

L'incidence de l'ALENA sur la potentialité étatique du Canada

Vilaysoun Loungnarath, jr

Volume 36, Number 4, 1995

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043362ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043362ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Loungnarath, V. (1995). L'incidence de l'ALENA sur la potentialité étatique du Canada. *Les Cahiers de droit*, 36(4), 883–911. <https://doi.org/10.7202/043362ar>

Article abstract

Any State's capacity to lay down rules, policies and a regulatory framework for governing a vast range of societal activities, which in this paper is qualified as « State potentiality », is one of the fundamental attributes of sovereignty. The author maintains that NAFTA affects State potentiality in Canada. This assertion is illustrated by an analysis of NAFTA impact on state activities in four areas : investment, culture, energy and agriculture. In this analysis, the author assesses a working hypothesis that some limits imposed by NAFTA on State potentiality in Canada have a quasi-constitutional nature.

L'incidence de l'ALENA sur la potentialité étatique du Canada*

Vilaysoun LOUNGNARATH, jr**

La capacité de l'État d'élaborer des règles, des politiques, des modes de régulation de l'activité sociétale — capacité désignée dans la présente étude sous le vocable de potentialité étatique — s'impose comme un des attributs fondamentaux de la souveraineté. L'auteur défend la thèse que l'ALENA influe sur la potentialité étatique du Canada. Il illustre son propos par une analyse de l'incidence de l'ALENA sur l'activité étatique dans quatre secteurs : l'investissement, la culture, l'énergie et l'agriculture. Cela l'amène à évaluer la proposition selon laquelle certaines limites posées par l'ALENA à la potentialité étatique possèdent la texture d'un ordre quasi constitutionnel.

Any State's capacity to lay down rules, policies and a regulatory framework for governing a vast range of societal activities, which in this paper is qualified as « State potentiality », is one of the fundamental attributes of sovereignty. The author maintains that NAFTA affects State potentiality in Canada. This assertion is illustrated by an analysis of NAFTA impact on state activities in four areas : investment, culture, energy and agriculture. In this analysis, the author assesses a working hypothesis that some limits imposed by NAFTA on State potentiality in Canada have a quasi-constitutional nature.

* Le présent texte est une version modifiée d'une communication présentée au colloque « Tratado de libre Comercio TLC-NAFTA. Canada, México, Chile. Proyecciones y Perspectivas », tenu les 6 et 7 juillet 1995, à Viña del Mar, au Chili.

** Avocat et professeur de droit, Université de Montréal ; membre du Barreau du Québec et membre du Barreau de l'État de New York.

	<i>Pages</i>
1. L'investissement étranger dans l'ALENA et la potentialité étatique du Canada	889
1.1 L'ALENA et l'investissement : l'aménagement d'un cadre pour l'exercice de la souveraineté canadienne	890
1.1.1 Le principe du traitement national	890
1.1.2 La souveraineté aménagée par des atténuations au principe du traitement national	891
1.2 L'investissement et l'ALENA : des limites dans l'exercice de la souveraineté canadienne.....	892
1.2.1 Des obstacles au nationalisme économique	892
1.2.2 L'article 1106 de l'ALENA et certaines mesures liées à l'investissement et au commerce.....	894
1.2.3 Nationalisation, expropriation et opérations similaires.....	896
2. La clause d'exemption culturelle et la potentialité étatique du Canada	897
3. L'ALENA, l'énergie et la souveraineté du Canada	901
4. Les systèmes de gestion de l'offre de l'agriculture canadienne, la potentialité étatique et l'ALENA	904
5. L'ALENA et le Canada : vers un ordre quasi constitutionnel ?	906
Conclusion	910

Entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, l'Accord de libre-échange nord-américain¹ (ALENA) unit les États-Unis, le Mexique et le Canada dans une zone de commerce imposante par la démographie et le poids économique². Dans ce ballet à trois, le Canada est d'abord préoccupé par l'encadrement de ses rapports commerciaux avec son puissant voisin du Sud. Pourrait-on lui en tenir rigueur ? Plus de 75 p. 100 des exportations canadiennes ont pour destination le marché américain, alors qu'environ 65 p. 100 des importations

-
1. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992 (ci-après cité : « ALENA »).
 2. La population globale de ces trois pays s'élève à approximativement 384 306 000 habitants : A.S. BANKS, *Political Handbook of the World 1994-1995*, Binghamton, New York, CSA Publication, 1994. En 1991, les économies des États-Unis, du Canada et du Mexique étaient, sur la base du produit national brut (PNB), respectivement au premier, au septième et au quinzième rang mondial. Les statistiques de 1991 indiquent que le PNB des États-Unis s'élevait à 5 567 milliards de dollars américains, alors que le PNB du Canada se chiffrait à 595 milliards de dollars américains et celui du Mexique à 270 milliards de dollars américains : O. CAMBESSÉDÈS, *Atlasco de poche*, Paris, Éditions du Sérail, 1994.

canadiennes proviennent des États-Unis³. Le Canada et son voisin du Sud étaient déjà liés par l'Accord de libre-échange⁴, signé en décembre 1987 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989. L'ALENA présente plusieurs similitudes avec l'ALE : à l'instar de l'ALE, l'ALENA déploie un calendrier dont l'objectif est le démantèlement des tarifs douaniers entre les partenaires ; l'ALENA s'apparente à l'ALE par l'hégémonisme du principe du traitement national ; l'ALENA a repris dans ses chapitres XIX et XX les mécanismes de règlement des différends de l'ALE avec, il est vrai, de légères modifications. De manière générale, l'ALE a abondamment inspiré la rédaction de l'ALENA.

Le libre-échange a certainement eu une influence sur l'économie du Canada. À cet égard, une étude de l'Institut C.D. Howe, portant sur les exportations et importations du Canada pendant les trois premières années de mise en application de l'ALE, est révélatrice. Dans les secteurs libéralisés par l'accord canado-américain, les exportations vers les États-Unis ont augmenté de 33,4 p. 100 entre 1988 et 1992. Pour la même période et dans les mêmes secteurs, les exportations canadiennes vers le reste du monde ne se sont accrues que de 1,9 p. 100. Quant aux exportations en direction des États-Unis dans les secteurs qui n'ont pas été libéralisés par l'ALE, elles n'ont enregistré qu'une hausse de 9,0 p. 100, toujours pour la période 1988-1992. L'Institut C.D. Howe arrive à des conclusions similaires sur le chapitre des importations. Dans les secteurs libéralisés par l'ALE, les importations d'origine américaine ont enregistré entre 1988 et 1992 un bond spectaculaire de 28,4 p. 100, alors que la hausse n'a été que de 10,1 p. 100 pour les importations canadiennes en provenance du reste du monde. Dans les secteurs qui n'ont pas été touchés par l'ALE, les importations du Canada en provenance des États-Unis ont connu, pour la période de référence, une hausse marginale : à peine 0,7 p. 100⁵.

L'ALENA serait significatif pour le Canada sur le plan économique, du moins si l'on en juge par l'expérience de l'ALE. Mais qu'en est-il de son incidence sur le cadre juridique ? Le Canada a-t-il été secoué par une onde de choc juridique engendrée par l'ALENA ?

3. STATISTIQUE CANADA, 1993, numéros 65-202 et 65-203 au catalogue. En comparaison le commerce bilatéral Canada-Mexique est relativement peu important. En 1993, les exportations vers le Mexique représentaient moins de 0,5 p. 100 des exportations canadiennes, tandis que les importations en provenance du Mexique constituaient environ 2 p. 100 du total des importations du Canada.

4. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, n° 3, R.T. Can. 1987 (ci-après cité : « ALE »).

5. R.G. LIPSEY, D. SCHWANEN et R.J. WONNACOTT, *The NAFTA, What's In, What's Next*, Toronto, C.D. Howe Institute, 1994, p. 151.

En guise de remarque introductive sur ce thème, signalons que le Canada n'a pas eu à modifier ses textes constitutionnels pour se conformer à l'ALENA. D'ailleurs, certaines dispositions du système de l'ALENA confirment explicitement le respect intégral du cadre constitutionnel de chacun des pays signataires⁶.

L'influence — effective et potentielle — de l'ALENA sur l'ordre juridique interne du Canada se décompose en quatre éléments. Premièrement, le Parlement fédéral a dû modifier une trentaine de ses lois afin de les rendre conformes à l'ALENA⁷. Deuxièmement, il n'est pas exclu que l'accord ait une influence sur le partage des pouvoirs entre l'État central et la province canadienne. Micheline Patenaude, dans une étude intitulée *L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange*, affirme que le contexte du libre-échange a accru l'influence d'une idéologie constitutionnelle prônant l'expansion des compétences du palier central sur les matières économiques, au détriment des provinces⁸. Il est vrai que l'ALENA fournit des motifs pour certaines formes d'incursions fédérales dans des domaines de compétence provinciale. L'accord englobe des domaines de compétence provinciale exclusive, comme les services professionnels⁹ ou la distribution des vins et spiritueux¹⁰. En outre, les provinces canadiennes sont, en principe, liées par l'ALENA. Une action ou une omission provinciale incompatible avec l'ALENA engagerait la responsabilité internationale du Canada. Le palier fédéral trouve là une justification pour intervenir dans un champ de compétence provinciale autrement exclusive afin de mettre en œuvre l'accord ou, encore, dans le but d'amener une province récalcitrante à

6. Voir par exemple l'article 601 de l'ALENA, l'article 2 et l'article 1 de l'annexe 46 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, reproduit en anglais dans *NAFTA Text*, Chicago, CCH, 1994, pp. 775-804 (aussi dénommé *Accord parallèle relatif au travail*) de même que l'article 1 de l'annexe 41 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine environnemental entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, reproduit en anglais dans *NAFTA Text*, Chicago, CCH, 1994, pp. 747-774 (aussi dénommé *Accord parallèle relatif à l'environnement*).

