

LES RÔLES ET RESPONSABILITÉS DES PROVINCES CANADIENNES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES D'ARBITRAGE ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS FONDÉES SUR DES TRAITÉS ÉCONOMIQUES

Céline Lévesque

Volume 28, Number 1, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1067896ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1067896ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lévesque, C. (2015). LES RÔLES ET RESPONSABILITÉS DES PROVINCES CANADIENNES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES D'ARBITRAGE ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS FONDÉES SUR DES TRAITÉS ÉCONOMIQUES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 28(1), 107-155.
<https://doi.org/10.7202/1067896ar>

Article abstract

In 2010, AbitibiBowater Inc., a U.S. investor, submitted a claim against Canada under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) alleging that its investment had been expropriated by the province of Newfoundland and Labrador. Respondent in this case, the Government of Canada decided to settle the case for 130 million Canadian dollars. Asked after the fact whether the federal government would attempt to get the money back from the province, Prime Minister Harper indicated that it would not, but that the Government of Canada would create a mechanism so that it can do so in the future. More than five years later no such mechanism has been established.. The article explores constitutional obstacles to the forced reimbursement of damages paid to investors by the federal government that could explain this lack of action. Whether under the federal spending power (or the power not to spend), under specific heads of power or under the residual power, no avenues appear to escape Canadian constitutional realities. Encroachment on provincial jurisdiction poses a particular problem. The constitutional obstacles lead the author to explore possible solutions for the future, including in so-called "second generation" economic agreements and in administrative, or federal-provincial, accords. The system recently adopted in the European Union to share responsibility for investor-State awards between the Union and its 28 member States is analyzed in order to draw lessons. The author concludes that from a legal point of view administrative accords between the federal government and provinces offer the best hope for solutions, although political obstacles should not be underestimated.

LES RÔLES ET RESPONSABILITÉS DES PROVINCES CANADIENNES DANS LE CADRE DE PROCÉDURES D'ARBITRAGE ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS FONDÉES SUR DES TRAITÉS ÉCONOMIQUES

*Céline Lévesque**

En 2010, la compagnie américaine AbitibiBowater a porté plainte contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), alléguant l'expropriation de son investissement par la province de Terre-Neuve-et-Labrador. Défendeur dans cette affaire, le gouvernement du Canada a choisi de régler avec l'investisseur américain au coût de 130 millions de dollars canadiens. Par la suite, le premier ministre Harper a indiqué que son gouvernement ne tenterait pas de recouvrer l'argent de la province, mais qu'il envisageait de mettre en place un mécanisme qui pourrait le permettre à l'avenir. Plus de cinq ans plus tard, aucun tel mécanisme n'a été établi. Cet article explore les obstacles constitutionnels au recouvrement forcé des dommages versés par le gouvernement fédéral qui pourraient expliquer ce manque d'action. Que ce soit en vertu du pouvoir de dépenser (ou de ne pas dépenser), de chefs de compétences spécifiques ou du pouvoir résiduel, aucune piste de solution ne semble échapper aux réalités constitutionnelles canadiennes. En particulier, l'empiètement sur les compétences provinciales pose problème. Les obstacles constitutionnels mènent l'auteure à explorer des solutions d'avenir, de nature conventionnelle (c'est-à-dire à même les accords commerciaux dits de « deuxième génération ») et administrative (c'est-à-dire au moyen d'un accord fédéro-provincial). Le partage de la responsabilité financière entre l'Union européenne et ses 28 États membres dans ce contexte est étudié afin d'en tirer des leçons. En conclusion, l'auteure estime que, du point de vue juridique, la piste de solution la plus prometteuse se trouve dans les accords administratifs, mais que les obstacles politiques ne doivent pas être sous-estimés.

In 2010, AbitibiBowater Inc., a U.S. investor, submitted a claim against Canada under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) alleging that its investment had been expropriated by the province of Newfoundland and Labrador. Respondent in this case, the Government of Canada decided to settle the case for 130 million Canadian dollars. Asked after the fact whether the federal government would attempt to get the money back from the province, Prime Minister Harper indicated that it would not, but that the Government of Canada would create a mechanism so that it can do so in the future. More than five years later no such mechanism has been established. The article explores constitutional obstacles to the forced reimbursement of damages paid to investors by the federal government that could explain this lack of action. Whether under the federal spending power (or the power not to spend), under specific heads of power or under the residual power, no avenues appear to escape Canadian constitutional realities. Encroachment on provincial jurisdiction poses a particular problem. The constitutional obstacles lead the author to explore possible solutions for the future, including in so-called "second generation" economic agreements and in administrative, or federal-provincial, accords. The system recently adopted in the European Union to share responsibility for investor-State awards between the Union and its 28 member States is analyzed in order to draw lessons. The author concludes that from a legal point of view administrative accords between the federal government and provinces offer the best hope for solutions, although political obstacles should not be underestimated.

En 2010, la compañía americana AbitibiBowater denunció a Canadá en virtud del capítulo 11 del Acuerdo de libre intercambio norteamericano (ALENA), alegando la expropiación de su inversión por la provincia de Terre-Neuve-et-Labrador. Demandado en este asunto, el gobierno de Canadá escogió arreglar con el inversor americano al costo de 130 millones de dólares canadienses. Más tarde, el primer ministro Harper

* Céline Lévesque est doyenne et professeure titulaire à la Faculté de droit, Section de droit civil, de l'Université d'Ottawa. L'auteure tient à remercier Christopher Beaucage pour son précieux travail d'assistant de recherche et la Fondation du Barreau du Québec pour son soutien financier.

indicó que su gobierno no intentaría recobrar el dinero de la provincia, sino que pretendía colocar un mecanismo que podría permitirlo de ahora en adelante. Más de cinco años más tarde, ningún tal mecanismo ha sido establecido. Este artículo explora los obstáculos constitucionales al recubrimiento forzado de los daños pagados por el gobierno federal que podrían explicar esta falta de acción. Sea en virtud del poder de gastar (o de no gastar), de jefes de competencias específicas o del poder residual, ninguna pista de solución parece escapar de las realidades constitucionales canadienses. En particular, la usurpación sobre las competencias provinciales plantea un problema. Los obstáculos constitucionales llevan a la autora a explorar soluciones a futuro, de naturaleza convencional (es decir, hasta a los convenios comerciales dichos de "la segunda generación ") y administrativa (es decir, por medio de un acuerdo fédéro-provincial). La división de la responsabilidad financiera entre la Unión Europea y sus 28 Estados miembros en este contexto es estudiada con el fin de sacar fruto de eso. En conclusión, la autora considera que, del punto de vista jurídico, la pista de la solución más prometidora se encuentra en los acuerdos administrativos, pero que los obstáculos políticos no deben ser subestimados.

Depuis plus de vingt ans, le Canada conclut des accords portant sur le commerce et l'investissement qui prévoient la possibilité pour un investisseur étranger d'avoir recours à l'arbitrage international afin de poursuivre directement un gouvernement, s'il estime avoir subi un dommage résultant d'un manquement à l'accord. L'*Accord de libre-échange nord-américain*¹ est notable à cet égard, car il était le premier accord commercial, liant deux États développés que sont le Canada et les États-Unis, à prévoir l'arbitrage investisseur-État au Chapitre 11². La suite est bien connue : le Canada a eu à se défendre en arbitrage contre les plaintes d'investisseurs américains dans au moins dix-sept affaires.

Les premières affaires concernaient, en majorité, des mesures fédérales et n'avaient pas soulevé de controverse dans les relations fédérales-provinciales, bien que les mesures provinciales et municipales soient couvertes par l'*ALÉNA*. Par la suite, toutefois, un nombre croissant de plaintes a été déposé concernant directement des mesures provinciales, notamment des gouvernements du Québec, de l'Ontario, et de Terre-Neuve-et-Labrador.

La problématique constitutionnelle liée aux rôles et responsabilités financières des provinces dans la défense de réclamations internationales déposées contre le Canada en vertu de l'*ALÉNA* avait déjà attiré l'attention au début des années 2000³, mais ce n'est pas avant 2008 qu'un cas concret a fait la manchette. Dans l'affaire *AbitibiBowater Inc. c. Canada*, la province de Terre-Neuve-et-Labrador avait procédé à l'expropriation, sans compensation⁴, de la majorité de l'investissement sur son territoire de la compagnie constituée aux États-Unis⁵. En 2009, *AbitibiBowater Inc.* portait plainte en vertu du Chapitre 11⁶ pour manquement à la norme minimale de traitement et à l'obligation de ne pas exproprier un investissement d'un investisseur étranger sans verser d'indemnisation⁷. À la suite de négociations, le gouvernement du Canada a choisi de régler avec l'investisseur américain au coût de 130 millions de dollars canadiens⁸. Par la suite, l'ancien Premier ministre Stephen Harper avait indiqué que son gouvernement ne tenterait pas de recouvrer l'argent de la province, mais qu'il envisageait de mettre en place un

¹ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement du Mexique et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [*ALÉNA*].

² *Ibid.*, ch 11.

³ Mark A Luz, « NAFTA Investment and the Constitution of Canada: Will the Watertight Compartments spring a Leak? » (2000-2001) 32 RD Ottawa aux pp 35-84 [Luz].

⁴ Une exception mineure était prévue à la loi, voir *infra* note 54.

⁵ *AbitibiBowater Inc c Government of Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Notification d'arbitrage, 25 février 2010 au para 15 [*AbitibiBowater*, Notification d'arbitrage]. Tous les documents liés aux affaires *ALÉNA* sont disponibles sur le site web d'Affaires mondiales Canada, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=fra>>.

⁶ *ALÉNA*, *supra* note 1 ch 11.

⁷ *AbitibiBowater Inc c Government of Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Notification d'intention, 23 avril 2009.

⁸ *AbitibiBowater Inc c Government of Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Sentence rendue d'accord parties, 15 décembre 2010 [*AbitibiBowater Inc*, Sentence rendue d'accord parties].

mécanisme qui pourrait le permettre à l'avenir⁹. Sans grande surprise, au-delà de cinq ans plus tard, ce mécanisme se fait toujours attendre.

Cet article vise d'abord à explorer les obstacles constitutionnels qui empêchent — ou risquent fort d'empêcher — le gouvernement fédéral d'atteindre son objectif. Une option serait pour le gouvernement fédéral d'adopter une loi qui « endetterait » une province envers lui. Ici, se pose premièrement la question de savoir quel est le risque qu'une telle loi soit jugée équivalente à une taxe, et interdite par l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰. S'agirait-il plutôt d'une redevance ou « autres » qui seraient permises ? Deuxièmement, quelles sont les probabilités que les tribunaux, en particulier la Cour suprême, interprètent le pouvoir de l'article 91(2)¹¹ sur « la réglementation du trafic et du commerce » de manière à englober une telle action ou encore le pouvoir résiduel du paragraphe introductif de l'article 91, soit de pouvoir « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada¹² » ? S'ajoute à ces questions celle de l'empiètement sur les compétences provinciales. Une autre option serait de penser à retenir des sommes de paiements que le fédéral doit faire aux provinces, par exemple au titre de la péréquation, pour les provinces qui en reçoivent, ou de programmes à frais partagés, maintenant connus comme le transfert canadien en matière de programmes sociaux (TCPS) et le transfert canadien en matière de santé (TCS). Même en mettant de côté les obstacles politiques à une telle action, des problèmes juridiques s'y opposent.

En définitive, l'analyse nous mène à la conclusion que les tests jurisprudentiels existants en matière de partage des pouvoirs sont mal adaptés à la question qui nous occupe, car elle relève à la fois du droit interne et du droit international. Notamment, les concepts de « codes » ou de « systèmes de réglementation » utilisés ne collent pas à la réglementation conventionnelle des investissements. Qui plus est, pour reprendre l'exemple de l'affaire *AbitibiBowater Inc.*, comment le fédéral aurait-il pu forcer le « remboursement » des dommages par la province, alors même que cette dernière a agi à l'intérieur de ses pouvoirs, et ce quand bien même le fédéral, lui, a vu sa responsabilité internationale engagée pour le même comportement¹³ ? Somme toute, les notions de fédéralisme coopératif et

⁹ Voir par exemple Bertrand Marotte et John Ibbitson, « Provinces on hook in future trade disputes : Harper » (26 août 2010) en ligne : The Globe and Mail <<http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/provinces-on-hook-in-future-trade-disputes-harper/article1378647/>> [Marotte et Ibbitson] : « *I do not intend to get back the monies expended in this case from the government of Newfoundland and Labrador. But I have indicated that in future, should provincial actions cause significant legal obligations for the government of Canada, the government of Canada will create a mechanism so that it can reclaim monies lost through international trade processes* ».

¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 125, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 5 [LC 1867].

¹¹ *Ibid*, art 91(2).

¹² *Ibid*, art 91.

¹³ H Scott Fairley, « Internal Accountability for provincial violations of Canada's international obligations: lessons from Abitibi » (2012) 53 Can Bus LJ aux pp 31-62 [Fairley]; Luz, *supra* note 3 à la p 51 : « *The problem of primary concern for this paper arises when the province does something that is entirely within its constitutional jurisdiction but gives rise to a claim by a NAFTA investor* ».

d'empiètement sur les compétences des provinces se dressent en obstacles au remboursement « forcé » des dommages découlant des sentences arbitrales investisseurs-État.

Ce constat nous mène à explorer des solutions d'avenir, de nature conventionnelle et administrative. D'abord, les accords commerciaux de « deuxième génération », tels que l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*¹⁴ récemment conclu en principe, pourraient prévoir – à même l'accord – un engagement provincial spécifique de paiement ou de remboursement. Pour ce faire avec assurance, par contre, les provinces devraient être signataires des accords. Dans le cas de l'*AECG*, cette contrainte s'est avérée insurmontable et risque de l'être pour tout autre accord du genre. Même la possibilité de donner aux provinces un rôle accru dans la défense des affaires en échange d'un engagement d'indemnisation semble improbable. La fin de l'unité de représentation internationale du Canada qui en résulterait milite contre une telle éventualité.

