauffeurs de camions*, [1982] 2 R.C.S. 888.

Outrepasse sa juridiction le tribunal qui se trompe sur des matières que le législateur n'a pas voulu qu'elles relèvent de sa compétence. Il en est de même lorsque le tribunal abuse de ses pouvoirs, manque à la justice naturelle, ou erre en fait ou en droit d'une façon manifestement déraisonnable¹²¹. La jurisprudence restreint le domaine des questions de compétence. Elle respecte l'autonomie des tribunaux administratifs et cherche à concilier cette autonomie aux impératifs de la primauté du droit.

L'Accord prévoit d'ailleurs la surveillance des groupes spéciaux par les comités. Or, la procédure de contestation extraordinaire qu'il instaure n'équivaut pas à un véritable contrôle judiciaire. Les parties privées ne peuvent s'en prévaloir. Le groupe spécial peut, en certains cas, outrepasser sa compétence dans l'impunité. L'excès de juridiction doit être manifeste. Il doit menacer l'intégrité même du processus d'examen binational. L'indépendance du comité ne vaut pas celle d'une cour de justice. Les membres sont désignés de manière *ad hoc* et n'ont aucune garantie de voir leur mandat renouvelé. Leur immunité semble défectueuse. S'ils manquent à leur engagement de confidentialité, ils commettent une infraction et risquent une amende d'un million de dollars¹²².

Le comité n'est pas une instance spécialisée. Il est composé de juges ou d'anciens juges, qui n'ont pas à démontrer une expertise particulière dans le domaine du commerce international. L'unique fonction du comité est de se substituer aux ressorts canadiens et américains. La procédure de contestation extraordinaire présume, en matière de droits antidumping et compensateurs, de la partialité des cours de justice des deux pays.

L'Accord n'a pas modifié la substance des dispositions de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* qui permettent au Canada d'imposer des droits antidumping et compensateurs. Le groupe spécial n'applique aucune norme de droit international. Son rôle consiste à se substituer à la Cour fédérale. Il détermine si la décision révisée apparaît conforme au droit

121. Sur la notion d'excès de juridiction, à peine abordée ici, voir notamment *Union des employés de service, local 298 c. Bibeault*, précité, note 96; *Paccar of Canada Ltd. c. Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14*, [1989] 2 R.C.S. 983; *National Corn Growers c. Tribunal canadien des importations*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614.

122. Sur l'indépendance judiciaire, il est utile de se référer aux principes dégagés par la jurisprudence dans l'interprétation notamment de l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des articles 7 et 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. Ce dernier arrêt est intéressant sur l'indépendance des tribunaux *ad hoc*: 301-305 (j. en chef Lamer), 316-317 (j. Stevenson).

interne. Ses critères d'examen sont ceux qu'une cour de justice aurait appliqués. Son caractère binational, encore imparfait, ne tient qu'à sa composition. À la différence du traité de Rome, l'Accord de libre-échange n'a pas institué un nouvel ordre juridique. C'est un traité ordinaire qui n'opère nullement le transfert, à un niveau « supranational », de certains aspects de la souveraineté du Canada¹²³. Sous le prétexte de sa compétence dans le domaine des relations internationales, l'État fédéral ne peut modifier l'organisation judiciaire qu'établit la Constitution¹²⁴.

Puisque les groupes spéciaux et les comités ne voient pas leurs membres nommés conformément à l'article 96, et vu la portée excessive des clauses privatives destinées à les sauvegarder, la constitutionnalité du mécanisme prévu dans le chapitre 19 de l'Accord semble compromise¹²⁵.

Conclusion

La décision d'imposer des droits antidumping et compensateurs relève de l'Administration publique fédérale et du Tribunal canadien du commerce extérieur. Lorsque des marchandises d'origine américaine sont frappées de tels droits, le recours aux groupes spéciaux binationaux, institués suivant le chapitre 19 de l'Accord de libre-échange, se substitue à l'examen judiciaire de la Cour fédérale. Aux comités de contestation

123. Sur le caractère supranational des communautés européennes, et sur la primauté du droit communautaire, voir la jurisprudence de la Cour de justice européenne, notamment l'arrêt *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964 reproduit dans C. PHILIP, *Textes institutifs des Communautés européennes*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1990, pp. 51-52.

124. Par analogie, voir l'*Avis sur les conventions du travail*, [1937] A.C. 326, par lequel il fut décidé que le fédéral ne pouvait modifier le partage des compétences sous prétexte de mettre en œuvre des traités internationaux.

125. Le professeur Lederman estime que chaque comité de contestation extraordinaire est une cour supérieure. Dans le contexte international, ce mode d'examen serait plus approprié. Avec respect, l'indépendance des comités n'est pas celle des cours supérieures. De plus, la fonction même des groupes spéciaux et des comités relève davantage du droit interne que du droit international. Voir W.R. LEDERMAN, « Constitutional Judicial Review and the Free Trade Agreement », dans D.M. McRAE et D.P. STEGER, *Understanding the Free Trade Agreement*, Ottawa, Institut de recherches politiques, 1988, pp. 217-219. Voir aussi L. CAUCHON, *loc. cit.*, note 27, 743 et 744 ; D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Farnham, Les Publications CCH/FM ltée, mises à jour sur feuilles mobiles, 27 septembre 1991, par. 30-130. Le problème constitutionnel est soulevé dans I. BERNIER, « Les institutions dans l'Accord de libre-échange canado-américain, une structure originale en vue d'une intégration économique plus poussée », dans *Le marché canado-américain et les Communautés européennes : deux espaces en mutation*, Lyon, Centre de documentation et de recherche européennes, Faculté de droit de l'Université Jean-Moulin Lyon III, 1990, 137, p. 142 ; R.G. DEARDEN, « Antidumping and Countervailing Duty Provisions : Judicial Review by Binational Panels », dans D.M. McRAE et D.P. STEGER, *op. cit.*, pp. 96 et 97.

extraordinaire, de même espèce, est dévolue la charge de surveiller les groupes spéciaux.

Les États-Unis désignent certains membres des groupes spéciaux et des comités. L'on ne saurait soutenir que le gouverneur général nomme ces membres suivant les formalités qu'impose l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sauf lorsque la Constitution est invoquée, aucune cour de justice ne pourrait contrôler la légalité de ces entités binationales. Les clauses privatives, édictées en vue de sauvegarder le mécanisme du chapitre 19, opèrent même en cas d'excès de compétence. Or, le Parlement central, depuis l'arrêt *McEvoy*, est lié par l'article 96, et l'arrêt *Crevier* proscriit les clauses privatives qui englobent l'excès de compétence. En conséquence, nous sommes d'avis qu'est compromise la constitutionnalité du mécanisme de l'Accord.

Pour éviter d'outrepasser ses attributions, le législateur devrait modifier les clauses privatives et permettre la surveillance des groupes spéciaux par la Cour fédérale, en cas d'excès de compétence. Il devrait abolir les comités de contestation extraordinaire. Puisque ces mesures iraient à l'encontre de l'actuel Accord, et de l'Accord éventuel qui intégrera le Mexique, il est plus vraisemblable que la validité constitutionnelle du mécanisme soit un jour défendue jusqu'au plus haut ressort canadien. Si elle souhaite confirmer le mécanisme actuel, la Cour suprême devra alors limiter la portée de sa propre jurisprudence et justifier une exception à la primauté du droit, principe qui sous-tend le contrôle judiciaire des excès de compétence des tribunaux administratifs.