7. *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

8. M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) 21 *R.D.U.S.* 1. Dans une optique similaire, voir aussi V. LOUNGNARATH, « L'incidence de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis sur le développement de la paradiplomatie provinciale », (1992) 26 *R.J.T.* 301.

9. Voir le chapitre 12 de l'ALENA et en particulier l'annexe 1210.5 de l'ALENA.

10. Voir l'article 312 et l'annexe 312.2 de l'ALENA, cette dernière annexe faisant notamment référence au chapitre 8 de l'ALE.

observer l'ALENA. Une illustration d'une telle intervention figure à l'article 20 de la *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*¹¹, lequel confère au gouvernement canadien le pouvoir d'adopter tout règlement nécessaire à la mise en œuvre des dispositions de l'ALENA sur le commerce des vins et spiritueux si les provinces n'ont pas agi en ce sens. Au regard de la Constitution du Canada, ce genre d'incursion fédérale pourrait, notamment, s'appuyer sur le pouvoir fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement et, en particulier, sur la doctrine de l'intérêt national qui s'y rattache¹². On pourrait aussi trouver un fondement constitutionnel dans la compétence du palier central sur le commerce international¹³, ou dans sa compétence en matière de réglementation générale du commerce, telle qu'elle a été définie dans la décision de la Cour suprême du Canada rendue dans l'affaire *General Motors of Canada c. City National Leasing*¹⁴.

Troisièmement, les traités ou accords internationaux ont une fonction interprétative en droit interne. Les tribunaux reconnaissent, en effet, qu'une ambiguïté dans une loi doit être résolue d'une manière conciliable avec les traités et accords internationaux auxquels le Canada est partie¹⁵. Ce principe s'applique autant aux lois fédérales qu'aux lois provinciales. C'est dire qu'une loi visant ou touchant des matières protégées par l'ALENA devrait recevoir une interprétation conforme à l'ALENA, en cas d'ambiguïté. Par cette fonction interprétative, l'ALENA présente une potentialité d'influence sur le droit interne.

Quatrièmement, l'ALENA viendrait limiter la capacité de l'État d'élaborer des règles, des politiques, des modes de régulation de l'activité sociale. L'ALENA réduirait la souveraineté du Canada ou, si l'on préfère, sa potentialité d'actions étatiques. De cette manière, cet accord toucherait non

-
11. *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, précitée, note 7.
 12. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, paragraphe introductif de l'article 91; sur cette doctrine, voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, pp. 441-452; cette doctrine a reçu un élan important avec la décision *R. c. Crown Zellerbach*, [1988] 1 R.C.S. 401.
 13. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 12, art. 91 (2), tel qu'il a été interprété par la décision du Conseil privé dans *Citizens Insurance Company of Canada c. Parsons*, [1881-1882] 7 A.C. 96.
 14. *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.
 15. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 12, p. 286; H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 559-600; *National Corn Growers Association c. Canada* (tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; *In the Matter of a Reference as to the Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences*, [1943] R.C.S. 208.

seulement les lois existantes, mais aussi des lois et des cadres de réglementation à venir.

Parmi les quatre formes de l'influence de l'ALENA sur l'ordre juridique interne, la dernière s'impose comme la plus critique et, politiquement, comme la plus significative. Problématique lourde d'émotions, aussi : au cours du débat national sur l'ALE, les adversaires de l'accord ont virulemment accusé le libre-échange de constituer une menace pour la souveraineté nationale, certains ténors allant jusqu'à envisager le scénario de l'annexion politique¹⁶. Ce discours — à certains égards exagérément dramatique — a néanmoins le mérite de faire ressortir le rapport ou, à tout le moins, la perception d'un rapport entre, d'une part, la nature des relations économiques entre le Canada et les États-Unis et, d'autre part, le projet politique canadien. Un rapport marqué par la récurrence historique : les États-Unis et les colonies britanniques nord-américaines avaient conclu en 1854 un traité de réciprocité instituant le libre-échange pour la plupart des produits naturels¹⁷, et la dénonciation de ce traité par les Américains 12 ans plus tard devait contribuer à la création de la Confédération canadienne¹⁸. La *National Policy* de John A. Macdonald — centrée sur le protectionnisme douanier, la substitution des importations et le soutien de l'appareil industriel national — avait pour objectif incident le renforcement de l'identité politique canadienne¹⁹ ; en 1911, le projet de libre-échange canado-américain de sir Wilfrid Laurier a été combattu par les nationalistes canadiens et la confrontation s'est soldée par la défaite électorale de l'illustre politique²⁰ ; à la fin des années 40, le gouvernement libéral de Mackenzie King jongla avec

-
16. C'est l'argument du *spill-over*. Pour une excellente synthèse des arguments favorables et défavorables au *spill-over*, voir P. SOLDATOS, « La question du Spill-over dans le débat sur le libre-échange canado-américain : vers d'autres formes d'intégration ? », dans C. DEBLOCK et M. COUTURE, *Un marché, deux sociétés ?*, 1^{re} partie, *Libre-échange et autonomie politique*, Montréal, ACFAS, 1987, pp. 91-110.
 17. *Fisheries, Commerce and Navigation in North America*, dans C.I. BEVANS, *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, Washington, Department of State Publication, 1972, pp. 116-120. Le traité fut en vigueur du 16 mars 1855 au 17 mars 1866.
 18. J.L. GRANATSTEIN, « Free Trade between Canada and the United States », dans D. STAIRS et G.R. WINHAM (dir.), *The Politics of Canada's Economic Relationship with the United States*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 29, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 11-16.
 19. *Id.*, pp. 16-20 ; A. DUBUC, « Le libre-échange : encore une fois ! », dans P.J. HAMEL (dir.), *Un marché, deux sociétés ?*, 2^e partie, *Libre-échange : aspects socio-économiques*, Montréal, ACFAS, 1987, pp. 78-81.
 20. E. THÉROUX, « Du traité de réciprocité à l'Accord de libre-échange », (1991) 25 *R.J.T.* 229, 233.

l'idée d'une zone de libre-échange nord-américaine, mais le projet dérailla à cause des craintes du premier ministre de se faire accuser d'avoir vendu le Canada aux États-Unis²¹.

La présente étude vise le quatrième aspect de l'influence de l'ALENA sur l'ordre juridique interne du Canada, soit la problématique de la relation entre cet accord et la souveraineté, définie comme une potentialité étatique. Ladite relation sera analysée par l'entremise d'un examen touchant quatre secteurs : l'investissement, la culture, l'énergie et l'agriculture. Puis nous nous demanderons si, par l'ALENA, les pouvoirs publics canadiens se trouvent soumis à un ordre de contraintes de nature quasi constitutionnelle.

1. L'investissement étranger dans l'ALENA et la potentialité étatique du Canada

Des commentateurs, comme le professeur Lazar ou le professeur Stanford, soutiennent que les dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement affaibliraient significativement la faculté de l'État de déployer des politiques industrielles interventionnistes. L'ALENA dépouillerait les pouvoirs publics de leviers susceptibles d'influer sur la nature des investissements au Canada ; il serait ainsi difficile pour l'État de poursuivre dans une perspective à long terme des objectifs de développement régional et industriel²². Ces affirmations apparaissent excessives et trahissent un parti pris idéologique. Un examen technique du chapitre XI de l'ALENA révèle néanmoins que celui-ci contient des restrictions non négligeables quant à l'exercice de la souveraineté canadienne. Nous nous proposons d'examiner, dans un premier temps, des paramètres de l'espace de souveraineté aménagé pour le Canada dans le chapitre de l'ALENA sur l'investissement et, dans un second temps, certaines contraintes, effectives ou potentielles, que l'ALENA impose aux pouvoirs publics canadiens dans sa fonction de réglementation des investissements étrangers.

21. D. STAIRS et G.R. WINHAM, « The Politics of Canada's Economic Relationship with the United States : An Introduction », dans D. STAIRS et G.R. WINHAM (dir.), *op. cit.*, note 18, pp. 1-3.

22. F. LAZAR, « Investment in the NAFTA : Just Cause for Walking Away », *Journal of World Trade*, vol. 27, n° 5, 1993, p. 24 ; J. STANFORD, « Investment », dans D. CAMERON et M. WATKINS, *Canada under Free Trade*, Toronto, J. Lorimer & Company, 1993, pp. 166-167.

1.1 L'ALENA et l'investissement : l'aménagement d'un cadre pour l'exercice de la souveraineté canadienne

1.1.1 Le principe du traitement national

Le principe du traitement national se présente comme l'articulation majeure du régime du chapitre XI de l'ALENA. En vertu de l'article 1102 de l'ALENA, le Canada ne peut pas faire de discrimination à l'égard des investisseurs des États-Unis et du Mexique, ou à l'égard des investissements effectués par ceux-ci. Cette obligation a une portée étendue. Par son objet, d'abord, puisqu'elle vise une vaste gamme d'opérations et d'activités, soit « l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements ». Aussi, il y a portée étendue du principe du traitement national par les jeux respectifs des définitions d'*investissement* et d'*investisseur d'une partie*. En effet, le terme « investissement » est libéralement défini de manière à englober non seulement une entreprise ou les titres de participation d'une entreprise mais aussi, lorsque certaines conditions sont remplies, des titres de créance, des prêts, des biens immobiliers, des droits intellectuels, voire des contrats clés en main ou des contrats de construction²³. Par ailleurs, la notion d'investissement considérée dans le chapitre XI englobe tant la mise de fond procurant un intérêt majoritaire ou un intérêt de contrôle que la participation minoritaire ou le placement de portefeuille²⁴. En cela, l'ALENA va beaucoup plus loin que l'ALE, dont le chapitre sur l'investissement ne vise pas ces deux derniers types d'intérêt financier. S'agissant de la notion d'investisseur, on notera que les entreprises constituées en vertu des lois d'un pays de la zone comprise dans l'ALENA bénéficient du régime du chapitre XI, et cela, quelle que soit leur origine ou la nationalité de leurs actionnaires²⁵.