Les solutions administratives sont celles qui apparaissent le plus faisables, du moins du point de vue juridique. Un accord administratif entre le fédéral et toutes les provinces ou certaines des provinces pourrait permettre au fédéral d'atteindre son objectif, non seulement pour l'*ALÉNA*, mais dans le cadre d'autres accords, présents et futurs. De façon surprenante, l'Union européenne (UE) offre un exemple récent de la manière de répartir la responsabilité financière entre différents ordres de gouvernement. En effet, depuis le *Traité de Lisbonne*¹⁵, l'UE bénéficie de la compétence exclusive en matière d'investissement direct étranger. Étant donné que des mesures de l'Union autant que des mesures des États peuvent être l'objet de plaintes fondées sur des accords tels que l'*AECG*, un cadre réglementaire a été adopté en juillet 2014 pour la gestion de la responsabilité financière découlant de l'arbitrage investisseurs-États. Cette analogie a toutefois des limites et des contraintes relevant du droit administratif canadien doivent être considérées.

La première partie de cet article analyse la situation actuelle quant aux obligations du Canada et à la défense des affaires selon l'*ALÉNA* et explore les incertitudes en droit constitutionnel concernant les moyens de recouvrer les sommes payées par le fédéral à titre de dommages. La deuxième partie de l'article se tourne vers l'avenir et analyse la faisabilité de solutions à même les accords commerciaux de « deuxième génération » et enfin étudie la faisabilité de solutions administratives au Canada.

¹⁴ *Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne*, 18 octobre 2013, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>> [AEGG].

¹⁵ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO C 306/01 [*Traité de Lisbonne*].

I. Un partage difficile dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALÉNA

Bien que l'ALÉNA, un accord signé entre trois États souverains, couvre clairement les mesures provinciales, les incertitudes abondent quant aux moyens dont dispose le gouvernement fédéral afin de recouvrer les sommes versées à titre de dommages aux investisseurs étrangers en vertu de sentences arbitrales.

A. Un engagement du gouvernement fédéral, mais qui couvre les provinces

Avant d'analyser les enjeux constitutionnels liés au partage de la responsabilité financière, il faut explorer la mise en œuvre des traités commerciaux au Canada pour ensuite se pencher sur les défis que présente la défense d'affaires impliquant des mesures provinciales sous le régime du Chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁶.

1. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ALÉNA AU CANADA

Il est bien connu, qu'au Canada, l'exécutif fédéral possède le pouvoir de conclusion des traités¹⁷. Par contre, leur mise en œuvre en droit interne doit respecter le partage des compétences prévu à la Constitution¹⁸. Aussi, depuis l'affaire sur les *Conventions du travail*¹⁹, un traité qui tombe dans un champ de compétence provinciale, en tout ou en partie, doit faire l'objet d'une mise en œuvre par les provinces pour y être intégré. Or, l'ALÉNA n'a pas fait l'objet d'une mise en œuvre directe ou incorporation en droit canadien. En revanche, le Canada est responsable, dans la sphère internationale, des manquements à cet accord, y compris lorsque la cause en est une mesure provinciale.

a) Une loi fédérale de mise en œuvre qui n'incorpore pas l'ALÉNA en droit interne

La *Loi de mise en œuvre de l'ALÉNA*²⁰ contient deux articles qui ont soulevé des interrogations et ont été l'objet d'interprétations judiciaires. D'une part, l'article 4

¹⁶ ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

¹⁷ J-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit International Public*, 6^e éd, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2012 aux pp 188-90 [Arbour et Parent].

¹⁸ *Ibid*, aux pp 194-200; LC 1867, *supra* note 10 aux art 91-92.

¹⁹ *Attorney-General for Canada v Attorney-General for Ontario*, [1937] AC 326 [Affaire des *Conventions sur le travail*]; Sur cette affaire, voir ALC de Mestral, « L'évolution des rapports entre le droit canadien et le droit international un demi-siècle après l'affaire des conventions internationales de travail » (1987) ACDI aux pp 301-24.

²⁰ *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c 44 [Loi de mise en œuvre].

prévoit que « la présente loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord »²¹. D'autre part, l'article 10 de la loi indique que « [l']Accord est approuvé »²². Face à cette ambivalence apparente chez le législateur, les Cours d'appel du Québec et de l'Ontario ont toutes deux conclu que la mention d'approbation de l'accord n'était pas suffisante pour incorporer l'ALÉNA en droit interne canadien²³. Selon un auteur, cette mise en œuvre « squelettique » permettait au fédéral d'affirmer son pouvoir sur le commerce international tout en évitant de fournir une « cible » spécifique à la contestation des provinces récalcitrantes, qui ne pensaient pas que l'exécutif fédéral, seul, avait le pouvoir de mettre en œuvre l'ALÉNA au Canada²⁴.

Par ailleurs, un autre article de la *Loi de mise en œuvre*²⁵ retient notre attention. L'article 9 laisse entendre que le gouvernement fédéral pourrait adopter une loi nécessaire à l'exécution des obligations contractées par le Canada. Il prévoit que la loi de mise en œuvre « n'a, ni par ses mentions expresses ni par ses omissions, pour effet de porter atteinte au pouvoir du Parlement d'adopter la législation nécessaire à la mise en œuvre d'une disposition de l'Accord ou à l'exécution des obligations contractées par le gouvernement du Canada aux termes de l'Accord »²⁶. Le gouvernement fédéral pourrait ainsi être tenté d'adopter une loi qui prévoirait une obligation de paiement ou de remboursement provinciale, dans l'hypothèse où un tribunal international condamnerait le Canada à verser des dommages à un investisseur étranger, pour un manquement découlant d'une mesure provinciale. Une telle loi n'est évidemment pas génératrice de compétence, car le pouvoir doit provenir de la Constitution.

Le Québec est la seule province à avoir adopté une loi de mise en œuvre de l'ALÉNA, mais une qui ne permet pas de poursuites, sauf celles prévues aux accords commerciaux eux-mêmes²⁷. À sa face même, la loi adoptée par le Québec en 1996 semble offrir un pendant à la possibilité pour le gouvernement fédéral d'obtenir un paiement ou un remboursement d'une province. Cette loi prévoit ce qui suit :

ATTENDU que le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par l'Accord de libre-échange nord-américain, [...] Attendu que le Québec est seul compétent pour assurer la mise en œuvre de ces accords dans chacun des domaines de sa compétence ; [...]

²¹ *Ibid*, art 4.

²² *Ibid*, art 10.

²³ *UL Canada Inc c Procureur général du Québec*, [2003] RJQ 2729 (CA); *Council of Canadians v Canada (Attorney General)*, 277 DLR (4^e) 527, 149 CRR (2^e) 290 (Ont CA); Un auteur a noté les ambiguïtés liées à l'expression « mise en œuvre », voir Charles-Emmanuel Côté, « La réception du droit international en droit canadien », (2010) 52 Sup Ct L Rev (2^e) 483 aux pp 521-28 [Côté].

²⁴ Fairley, *supra* note 13 aux pp 34-35.

²⁵ *Loi de mise en œuvre*, *supra* note 20.

²⁶ *Ibid*, art 9.

²⁷ *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, RLRQ, c M-35.2, art 6 [*Loi de mise en œuvre Québec*] : « À l'exception des recours reconnus aux investisseurs en vertu de la section B du Chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain [...], aucun droit de poursuite invoquant l'application de l'un ou l'autre des articles 2 à 5 de la présente loi ou de leurs décrets d'application n'est conféré ».

2. La présente loi a pour objet la mise en œuvre des accords suivants :

— l'Accord de libre-échange nord-américain ; [...]

5. Le ministre peut proposer au gouvernement de prendre toute mesure de compensation qu'il estime nécessaire pour mettre en œuvre celles prises par le Canada en vertu des accords visés à l'article 2²⁸.

Après, semble-t-il, s'être engagé à respecter les principes et règles prévus à l'ALÉNA, le gouvernement du Québec, à l'article 5, envisage de verser une compensation afin de « mettre en œuvre [toute mesure de compensation] prises par le Canada »²⁹. L'expression « qu'il estime nécessaire » laisse évidemment place à la discrétion du ministre des Relations internationales, mais le principe du paiement ou du remboursement semble reconnu³⁰. En d'autres mots, si c'était la volonté du gouvernement du Québec, la loi permet déjà le versement d'une compensation monétaire.

b) *Une responsabilité fédérale, y compris pour les mesures provinciales*

Dans la sphère internationale, il ne fait aucun doute que le gouvernement fédéral est responsable des manquements à cet accord, y compris lorsqu'est en cause une mesure provinciale ou même municipale³¹. En particulier, l'article 105 de l'ALÉNA prévoit que « [l]es 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

²⁸ *Ibid*, art 2, 5.

²⁹ Certains débats parlementaires réfèrent uniquement au chapitre 20 de l'ALÉNA (règlement des différends interétatiques) et aux mesures de représailles qui pourraient découler de telles procédures. Toutefois, une référence plus générale aux « accords visés à l'article 2 » a été préférée dans le texte final à une référence spécifique à l'article 2019. Voir Étude détaillée du projet de loi n° 51 - Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 35^e législature, 2^e session, n° 12 (25 mars 1996 au 21 octobre 1998).

³⁰ Il est notable que ce langage non contraignant tranche avec ce qui est prévu à la loi concernant la mise en œuvre des accords parallèles de l'ALÉNA portant sur l'environnement et le travail. Voir *Loi de mise en œuvre Québec*, *supra* note 27 art 8 : « Il peut être déposé au greffe de la Cour supérieure, par la Commission de coopération environnementale ou la Commission de coopération dans le domaine du travail selon le cas, une copie certifiée conforme de toute décision d'un groupe spécial arbitral visée à l'annexe 36A de l'Accord nord-américain de coopération environnementale ou à l'annexe 41A de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail, imposant au Québec, à défaut par celui-ci d'appliquer pleinement un plan d'action en ces matières, la pleine application du plan d'action ou une compensation monétaire. Le dépôt est effectué dans les conditions prévues aux annexes précitées. Sur ce dépôt, la détermination du groupe spécial arbitral a tous les effets d'un jugement final et sans appel de cette Cour à l'encontre du gouvernement du Québec. Il peut également être déposé au greffe de la Cour supérieure une copie certifiée conforme de toute décision d'un groupe spécial arbitral établi en vertu d'un accord, visé à l'article 2, en matière de coopération dans le domaine de l'environnement ou du travail ».

³¹ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc off AG NU, 56^e sess, supp n° 10, Doc NU A/56/10 (2001) art 4.

États et des provinces »³². Bien que des réserves soient applicables aux mesures provinciales et locales ne respectant pas certaines obligations de l'ALÉNA au moment de son entrée en vigueur³³, il demeure que les Parties doivent respecter l'article 1105³⁴, prévoyant la norme minimale de traitement, et l'article 1110³⁵, en ce qui a trait à l'expropriation et l'indemnisation, indépendamment de la source de la violation. Autrement dit, qu'elle soit une mesure fédérale, provinciale ou municipale. Étant donné que le manquement aux articles 1105 et 1110 fait l'objet de plaintes fréquentes de la part des investisseurs étrangers, la responsabilité du Canada peut clairement être engagée.

D'ailleurs, des mesures provinciales ont fait l'objet de plaintes dans plusieurs affaires. Bien que les premières plaintes des investisseurs étrangers contre le Canada aient concerné des mesures fédérales, il ne fallut pas attendre très longtemps pour que des mesures infranationales soient contestées. Par exemple, dans l'affaire *Gallo c. Canada*, la plainte portait sur une loi ontarienne interdisant le dépôt de déchets dans une mine désaffectée en Ontario, révoquant certaines autorisations administratives et offrant uniquement le versement d'une compensation minimale³⁶. Dans l'affaire *St-Marys c. Canada*, des décisions en matière de zonage prises par la province de l'Ontario ainsi que de certaines municipalités avaient été mises en cause³⁷. Dans l'affaire *MESA Power Group c. Canada*, la plainte portait sur le Programme de tarifs de rachat garantis (TRG) du gouvernement ontarien³⁸. L'affaire *Lone Pine Ressources c. Canada*, quant à elle, concerne le moratoire sur le gaz de schiste adopté par le Québec³⁹.

Dans toutes ces affaires, seules des mesures tombant dans le champ de compétence d'une province, en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁰, faisaient l'objet de plaintes. Dans d'autres affaires, les investisseurs se

³² ALÉNA, *supra* note 1 art 105; Fairley, *supra* note 13 aux pp 49-54.

³³ Voir ALÉNA, *supra* note 1 art 1108, qui prévoit des réserves et exceptions. Des réserves s'appliquent notamment aux articles 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée), 1106 (Prescriptions de résultats) et 1107 (Dirigeants et conseils d'administration). Les Parties à l'ALÉNA avaient prévu que les mesures non conformes, existantes, maintenues par une province (ou un État américain ou mexicain) allaient faire l'objet d'une liste en annexe, mais dans un échange de lettres subséquent, ils se sont entendus au contraire. Voir Timothy Ross Wilson, « Trade Rules: *Ethyl Corporation v. Canada* (NAFTA Chapter 11) Part II: Are Fears Founded? » (2000) 6 NAFTA L & Bus Rev Am à la p 209; Par ailleurs, il avait été prévu dès le départ qu'aucune liste ne serait faite concernant les mesures non conformes des administrations locales.

³⁴ ALÉNA, *supra* note 1 art 1105.

³⁵ *Ibid.*, art 1110.

³⁶ *Vito G Gallo c Gouvernement du Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), PCA no 55798, Sentence, 15 septembre 2011 au para 121 [*Gallo*, Sentence].

³⁷ *St Marys VCNA LLC c Gouvernement du Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Sentence rendue d'accord parties, 29 mars 2013.

³⁸ *Mesa Power Group LLC (USA) c Government of Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), PCA no 2012-17, Notification d'arbitrage, 4 octobre 2011.

³⁹ *Lone Pine Resources Inc c Gouvernement du Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Notification d'intention, 8 novembre 2012.