Ajoutons à cela qu'en matière d'investissement les provinces canadiennes sont assujetties au principe du traitement national. Le troisième paragraphe de l'article 1102 de l'ALENA dissipe toute équivoque à cet égard en précisant la teneur de l'obligation à la charge de la province canadienne.

Pour ceux qui attachent de l'importance à la capacité des États de réglementer l'activité socio-économique, en général, et l'investissement, en particulier, le contour vague et imprécis du champ d'application du principe du traitement national tel qu'il s'applique aux investissements est sans doute aussi inquiétant que l'étendue de ce champ d'application. Le principe du

23. ALENA, art. 1139.

24. *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALENA*, (1994) Gaz. Can. I, 147.

25. ALENA, art. 1139 et 201.

traitement national de l'article 1102 de l'ALENA porte des ramifications insoupçonnées. L'imprécision de ses frontières, son extensibilité, tiennent à la fois au caractère ouvert et englobant de la description de son objet, et à la définition du terme « investissement ». Nous en apprendrons vraisemblablement davantage sur les contours exacts de ce principe au fil de la pratique étatique et arbitrale.

1.1.2 La souveraineté aménagée par des atténuations au principe du traitement national

S'il était posé et appliqué sans nuance, le principe du traitement national énoncé à l'article 1102 de l'ALENA parviendrait à neutraliser un spectre étendu d'initiatives destinées à orienter, à discipliner ou à doser l'investissement étranger au Canada. C'est là une hypothèque de poids sur la potentialité étatique ! La puissance de feu redoutable de l'article 1102 de l'ALENA a amené le Canada à aménager des zones d'exception, principalement au moyen de réserves inscrites dans l'annexe 1 à l'accord. Ainsi, l'essentiel de la *Loi sur Investissement Canada*²⁶ est sauvegardée, du moins sur le plan qualitatif. Aux termes de cette loi, tout investissement portant sur l'acquisition directe ou indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne dont les actifs excèdent en valeur un certain seuil est soumis à une procédure d'examen administrée par une agence gouvernementale, l'agence Investissement Canada. La prise de contrôle sera autorisée s'il est démontré que « l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada²⁷ ». L'ALENA relève cependant le seuil d'examen relatif à l'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne par des investisseurs américains ou mexicains²⁸, s'inscrivant en cela dans le prolongement de l'ALE. Ce seuil est de l'ordre de 150 millions de dollars, ce qui est 30 fois plus important que le seuil applicable aux autres investisseurs étrangers. De plus, l'ALENA dispense les investisseurs américains ou mexicains de la procédure d'examen pour l'acquisition indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne, alors que les autres investisseurs étrangers sont, en principe, assujettis à un seuil d'examen de 50 millions de dollars pour ce type d'opération.

26. *Loi sur Investissement Canada*, L.R. (1985), c. 28 (1^{er} suppl.), telle qu'elle a été modifiée. Cette loi est, pour l'essentiel, sauvegardée par la réserve 2 de l'annexe 1 de l'ALENA.

27. *Id.*, art. 21.

28. Pour l'application de ce seuil particulier, la définition du terme « investisseur » de l'ALENA a été écartée au profit du système de la *Loi sur Investissement Canada* : ALENA, para. 9 de la réserve 2 de l'annexe 1.

Par ailleurs, le Canada a soustrait de l'application de l'article 1102 de l'ALENA certains secteurs jugés névralgiques : pétrole et gaz naturel²⁹, énergie nucléaire³⁰, pêcheries³¹, transport aérien³² et maritime³³, télécommunications³⁴, services sociaux³⁵, industries culturelles³⁶. À signaler cependant que le principe du traitement national s'applique aux investissements effectués dans les institutions financières³⁷; à cet égard, l'ALENA se distingue de l'ALE.

Les gouvernements fédéral et provinciaux ne sont pas contraints par les règles de l'article 1102 de l'ALENA dans le contexte de la privatisation totale ou partielle d'une société d'État ou d'une entité gouvernementale, ou d'une opération similaire comme la vente de leurs actifs. C'est dire que le montage de ces opérations pourrait inclure des conditions relatives à la nationalité des personnes à qui les titres de participation ou les actifs sont transférés; de même, des conditions pourraient être établies quant à la nationalité des dirigeants ou des membres du conseil d'administration de la société privatisée ou acquéresse des actifs³⁸.

1.2 L'investissement et l'ALENA : des limites dans l'exercice de la souveraineté canadienne

1.2.1 Des obstacles au nationalisme économique

Les dispositions de l'ALENA relatives à l'investissement contraignent les gouvernements du Canada dans leur fonction de conception et de mise en œuvre des modes de régulation socio-économiques. La principale restriction réside dans le principe du traitement national énoncé à l'article 1102 de l'ALENA. La sévérité de la contrainte associée à cette disposition tient essentiellement à quatre facteurs. Premièrement, la description de l'objet du principe et les définitions d'investissement et d'investisseur confèrent à l'article 1102 de l'ALENA une portée étendue. Deuxièmement, un certain flottement entoure les frontières du champ d'application du principe, dont le

29. *Id.*, réserve 15 de l'annexe 1.

30. *Id.*, réserve 18 de l'annexe 1.

31. *Id.*, réserve 19 de l'annexe 1.

32. *Id.*, réserve 21 de l'annexe 1 et réserve 8 de l'annexe 2.

33. *Id.*, réserves 9 et 10 de l'annexe 2.

34. *Id.*, réserve 3 de l'annexe 2.

35. *Id.*, art. 1101 (4) et réserve 7 de l'annexe 2.

36. *Id.*, annexe 2106; ALE, art. 2005.

37. Cela se produit par l'opération de l'article 1405 (2) de l'ALENA plutôt que par le jeu de l'article 1102 de l'ALENA.

38. ALENA, para. 9 de la réserve 3 de l'annexe 1.

tracé sera, selon toute vraisemblance, largement tributaire de la pratique étatique et arbitrale. Troisièmement, la principale exception au principe du traitement national, celle qui concerne le maintien du système de la *Loi sur Investissement Canada*, est poreuse : n'est soumise à un examen que la prise de contrôle d'envergure, et encore faut-il que l'acquisition du contrôle soit directe. Quatrièmement, enfin, la plupart des exceptions à l'article 1102 de l'ALENA opèrent sur le modèle de la clause d'antériorité : les mesures sauvegardées telles qu'elles existaient le 7 octobre 1992³⁹ sont assimilables à un plancher normatif ; est interdite la modification à une mesure qui aurait pour conséquence d'accroître l'écart entre cette mesure et l'article 1102 de l'ALENA⁴⁰.

Le principe du traitement national énoncé à l'article 1102 de l'ALENA gruge donc la souveraineté nationale. Par exemple, le Canada ne pourrait pas restaurer l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*⁴¹. Cette loi, plus musclée que la *Loi sur Investissement Canada*, fut adoptée en 1973. Elle reflétait une certaine méfiance à l'égard du capitalisme multinational et un discours axé sur le nationalisme économique, surtout populaire au Canada anglais. À l'époque, d'aucuns estimaient cette loi nécessaire pour contrer le danger que les Canadiens deviennent « mere hewers of wood and drawers of water in a branch plant economy⁴² ». Comme cela ressort de l'article 2 (1) de la loi, le Parlement était préoccupé par le danger que le contrôle de l'industrie et le contrôle du commerce canadiens passent entre les mains d'étrangers. Sous le régime de la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, la quasi-totalité des acquisitions d'entreprises canadiennes existantes par des intérêts étrangers et la constitution par ceux-ci de nouvelles entreprises canadiennes se trouvaient à faire l'objet d'un examen⁴³. En principe, le feu vert n'était donné à l'investissement que s'il était susceptible d'apporter « des avantages appréciables au Canada⁴⁴ ». La dure récession de 1981-1982 et, surtout, l'élection en 1984 des conservateurs de Brian

39. M. GESTRIN et A.M. RUGMAN, *The NAFTA's Impact on the North American Investment Regime*, Toronto, C.D. Howe Institute, Commentary 42, mars 1993, p. 4.

40. ALENA, art. 1108 (1) (c). Signalons toutefois qu'il n'y a pas de clause d'antériorité à portée générale comme dans l'ALE ; en principe, seules sont immunisées les lois précisément mentionnées dans les annexes, selon des modalités et des limites spécifiées dans celles-ci.

41. *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, S.C. 1973-74, c. 46, telle qu'elle a été modifiée.

42. R. DEIGAN, *Investing in Canada: The Pursuit and Regulation of Foreign Investment*, Toronto, Thompson, 1991, p. 4.

43. E.J. ARNETT, « From Fira to Investment Canada », (1985) 24 *Alta. L. Rev.* 1, 2.

44. *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, précitée, note 41, art. 2 (1).

Mulroney à la tête du gouvernement fédéral devaient sonner le glas de cette loi. Elle fut abrogée en 1985 et remplacée par la *Loi sur Investissement Canada*. Cette loi, toujours en vigueur, s'avère engageante à l'égard de l'investissement étranger, en faisant de sa promotion un objectif. Les seuils d'examen pour les acquisitions y sont plus élevés que dans la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*; aussi, la *Loi sur Investissement Canada* dispense de la procédure d'examen les investissements liés à la création de nouvelles entreprises. D'où une réduction radicale du nombre d'investissements soumis à un examen, de l'ordre de 90 p. 100 selon certaines estimations⁴⁵. Par ailleurs, le législateur a substitué au critère de l'investissement procurant des avantages appréciables au Canada celui de l'investissement à l'avantage net du Canada, moins sévère. À quelques nuances près, la *Loi sur Investissement Canada* a été sauvegardée par une réserve de l'annexe 1, laquelle fonctionne comme un plancher normatif⁴⁶.

1.2.2 L'article 1106 de l'ALENA et certaines mesures liées à l'investissement et au commerce

L'article 1106 de l'ALENA relativise lui aussi l'exercice de la souveraineté en interdisant certaines mesures par lesquelles l'administration subordonne l'autorisation d'un investissement à des engagements commerciaux de la part de l'investisseur. Cette disposition pose ainsi une prohibition de principe à l'égard de l'exécution d'engagements et de prescriptions concernant l'exportation, le contenu national, l'approvisionnement en produits nationaux ou auprès de fournisseurs nationaux, le volume et la valeur des importations, le transfert de technologie ou l'exclusivité de la distribution des produits ou des services découlant de l'investissement.

L'article 1106 de l'ALENA présente donc la potentialité de perturber la pratique administrative relevant de la *Loi sur Investissement Canada*. Par le jeu des articles 19 c) et 21 de la *Loi sur Investissement Canada*, l'investisseur étranger qui cherche à acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne peut prendre des engagements écrits concernant la conduite commerciale de celle-ci et, en particulier, concernant ses politiques d'achat et l'exportation de sa production. L'administration prendra ces engagements en considération dans sa décision d'autoriser ou non l'investissement. On notera que la loi n'exige pas que de tels engagements soient pris. L'administration de l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* avait évolué de

45. E.J. ARNETT, *loc. cit.*, note 43, 4.

46. *Loi sur Investissement Canada*, précitée, note 26 et texte correspondant; *supra*, note 40 et texte correspondant.

telle manière qu'il était devenu la règle de présenter des engagements à l'appui des grands projets d'investissement ; mais, sous l'empire de la *Loi sur Investissement Canada*, cette pratique est occasionnelle⁴⁷. Il reste que ces engagements se retrouvent dans le domaine de l'article 1106 (1) de l'ALENA : d'une part, l'engagement crée une relation contractuelle avec l'administration et peut, par conséquent, faire l'objet d'une exécution forcée⁴⁸ ; d'autre part, dans l'affaire *Canada — Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*⁴⁹, un groupe spécial du GATT assimilait ce genre d'engagement à une prescription au sens de l'article III (4) du GATT. À cause de l'article 1106 (1) de l'ALENA, il devient ardu pour l'administration d'obtenir d'un investisseur des engagements, à moins que l'engagement ne se rapporte pas à un élément énuméré dans cet article⁵⁰ ou à moins que l'administration ne puisse s'autoriser d'une des exceptions aménagées dans l'accord ou ses annexes.

L'article 1106 de l'ALENA va beaucoup plus loin que les règles du cadre multilatéral du GATT et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Dans l'affaire *Canada — Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, le groupe spécial avait certes conclu que les engagements d'approvisionnements pris par des investisseurs étrangers en vertu de l'ancienne *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* étaient des prescriptions incompatibles avec le principe du traitement national ; mais il avait aussi décidé que les engagements relatifs à la fabrication et au contenu national étaient hors la compétence du GATT⁵¹ ; en outre, il avait statué que les engagements en matière d'exportation n'étaient frappés d'aucune incompatibilité avec le GATT. L'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*⁵², issu de l'Uruguay Round, s'inscrit dans la mouvance de cette décision en cherchant à discipliner, pour l'essentiel, des mesures relatives à l'approvisionnement en produits nationaux ou à l'importation.

47. R. DEIGAN, *op. cit.*, note 42, p. 216 ; S. LE GOUËFF, «Loi sur Investissement Canada — Le contrôle des investissements au Canada», (1986) 64 *R. du B. can.* 703, 715.

48. *Loi sur Investissement Canada*, précitée, note 26, art. 39 et 40 ; P.R. HAYDEN, J.H. BURNS et S.A. GOODEVE, *Foreign Investment in Canada*, vol. 2, Scarborough, Prentice-Hall, 1992, p. 30,037.

49. *Canada — Administration de la loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L/5504, IBDD supplément n° 30, p. 147 (rapport adopté le 7 février 1984).

50. ALENA, art. 1106 (5).

51. *Supra*, note 49, 167.

52. Accord reproduit dans SECRÉTARIAT DU GATT, *Résultat des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994, pp. 172-176.

1.2.3 Nationalisation, expropriation et opérations similaires

Selon l'article 1110 de l'ALENA, le Canada ne pourra pas nationaliser ni exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur du Mexique ou des États-Unis, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement, sauf : a) pour une raison d'intérêt public ; b) sur une base non discriminatoire ; c) conformément à l'application régulière de la loi et des normes minimales de traitement posées par le droit international⁵³ ; et d) moyennant le versement d'une indemnité correspondant à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié. La règle s'intègre aisément au droit interne canadien et, si l'on en juge par l'expérience de l'ALE, elle ne devrait pas provoquer de bouleversements dans le traitement juridique des nationalisations et des expropriations.

Néanmoins, ce principe pourrait être employé pour contester des actions gouvernementales ou législatives. C'est du moins ce que suggèrent deux épisodes récents. Dans le premier, les géants du tabac américain Phillip Morris et R.J. Reynolds ont fait valoir que leurs marques de commerce seraient expropriées par une loi fédérale prescrivant la vente de cigarettes dans des emballages génériques et banalisés. Selon les deux sociétés américaines, une telle pièce de législation serait contraire à l'article 1110 de l'ALENA, à moins qu'une compensation de plusieurs centaines de millions de dollars ne leur soit versée⁵⁴. Le second épisode met en cause des investisseurs américains parties à un bail à long terme relatif au réaménagement de deux aérogares de l'aéroport international de Toronto. À la suite d'un changement de gouvernement, le bail fut annulé par une loi fédérale. Il a été soutenu que cette loi tombait sous le coup de l'article 1110 de l'ALENA et qu'au regard de cette disposition la compensation prévue par la loi était insuffisante⁵⁵.

L'article 1110 de l'ALENA vient restreindre l'exercice de la souveraineté canadienne. À cet égard, le caractère restrictif de cette norme tient principalement à son autonomie par rapport à l'ordre juridique interne. Le chapitre XI prévoit que les différends entre une partie et un investisseur d'une partie seront soumis à une procédure d'arbitrage ou traités par un groupe spécial constitué en vertu du chapitre XX. En définitive, la délimita-

53. ALENA, art. 1105 (1).

54. R.J. HOFLEY, « NAFTA's Investment Dispute Regime Awaits Test », *NAFTA Watch*, 15 septembre 1994, p. 7 ; D. SCHNEIDERMAN, « Canadian Constitutionalism and Sovereignty After NAFTA », dans D. SCHNEIDERMAN, *Constitutional Forum*, vol. 5, Edmonton, Centre for Constitutional Studies, 1994, p. 97.

55. « Does Canadian Bill Violate NAFTA », *NAFTA Watch*, 30 novembre 1994, p. 1.

tion du champ d'application de l'article 1110 de l'ALENA se fera par l'entremise de processus extrinsèques de l'ordre juridique interne et du cadre constitutionnel canadien. Un arbitre ou un groupe spécial pourra éventuellement être appelé à décider de la légalité d'une nationalisation ou d'une expropriation. Quant aux règles matérielles applicables et à leurs sources, une certaine confusion règne. Par exemple, à quel système de droit fera-t-on référence pour déterminer si une mesure étatique a la consistance d'une expropriation ou équivaut à une expropriation ? Il serait étonnant que l'on se rapporte exclusivement au droit interne du pays attentatoire aux droits privés. Une solution plus appropriée consisterait à recourir aux principes du droit international public. Est aussi envisageable l'élaboration de règles propres à l'ALENA : un système éclectique, un panachage de droit international public, de droit américain, de droit mexicain et de droit canadien⁵⁶. Dans ces deux dernières hypothèses, la norme est localisée hors la portée de l'État canadien, que ce soit au niveau fédéral ou provincial. Au fait, il ne serait pas étonnant que l'obligation d'indemnisation découlant de l'article 1110 de l'ALENA englobe un territoire plus vaste que son pendant en droit interne canadien : comme nous le soulignons plus haut, la définition d'investissement de l'article 1139 de l'ALENA est fort généreuse ; par ailleurs, le concept de « mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un investissement » est ambigu et pourrait réserver des surprises.

2. La clause d'exemption culturelle et la potentialité étatique du Canada

Les industries culturelles canadiennes sont, en principe, exclues de l'ALENA. En effet, l'annexe 2106 de l'ALENA reconduit par renvoi la clause d'exemption culturelle que le Canada avait péniblement arrachée aux États-Unis au moment des négociations portant sur l'ALE⁵⁷. L'opinion publique canadienne était alors fort préoccupée par les enjeux culturels du libre-échange. Selon la thèse prédominante, la capacité de l'État de protéger et de promouvoir les industries culturelles ne devait pas être tronquée. Il était plaidé que les industries culturelles canadiennes devaient assumer un état d'infériorité économique structurelle devant les géants américains, et que plusieurs d'entre elles ne supporteraient pas le libre-échange. L'accent était mis tantôt sur le rôle clé joué par ces industries dans la mise en forme

56. C'est une avenue préconisée par R.G. DEARDEN, « Arbitration of Expropriation Disputes between an Investor and the State under the North American Free Trade Agreement », *Journal of World Trade*, vol. 29, n° 1, 1995, p. 117.