⁴⁰ *LC 1867*, *supra* note 10 art 92.

plaignaient à la fois de manquements de la part du gouvernement fédéral et des provinces. Par exemple, dans l'affaire *Bilcon c. Canada*, la mesure impliquait à la fois la Nouvelle-Écosse et le gouvernement fédéral⁴¹, tandis que dans l'affaire *Merrill & Ring c. Canada* les mesures contestées relevaient de la Colombie-Britannique ainsi que du gouvernement fédéral⁴².

2. LE DÉFI DES POURSUITES IMPLIQUANT DES MESURES PROVINCIALES

Étant donné que le gouvernement du Canada ne peut assurer la défense de telles affaires sans la collaboration des provinces responsables de la mesure ou d'une des mesures faisant l'objet de plaintes, une collaboration s'en est suivie dans tous les cas. Toutefois, cette dernière ne semble pas être uniforme ou sans heurts. La difficulté propre au remboursement des dommages par une province a été mise en exergue dans le cadre de l'affaire *AbitibiBowater Inc. c. Canada*⁴³.

a) *La défense commune des affaires*

Il existe, au sein du gouvernement fédéral, une unité conjointe du Ministère de la Justice du Canada et du ministère des Affaires étrangères, Commerce et Développement (MAECD) [Aujourd'hui Affaires mondiales Canada], qui est notamment chargée de la défense des affaires portées en arbitrage sous le régime du Chapitre 11 de l'ALÉNA⁴⁴. Cette unité, communément connue sous l'acronyme « JLT », reçoit des instructions de ses « clients » au MAECD ainsi que dans les ministères ou organismes fédéraux dont les mesures font l'objet de plaintes. Lorsque des mesures provinciales sont visées, une collaboration est établie entre le MAECD et la province concernée.

Deux types d'accords sont conclus afin de faciliter cette collaboration. D'abord, il existe des accords de défense conjointe et de confidentialité tels *Joint Defence and Confidentiality Agreements*⁴⁵. Ces accords favorisent la collaboration dans un cadre confidentiel, mais surtout permettent l'accès aux documents provinciaux qui pourraient servir à titre de preuve dans l'affaire⁴⁶. Ils ouvrent aussi l'accès aux fonctionnaires provinciaux qui sont des témoins potentiels durant la procédure arbitrale. Ensuite, il arrive que des protocoles d'ententes soient aussi signés, *Memorandum of Understanding*, dans le but de partager les frais de

⁴¹ *Clayton/Bilcon c. Gouvernement du Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), PCA no 122204, Décision sur la compétence et la responsabilité, 17 mars 2015 [*Clayton/Bilcon*, Sentence].

⁴² *Merrill & Ring Forestry LP c. Gouvernement du Canada* (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI), Sentence finale, 31 mars 2010.

⁴³ *AbitibiBowater Inc.*, Notification d'arbitrage, *supra* note 5.

⁴⁴ ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

⁴⁵ Fairley, *supra* note 13 à la p 60. L'auteur cite comme source Sylvie Tabet, avocate à JLT.

⁴⁶ *Ibid.*

l'arbitrage⁴⁷. Au minimum, ces accords permettent de partager le coût des procédures arbitrales, y compris la rémunération des arbitres et du secrétariat, les frais de déplacement, etc. Une étude récente a démontré que ces coûts, en moyenne, étaient de 746 000 dollars américains ; la médiane étant de 590 000 dollars américains⁴⁸.

On peut facilement deviner que « l'enthousiasme » provincial à participer à la défense de ces affaires est variable. Certaines provinces collaborent pleinement, en signant des accords de défense conjointe et des protocoles visant le partage des coûts, tandis que d'autres auraient résisté au partage des coûts. L'affaire *Gallo c. Canada* offre un exemple de collaboration. Dans cette affaire, le Tribunal a évalué le coût de la procédure arbitrale à 900 000 dollars américains et ordonné au demandeur, débouté, d'en couvrir l'entièreté. Pour ce qui est des coûts de représentation juridique, le Tribunal a décidé qu'il était équitable que chaque partie assume ses propres frais⁴⁹. Dans ce cas, compte tenu de l'existence d'un protocole visant le partage des coûts, on présume que l'Ontario a reçu un remboursement pour « sa part » des sommes avancées pour couvrir les coûts de la procédure arbitrale.

b) *Le paiement des dommages par le fédéral uniquement dans l'affaire AbitibiBowater Inc.*

Dans l'affaire *AbitibiBowater Inc.*, le gouvernement fédéral s'est engagé à verser, seul, les dommages à l'investisseur, mais a promis un changement pour l'avenir. Un survol de cette affaire est utile, car elle incarne les tensions constitutionnelles soulevées par ce genre d'affaires.

AbitibiBowater, y compris ses prédécesseurs, faisait affaire dans la province depuis plus de cent ans, notamment en vertu d'une *Charter Lease* de 1905⁵⁰. Au début décembre 2008, la compagnie a annoncé qu'elle allait procéder à la fermeture de son moulin de pâte et papier situé à Grand Falls-Windsor à cause de difficultés financières. Cette fermeture allait mener à de nombreuses mises à pieds de travailleurs. Une douzaine de jours plus tard, et après certaines tractations entre le gouvernement et la compagnie, le parlement provincial a adopté la loi *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*⁵¹ qui visait explicitement l'expropriation de la

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Voir « Counting the costs of investment treaty arbitration » (2014), en ligne : Global Arbitration Review

<http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Counting_the_costs_of_investment_treaty.pdf?utm_source=CCSI+Mailing+List&utm_campaign=fccda6b2e3-Perspective+152&utm_medium=email&utm_term=0_a61bf1d34a-fccda6b2e3-57363341> à la p 3; De plus, il faut noter que « [t]he study revealed that the average party costs were quite similar, at US\$4,437,000 for claimants and US\$4,559,000 for respondents ».

⁴⁹ *Gallo*, Sentence, *supra* note 36, aux para 346-58.

⁵⁰ *Abitibi Bowater*, Notification d'arbitrage, *supra* note 5 aux para 23 et ss.

⁵¹ *An Act To Return To The Crown Certain Rights Relating To Timber And Water Use Vested In Abitibi-Consolidated and To Expropriate Assets And Lands Associated With The Generation Of Electricity*

majorité de l'investissement de la compagnie dans la province. Hormis une exception, la loi prévoit que la compagnie n'avait pas droit à compensation⁵² et ne pouvait poursuivre le gouvernement⁵³. La situation financière de la compagnie, qui opérait aussi au Québec, s'étant encore détériorée, elle s'est prévaluée en 2009 des lois canadiennes et américaines concernant les arrangements avec les créanciers des compagnies⁵⁴. En 2010, la compagnie portait plainte contre le Canada en vertu de Chapitre 11 de l'ALÉNA pour manquement aux articles 1110, 1105, 1102 relatif au traitement national, et 1103 concernant le traitement de la nation la plus favorisée⁵⁵.

Tel que mentionné en introduction, le gouvernement du Canada a choisi de régler avec l'investisseur américain au coût de 130 millions de dollars canadiens, qui est une somme de beaucoup inférieure à ce qui était réclamé au tribunal arbitral⁵⁶. Bien que la sentence rendue d'accord parties précise qu'il ne constitue pas un précédent⁵⁷, on peut déduire de ce règlement que le gouvernement fédéral estimait que ses chances de sortir indemne de cette procédure étaient minces. Malgré ce que cela implique comme « jugement implicite » du comportement illicite de la province en vertu du droit international, l'ancien Premier ministre Stephen Harper avait indiqué que son gouvernement ne tenterait pas de recouvrer l'argent de la province⁵⁸. Pour ce qui est du « mécanisme » qui pourrait le permettre à l'avenir, il se fait toujours attendre. Ce retard n'est certainement pas étranger aux nombreuses interrogations que cette situation soulève en droit constitutionnel canadien.

B. Les incertitudes en droit constitutionnel sur les moyens de recouvrer les sommes payées par le fédéral

Il est important tout d'abord d'appréhender la possibilité pour le gouvernement fédéral d'adopter une loi qui « endetterait » une province envers lui, sous différents titres de compétence. Les chefs spécifiques des paragraphes 91(3) sur

Enabled By Those Water Use Rights, SNL 2008, c A-1.01, art 1 [*Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*].

⁵² *Ibid.*, la section 10 de la loi a pour titre « *No compensation* » et prévoit les dispositions suivantes :
« 10. (1) *A person is not entitled to compensation or damages from the Crown or a minister, employee or agent of the Crown arising from, resulting from or incidental to the operation of this Act.*

(2) *Notwithstanding subsection (1), the following entities affected by the operation of Schedule C shall be paid the compensation the Lieutenant-Governor in Council may determine for each of them on an individual basis as a result of the expropriation of the lands and assets under this Act: (a) Fortis Properties Corporation; (b) CHI Hydroelectric Company Inc.; and (c) the secured creditors of the Exploits River Hydro Partnership and the Star Lake Hydro Partnership as represented by Sun Life Assurance Company of Canada, or their successors or assigns »*

⁵³ *Ibid.* La section 11 a pour titre « *No liability* » et prévoit que : « *An action or proceeding does not lie or shall not be instituted or continued against the Crown or a minister, employee or agent of the Crown based on a cause of action arising from, resulting from or incidental to the operation of this Act.* »

⁵⁴ *AbitibiBowater*, Notification d'arbitrage, *supra* note 5 aux para 80 et ss.

⁵⁵ ALÉNA, *supra* note 1 aux art 1102, 1103, 1105, 1110 et au ch 11.

⁵⁶ *AbitibiBowater*, Sentence rendue d'accord parties, *supra* note 8.

⁵⁷ *Ibid.*, au para 7.

⁵⁸ Marotte et Ibbitson, *supra* note 9.

« [l]e prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation⁵⁹ » et 91(2) sur « [l]a réglementation du trafic et du commerce⁶⁰ », seront donc analysés, avant de passer au pouvoir résiduel du gouvernement fédéral. La problématique de l'empiètement sera ensuite étudiée. Dans un deuxième temps, il est également utile de s'interroger sur la possibilité pour le fédéral de retenir des sommes de paiements qu'il doit faire aux provinces au titre du pouvoir de dépenser et, de manière plus pertinente, du pouvoir de ne pas dépenser.

1. L'ADOPTION D'UNE MESURE LÉGISLATIVE FÉDÉRALE IMPOSANT UNE OBLIGATION FINANCIÈRE À LA PROVINCE ET LA QUESTION DES CHEFS DE COMPÉTENCE

Le principe du partage des compétences commande que lorsque le Parlement adopte une loi, le caractère véritable de celle-ci doit se rattacher à une compétence fédérale, ou si elle empiète sur les compétences provinciales, elle doit être justifiée par la doctrine des compétences accessoires, sinon la loi sera inconstitutionnelle⁶¹. Deux possibilités principales semblent s'offrir au gouvernement fédéral quant à la première étape. D'une part, il pourrait se fonder sur des compétences spécifiques prévues à l'article 91⁶². D'autre part, il pourrait justifier ses actions en référence à son pouvoir résiduel. Finalement, et en lien avec la deuxième étape de l'analyse, la question de l'empiètement doit être analysée.

a) *Les chefs spécifiques et le pouvoir résiduel*

Parmi les chefs spécifiques, les paragraphes 91(3) «Le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation»⁶³ et 91(2) «La réglementation du trafic et du commerce»⁶⁴ retiendront notre attention.

En ce qui concerne « le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation »⁶⁵, pourrait-on imaginer que le gouvernement fédéral adopte une loi qui prévoit qu'en cas d'une décision arbitrale défavorable découlant d'une mesure provinciale, cette dernière est dans l'obligation de verser au fédéral le montant des dommages exigés ? L'article 9 de la *Loi de mise en œuvre de l'ALÉNA* laisse entrevoir une telle loi⁶⁶.

⁵⁹ *LC 1867, supra* note 10 art 91(2).

⁶⁰ *Ibid.*, art 91(3).

⁶¹ Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd feuilles mobiles), vol 1, Toronto, Carswell, 1998 aux pp 15-5 – 15-10, 15-39 – 15-44 [Hogg].

⁶² *LC 1867, supra* note 10 art 91.

⁶³ *Ibid.*, art 91(3).

⁶⁴ *Ibid.*, art 91(2).

⁶⁵ *Ibid.*, art 91(3).

⁶⁶ *Loi de mise en œuvre, supra* note 20.

L'une des façons de procéder pourrait être l'incorporation en droit canadien des articles du Chapitre 11 de l'*ALÉNA*⁶⁷ portant sur les dommages et l'exécution des sentences. Le gouvernement fédéral pourrait ainsi mettre en œuvre les articles 1135 et 1136 de l'*ALÉNA*⁶⁸, qui prévoient ce qu'un tribunal arbitral peut accorder lorsqu'une Partie a manqué à ses obligations en vertu du Chapitre 11 et oblige notamment chaque Partie à assurer l'exécution des sentences sur son territoire :

Article 1135 : Sentence finale

1. Tout tribunal qui rend une sentence finale à l'encontre d'une Partie pourra accorder uniquement, de façon séparée ou combinée :

- a) des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable ;
- b) la restitution de biens, auquel cas la sentence disposera que la Partie contestante pourra verser des dommages pécuniaires, et tout intérêt applicable, en remplacement d'une restitution.

Le tribunal pourra également adjuger les frais conformément aux règles d'arbitrage applicables. [...]

Article 1136 : Irrévocabilité exécution d'une sentence [...]

4. Chaque Partie devra assurer l'exécution d'une sentence sur son territoire.

5. Si une Partie contestante néglige de se conformer à une sentence finale [...] ⁶⁹.

Une telle loi n'aurait évidemment pas pour effet d'offrir à l'investisseur lésé un recours direct en paiement contre la province responsable de la mesure en manquement au traité. Néanmoins, elle aurait pour effet d'incorporer au droit interne l'obligation du gouvernement fédéral de compenser l'investisseur en exécutant la sentence. S'il était possible de rattacher cette obligation à un titre de compétence, soit ici « le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation », une telle loi permettrait-elle au gouvernement fédéral d'atteindre son but⁷⁰ ?