57. I. BERNIER, « La dimension culturelle dans le commerce international : quelques réflexions en marge de l'accord de libre-échange Canada/États-Unis du 2 janvier 1988 », *ACDI*, vol. 25, 1987, pp. 251-254 ; G. CARR, « Culture », dans D. CAMERON et M. WATKINS, *op. cit.*, note 22, pp. 204-206.

de l'identité culturelle du Canada anglais, tantôt sur leur apport à la culture québécoise, originale mais fortement minoritaire en Amérique du Nord.

Par la clause d'exemption culturelle, le Canada serait parvenu à préserver un pan important de sa potentialité étatique. Cette clause n'a d'ailleurs pas manqué de provoquer des grincements de dents aux États-Unis, où le poids du commerce sur la culture produit un réflexe : celui d'assimiler la culture à n'importe quelle autre industrie, matériaux de construction ou pots de confiture. Et partant, se dessine une opposition de principe à tout traitement différencié pour les industries culturelles. Malgré tout, un rempart a été érigé... Mais est-il sans faille ?

Avant de s'intéresser à cette question, il convient de décrire la clause d'exemption culturelle et son mécanisme de fonctionnement. Le premier paragraphe de l'article 2005 de l'ALE pose qu'en principe « les industries culturelles sont exemptées des dispositions du présent accord ». Évidemment, une mesure qui n'entre pas dans le champ d'application de l'ALENA ou qui n'est pas contraire à une disposition de l'ALENA n'a pas à se justifier par la clause d'exemption culturelle. C'est une lapalissade, mais une lapalissade d'importance, car dans ce cas, une partie touchée par la mesure ne pourra pas s'autoriser du deuxième paragraphe de l'article 2005 de l'ALE pour prendre des mesures compensatoires. On signalera, en passant, que, sans égard à la portée de l'exemption culturelle, le degré d'emprise de l'ALENA sur les industries culturelles n'est pas clairement défini. Cela tient à plusieurs facteurs. Sans que l'énumération soit exhaustive, signalons le flottement entourant la notion de traitement national en matière d'industries culturelles, la controverse sur l'applicabilité aux programmes de télévision de l'article IV du GATT de 1947, qui autorise à certaines conditions les contingents à l'écran sur les films cinématographiques impressionnés⁵⁸, et le débat sur l'existence d'un principe général de droit international reconnaissant une exemption culturelle dans la réglementation des échanges commerciaux internationaux⁵⁹.

La clause d'exemption culturelle a une portée limitée par la définition d'*industrie culturelle* de l'article 2107 de l'ALENA. Certaines activités artistiques échappent à cette définition, comme les arts de la scène et les arts

58. Sur cette question, voir notamment J. FILIPEK, « Culture Quotas: The Trade Controversy over the European Community's Broadcasting Directive », (1992) 28 *Stan. J. of Int. L.* 323, 337-342. Cette disposition du GATT est vraisemblablement intégrée aux systèmes de l'ALE et de l'ALENA par les jeux respectifs des articles 501 de l'ALE et 301 de l'ALENA, relatifs au traitement national : I. BERNIER, *loc. cit.*, note 57, 255-256.

59. J. FILIPEK, *loc. cit.*, note 58, 31. Ce principe général de droit serait fondé sur la théorie que les produits culturels doivent jouir d'un traitement distinct parce qu'ils « reflect, reinforce, and shape a nation's values and traditions ».

plastiques. Sa rédaction claire ne la met pas à l'abri de tout soupçon : les juristes Bernier et Malépart soulignent que « l'évolution rapide de la technologie dans des domaines comme celui de l'audiovisuel, alliée à une libéralisation de plus en plus poussée dans le domaine des télécommunications, pourrait entraîner des problèmes d'interprétation fort complexes comme celui de déterminer si une réglementation est relative aux industries culturelles ou aux télécommunications⁶⁰ ».

L'exemption des industries culturelles découlant du premier paragraphe de l'article 2005 de l'ALE n'est pas étanche ; en effet, le deuxième paragraphe de cette disposition dispose que « chaque partie pourra prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction à des interventions qui seraient incompatibles avec le présent accord, si ce n'était du paragraphe 1 ». L'adoption unilatérale de mesures compensatoires est donc expressément autorisée par l'article 2005 (2) de l'ALENA ; cela fait figure de singularité dans l'économie d'un accord qui veut être un cadre trilatéral axé sur le contrôle des rapports interétatiques par la règle de droit. De l'avis de la plupart des commentateurs, ces mesures compensatoires peuvent viser d'autres secteurs que la culture⁶¹. Deux zones grises entachent le mécanisme de l'article 2005 (2) de l'ALENA. D'abord, on s'est interrogé sur la nature de l'incompatibilité envisagée : s'agit-il d'une incompatibilité avec une disposition de l'ALE ou avec une disposition de l'ALENA ? L'ALENA a une portée plus étendue que l'ALE⁶². Aussi, sa densité normative est plus grande. L'incompatibilité serait donc plus facile à débusquer dans l'ALENA que dans l'ALE. Deuxièmement, il n'est pas acquis, bien que cela soit probable, que l'on puisse employer le mécanisme de règlement des différends du chapitre XX pour contester l'emploi de la clause d'exception culturelle ou, encore, mettre en question le droit d'une partie de recourir à des mesures compensatoires, leur nature, leur ampleur⁶³.

60. I. BERNIER et A. MALÉPART, « Les dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain relatives à la propriété intellectuelle et la clause d'exemption culturelle », (1994) 6 *C. de P.I.* 139, 148.

61. *Id.*, 149-150.

62. Par exemple, la propriété intellectuelle est protégée par l'ALENA alors qu'elle ne l'est pas dans l'ALE. Aussi, l'ALENA vise un plus grand nombre de services que l'ALE.

63. I. BERNIER et A. MALÉPART, *loc. cit.*, note 60, 149 et 155. L'incertitude s'explique par le fait que l'ALENA renvoie à la clause d'exemption culturelle de l'ALE. Or, l'article 2011 (2) de l'ALE soustrait les mesures prises en vertu de la clause d'exemption culturelle de l'application de dispositions du chapitre 18 de l'ALE relatives au règlement des différends. On ne retrouve pas d'exception similaire dans l'ALENA. La question est donc de savoir si le renvoi de l'ALENA à l'ALE englobe uniquement l'article 2005 de l'ALE ou plutôt le couple composé des articles 2005 et 2011 (2) de l'ALE. Le premier scénario apparaît comme le plus crédible.

Eu égard à l'interprétation et à l'application de la clause d'exemption culturelle, la pratique diplomatique américaine s'est révélée énergique et expansionniste. Ainsi, le gouvernement américain a menacé le Canada de mesures de représailles si celui-ci instaurait un droit d'accise sur le périodique ou le magazine imprimé au Canada dont le contenu rédactionnel est calqué sur une édition étrangère et qui contient de la publicité destinée au marché canadien⁶⁴. Cette mesure avait été proposée afin de contrecarrer une pratique imaginée par la société américaine *Time Warner* avec sa revue *Sport Illustrated*, consistant à imprimer au Canada une édition dont le contenu est pratiquement le même que celui du numéro régulier. Cela, en tirant profit des techniques de transmission électronique des données. Le procédé, fort habile, permet de contourner les lois douanières canadiennes, lesquelles interdisent l'importation de tout périodique dont plus de 5 p. 100 de la publicité s'adresse au public canadien. L'administration américaine étudiait aussi la possibilité d'imposer des sanctions commerciales en réaction à la décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) de forcer le retrait des ondes canadiennes de Country Music Television, une chaîne américaine de musique *country*. Ce retrait avait pour but de faire place à une nouvelle chaîne de musique *country* appartenant à des intérêts canadiens. La décision du CRTC était pourtant conforme aux conditions du permis accordé à la chaîne de Nashville⁶⁵. Comme le font cyniquement remarquer des commentateurs, « le gouvernement des États-Unis semble d'avis que toute intervention canadienne dans le domaine culturel ne se justifie que par le recours à la clause d'exemption culturelle et ouvre automatiquement la porte à des mesures d'effet commercial équivalent⁶⁶ ».

Les Américains ont donc choisi de placer la clause d'exemption culturelle sur le terrain de la diplomatie combative, encouragés en cela par la caution plus ou moins implicite donnée par le deuxième paragraphe de

64. I. BERNIER et S. DUFOUR, « Du bois d'œuvre à la culture : quelques remarques à propos de deux sujets récurrents de dispute entre le Canada et les États-Unis », *Bulletin de libre-échange*, vol. 5, n° 1, 1995, pp. 2-3 ; « U.S. Threatens Retaliatory Action if Canada Taxes Magazine Advertising », *NAFTA Watch*, 23 juin 1994, p. 5.

65. I. BERNIER et S. DUFOUR, *loc. cit.*, note 64, 3 ; H. JARQUE, « Chronique du libre-échange », *Bulletin de la Société de droit international économique*, vol. 8, n° 1, printemps 1995, p. 29 ; le différend a connu un dénouement au mois de juin 1995 alors que la société américaine propriétaire de la chaîne Country Music Television obtenait une prise de participation monétaire dans la nouvelle chaîne de musique *country* choisie par le CRTC : « U.S. Channel Wins Cable Fight », *The [Toronto] Globe and Mail*, 22 juin 1995, p. A1 et A9 ; « Canada, U.S. Near Resolving Cultural Battle », *The [Toronto] Globe and Mail*, 21 juin 1995, p. A1 et A6.

66. I. BERNIER et S. DUFOUR, *loc. cit.*, note 64, 3.

l'article 2005 de l'ALE à la culture de l'unilatéralisme. Ils laissent ainsi l'impression de vouloir profiter de la brèche pratiquée dans cette clause pour faire de l'ALENA le banc d'essai de leur conception de la réglementation économique des produits et services culturels. Avec peut-être l'espoir secret de l'imposer par la suite dans le cadre multilatéral de l'OMC... Retour de flamme : la clause d'exemption culturelle avait pour vocation de préserver un espace critique de la souveraineté canadienne dans un cadre bilatéral, puis trilatéral ; voilà qu'elle porte une charge d'unilatéralisme, qu'elle s'inféode à une conception du libre-échange et de la culture réductrice pour cet espace de souveraineté.

3. L'ALENA, l'énergie et la souveraineté du Canada

Puissance énergivore, les États-Unis recherchaient par l'ALE et l'ALENA un accès plus sûr aux ressources énergétiques canadiennes⁶⁷. En particulier, les Américains avaient été irrités par certains aspects des politiques pétrolières mises en avant par le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau dès le milieu des années 70, dont le fameux *Programme énergétique national*. Celui-ci consistait en un train de mesures essentiellement interventionnistes et fiscales axées sur des objectifs de *canadianisation* de l'industrie pétrolière et d'autosuffisance⁶⁸. Le programme installait notamment un écart différentiel entre le prix du pétrole pratiqué sur le marché domestique et le prix à l'exportation, à l'avantage de l'appareil productif et des consommateurs canadiens⁶⁹. Les conservateurs, élus à Ottawa en 1984, avaient démantelé l'essentiel de ce programme ; mais les Américains cherchaient par le cadre de l'ALE à écarter tout danger de récédive. Leurs objectifs ont vraisemblablement été atteints, dans l'ALE puis dans l'ALENA⁷⁰. Ainsi, il serait contraire à l'ALENA d'instituer une structure duale de prix semblable à celle du *Programme énergétique national*. En

67. J.P. LACASSE, « L'accès aux ressources et l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis », (1988) 19 *R.G.D.* 127, 132 ; J.O. SAUNDERS, « GATT, NAFTA and North American Energy Trade: A Canadian Perspective », (1994) 12 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 4, 7.

68. M. DUQUETTE, *Énergie et fédéralisme au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1992, p. 138.

69. J.O. SAUNDERS, *loc. cit.*, note 67, 7.

70. S. CLARKSON, « Constitutionalizing the Canadian-American Relationship », dans D. CAMERON et M. WATKINS, *op. cit.*, note 22, p. 13 : « defenders and opponents of the FTA alike agree that it will make the undertaking of another National Energy Program impossible ». J.P. LACASSE, *loc. cit.*, note 67, 141 : celui-ci affirme que l'ALE empêcherait le Canada d'« adopter un programme énergétique national comme celui de 1980 ». On notera que, en ce qui a trait aux échanges de produits énergétiques entre les États-Unis et le Canada, le régime de l'ALENA a repris de façon presque intégrale celui de l'ALE.

effet, l'article 604 de l'ALENA interdit les droits, taxes ou frais relativement à l'exportation d'un produit énergétique à moins que ceux-ci ne visent aussi les produits destinés à la consommation intérieure. Par ailleurs, l'article 603 (2) de l'ALENA empêche, en principe, le Canada d'imposer des prix minimaux à l'exportation.

S'agissant des produits énergétiques, l'ALENA est plus restrictif pour la souveraineté nationale que les cadres du GATT et de l'OMC⁷¹. À deux titres, en particulier : en premier lieu, les parties se sont entendues à l'article 603 (2) de l'ALENA sur une interprétation des dispositions du GATT — notamment l'article XI du GATT de 1947 — qui interdit l'imposition de prix minimaux ou maximaux à l'exportation. Nous l'évoquons plus haut. Or, dans les cadres multilatéraux du GATT et de l'OMC, cette interprétation n'est pas formellement accréditée. Comme le fait remarquer le professeur Saunders, « under GATT practice, parties have made frequent uses of such measures, especially in the energy sector⁷² ». En deuxième lieu, les systèmes du GATT et de l'OMC n'interdisent pas, en principe, les taxes à l'exportation discriminatoires⁷³. Solution contraire retenue dans l'article 604 de l'ALENA. Incidemment, cette disposition permettrait d'attaquer une loi exigeant la transformation d'une ressource énergétique dans une province ou au Canada avant son exportation, sous peine de sanction financière⁷⁴.

Quelques mots sur la clause proportionnelle, énoncée à l'article 605 de l'ALENA. Cette clause donne aux États-Unis l'assurance que sera maintenue leur part de tous les approvisionnements disponibles advenant l'imposition de restrictions quantitatives canadiennes sur un produit énergétique. À noter cependant que l'obligation de fournir un accès proportionnel n'existe que si les restrictions quantitatives sont déployées pour faire face à une situation de pénurie ou sont intégrées à un plan non discriminatoire de conservation de la ressource. Certains ont cru, à une époque, que cette clause d'accès proportionnel créait une obligation onéreuse à la charge du Canada, celle de partager ses ressources avec les États-Unis en cas de pénurie⁷⁵. D'aucuns remettent en cause cette interprétation, jugée excessive : l'obligation placée sur l'État par l'article 605 de l'ALENA consisterait, plus simplement, à « s'abstenir d'imposer des restrictions qui réduiraient

71. J.O. SAUNDERS, *loc. cit.*, note 67, 12.

72. *Ibid.*

73. *Id.*, 13 ; A. PLOURDE, « Canada's International Obligations in Energy and the Free-Trade Agreement with the United States », *Journal of World Trade*, vol. 24, n° 5, 1990, p. 47.

74. J.P. LACASSE, *loc. cit.*, note 67, 141.

75. *Id.*, 144.

directement la part des approvisionnements commercialement offerts aux clients de l'autre pays⁷⁶ ».

Le deuxième paragraphe de l'article 606 de l'ALENA fait ressortir un préjugé favorable à l'endroit des valeurs du libéralisme en demandant à chacun des pays signataires de faire en sorte que les organismes de réglementation de l'énergie sur son territoire évitent, dans la mesure du possible, de perturber les relations contractuelles. Il sera intéressant de voir dans quelle mesure cette disposition influera sur la conduite des organismes canadiens de réglementation de l'énergie. Et partant sur la souveraineté nationale, sur laquelle repose, en partie, l'autonomie décisionnelle de ces organismes de réglementation. Déjà, l'ALE — qui ne contient pas une telle clause⁷⁷ — avait été invoqué devant l'Office national de l'énergie (ONE) dans l'affaire *Association pétrolière du Canada, demande aux fins de révision de la décision concernant l'Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*⁷⁸. Cette décision se rapporte à un conflit concernant des ventes de gaz naturel canadien sur le marché du nord de la Californie. Dans la foulée d'une baisse des prix *spot* du gaz naturel, la California Public Utilities Commission (CPUC) avait exigé d'un distributeur de gaz naturel la renégociation de contrats d'approvisionnement à long terme, de façon à accroître leur souplesse et à réduire les planchers d'achat. Par ailleurs, la CPUC soupçonnait que les prix fixés dans ces contrats privés étaient sensiblement plus élevés que ceux qui étaient pratiqués sur le marché canadien⁷⁹.

La décision du régulateur californien causait un préjudice considérable aux producteurs de gaz naturel albertains. Sans entrer dans le détail de cette saga, mentionnons que l'Association pétrolière du Canada saisit l'ONE de cette affaire. Il était notamment demandé à l'Office d'interdire certaines exportations de gaz naturel à court terme destinées au marché du nord de la Californie au moyen d'une condition imposée aux ordonnances d'exportation. Sur ce point, l'Office accueillit la demande de l'Association pétrolière du Canada.

L'affaire *Association pétrolière du Canada, demande aux fins de révision de la décision concernant l'Alberta and Southern Gas Co. Ltd.* est intéressante à plus d'un égard. L'épisode s'est déroulé en marge des

76. *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALENA*, précité, note 24, 117.

77. A. PLOURDE, *Energy and the NAFTA*, Toronto, C.D. Howe, Institute Commentary 46, mai 1993, p. 9.

78. *Association pétrolière du Canada, demande aux fins de révision de la décision concernant l'Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, Office national de l'énergie (ONE), décision GH-R-1-91, juin 1992.

79. *Id.*, 12.

négociations de l'ALENA ; la conduite de la CPUC dans ce dossier n'est certes pas étrangère à l'élaboration de l'article 606 (2) de l'ALENA. Ensuite, l'Office national de l'énergie reconnaît que ses pouvoirs discrétionnaires sont circonscrits par l'ALE⁸⁰ ; en toute logique, cette conclusion s'étend *mutatis mutandis* à l'ALENA. Par contre, et c'est le troisième point, l'organisme de réglementation interprète et déploie l'article 904 de l'ALE de manière à conserver sa marge de manœuvre. Cette disposition est une copie à peu près conforme de l'article 605 de l'ALENA, que nous avons commenté brièvement plus haut. L'Office écarte la thèse de l'incompatibilité entre la condition envisagée et l'article 904 de l'ALE. Selon l'organisme, cette condition n'est pas une restriction au sens de l'ALE parce qu'elle ne limitera pas le volume total de gaz expédié par le Canada aux États-Unis ; de plus, sa mise en place ne privilégie pas les acheteurs canadiens et elle n'équivaut pas à une mesure de fixation des prix, lesquels résultent de la négociation. Travaillant ensuite avec l'hypothèse que la condition en cause constitue une restriction, l'organisme de réglementation opine que cette condition pourrait tout de même être justifiée par l'article 904 de l'ALE, puisque les conditions énoncées à ses sous-alinéas a), b) et c) sont remplies⁸¹.