Une cour de justice amenée à juger de la constitutionnalité d'une telle loi de mise en œuvre aurait ainsi à déterminer si elle équivaut à une imposition de taxe, une redevance ou peut-être même autre chose. Afin de les départager, il faudra procéder à un exercice de classification et considérer la question des immunités.

⁶⁷ *ALÉNA*, *supra* note 1 ch 11.

⁶⁸ *Ibid* aux art 1135-36.

⁶⁹ *Ibid*.

⁷⁰ Il est possible que la démarche d'intégration de l'obligation internationale en droit interne ne soit pas nécessaire ou même utile aux fins recherchées. Cette hypothèse a toutefois été retenue afin de minimiser les obstacles relevant de la mise en œuvre des traités afin de mettre l'accent sur les aspects constitutionnels.

En vertu de l'article 91(3)⁷¹, le Parlement fédéral possède un large pouvoir de taxation, directe et indirecte, alors que les provinces, en vertu de l'article 92(2), ont uniquement un pouvoir sur « la taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux⁷². » Si une loi ou disposition fiscale est mise en doute, elle sera soumise à un exercice de classification. Par ailleurs, même une loi fédérale qui prélève des fonds pourrait empiéter sur un autre champ de compétence provinciale, mais être néanmoins valide nonobstant l'empiètement grâce à la doctrine des compétences nécessairement accessoires. La taxe sur les produits et services (TPS) a été validée sur cette base dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*⁷³.

Deux articles de la *LC 1867* établissent une limitation aux pouvoirs de taxation, soient les articles 121 et 125⁷⁴. Toutefois, seul l'article 125 est d'intérêt ici : « Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation »⁷⁵. Cet article accorde l'immunité aux provinces contre une taxation fédérale, mais pas contre toutes formes de redevances⁷⁶. La Cour suprême a reconnu que l'article 125 « est fondé sur l'idée que l'imposition d'une taxe à un palier de gouvernement peut nuire considérablement à la capacité de ce gouvernement d'exercer les fonctions que la Constitution lui confère »⁷⁷. La Cour a ajouté que « [l]e fédéralisme souple requiert une protection contre la taxation, mais pas contre toutes les formes de redevances, lorsque les redevances sont prélevées pour d'autres fins de nature réglementaire relevant de la compétence de l'autorité taxatrice »⁷⁸. L'immunité n'est donc pas absolue.

Dans l'affaire *620 Connaught ltd c. Canada*, la Cour suprême, traitant de l'imposition de droits de permis commerciaux, avait mis l'accent sur le lien avec un régime de réglementation afin de distinguer la taxe de la redevance :

Afin de déterminer s'il existe un lien entre le prélèvement gouvernemental et un régime de réglementation, il faut d'abord rechercher la présence d'un tel régime et, si ce régime existe, il faut ensuite déterminer s'il existe un lien entre la redevance et le régime lui-même⁷⁹.

Dans cette affaire, la Cour avait conclu que l'imposition constituait une redevance.

Dans le cas qui nous occupe, le gouvernement fédéral aurait intérêt à formuler la loi prévoyant le versement des sommes à récupérer en termes de

⁷¹ *LC 1867*, *supra* note 10 art 91(3).

⁷² *Ibid*, art 92(2).

⁷³ *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 RCS 445 à la p 471.

⁷⁴ *LC 1867*, *supra* note 10 aux art 121, 125

⁷⁵ *Ibid*, art 125.

⁷⁶ Hogg, *supra* note 61 aux pp 31-32.

⁷⁷ *Première nation de Westbank c British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 RCS 134 au para 17 [*Première nation de Westbank*].

⁷⁸ *Ibid*, au para 18.

⁷⁹ *620 Connaught Ltd c Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 7, [2008] 1 RCS 131.

redevances ou « autres ». Selon la jurisprudence, pour ce faire, il faudrait être en présence d'un « régime de réglementation ». Selon l'arrêt *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, le régime devrait répondre aux conditions suivantes :

- (1) l'existence d'un code de réglementation complet et détaillé ; (2) un objectif spécifique destiné à influencer certains comportements individuels ; (3) des coûts réels ou dûment estimés de la réglementation ; (4) un lien entre la réglementation et la personne qui fait l'objet de la réglementation, cette personne bénéficiant de la réglementation ou en ayant créé le besoin⁸⁰.

La simple énonciation de ces critères permet de constater qu'ils ne collent pas à la réglementation conventionnelle des investissements. Même si on admettait aux fins d'analyse que les obligations internationales de traitement des investisseurs et investissements étrangers constituent « un code de réglementation complet et détaillé », les « comportements » qu'on vise principalement à influencer ne sont pas « individuels », mais bien ceux des gouvernements fédéraux, provinciaux et municipaux. Qui plus est, il est difficile d'assimiler le montant des dommages octroyés dans une sentence arbitrale, aux « coûts » de la réglementation elle-même. Le dernier critère ne pose pas moins de difficultés : est-ce que les provinces « bénéficient » de la réglementation internationale des investissements dans l'ALÉNA ? Le « lien entre la réglementation et la personne qui fait l'objet de la réglementation » n'est assurément pas direct. En définitive, il est fort à parier que le gouvernement ne présenterait pas cet argument pour valider une telle loi, puisque la loi envisagée ne satisferait manifestement pas aux critères énoncés en jurisprudence.

Le deuxième chef de compétence spécifique qui mérite notre attention se trouve à l'article 91(2), qui donne compétence au fédéral pour « la réglementation du trafic et du commerce⁸¹ ». L'étendue de cette disposition fut établie en 1882 dans *Citizens Insurance Co. v. Parsons*⁸², où Sir Montague Smith conclut que ce champ de compétence octroie au fédéral le pouvoir de légiférer sur l'échange et le commerce interprovincial et international, mais couvre également un pouvoir « général » résiduel sur l'échange et le commerce.

⁸⁰ *Première nation de Westbank*, supra note 77 au para 24.

⁸¹ *LC 1867*, supra note 10 art 91(2).

⁸² *Citizens Insurance Co c Parsons*, [1881] 7 App Cas 96, où on y retrouve ce passage : « *Construing therefore the words "regulation of trade and commerce" by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of parliament, regulation of trade in matters of interprovincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion. Their Lordships abstain on the present occasion from any attempt to define the limits of the authority of the dominion parliament in this direction. It is enough for the decision of the present case to say that, in their view, its authority to legislate for the regulation of trade and commerce does not comprehend the power to regulate by legislation the contracts of a particular business or trade, such as the business of fire insurance in a single province, and therefore that its legislative authority does not in the present case conflict or compete with the power over property and civil rights assigned to the legislature of Ontario by No. 13 of sect. 92* ».

À sa face même, le premier volet de l'article 91(2)⁸³ prévoit la compétence spécifique d'adopter des lois en lien avec l'échange et le commerce interprovincial et international. En comparaison avec le second volet, et tel que démontré ci-après, cette disposition a reçu beaucoup moins d'attention de la part des tribunaux. Ses contours s'en trouvent ainsi moins définis. Cela étant, il est clair que le fédéral peut légiférer en ce qui a trait au commerce international, ce qui couvre notamment la réglementation des importations et des exportations ainsi que la réglementation des investissements étrangers⁸⁴.

Reprenons ici l'hypothèse d'une incorporation directe, par le gouvernement fédéral, des articles 1135 et 1136 du Chapitre 11 de l'*ALÉNA*, portant sur les dommages et l'exécution des sentences arbitrales, et de l'imposition aux provinces de l'obligation de remboursement lorsqu'elles sont responsables du manquement au traité. Est-ce qu'une telle loi serait couverte par l'article 91(2)⁸⁵ de la Constitution ? Tel que mentionné précédemment, l'*ALÉNA* n'a pas fait l'objet d'une incorporation en droit interne canadien ; il en est de même pour les autres accords commerciaux qui ont suivi, par exemple avec le Pérou, la Colombie ou la Jordanie⁸⁶. Les *Accords de promotion et de protection des investissements étrangers* (APIEs) conclus par le Canada depuis 1989, ne font pas l'objet de mise en œuvre directe en droit interne non plus⁸⁷.

Le seul exemple récent de mise en œuvre dans le contexte du droit des investissements est celui de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*⁸⁸. Le gouvernement fédéral a signé la *Convention CIRDI* en décembre 2006 et adopté la *Loi de mise en œuvre* en mars 2008⁸⁹. Le fait que le gouvernement fédéral ait ratifié la *Convention CIRDI* en novembre 2013⁹⁰, avant que toutes les provinces canadiennes aient adopté leur propre loi de mise en œuvre, laisse croire qu'il se croyait fondé à agir seul, vraisemblablement au titre de son pouvoir en vertu de l'article 91(2) de la

⁸³ *LC 1867, supra* note 10 art 91(2).

⁸⁴ Les affaires relatives au premier volet concernaient généralement un produit ou une industrie à la fois, comme les œufs, le grain, l'huile, la margarine ou la bière, et non pas un concept aussi englobant que l'« investissement » tel qu'entendu dans le contexte du Chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Voir *ALÉNA, supra* note 1 ch 11.

⁸⁵ *LC 1867, supra* note 10 art 91(2).

⁸⁶ Voir les *Accords de libre-échange du Canada*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fta-ale.aspx?lang=fra>>.

⁸⁷ Voir les *Accords sur la promotion et la protection des investissements étrangers* (APIE), en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>>.

⁸⁸ *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 19 mars 1965, 575 RTNU 160 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention CIRDI*].

⁸⁹ Voir *Le Canada ratifie un important traité international sur les différends relatifs aux investissements*, archivé : Affaires mondiales Canada <<http://www.international.gc.ca/media/comm/news-communiqués/2013/11/01a.aspx?lang=fra>>.

⁹⁰ *Ibid.*

Constitution⁹¹.

Est-ce que, pareillement dans notre hypothèse, le gouvernement fédéral se sentirait fondé à procéder de la sorte ? En vertu de la *Convention CIRDI*, le Canada s'engage à reconnaître et à assurer l'exécution des sentences arbitrales CIRDI sur son territoire, comme s'il s'agissait d'un jugement de ses propres tribunaux⁹². À première vue, l'article 1136 de l'*ALÉNA* vise le même objectif : assurer l'exécution des sentences dans le territoire des États membres. À y voir de plus près, par contre, l'objectif ultime recherché par la loi de mise en œuvre est différent : elle viserait non pas à assurer l'exécution à laquelle le gouvernement fédéral est tenu de toute manière, mais à assurer le « remboursement » ou le paiement « forcé » des dommages par les provinces.

Dans ces circonstances, un tribunal jugerait-il que le caractère véritable d'une telle loi est la réglementation du commerce international ? On peut en douter. En effet, étant donné qu'un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'exiger la modification d'une mesure gouvernementale qui constitue un manquement à l'*ALÉNA*, l'impact est d'abord financier⁹³. Le gouvernement fédéral pourrait tout de même prétendre que le fait d'avoir à assumer le fardeau monétaire des sentences fournit un incitatif aux provinces d'agir conformément aux obligations internationales du Canada. En toile de fond, on voit surgir la question de l'empiètement sur les compétences des provinces, une question qui sera traitée plus bas.

Auparavant, il est utile de s'attarder au second volet de l'article 91(2)⁹⁴, qui couvre le pouvoir général résiduel du fédéral de légiférer sur l'échange et le commerce. Cette disposition a fait l'objet d'une plus grande attention en jurisprudence et deux décisions de la Cour Suprême rendues depuis l'arrêt *Parsons*

⁹¹ D'autres possibilités existent, notamment le pouvoir du gouvernement fédéral sur la conduite des affaires étrangères et en particulier concernant les immunités des États. Voir Gérard Beaudoin, *La constitution du Canada*, 3^{ème} éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 757. Selon Charles-Emmanuel Côté, la mise en œuvre de la *Convention CIRDI* au Canada requiert l'apport des provinces en plus du gouvernement fédéral. Il résonne de la sorte « *La loi fédérale de mise en œuvre de la Convention CIRDI* prétend abolir le contrôle judiciaire des « juridictions supérieures » sur les demandes de reconnaissance et l'exécution des sentences CIRDI, ce qui vise à la fois la Cour fédérale et les cours supérieures provinciales. Le législateur fédéral légifère ainsi sur la propriété et les droits civils et l'administration de la justice dans les provinces, ce qui semble à première vue devoir échapper à sa compétence constitutionnelle ». Voir Charles-Emmanuel Côté « Chronique de droit international économique en 2013 - Investissement », (2013) 51 *ACDI* 397 aux pp 415-416; *LC 1867*, *supra* note 10, art 91(2).

⁹² *Convention CIRDI*, *supra* note 88 art 54 : « (1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés ».

⁹³ Un scénario de mesure d'application générale demande une analyse plus poussée, qui est offerte *infra* sous empiètement aux pp 131-133.

⁹⁴ *LC 1867*, *supra* note 10, art 91(2).

méritent une attention particulière : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing Ltd*⁹⁵ et le *Renvoi sur les valeurs mobilières*⁹⁶.

En 1989, dans l'arrêt *General Motors*, la Cour suprême avait à déterminer si la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, l'ancienne *Loi sur la concurrence*, était valide en vertu de la compétence générale en matière d'échange et de commerce. La Cour a confirmé⁹⁷ le test qui lui permettrait de déterminer si le gouvernement fédéral avait validement légiféré en vertu de son pouvoir résiduel : « 1) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation, 2) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation, 3) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier, 4) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays⁹⁸ ». La loi fut jugée valide puisqu'elle visait l'économie en tant qu'entité nationale intégrée et non pas une série d'entreprises distinctes.