4. Les systèmes de gestion de l'offre de l'agriculture canadienne, la potentialité étatique et l'ALENA

Le Canada s'est orienté vers une politique de gestion de l'offre pour certaines productions agricoles : volaille, produits laitiers et œufs. Un ensemble de quotas adapte la production à la consommation ; cela permet, selon la théorie, de maintenir les prix à un niveau susceptible d'assurer des revenus honorables aux agriculteurs. Pour fonctionner correctement, la gestion domestique de l'offre doit être accompagnée de limites à l'importation. Au Canada, celles-ci prenaient, jusqu'à tout récemment, la forme de contingents à la frontière. La formule était avalisée par le système du GATT : l'article XI (2) c) du GATT de 1947⁸² établissait une exception au principe de l'interdiction des restrictions quantitatives. Les accords de

80. *Id.*, 38-39 et 48. C'est là un résultat peu surprenant, compte tenu de l'article 119.2 (1) de la *Loi sur l'office national de l'énergie*, S.R., c. N-7. À signaler que cette disposition a été rendue inopérante par la *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, précitée, note 7, art. 188. Cette dernière loi a cependant introduit dans la *Loi sur l'office national de l'énergie* l'article 120.1 (1), dont la teneur est semblable à celle de l'article 119.2 (1).

81. *Association pétrolière du Canada, demande aux fins de révision concernant l'Alberta and Southern Gas Co. Ltd.*, précité, note 78, 38-39.

82. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 188.

Marrakech, conclus en avril 1994, ont chambardé la scène en supprimant ce régime d'exception.

L'Accord sur l'agriculture⁸³ issu de l'Uruguay Round autorise cependant les membres de l'OMC à remplacer les restrictions quantitatives à la frontière attachées aux programmes de gestion de l'offre par des tarifs douaniers d'effet équivalent. C'est ce qu'a fait le Canada en décrétant des tarifs douaniers variant entre 150 p. 100 et 400 p. 100 sur les productions agricoles relevant des systèmes de gestion de l'offre.

Les États-Unis contestent ces tarifs douaniers. Ils allèguent que ces tarifs vont à l'encontre de l'article 302 (1) de l'ALENA selon lequel aucun des pays de la zone comprise dans l'ALENA ne peut, en principe, « augmenter un droit de douane existant, ni instituer un droit de douane à l'égard d'un produit originaire ». Les États-Unis rappellent l'engagement du Canada à leur égard d'éliminer progressivement ses tarifs douaniers avant le 1^{er} janvier 1998⁸⁴. Ils font aussi remarquer que selon l'article 103 de l'ALENA, en cas d'incompatibilité entre les accords du GATT et l'ALENA, ce dernier doit prévaloir. Les Canadiens rétorquent que l'ALENA intègre le compromis négocié durant l'Uruguay Round qui autorise la substitution des tarifs douaniers aux restrictions quantitatives à la frontière. Ils fondent leur argumentation sur les articles 309 (1) de l'ALENA et, dans une moindre mesure, sur l'article 710 de l'ALE, incorporé à l'ALENA par l'effet des articles 1 et 4 de l'annexe 702.1 de l'ALENA. Pour le Canada, l'article 309 (1) de l'ALENA est non équivoque : l'article XI du GATT, ou « toute disposition équivalente d'un accord qui lui aura succédé et auquel toutes les Parties auront adhéré », est incorporé à l'ALENA et en fait partie intégrante.

Des discussions diplomatiques ont été engagées pour résoudre ce désaccord, mais elles n'ont pas porté leurs fruits. Au mois de juillet 1995, les États-Unis engageaient une procédure en vertu du chapitre XX. Un groupe spécial a été constitué⁸⁵. Si celui-ci donnait raison aux Américains, cela signifierait le début de la fin pour les systèmes canadiens de gestion de l'offre. Aussi, un tel aboutissement apporterait de l'eau au moulin de ceux qui prétendent que l'ALENA restreint la souveraineté du Canada.

83. Accord reproduit dans SECRÉTARIAT DU GATT, *op. cit.*, note 52, pp. 40-71.

84. ALENA, annexe 302.2 et ALE, annexe 401.2. *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALENA*, précité, note 24, 82.

85. M. TISON, « Conflit commercial Canada — États-Unis sur la volaille, les œufs et le lait », *La Presse*, 10 juillet 1995, p. A1 ; « U.S. Challenges Canada », *The [Toronto] Globe and Mail*, 10 juillet 1995, p. B2.

5. L'ALENA et le CANADA : vers un ordre quasi constitutionnel ?

L'ALENA se superpose au cadre constitutionnel canadien et crée son propre réseau de contraintes sur les pouvoirs étatiques. À l'instar du principe fédéral, qui procède essentiellement des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸⁶ et de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁷, l'ALENA borne les pouvoirs de l'État. Mais, contrairement à ces principes ou instruments constitutionnels, l'ALENA est localisé à l'extérieur de l'ordre juridique interne.

En effet, le traité ou l'accord international ne constitue pas *ipso jure* une source formelle du droit interne canadien⁸⁸. C'est là une implication du modèle dualiste qui régit les rapports entre l'ordre juridique interne du Canada et l'ordre juridique international. À une exception près⁸⁹, le traité ou l'accord international ne produit des effets dans l'ordre juridique interne que s'il est mis en œuvre par une action législative ou réglementaire.

La question de la place occupée par l'ALENA dans l'ordre juridique interne du Canada a fait l'objet de commentaires dans une décision récente de la Cour supérieure du Québec, *Les entreprises de Rebutis Sanipan c. Le Procureur général du Québec*⁹⁰. Dans cette affaire, une entreprise engagée dans le domaine de l'élimination des déchets solides conteste la validité d'un règlement provincial qui interdit à l'exploitant d'un lieu d'élimination de déchets solides d'accepter des déchets provenant de l'extérieur du Québec. Parmi les arguments invoqués, la requérante soutient que ce règlement contrevient aux dispositions de l'ALENA. Le tribunal écarte cette prétention au motif que les dispositions de l'ALENA ne font pas partie du droit interne canadien. Par l'article 10 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, le Parlement canadien approuve l'ALENA, mais il ne lui donne pas force de loi. Il faut en déduire que « le législateur a mis en œuvre l'accord sans lui octroyer le droit de s'appliquer à l'intérieur du Canada⁹¹ ».

86. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 12.

87. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11, partie 1).

88. J.M. ARBOUR, *Droit international public*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 107 ; A.L.C. DE MESTRAL et S.A. WILLIAMS, *Introduction au droit international public*, Toronto, Butterworths, 1982, pp. 283-284.

89. Il s'agit de la fonction interprétative des traités ou accords internationaux en droit interne : *supra*, note 15 et texte correspondant.

90. *Les entreprises de Rebutis Sanipan c. Le Procureur général du Québec*, J.E. 95-525 (C.S.) (ci-après cité : « *Affaire Sanipan* »).

91. *Id.*, 75 ; à noter que, dans sa partie II, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* amène un nombre important de modifications à des lois fédérales exis-

L'ALENA atteint l'État dans sa capacité d'action. Mais tout contrat, tout traité, tout accord contraint ses parties. Quelle est la nature de cette contrainte ? Doit-on y voir la simple implication d'un rapport conventionnel classique ? Ou s'est-il créé un ordre plus envahissant, d'une nature quasi constitutionnelle ?

La thèse de l'ordre quasi constitutionnel mérite qu'on s'y attarde. Elle a été vaguement défendue par certains commentateurs. S'exprimant sur l'ALE, Ian Scott, ancien procureur général de l'Ontario, affirme que cet accord « represents *de facto* constitutional change — and a constitutional change of very significant magnitude⁹² ». Pour sa part, David Schneiderman est d'avis que « NAFTA may have the effect [...] as have constitutions, of disabling governments from acting in a wide variety of legislative domains ». Il ajoute que « NAFTA, and the U.S.-Canada Free Trade Agreement (FTA) which preceded it, continue to transform the character of Canadian constitutionalism into one primarily concerned with limits on legislative power »⁹³.

L'ALENA est-il porteur de valeurs quasi constitutionnelles ? À l'appui de cette thèse, on fera valoir que certains paramètres établis par celui-ci encadrent l'activité étatique selon un mode qui n'est pas sans rappeler des axiomes constitutionnels comme la *Charte canadienne des droits et libertés* ou le principe fédéral. Ainsi, ces paramètres s'articulent dans des énoncés généraux, relativement vagues : qu'il suffise de penser, par exemple, au principe du traitement national ; à la prohibition d'exproprier ou d'adopter une mesure équivalant à une expropriation sans compensation appropriée ; à la clause d'exemption culturelle. Il en résulte que la portée de ces concepts et leur incidence sur la capacité d'action des pouvoirs étatiques seront largement tributaires d'un exercice d'interprétation. À cet égard, les principaux acteurs sont les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX. L'analogie avec le cadre constitutionnel est aussi confortée par le fait que les rapports des groupes spéciaux ont, *de facto*, une certaine force contraignante : le défaut de s'y conformer peut ultimement conduire à des

tantes. Il va de soi que, par ces modifications législatives, l'ALENA a transformé le droit interne canadien. Lorsque le juge Croteau pose que l'ALENA ne s'applique pas à l'intérieur du Canada, il n'a pas en tête ces modifications, mais plutôt l'accord international primitif. Celui-ci ne peut d'ailleurs pas être envisagé exclusivement sous l'angle de changements apportés au corpus des lois internes ; en effet, l'accord déploie un certain nombre de paramètres qui touchent non pas tant la législation existante que la capacité d'action de l'État. C'est le cas, par exemple, du principe du traitement national, tel qu'il se rapporte aux services ou à l'investissement.

92. D. SCHNEIDERMAN, *op. cit.* note 54, 93.

93. *Ibid.*

sanctions à caractère compensatoire, prises par la partie plaignante⁹⁴. Ces mesures sont elles-mêmes soumises à un contrôle, l'accord prévoyant qu'un groupe spécial peut être formé pour évaluer leur caractère raisonnable⁹⁵.