En particulier, la Cour avait eu à se prononcer sur une disposition de la loi qui permettait une action civile en réparation du dommage causé en conséquence du manquement à la loi⁹⁹. Étant donné que cette disposition tombait clairement dans un champ de compétence provinciale, la Cour a poursuivi son analyse en répondant aux questions suivantes : (1) En quoi la disposition empiète-t-elle sur les champs de compétences provinciales?; (2) La loi a-t-elle validement été adoptée sous un chef fédéral?; et (3) finalement, quel est le lien de rattachement entre la disposition et la loi ?¹⁰⁰ Dans les faits, la Cour a conclu que la disposition était essentielle au régime fédéral, faisant pencher la balance du côté du pouvoir fédéral.

Plus récemment, la Cour suprême a rendu une autre décision qui pourrait modifier considérablement l'application du pouvoir général sur l'échange et le commerce. En 2011, la Cour suprême a rendu le *Renvoi sur les valeurs mobilières*¹⁰¹ qui concernait le régime uniforme de réglementation des valeurs mobilières pour l'ensemble du Canada proposé par le gouvernement fédéral. Ce régime aurait été assujéti à la surveillance d'un organisme national unique chargé de la réglementation des valeurs mobilières. Le gouvernement fédéral soutenait que

le marché des valeurs mobilières [avait] évolué, passant d'une matière provinciale à une matière nationale qui touche l'ensemble du pays et que,

⁹⁵ *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 [*General Motors*].

⁹⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 RCS 837 [*Renvoi sur les valeurs mobilières*].

⁹⁷ *Macdonald v Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 RCS 134 [*Vapor*]; *Canada (Attorney-General) v Canadian National Transportation*, [1983] 2 RCS 206.

⁹⁸ *General Motors*, *supra* note 95 à la p 643.

⁹⁹ *Ibid.*, en référence à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, SRC 1970, c 23, art 31.1.

¹⁰⁰ *Ibid.*, aux pp 667-772.

¹⁰¹ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 96.

en conséquence, la compétence générale du fédéral en matière de trafic et de commerce l'autoris[ait] à réglementer tous les aspects du secteur des valeurs mobilières¹⁰².

La Cour n'a toutefois pas donné raison au gouvernement fédéral, et ce en partie en raison de son interprétation du fédéralisme moderne.

L'analyse de la Cour suprême dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières* est en effet guidée par le principe du fédéralisme, l'un des principes sous-jacents importants dans l'interprétation de la Constitution, particulièrement quant au partage des compétences. La Cour s'est engagée dans une interprétation plus souple et ouverte aux chevauchements inévitables dans la fédération canadienne. En s'éloignant de l'ancienne « approche formaliste rigide »¹⁰³ du Conseil privé, la Cour a plutôt favorisé une approche de « coopération entre les gouvernements »¹⁰⁴. Les provinces étaient capables d'adopter et de faire appliquer une loi en matière de valeurs mobilières sans qu'un régime centralisé fédéral soit nécessaire. Le sort du régime fédéral fut déterminé en partie en fonction de l'étendue du pouvoir général sur l'échange et le commerce en matière de partage de compétence. Ce pouvoir fait opposition à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils prévue au paragraphe 92(13)¹⁰⁵. Selon la Cour, une interprétation restrictive doit prévaloir, en ce sens qu'elle doit prévenir une fédération « subordonnée »¹⁰⁶, où les compétences provinciales pourraient être supplantées par l'application de la prépondérance fédérale. La Cour a jugé que

[L]e pouvoir général relatif au trafic et au commerce ne peut servir à priver les législatures provinciales du pouvoir de réglementer les affaires de nature locale et l'industrie à l'intérieur de leurs frontières, pas plus que le pouvoir des législatures de réglementer la propriété et les droits civils dans la province ne peut priver le Parlement du pouvoir que lui confère le par. 91(2) de légiférer sur des questions d'importance et de portée véritablement nationales qui transcendent la nature locale et concernent tout le pays¹⁰⁷.

Qu'en serait-il dans le scénario qui nous occupe ? De quel côté pencherait la balance du fédéralisme dans le cas où le gouvernement fédéral adopterait une loi qui « endetterait » les provinces à son égard sous l'égide du pouvoir résiduel sur la réglementation de l'échange et du commerce ? Tel que discuté plus haut, le gouvernement fédéral semble avoir envisagé, à l'article 9 de la *Loi de mise en œuvre de l'ALÉNA*¹⁰⁸, l'adoption d'une loi lui permettant de remplir ses obligations. À titre

¹⁰² *Ibid.*, au para 4. Le Canada invoquait uniquement son pouvoir général sur l'échange et le commerce, voir para 47 : « Il ne se fonde pas sur le pouvoir relatif aux aspects interprovinciaux et internationaux du commerce des valeurs mobilières visés au même paragraphe. Il n'invoque pas non plus d'autres chefs de compétence prévus dans la Constitution. ».

¹⁰³ *Ibid.* au para 58.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *LC 1867*, *supra* note 10 art 92(13).

¹⁰⁶ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 96 au para 71.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para 89.

¹⁰⁸ *Loi sur la mise en œuvre*, *supra* note 20 art 9.

de rappel, cet article prévoit qu'« [i] est entendu que la présente loi n'a, ni par ses mentions expresses ni par ses omissions, pour effet de porter atteinte au pouvoir du Parlement d'adopter la législation nécessaire à la mise en œuvre d'une disposition de l'Accord ou à l'exécution des obligations contractées par le gouvernement du Canada aux termes de l'Accord »¹⁰⁹. Si, tel que décrit précédemment, la mise en œuvre unique des articles 1135 et 1136 de l'ALÉNA¹¹⁰ pose des difficultés au niveau de la « réglementation » des investissements, on peut se demander si une loi incorporant l'ensemble du Chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹¹, et prévoyant le remboursement « forcé » des provinces, parviendrait à remplir les exigences des tests jurisprudentiels en vertu du pouvoir général résiduel en matière de commerce.

Bien qu'il soit possible de conclure que les trois derniers critères du test de l'arrêt *General Motors* sont remplis dans le cas du Chapitre 11 de l'ALÉNA¹¹² puisque ses dispositions sont d'application générale, que les provinces n'auraient pu l'adopter et que sa viabilité serait compromise sans la participation d'une province¹¹³. Néanmoins, il demeure que les deux premiers critères posent problème.

Est-ce que la mesure législative contestée s'inscrit dans un système général de réglementation ? Afin de répondre à cette question, il faut se rappeler que le but des trois premières exigences énoncées par le juge Laskin dans l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.* était de restreindre les moyens par lesquels le fédéral pouvait utiliser son pouvoir général et ainsi maintenir un équilibre entre les pouvoirs provinciaux et ceux du fédéral¹¹⁴. Dans cette affaire, la compagnie Vapor Canada avait obtenu une injonction interlocutoire en se fondant sur l'article 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce*¹¹⁵ interdisant à un ancien employé d'utiliser des renseignements confidentiels obtenus lors de son emploi. L'appelant MacDonald ainsi que les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario soutenaient que l'article 7(e)¹¹⁶ était *ultra vires* du Parlement parce qu'il constituait une disposition législative visant la propriété et les droits civils et que la Cour fédérale n'avait pas juridiction dans l'affaire¹¹⁷. C'est dans ce contexte que le fédéral avait soulevé son pouvoir général.

La compétence générale permet ainsi de mettre en place un système de réglementation de portée nationale, et non la réglementation d'un secteur ou d'un produit particulier. La présence du système de réglementation nationale demeure un indice fondamental d'un exercice valide de la compétence générale « bien qu'il n'en constitue pas une condition *sine qua non* »¹¹⁸. En effet, un *obiter dictum* de la Cour appuie l'hypothèse où il n'y aurait pas de système de réglementation, mais seulement

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ ALÉNA, *supra* note 1 aux art 1135-36.

¹¹¹ *Ibid.*, ch 11.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Luz, *supra* note 3 aux pp 65-66.

¹¹⁴ Vapor, *supra* note 97.

¹¹⁵ *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1968, c T-13, art 7(e) [*Loi sur les marques de commerce*].

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Vapor, *supra* note 97 aux pp 134-35.

¹¹⁸ *General Motors*, *supra* note 95 à la p 667.

si d'autres critères fondent un exercice valide de la compétence générale. Ce n'est qu'une fois ce système de réglementation déterminé qu'une Cour y appliquerait les autres critères.

Dans le cas qui nous occupe, la nature des obligations prévues au Chapitre 11¹¹⁹ est déterminante. Essentiellement, il s'agit d'obligations internationales de traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements¹²⁰. Autrement dit, le Chapitre 11¹²¹ ne remplace pas la réglementation fédérale, provinciale ou municipale applicable aux activités des investisseurs étrangers ; il garantit plutôt que certaines normes de traitement seront respectées lors de la réglementation. La nature du « remède » en cas de manquement est aussi pertinente : tel que mentionné plus haut, un tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'exiger la modification d'une mesure gouvernementale qui constitue un manquement à l'ALÉNA. Seuls des dommages-intérêts peuvent être accordés à l'investisseur lésé¹²². Dans cette perspective, il semble difficile de prétendre que le Chapitre 11 de l'ALÉNA¹²³ constitue un système de réglementation national comme ce fut possible dans l'arrêt *General Motors* où l'ensemble de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* reflétait clairement un système de réglementation économique complexe et très bien organisé ayant pour but de préserver la concurrence sur le marché canadien en entier. Même notre présomption d'incorporation du Chapitre 11¹²⁴ en droit canadien ne permet pas de combler le gouffre qui sépare ce régime d'un véritable système de réglementation national. Le fait que tous les niveaux de gouvernements soient soumis à certaines disciplines applicables à tous les investisseurs admissibles de la zone ALÉNA et à leurs investissements ne change rien à la nature parcellaire du système¹²⁵.

Est-ce que le système fait l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation ? Même si on accepte que l'absence d'un système de réglementation ne soit pas fatale, la présence de tribunaux arbitraux ayant le pouvoir de trancher le manquement aux obligations du Chapitre 11 de l'ALÉNA¹²⁶ cadre difficilement avec l'exigence d'un organisme de réglementation. La jurisprudence exige la présence d'un organisme qui surveille l'application du système de façon

¹¹⁹ ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

¹²⁰ Par exemple, *Ibid* aux art 1102 (Traitement national), 1103 (Traitement de la nation la plus favorisée), 1105 (Norme minimale de traitement), 1110 (Expropriation).

¹²¹ *Ibid*, ch 11.

¹²² *Ibid*, art 1135.

¹²³ *Ibid*, ch 11.

¹²⁴ *Ibid*.

¹²⁵ Contra Luz, *supra* note 3. Selon l'auteur, le Chapitre 11, dans une perspective générale, est un système de réglementation du commerce international avec les États-Unis et le Mexique. Il s'agit d'un mécanisme complet sur le traitement à accorder aux investisseurs étrangers par lequel des tribunaux arbitraux rendent des sentences sur la base notamment du droit international assurant ainsi que les parties soient en conformité avec le Chapitre 11 et l'ALÉNA en général. Par ailleurs, le Chapitre 11 s'applique à tous les investisseurs étrangers canadiens, américains et mexicains qui ont un investissement en vertu de la définition de l'ALÉNA.

¹²⁶ ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

minutieuse, vigilante et permanente¹²⁷. Dans l'arrêt *Vapor*, le juge Laskin avait jugé l'article 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce invalide*¹²⁸, notamment parce que son application était laissée « à l'initiative des particuliers, sans contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements¹²⁹ ». Le Chapitre 11 de l'ALÉNA¹³⁰ souffre des mêmes carences. Le droit donné aux investisseurs de porter plainte est au cœur du régime. Les États ont un rôle dans la surveillance de l'application de l'ALÉNA, mais il est en retrait par rapport au rôle des juridictions¹³¹.

Il convient maintenant de se tourner vers le pouvoir résiduel du paragraphe introductif de l'article 91. Ce paragraphe prévoit le pouvoir « de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces¹³² », ce qui confère au fédéral un certain pouvoir résiduel. La jurisprudence du Conseil privé et de la Cour Suprême a établi qu'il existait trois utilisations possibles relatives à ce pouvoir : la théorie des lacunes, l'intérêt national et le pouvoir d'urgence. Il sera question des deux premiers titres.

En 1932, dans le *Renvoi sur la Radiocommunication*¹³³, le Conseil privé avait avancé l'idée que le pouvoir de mise en œuvre des traités pouvait être exercé par le fédéral sur toutes les matières en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement¹³⁴. Cette idée émergeait de la théorie des lacunes. Dans les cas où il y a des lacunes dans le texte de la Constitution, le fédéral reçoit un

¹²⁷ *General Motors*, *supra* note 95 à la p 677 : « Il ne fait pas de doute que le système de réglementation des activités monopolistiques fonctionne sous l'œil vigilant d'un organisme de réglementation. Le mécanisme de réglementation est contrôlé minutieusement par le directeur des enquêtes et recherches et dans une mesure moindre par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. »; *Vapor*, *supra* note 97 à la p 165 : « L'application en est laissée à l'initiative des particuliers, sans contrôle public par un organisme qui surveillerait de façon permanente l'application des règlements, ce qui donnerait au moins quelque apparence de fondement à la prétention que l'al. e) de l'art. 7 est de portée nationale ou qu'il vise tout le Canada. ».

¹²⁸ *Loi sur les marques de commerce*, *supra* note 115.

¹²⁹ *Vapor*, *supra* note 97 à la p 165.

¹³⁰ ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

¹³¹ L'ALÉNA n'a pas créé d'institutions à part entière, comme ce fut le cas des *Accords de l'Organisation mondiale du Commerce* avec l'OMC. Voir *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord de Marrakech*], qui a mis un terme au Cycle de l'Uruguay débuté en 1986 et a donné naissance à l'OMC. Tous les accords qui lui sont annexés sont en ligne : Organisation mondiale du commerce <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm>. L'autorité principale chargée de la mise en œuvre de l'ALÉNA est la Commission de libre-échange, qui est composée de représentants des Parties (ALÉNA, *supra* note 1 art 2001) et qui se réunit normalement à chaque année ou au besoin. En vertu de l'article 1131(2) de l'ALÉNA, *ibid*, « [u]ne interprétation faite par la Commission d'une disposition du présent accord liera un tribunal établi en vertu de la présente section ». Toutefois, ce pouvoir a été exercé uniquement une fois en vingt ans en ce qui concerne les obligations de fond du chapitre; Contra voir *Luz*, *supra* note 3.

¹³² *LC 1867*, *supra* note 10 art 91.

¹³³ *Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] AC 304 [*Radio Communication*].

¹³⁴ *Ibid*.

pouvoir résiduel. Donc, puisque la mise en œuvre des traités pour le Canada ne se trouve pas dans la Constitution de 1867, le fédéral devait nécessairement avoir compétence sur la mise en œuvre¹³⁵. Toutefois, cinq ans plus tard, en 1937 dans l'affaire des *Conventions de travail*, le Conseil rejeta cette opinion et conclut que le pouvoir de mise en œuvre devait suivre les contours de la constitution¹³⁶. La mise en œuvre devait donc respecter le partage des compétences prévu aux articles 91 et 92¹³⁷. Un exemple concret de la théorie des lacunes est la constitution des sociétés par actions fédérales. L'article 92(11)¹³⁸ prévoit la compétence provinciale pour la constitution des sociétés par actions ayant un objet provincial, mais il n'y a aucune mention à l'article 91¹³⁹ d'une compétence fédérale équivalente pour les sociétés ayant un objet fédéral. La théorie des lacunes vient donc remplir ce manquement dans la Constitution pour justifier la compétence résiduelle fédérale¹⁴⁰.

Le Parlement fédéral peut aussi utiliser son pouvoir sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement pour légiférer sur une matière ayant une dimension nationale (intérêt national)¹⁴¹. L'arrêt *Crown Zellerbach* avait énoncé que la « théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale »¹⁴². À cet égard, la Cour a développé des critères détaillés pour déterminer si une matière est d'intérêt national : « elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt national », ainsi qu'un « effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution »¹⁴³. L'aéronautique¹⁴⁴ et la radiocommunication¹⁴⁵ sont de tels exemples.

La qualification de la matière est le premier obstacle à franchir. En effet, l'analyse de la « matière » d'intérêt national n'est pas assimilée au concept de « politique » d'intérêt national. À cet égard, bien que l'on puisse admettre qu'il est

¹³⁵ Hogg, *supra* note 61 à la p 17-6 : « A similar argument can be made with respect to the treaty power. Section 132 of the Constitution Act, 1867 confers upon the federal Parliament the power to enact laws for performing the obligations of Canada "as part of the British Empire, towards foreign countries, arising under the treaties between the Empire and such foreign countries". The framers of the Constitution Act, 1867 evidently did not contemplate that Canada would eventually acquire the power to enter into treaties on its own behalf. Accordingly, s. 132 is silent about performing the obligations of Canada arising under treaties entered into by Canada in its own right as an international person. »

¹³⁶ *Affaire des conventions du travail*, *supra* note 19 aux paras 12-14.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *LC 1867*, *supra* note 10, art 92(11).

¹³⁹ *Ibid.*, art 91.

¹⁴⁰ Hogg, *supra* note 61 à la p 17-5.

¹⁴¹ *Ontario (Attorney-General) and others v Canada Temperance Federation* [1946] UKPC 2, [1946] AC 193.

¹⁴² *R c Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 RCS 401 [*Crown Zellerbach*].

¹⁴³ *Ibid.*, au para 37.

¹⁴⁴ *Ontario (Attorney-General) v Canada Temperance Federation*, [1946] AC 193.

¹⁴⁵ *Radio Communication*, *supra* note 133.

dans l'intérêt de tous que les provinces agissent de manière à ne pas enfreindre les obligations internationales du Canada et ainsi éviter que des coûts potentiellement importants pèsent sur l'ensemble des contribuables, « l'intérêt national » dans le contexte de l'article 91¹⁴⁶ relève du domaine juridique et constitutionnel.

Ainsi, bien qu'il y ait aujourd'hui une ouverture des marchés, ainsi qu'une globalisation des investissements internationaux, il ne découle pas automatiquement de ce constat que la réglementation de l'investissement au Canada a depuis acquis une unicité, une particularité et une indivisibilité qui puisse dorénavant permettre au Parlement fédéral de réglementer seul l'investissement au Canada. Tout dépendant de l'industrie, la réglementation de l'investissement est encore en large mesure de nature locale, et ce, même si plusieurs des acteurs sont d'origine étrangère.

De façon générale, l'équilibre du fédéralisme est en tension avec l'application de la doctrine de l'intérêt national¹⁴⁷. En effet, les deux concepts sont en opposition : la théorie de l'intérêt national mène à une centralisation des pouvoirs, puisque des matières échapperont nécessairement aux provinces, alors que le concept du fédéralisme suppose aujourd'hui une démarche coopérative entre les deux paliers de gouvernement. Par ailleurs, les critères de la doctrine de l'intérêt national et ceux du volet « général » du paragraphe 91(2)¹⁴⁸ se recoupent et conduisent à des résultats semblables. Ce constat est d'ailleurs présent dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, où le juge Le Dain s'appuie sur l'interprétation restrictive à donner à l'article 91(2)¹⁴⁹ pour ne pas « embrasser et anéantir les pouvoirs provinciaux (arrêt *Parsons*) et détruire l'équilibre de la Constitution »¹⁵⁰. Ce n'est toutefois pas dire que la doctrine de l'intérêt national ne trouvera plus application en droit canadien. Néanmoins, il serait difficile de valider la loi hypothétique envisagée sur cette base uniquement, surtout quand l'empiètement sur les compétences provinciales est pris en compte, considération qui par ailleurs est une partie intégrante du test de l'intérêt national.

b) *Empiètement sur les compétences provinciales*

L'analyse portant sur les différents chefs de compétence a démontré que même si la Cour réussissait à rattacher la loi envisagée à un chef de compétence spécifique, la loi aurait des effets sur les compétences provinciales qu'il convient d'examiner puisqu'ils pourraient s'avérer fatals. Afin de saisir l'étendue du problème, différentes hypothèses doivent être envisagées, d'abord celle de mesures concernant un investisseur en particulier et ensuite celle de mesures d'application générale.

Certaines plaintes d'investisseurs étrangers résultent de l'adoption de mesures infranationales qui les visent à titre particulier : le refus d'un permis,

¹⁴⁶ LC 1867, *supra* note 10 art 91.

¹⁴⁷ Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373 à la p 378.

¹⁴⁸ LC 1867, *supra* note 10 art 91(2).

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Crown Zellerbach*, *supra* note 142 à la p 427.

l'évaluation environnementale négative d'un projet, la répudiation d'un contrat, etc. On pourrait prétendre, comme l'a fait Mark Luz, que dans des cas de ce genre, le fait pour le gouvernement fédéral de « forcer » le remboursement par la province des dommages octroyés pour une mesure contraire à l'ALÉNA ne constituerait pas un empiètement¹⁵¹. En effet, la province n'aurait pas l'obligation de modifier la mesure et ainsi ses pouvoirs demeureraient intacts. Qui plus est, on pourrait dire qu'un lien de rattachement fort existe entre la disposition qui force le remboursement et l'incorporation en droit interne du Chapitre 11 de l'ALÉNA¹⁵², car le mécanisme de réclamation de dommages est au cœur de ce régime de réglementation des investissements étrangers.

Toutefois, l'analyse sommaire de telles hypothèses ne fait pas justice à la complexité des enjeux constitutionnels qui peuvent se présenter. Que jugerait une cour si le fardeau monétaire imposé à la province s'avérait important : par exemple, une sentence de 200 millions de dollars canadiens pour cause de répudiation, jugée illicite internationalement, d'un contrat d'investissement entre l'investisseur et la province ? Les pouvoirs de la province s'en trouvent-ils affectés pour l'avenir ?

La question de la constitutionnalité de la mesure en droit interne se pose aussi de manière criante. À nouveau, l'affaire *AbitibiBowater Inc.* se dresse en exemple. Dans cette affaire, la loi d'expropriation adoptée par Terre-Neuve-et-Labrador concernait uniquement *AbitibiBowater Inc.*¹⁵³. En termes de partage des pouvoirs et suivant le droit canadien de l'expropriation, la province était en droit d'agir comme elle l'a fait¹⁵⁴. En droit international, toutefois, la mesure allait être sans doute jugée illicite et le gouvernement fédéral a choisi de régler l'affaire. Il fait peu de doute que si la loi de mise en œuvre en question avait existé à l'époque où le fédéral avait exigé un remboursement et que la province avait contesté cette loi devant les tribunaux, elle aurait eu gain de cause. Il se serait agi d'un empiètement sur la propriété et les droits civils dans la province, un pouvoir prévu à l'article 92(13)¹⁵⁵.

Les hypothèses concernant des mesures d'application générale posent autant de problèmes, sinon plus¹⁵⁶. Imaginons qu'une province adopte un nouveau code minier, qui a pour effet de restreindre de manière drastique les activités d'investisseurs actuels sur son territoire. Une compagnie étrangère pourrait, par hypothèse, se plaindre d'un traitement injuste et inéquitable ou d'expropriation en manquement au traité d'investissement. Aux fins d'analyse, tenons pour acquis que la compagnie obtient gain de cause devant le tribunal. Le fédéral verserait les dommages à l'investisseur et se tournerait vers la province pour un remboursement. En principe, la province n'aurait pas à modifier sa mesure. Toutefois, dans les faits, si elle ne le fait pas, d'autres poursuites pourraient suivre par les autres investisseurs étrangers

¹⁵¹ Luz, *supra* note 3 à la p 67.

¹⁵² ALÉNA, *supra* note 1 ch 11.

¹⁵³ *AbitibiBowater Inc.*, Notification d'arbitrage, *supra* note 5.

¹⁵⁴ Fairley, *supra* note 13 à la p 48.

¹⁵⁵ LC 1867, *supra* note 10 art 92(13).

¹⁵⁶ Voir les exemples offerts par Luz, *supra* note 3 à la p 68.

touchés. À nouveau, il se pourrait que la mesure soit *intra vires* de la province, mais tout de même constituer un manquement aux obligations internationales du Canada. Dans un tel cas, une cour jugerait-elle que le fédéral empiète sur les pouvoirs de la province d'une manière qui n'est pas justifiable par le lien de rattachement en forçant le remboursement possiblement répété de dommages découlant de la même mesure ? Mark Luz a illustré ce problème avec l'exemple de la création d'un régime d'assurance automobile sans égard à la faute dans une province. Il avance que :

If a province was required to compensate U.S. or Mexican insurance companies for an expropriation of its investment in the province, this could be so cost-prohibitive that it would frustrate the creation of the entire scheme. Even though the payment of compensation to the investors may be ancillary and necessary for the implementation of the treaty and is thus intra vires Parliament, the extent of the intrusion might be unacceptable to a court concerned with the federal-provincial balance. In such a situation, it is very possible that the Supreme Court would find that the intrusion into provincial powers is simply too great to be justified under the federal trade and commerce power. This could leave the federal government to pay the NAFTA investor itself with no chance of recouping the amount from the province responsible for the breach of Chapter 11 in the first place¹⁵⁷.

Ces exemples suffisent pour démontrer les difficultés découlant d'un argument de compétence fondé sur une compétence fédérale. Il reste donc à déterminer si le fédéral peut faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement en adoptant une loi à partir de ses champs de compétence spécifiques ou ses pouvoirs résiduels.

2. LE POUVOIR DE DÉPENSER ET DE NE PAS DÉPENSER

Bien qu'il ne soit pas enchâssé dans la Constitution, le pouvoir de dépenser a été reconnu par la Cour suprême du Canada¹⁵⁸. Toutefois, ce dernier n'est pas sans limites. Au surplus, dans l'hypothèse qui nous occupe, la question n'est pas directement celle de dépenser, mais bien de retenir des sommes qui auraient autrement été versées à une province en « remboursement » des montants payés par le gouvernement fédéral. Cette forme de compensation soulève des questions juridiques, mais aussi des obstacles politiques.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Cette reconnaissance n'est pas sans critique. Par exemple, dans Marc-Antoine Adam, « The Spending Power, Co-operative Federalism and Section 94 » (2008) 34 Queen's LJ aux pp 175-224 [Marc-Antoine Adam], l'auteur rejette la théorie d'un pouvoir de dépenser fédéral illimité et voit une alternative au pouvoir de dépenser dans la disposition 94 de la *LC 1867*, *supra* note 10; dans Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême » (2004) 45 C de D 7, l'auteure explique que la pratique actuelle de la Cour suprême vis-à-vis du pouvoir de dépenser va à l'encontre du principe du fédéralisme; dans Andrée Lajoie, « Current Exercises of the "Federal Spending Power": What Does The Constitution Say about Them? » (2008) 34 Queen's LJ aux pp 141-161 [Lajoie], l'auteure affirme que le pouvoir de dépenser est devenu l'outil de centralisation préféré du gouvernement fédéral; dans Alain Noël, « How Do You Limit a Power That Does Not Exist? » (2008) 34 Queen's LJ 391-412, l'auteur prend la position que le pouvoir de dépenser n'existe pas.

a) *L'existence du pouvoir et ses limites*

Avec le temps, le pouvoir de dépenser a acquis une signification propre au droit constitutionnel canadien, mais son origine, sa légitimité et son avenir continuent de susciter des débats¹⁵⁹. Dès 1969, lors des négociations constitutionnelles, le gouvernement fédéral offrait une définition qui laissait entendre l'étendue potentielle de ce pouvoir. Selon lui, le pouvoir de dépenser permet « de verser des paiements aux gens, aux institutions ou aux gouvernements à des fins pour lesquelles [le Parlement] ne possède pas nécessairement le pouvoir de légiférer »¹⁶⁰.

En pratique, le gouvernement fédéral fait appel à deux modèles principaux dans l'exercice de son pouvoir de dépenser : les transferts sont conditionnels ou inconditionnels. Les paiements faits au titre de la péréquation sont inconditionnels et les provinces peuvent, en conséquence, utiliser les montants versés selon leurs propres priorités¹⁶¹. D'autres transferts sont conditionnels, par exemple le transfert canadien en matière de santé. Dans ce cas, les provinces doivent respecter les conditions de la *Loi canadienne sur la santé*, qui contient cinq grandes conditions applicables aux services de santé (gestion publique, intégralité, universalité, transférabilité et accessibilité) et des dispositions concernant la surfacturation et les frais modérateurs¹⁶².