Enfin, certains verront dans le fait que l'ALENA modifie les pouvoirs des provinces canadiennes une forme de constitutionnalisme. Ainsi, Scott Sinclair opine que l'ALENA et l'ALE réduisent les pouvoirs de la province canadienne et «[i]t is this shift of power away from the provinces that gives the free trade agreements their constitutional dimension⁹⁶». Il est vrai que les règles, les normes et les engagements découlant de l'ALENA lient les provinces canadiennes, et ce, même si elles n'en sont pas signataires. C'est seulement de manière exceptionnelle que la province canadienne se trouve à être soustraite de l'application de dispositions particulières de l'accord, en règle générale, par le jeu d'une mention explicite à cet effet. Ces propositions se déduisent de l'économie générale de l'accord, de dispositions particulières qui s'adressent aux provinces⁹⁷ ou se rapportent à leurs compétences constitutionnelles exclusives⁹⁸, et, surtout, de l'article 105 de l'ALENA⁹⁹.

S'il y a constitutionnalisme dans l'ALENA, il ne peut être qu'imparfait. Le chapitre XX crée un mécanisme de règlement des différends interétatiques articulés autour de la consultation, de la médiation et de l'arbitrage ;

94. ALENA, art. 2019 ; il est question d'une valeur contraignante *de facto*, car *de jure* les rapports des groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX ne lient pas les parties, contrairement aux rapports des groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XIX. À cet égard, il faut comparer les articles 2018 (1) et 1904 (9) de l'ALENA.

95. ALENA, art. 2019 (3).

96. S. SINCLAIR, « Provincial Powers », dans D. CAMERON et M. WATKINS, *op. cit.*, note 22, p. 229.

97. Voir, par exemple, l'article 301 (2) de l'ALENA (disposition générale sur le traitement national), l'article 606 de l'ALENA, interprété à la lumière de la définition de la *mesure de réglementation de l'énergie* de l'article 609 de l'ALENA (chapitre sur l'énergie), ou l'article 1202 (2) de l'ALENA (commerce transfrontière des services).

98. Voir, par exemple, la distribution des vins et spiritueux (article 312 de l'ALENA, annexe 312.2 de l'ALENA, cette dernière annexe faisant référence au chapitre 8 de l'ALE) et les services professionnels (article 1210 (5) de l'ALENA et annexe 1210.5 de l'ALENA).

99. Celui-ci établit que « les Parties feront en sorte que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, notamment, sauf disposition contraire, en ce qui concerne leur observation par les gouvernements des États et des provinces ». Si l'on en juge par la décision d'un groupe spécial du GATT, dans l'*Affaire de l'importation, la distribution et la vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, l'article 105 de l'ALENA imposerait à l'État central canadien bien plus qu'une obligation de moyens, presque une obligation de résultat. Voir à ce sujet V. LOUNGNARATH, *loc. cit.*, note 8, 316-317. Le développement qui y est fait se rapporte à l'article 103 de l'ALE, mais il s'applique *mutatis mutandis* à l'article 105 de l'ALENA.

il n'a pas la prétention de mettre en place un organe juridictionnel dont la jurisprudence façonnerait un ordre juridique supranational et définirait des règles de droit venant combler les interstices de l'accord. À ce titre, il serait excessif de comparer l'ALENA avec l'Union européenne et sa cour de justice, par exemple. Si la pratique des groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XVIII de l'ALE constitue un bon indicateur de ce que sera celle des groupes spéciaux du chapitre XX de l'ALENA, il faut s'attendre à une bonne dose de pragmatisme et à relativement peu d'activisme dans l'élaboration de principes de droit¹⁰⁰.

Signalons trois autres dissonances par rapport au modèle constitutionnel. Premièrement, les procédures de règlement des différends du chapitre XX ne produisent pas d'effet automatique en droit interne, contrairement aux décisions judiciaires interprétant des textes constitutionnels. C'est là une conséquence du modèle dualiste. Deuxièmement, les conventions à l'accord conclu entre les États-Unis, le Mexique et le Canada ne donnent pas ouverture à un recours direct devant les tribunaux internes. C'est du moins la conclusion à laquelle la Cour supérieure du Québec est parvenue dans l'*Affaire Sanipan*, y voyant là une implication de la proposition que l'accord original ne fait pas partie intégrante du droit interne canadien¹⁰¹. On notera que le tribunal, par son raisonnement, va plus loin que l'article 6 de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain* : cette disposition assujettit l'exercice d'un droit d'action, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur l'accord, au

100. Ces traits de la pratique arbitrale des groupes spéciaux du chapitre XVIII de l'ALE sont imputables à plusieurs facteurs. Premièrement, il est clair qu'avec le chapitre XVIII les États-Unis et le Canada avaient pour projet de constituer un mécanisme de règlement des différends et non un organe juridictionnel. Deuxièmement, les rapports des groupes spéciaux n'ont pas *de jure* une force contraignante. Plutôt, le rapport final du groupe spécial se trouve à être intégré à une dynamique diplomatique, puisqu'en principe il sert de référence à des négociations engagées entre les parties en vue de trouver une solution au différend (article 1807 (8) de l'ALE). Dans l'élaboration de leurs conclusions et recommandations, il est donc difficile pour les arbitres de faire complètement abstraction du contexte politique et du rapport des forces politiques et économiques en présence. Troisièmement, les groupes spéciaux n'ont pas de permanence et leur composition change d'une affaire à l'autre. Cela complique l'élaboration d'une jurisprudence cohérente. Dans l'*Affaire de l'interprétation de l'article 701.3 et de l'observation de cet article par le Canada en ce qui concerne les ventes de blé dur* (ALE 93-101, CDA-92-1807-01, 8 février 1993), le groupe spécial constitué en vertu du chapitre XVIII de l'ALE faisait remarquer que la mise en place de groupes spéciaux « de nature plus permanente, par opposition à des Groupes spéciaux établis à des fins précises », serait propice à une interprétation prudente et uniforme de l'accord. Voir à ce sujet I. BERNIER, *Bulletin du libre-échange*, vol. 3, n° 5, juin 1993, p. 129.

101. *Affaire Sanipan*, précitée, note 90, 68.

consentement du procureur général du Canada. Il y a une exception à cette règle : le consentement du procureur général n'est pas exigé pour enclencher les procédures d'arbitrage relatives aux différends en matière d'investissement. Par ailleurs, l'article 2021 de l'ALENA interdit à une partie de sanctionner une mesure d'un autre pays de la zone comprise dans l'ALENA, jugée incompatible avec l'Accord, au moyen d'une cause d'action privée ou d'un recours privé relevant de son droit interne. Comme le rappelle le ministère des Affaires extérieures du Canada, « aucune procédure ne peut être engagée devant les tribunaux canadiens contre le gouvernement du Mexique ou celui des États-Unis pour les violations du traité, lesquelles ressortissent aux mécanismes internationaux de règlement des différends¹⁰² ».

Troisièmement, les articles 2001 (2) (c) de l'ALENA et 2020 de l'ALENA reconnaissent un rôle à la Commission du libre-échange dans l'interprétation des dispositions de l'accord. Il s'agit pourtant d'une instance obéissant à une logique dont l'essence est politique, administrative et diplomatique. Ce schéma tranche avec le modèle constitutionnel où, en principe, l'interprétation des textes juridiques est l'apanage d'organes de nature juridictionnelle.

Conclusion

Par des réflexions concernant l'investissement, la culture, l'énergie et l'agriculture, nous avons cherché à montrer les rapports entre l'ALENA et la souveraineté du Canada, définie en termes de virtualité étatique. Il faut conclure de la démarche que l'ALENA pose des limites à l'exercice des pouvoirs de l'État. Ces limites se situent cependant bien en deçà du niveau des contraintes associées au scénario du *spill-over*¹⁰³. Le parcours suivi nous a aussi mené à une interrogation : l'ALENA a-t-il créé un jeu de contraintes sur l'action étatique s'apparentant à un ordre quasi constitutionnel ? À la lumière de l'expérience acquise relativement au libre-échange en Amérique du Nord, il paraît réaliste de conclure que l'amalgame des limites et restrictions inhérentes à l'ALENA n'a pas atteint une telle consistance : l'ALENA demeure un espace où la diplomatie prédomine, la règle de droit y joue un rôle de soutien. Mais le présent et le passé récent ne sont pas nécessairement garants de l'avenir. À cet égard, la conduite des groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre XX est à surveiller, nous semble-t-il. Les groupes spéciaux du chapitre XX ne feront-ils que continuer la diplomatie par d'au-

102. *Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre de l'ALENA*, précité, note 24, 213.

103. P. SOLDATOS, *loc. cit.*, note 16.

tres moyens, pour paraphraser Clausewitz¹⁰⁴ ? Ou l'emploi du mécanisme de règlement des différends du chapitre XX dessinera-t-il quelques courageux principes de droit, par lesquels se concrétisera peu à peu une évolution vers une entreprise quasi constitutionnelle ? De là à nous risquer, en finale, dans un intéressant paradoxe. En favorisant à terme l'émergence d'un ordre quasi constitutionnel, l'activisme juridique des groupes spéciaux accentue l'intégration nord-américaine, diminuant d'autant l'espace de souveraineté du Canada. En revanche, l'amplification du rôle de la règle de droit est à l'avantage des petits pays, ce qui inclut le Canada. Car si l'arène diplomatique ne fait qu'adoucir l'apparence des rapports de force, comme tendent à le démontrer les accrochages récents entre le Canada et les États-Unis dans le domaine de la culture, la règle de droit, elle, a la prétention et la mission de les discipliner.

104. « La guerre n'est que la continuation de la politique par d'autres moyens » : C. VON CLAUSEWITZ, *De la guerre*, Paris, Éditions Gérard Lebovici, 1989, p. 51.