Le potentiel pour le gouvernement fédéral de « légiférer indirectement » dans des domaines de compétence provinciale par le biais du pouvoir de dépenser n'est pas passé inaperçu. La Cour suprême a d'ailleurs eu à se prononcer sur les limites de ce pouvoir. Dans l'affaire *Brown c. YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc.*, concernant l'application des lois provinciales en matière de salaires aux travailleurs participant à des programmes fédéraux de création d'emplois, la Cour a notamment souligné que

le pouvoir de dépenser du fédéral peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale. [...] Bien que le Parlement soit toutefois libre

¹⁵⁹ Les questions suivantes font l'objet de débats : est-ce un pouvoir inhérent au fédéralisme? Est-ce plutôt implicite dans les dispositions de la Constitution? Ou encore est-ce un pouvoir qui découle de la *common law*? Sur les différentes théories, voir notamment Frank R Scott, « The Constitutional Background of the Taxation Agreements » (1955-1956) 2 McGill LJ 1; et Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd feuilles mobiles), vol 1, Toronto, Carswell, 1998.

¹⁶⁰ Anne F Bayefsky, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments : A Documentary History*, vol 1, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, aux pp 146-162.

¹⁶¹ Lajoie, *supra* note 158 au para 35; Voir *LC 1867*, *supra* note 10, art 36.

¹⁶² *Loi canadienne sur la santé*, LRC 1985 c C-6; *Eldridge c Colombie-Britannique (Procureur général)* [1997] 3 RCS 624 au para 25 : « Cela n'a pas empêché le législateur fédéral de jouer un rôle important dans la fourniture de soins médicaux gratuits à tous dans les diverses régions du pays. Pour ce faire, il a utilisé son pouvoir inhérent de dépenser pour fixer des normes nationales à l'égard des programmes provinciaux d'assurance-maladie. Aux termes de la *Loi canadienne sur la santé*, LRC 1985, c C-6, le gouvernement fédéral doit contribuer au financement des programmes provinciaux d'assurance-maladie qui satisfont à certaines conditions d'octroi spécifiées. » (La constitutionnalité de ce genre de subvention conditionnelle a été confirmée par notre Cour dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* (C-B), [1991] 2 RCS 525 à la p 567).

d'offrir les subventions sous réserve des restrictions qu'il juge appropriées, la décision d'accorder une subvention dans un domaine particulier ne doit pas être interprétée comme une intention de réglementer tous les aspects connexes de ce domaine¹⁶³.

Dans l'affaire *Finlay c. Canada*, le demandeur cherchait à faire déclarer illégale la contribution fédérale au régime d'aide sociale du Manitoba accomplie en application du Régime d'assistance publique du Canada (RAPC). La Cour confirma l'exercice du pouvoir de dépenser en ces termes :

Comme le fait remarquer le juge McLachlin, la participation du gouvernement fédéral repose entièrement sur son pouvoir de dépenser. À mon avis, compte tenu de la nature et des objets du RAPC, les conditions dont est assortie la contribution du gouvernement fédéral ne visent pas à dicter les termes précis de la législation provinciale. Au contraire, ces conditions visent à promouvoir les mesures législatives qui permettent de respecter, pour l'essentiel, les objectifs du RAPC¹⁶⁴.

Avant de procéder plus avant, il faut se demander ce qu'il en est du pouvoir de ne pas dépenser.

b) *Le pouvoir de ne pas dépenser*

Étant donné que chaque année, plusieurs milliards de dollars sont transférés du gouvernement fédéral aux provinces en vertu du pouvoir de dépenser, il pourrait être tentant pour le fédéral de retenir des sommes qui auraient autrement été versées à la province dont la mesure a causé un manquement aux engagements internationaux du Canada. En principe, le droit du fédéral « de ne pas dépenser » a été reconnu, mais dans des circonstances très différentes de celles qui sont ici envisagées. Par ailleurs, on peut penser que les difficultés politiques découlant d'une telle action seraient considérables.

Dans le *Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, la Cour suprême a reconnu le principe « de ne pas » ou « de moins » dépenser en ces termes :

Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière. À plus forte raison, ce n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, la nouvelle loi se borne à limiter l'accroissement des contributions. [...] De simples « répercussions », prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement. [...] La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la Charte canadienne des droits et libertés, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif¹⁶⁵.

¹⁶³ *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc c Brown*, [1989] 1 RCS 1532 aux pp 1548-49.

¹⁶⁴ *Finlay c Canada (Ministre des finances)*, [1993] 1 RCS 1080.

¹⁶⁵ *Avis consultatif sur le régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525 à la p 567.

En se fondant sur les faits du *Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada*, pourrait-on prétendre que le gouvernement fédéral n'a qu'à modifier la Loi sur les arrangements fiscaux afin de permettre un « remboursement » ? Il pourrait le faire en modifiant les sommes allouées à la province concernée et ainsi se rembourser à même les fonds qu'il aurait autrement versés à cette province. Cette hypothèse ne va pas sans poser de problèmes. D'abord, la lutte au déficit a peu en commun avec le paiement d'une sentence arbitrale. Dans ce dernier cas, la somme qui serait retenue découle d'une décision concluant au manquement aux obligations internationales du Canada en vertu d'un traité, mais dont la cause est une mesure provinciale. En droit canadien, par contre, il est possible que cette même mesure n'ait rien d'illégal. Même si la sentence arbitrale ne force ni le Canada, ni la province par voie de conséquence, à modifier la loi ou la mesure « illicite »¹⁶⁶, il n'en demeure pas moins que le comportement décrié est celui de la province et que le fédéral y attache des conséquences financières. Si cette action fédérale était contestée, est-ce qu'une cour jugerait qu'il s'agit là d'une tentative du gouvernement de régler une matière qui n'est pas dans ses champs de compétence ? Il est fort à parier que oui. Par ailleurs, il est difficile d'imaginer que, politiquement, le fédéral puisse retenir des transferts pour la santé, par exemple, afin de récupérer le montant versé à un investisseur étranger sur le fondement d'une sentence arbitrale¹⁶⁷.

En somme, qu'on fasse appel au pouvoir de dépenser (ou de ne pas dépenser), à un chef de compétence spécifique ou au pouvoir résiduel de l'article 91¹⁶⁸, les difficultés constitutionnelles abondent. Chacune des options étudiées doit effectivement évoluer en conformité avec le fédéralisme coopératif, ce qui démontre que l'objectif du remboursement « forcé » n'est pas si facile à atteindre au Canada.

II. La possibilité de solutions conventionnelles ou administratives à l'avenir

Étant donné les obstacles constitutionnels décrits au partage des rôles et responsabilités financières dans le cadre de l'ALÉNA, il est utile d'étudier les possibilités de solution conventionnelles et administratives qui s'offrent au Canada. Deux options se démarquent pour les accords futurs. D'abord celle qui verrait les accords de « deuxième génération » eux-mêmes régler la question (solution de droit international) et ensuite celle qui passerait par des accords administratifs entre le gouvernement fédéral et les provinces pour aménager un partage (solution de droit interne). En principe, cette dernière pourrait également servir dans le cadre de l'ALÉNA.

¹⁶⁶ ALÉNA, *supra* note 1, art 1135.

¹⁶⁷ Ceci soulèverait également des questions en lien avec l'engagement de principe figurant à l'article 36 LC 1867, *supra* note 10.

¹⁶⁸ *Ibid*, art 91.

A. La faisabilité de solutions à même les accords commerciaux de « deuxième génération »

Selon une certaine vue de l'esprit, on pourrait régler le problème du partage si les provinces étaient, en plus du gouvernement fédéral, parties aux accords commerciaux. Comme les accords de deuxième génération comportent des engagements précis dans des domaines de compétence provinciale, les provinces elles-mêmes pourraient devoir répondre de leur éventuel manquement devant la justice internationale. Cette hypothèse, par contre, se heurte rapidement à la réalité du monopole fédéral sur la conclusion des accords internationaux et à la préservation de l'unité de représentation du Canada dans l'arène internationale.

1. LA REMISE EN QUESTION DU MONOPOLE FÉDÉRAL ET L'EXEMPLE DE L'ACCORD ÉCONOMIQUE ET COMMERCIAL GLOBAL ENTRE LE CANADA ET L'UNION EUROPÉENNE

Pour la première fois dans l'histoire des négociations commerciales canadiennes, les provinces ont eu un siège à la table des négociations de l'AECG entre le Canada et l'Union européenne. Toutefois, les provinces ne seront vraisemblablement pas signataires de l'accord et le gouvernement fédéral continuera à être responsable des dommages qui pourraient découler de sentences arbitrales investisseur-État.

a) *Un modèle de participation active des provinces*

Compte tenu de son intérêt à obtenir des concessions dans les champs de compétence provinciale, l'Union européenne a clairement fait connaître au Canada sa volonté que les provinces canadiennes participent aux négociations de l'Accord. Le Canada a acquiescé à cette demande¹⁶⁹.

Cette participation active est une première dans l'histoire des accords commerciaux du Canada. Par le passé, seuls des mécanismes d'information et de consultation des provinces étaient en place dans le cadre de telles négociations. Au début des négociations de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, la croyance populaire était qu'un accord de ce type aurait des répercussions

¹⁶⁹ Patrick Fafard et Patrick Leblond, « Accords commerciaux au 21^e siècle : Des défis pour le fédéralisme canadien » (septembre 2012), en ligne : L'Idée fédérale : Réseau québécois de réflexion sur le fédéralisme <<http://ideefederale.ca/documents/defis.pdf>> [Fafard & Leblond]; Stéphane Paquin, « Le rôle des provinces dans les négociations commerciales : rupture dans la continuité? » (2014), en ligne : Groupe d'études sur les relations internationales du Québec <https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca%2FDepotNumerique_v2%2FAffichageFichier.aspx%3Fidf%3D145511&usg=AFQjCNG1QHs-8xRxe8MDSv3YF7UcKN56Rw&cad=rja>, aux pp 3-4, 35-36 [Paquin].

importantes sur les provinces¹⁷⁰. Ainsi, le premier ministre du Canada et les premiers ministres de provinces se sont réunis afin que ces dernières puissent faire connaître leurs points de vue sur les questions les concernant, et afin que le gouvernement fédéral partage de l'information avec elles. Ces rencontres ont mené à la création du Comité permanent des négociations commerciales (CPNC), depuis remplacé par le Comité c-commerce, qui se réunit en général quatre fois par année¹⁷¹. Bien que le Comité n'ait pas eu un rôle majeur, ses travaux ont tout de même pris plus d'ampleur lors des négociations de l'*ALÉNA*, notamment en lien avec la négociation des ententes parallèles en matière d'environnement et de main d'œuvre¹⁷². Néanmoins, jamais les provinces n'ont pris part aux négociations, ni même obtenu d'accès privilégiés à la table de négociation comme ce fut le cas dans le cadre de l'*AECG*.

Les provinces ont aussi, dans le cadre de l'*AECG*, joué un rôle accru en termes de prise d'engagements dans leurs champs de compétences. Selon le résumé technique des résultats finaux de la négociation, les provinces ont inscrit sur des listes les mesures « non conformes » qu'elles maintiendront, ce qui est une première¹⁷³. Des fuites des annexes à l'*AECG* avaient déjà permis aux observateurs de consulter les listes de réserves provinciales à certaines obligations de l'accord. Ces listes, dites « négatives », contiennent des exclusions dans des secteurs où les provinces ne veulent pas être soumises à des engagements de libéralisation en vertu de l'*AECG*¹⁷⁴.

Par contre, rien n'indique que le Canada entende modifier sa politique de longue date selon laquelle seul le gouvernement fédéral est signataire de traités internationaux¹⁷⁵.

b) *Les limites à la participation provinciale*

Tel que mentionné précédemment, au Canada, la prérogative de conclusion des traités appartient à la couronne fédérale¹⁷⁶. Dans les faits, c'est le Cabinet qui

¹⁷⁰ Fafard & Leblond, *ibid.*, à la p 5; Paquin, *ibid.*, à la p 33.

¹⁷¹ Fafard & Leblond, *ibid.*, à la p 6; Paquin, *ibid.*, aux pp 33-34.

¹⁷² Fafard & Leblond, *ibid.*; Paquin, *ibid.*, aux pp 29-30.

¹⁷³ Voir archive : Gouvernement du Canada, *Le plan d'action économique du Canada* <<http://www.actionplan.gc.ca/sites/default/files/pdfs/aecg-resumetechnique.pdf>> à la p 14.

¹⁷⁴ Voir CETA : *Services and Investment – Provincial and Territorial Governments - First Offer – Annex I and II Reservations*, en ligne : RQIC

<http://www.rqic.alternatives.ca/CETA_Serv_Inv_prov_annex1_reservations.pdf> et en ligne : RQIC <http://www.rqic.alternatives.ca/CETA_Serv_Inv_fed_annex2_reservations.pdf>; CETA : *Services and Investment – Federal Government - First Offer – Annex I and II Reservations*, hors-ligne : RQIC <http://www.rqic.alternatives.ca/CETA_Serv_Inv_fed_annex1_reservations.pdf> et en ligne : RQIC <http://www.rqic.alternatives.ca/CETA_Serv_Inv_fed_annex2_reservations.pdf>.

¹⁷⁵ La question de la signature du traité lui-même par les provinces est distincte de celle de savoir si un accord fédéro-provincial pourrait être conclu (par exemple par le biais d'un échange de lettres), comportant un engagement des provinces de respecter les obligations auxquelles elles ont souscrit dans le cadre des négociations. Un tel accord demeure une possibilité.

¹⁷⁶ Bien que la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 10, n'attribue pas ce pouvoir explicitement à l'exécutif fédéral pour des raisons historiques, la pratique gouvernementale et les décisions des

l'exerce¹⁷⁷. Ainsi, malgré une participation et un engagement accrus des provinces dans certains accords, elles n'en sont pas signataires. Par conséquent, dans l'exemple de l'AECG, le gouvernement fédéral demeurera responsable dans la sphère internationale pour le versement des dommages éventuellement octroyés par un tribunal arbitral, et ce, même si le manquement à l'Accord est le fait d'une mesure provinciale.

La politique du gouvernement fédéral de maintenir un monopole sur la conclusion des traités ne date pas d'hier¹⁷⁸. Le gouvernement a eu l'occasion de la réaffirmer en 2006, dans la cadre de l'adoption de sa « politique sur le dépôt des traités devant le parlement¹⁷⁹ ». Cette nouvelle politique vise principalement à assurer que les traités signés par le Canada seront déposés en Chambre durant une certaine période avant d'être ratifiés¹⁸⁰. On y lit notamment les affirmations suivantes :

Le Canada adhère à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui peut être décrite comme une codification du droit international public sur les traités. [...] [L]'expression "traité" s'entend d'un accord international conclu par écrit entre états [...] Un traité peut être bilatéral, multilatéral ou plurilatéral. [...] [U]n traité bilatéral est un traité conclu entre le Canada et un autre pays¹⁸¹.

Le gouvernement fédéral ne semble avoir exprimé aucun intérêt pour le « partage » à cet égard.

Le Québec est la province qui a le plus remis en question ce monopole, en concluant des centaines d'ententes internationales, certaines avec des États étrangers, notamment la France¹⁸². Le statut de ces accords en droit international ne fait pas l'unanimité¹⁸³, mais du point de vue fédéral, ils ne constituent pas des traités¹⁸⁴. Bien

tribunaux confirment cette position. Ce monopole a notamment été contesté par le Québec, à travers la doctrine Gérin-Lajoie (1965). Voir Arbour et Parent, *supra* note 17 aux pp 188-93; Côté, *supra* note 23, aux pp 506-11; Sur la position du Québec et cette doctrine, voir Paquin, *supra* note 169 aux pp 6-15; Voir aussi Daniel Turp, « Le consentement de l'État du Québec aux engagements internationaux et sa participation aux forums internationaux », dans Sienho Yee et Jacques-Yvan Morin, dir, *Multiculturalism and International Law- Essays in Honour of Edward McWhinney*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, 719-52.

¹⁷⁷ Voir Arbour et Parent, *supra* note 17 à la p 190 : « Dans les faits, cette prérogative est exercée par le Cabinet des ministres ».

¹⁷⁸ Voir *ibid.*, aux pp 189-90; Voir aussi Gouvernement du Canada, « Fédéralisme et Relations internationales, Secrétaire d'État aux Affaires extérieures », Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968; Gouvernement du Canada, « Fédéralisme et Conférences internationales sur l'éducation, Secrétaire d'État aux Affaires extérieures », Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, cités dans Paquin, *supra* note 169 aux pp 5-6.

¹⁷⁹ *Politique sur le dépôt des traités devant le parlement*, en ligne : Affaires mondiales Canada <<http://www.treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=fra>>.

¹⁸⁰ *Ibid.* Ce mécanisme est d'abord d'information et de transparence, car la décision de ratifier le traité demeure une prérogative fédérale.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Arbour et Parent, *supra* note 17 aux pp 190-93.

¹⁸³ *Ibid.*

que certains États comme la Belgique et l'Allemagne permettent à des entités fédérées de conclure des traités, ce n'est pas le cas au Canada.

Tel que décrit plus haut, le Québec a comme pratique d'adopter ses propres lois de mise en œuvre des traités dont les objets tombent (au moins en partie) dans ses champs de compétence. Ce fut notamment le cas en ce qui concerne l'*ALÉNA*¹⁸⁵. De façon générale, le site internet du ministère des Relations internationales du Québec indique que :

Conformément à la Loi sur le ministère des Relations internationales, le gouvernement du Québec, en prenant un décret à cet effet, exprime sa volonté d'être lié par un accord international du Canada et accepte que le Canada exprime son consentement à être lié par celui-ci. À ce jour [2013], le Québec s'est déclaré lié par 12 accords bilatéraux et multilatéraux conclus par le Canada.¹⁸⁶

À strictement parler, le gouvernement fédéral n'a pas besoin de ce « consentement » du Québec pour conclure des traités, bien qu'un tel consentement a sans doute pour effet d'en faciliter la mise en œuvre.

Même en préservant le monopole sur la conclusion des traités, on pourrait imaginer que le gouvernement fédéral soit disposé à permettre aux provinces de défendre elles-mêmes les plaintes des investisseurs étrangers, en échange de leur engagement à payer la facture en cas de sentences défavorables. À nouveau, ce scénario se bute à la préservation de l'unité de représentation internationale du Canada.

2. « QUI PAIE, PARLE » OU LA FIN DE L'UNITÉ DE REPRÉSENTATION INTERNATIONALE DU CANADA

L'idée de laisser les provinces plaider seules en arbitrage international afin de défendre leurs mesures contre une plainte d'un investisseur en échange d'en assumer les coûts, pourrait avoir un certain attrait pour le gouvernement fédéral. Par contre, le bris d'unité¹⁸⁷ dans la représentation internationale du Canada qui en découlerait rend cette hypothèse improbable¹⁸⁸. Non seulement une telle pratique

¹⁸⁴ Voir Claude Emanuelli, *Droit international public*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux pp 91-92; Voir aussi Paquin, *supra* note 169 aux pp 5-6.

¹⁸⁵ Voir *Loi de mise en œuvre Québec*, *supra* note 27 et texte correspondant.

¹⁸⁶ Voir en ligne : Ministère des Relations internationales et de la Francophonie <<http://www.mrifce.gouv.qc.ca/fr/Ententes-et-Engagements/Accords-Canada>>.

¹⁸⁷ Sur le thème de l'unité, voir Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 McGill LJ aux pp 573-648.

¹⁸⁸ L'idée que les provinces répondent elles-mêmes aux allégations internationales concernant des mesures tombant dans leurs champs de compétence n'est pas sans précédent. Par exemple, des directives existent au Canada concernant les réponses à donner aux plaintes individuelles faites au Comité des droits de l'homme concernant les gouvernements provinciaux. Le Canada, dans la sphère internationale, demeure responsable pour le respect du *Pacte international relatif aux droits civils et*

pourrait-elle mener à des contradictions entre le fédéral et les provinces dans divers forums, mais aussi entre les provinces elles-mêmes.

a) *Risque de contradictions entre les provinces et le fédéral*

Deux scénarios sont d'emblée problématiques : celui du manque de cohérence dans les positions des gouvernements dans le cadre de différentes procédures d'arbitrage conventionnel investisseur-État ainsi que vis-à-vis des positions prises par le Canada dans d'autres forums de règlement des différends, par exemple à l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Bien qu'agissant tous deux en défense dans le cadre d'un arbitrage investisseur-État, il n'est pas difficile d'imaginer qu'une province puisse adopter une position différente de celle du fédéral. En effet, le fédéral doit tenir en ligne de compte les intérêts « défensifs » du Canada, mais aussi ses intérêts « offensifs » (c.-à-d., la protection des investisseurs canadiens à l'étranger). Ainsi, une province, mettant de l'avant des intérêts essentiellement « défensifs », pourrait adopter une interprétation plus restrictive que celle que le Canada adopterait.

Qui plus est, la contradiction pourrait se répandre dans d'autres forums de règlement des différends. Imaginons que le Québec agisse en défense dans une procédure arbitrale et que la province soumette comme argument que le « principe de précaution » a atteint le statut de droit international coutumier. Cela pourrait avoir une conséquence sur l'interprétation de l'obligation de verser une compensation en cas d'expropriation, en particulier en lien avec le pouvoir de police de l'État. Par ailleurs, il pourrait s'avérer que le Canada, devant l'OMC, ait nié que le principe de précaution

politiques, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*], mais une collaboration existe qui permet aux provinces d'élaborer les observations principales soumises au Comité. Voir Frédérique Sabourin et Pierre Mérette, « Le mécanisme de plaintes individuelles au Comité des droits de l'homme » (2009), en ligne : Conférences des juristes de l'État <<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/91/e9/lemecanismedeplaintesindividuell esaucomitedesdroitsdelhommedelonu.pdf>> aux pp 518-22.

Toutefois, cette situation diffère de la défense de plaintes soumises à l'arbitrage investisseur-État : 1) les décisions du Comité ne sont pas contraignantes, 2) elles n'impliquent pas le versement de compensation, 3) la procédure suivie n'implique pas d'audiences ou de plaidoiries orales et plusieurs documents demeurent confidentiels.

Un autre cas est celui de la mise en œuvre des obligations découlant des accords parallèles de l'*ALÉNA* sur l'environnement et le travail (voir pour le Québec : *Loi de mise en œuvre Québec*, *supra* note 27). Pour les provinces qui ont consenties à être liées dans leurs champs de compétences, des obligations monétaires peuvent devoir être assumées. À nouveau, par contre, l'engagement d'assurer « l'application efficace de ses lois et réglementations environnementales par la mise en œuvre [...] de mesures gouvernementales appropriées » est de nature différente de celui découlant d'un accord sur l'investissement. Dans ce dernier cas, la conformité des mesures au droit international en tant que tel est en jeu. Voir, par exemple, l'article 5 de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique* (1993), en ligne : Commission de coopération environnementale <<http://www.ccc.org/fr/qui-sommes-nous/ANCE>>.

soit coutumier à l'heure actuelle¹⁸⁹. Une telle situation aurait pour effet de miner la position, ainsi que la crédibilité, du Canada dans deux enceintes différentes¹⁹⁰.

b) *Risque de contradictions entre les provinces*

L'autre risque est celui du manque de cohérence dans les positions des provinces entre elles. Étant donné que le gouvernement fédéral assume la responsabilité en cas de manquement, une interprétation divergente d'obligations identiques serait problématique. L'interprétation des réserves ou des annexes, contenant les engagements particuliers des provinces dans leurs champs de compétence, seraient susceptibles de mener à de telles contradictions. En effet, ces annexes sont de nature très technique et peuvent facilement prêter à confusion¹⁹¹. Plusieurs autres questions pourraient subir le même sort.

Le gouvernement fédéral serait dans une position délicate s'il avait à départager ces interprétations contradictoires. Bien que des accords, dont l'ALÉNA, permettent à ses Parties de s'entendre sur l'interprétation à donner à l'une ou l'autre de ses dispositions¹⁹², cette solution comporte ses propres problèmes. Dans le cas de l'ALÉNA, les Parties ont utilisé cette option une seule fois sur le fond depuis 1994, et ce ne fut pas sans heurt¹⁹³. Non seulement faudrait-il que le Canada, par exemple, « choisisse » la « bonne » interprétation provinciale, mais il faudrait convaincre les États-Unis et le Mexique du bien-fondé et de l'opportunité d'une telle

¹⁸⁹ Dans le cadre du différend sur les hormones à l'OMC, le Canada, ainsi que les États-Unis, ont nié le caractère coutumier du principe de précaution. Le Canada a tout de même admis qu'il était un principe général émergent du droit international. Voir *Communauté européenne - Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones) (Plainte des États-Unis)* (1998), OMC Doc WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R au para 60 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds26_f.htm>; En 2003, cette position a été réitérée par le gouvernement « *The Government does not yet consider the precautionary principle/approach to be a rule of customary international law.* » Voir *A Framework for the Application of Precaution in Science-Based Decision Making About Risk* (2003), en ligne: Gouvernement du Canada <www.who.int/ifcs/documents/forums/forum5/precaution_e.pdf>.

¹⁹⁰ Il faut admettre que ce risque est déjà présent même lorsque seul un État fédéral est impliqué.

¹⁹¹ Voir notamment *Mobil Investments Inc c Gouvernement du Canada*, (Mécanisme supplémentaire du CIRDI) CIRDI n° ARB(AF)/07/4, Décision en matière de responsabilité et de dommages, 22 mai 2012.

¹⁹² Voir ALÉNA, *supra* note 1, art 1131(2).

¹⁹³ Voir par exemple Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law » dans Emmanuel Gaillard and Frédéric Bachand (dir), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, (2011) 7 IAI International Arbitration 185–194; Christoph Schreuer, « Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration » (2006) 2:20 Transnational Dispute Management, en ligne : Transnational Dispute management <<http://www.transnational-dispute-management.com>>; Charles H Brower II, « Why the FTC Notes of Interpretation Constitute a Partial Amendment of NAFTA Article 1105 » (2005–2006) 46 Vand J Transnat'l L 347; Todd Weiler, « NAFTA Investment Arbitration and the Growth of International Economic Law » (2002) 36 Can Bus LJ 405 aux pp 421-30; Guillermo A Alvarez et William Park, « The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11 » (2003) 28 Yale J Int'l L 365 aux pp 397-98.

interprétation¹⁹⁴.

Somme toute, il est très peu probable que le fédéral soit disposé à permettre aux provinces de jouer un rôle accru dans les accords de « deuxième génération ». Elles n'en seront vraisemblablement pas des signataires et elles ne pourront assumer seules la défense des affaires investisseurs-États, même celles qui concernent des mesures purement provinciales.

B. La faisabilité des solutions administratives canadiennes

Dans les circonstances, il est utile de se tourner vers le droit interne, afin d'analyser les possibilités de partage des responsabilités financières. Lorsqu'il est question de faire appel à des accords administratifs, il faut départager les aspects politiques et juridiques. En effet, même si un tel accord était potentiellement viable du point de vue juridique, il pourrait demeurer inatteignable en termes politiques. Au plan politique, on peut en effet se demander pourquoi une province s'engagerait dans les circonstances décrites plus haut. D'une part, elle sait qu'elle devra demeurer en quelque sorte sous la « tutelle » fédérale dans le contexte des affaires. D'autre part, elle sait que le gouvernement fédéral devra « payer la facture » en l'absence d'un accord. Quels incitatifs existent donc ? Est-ce que le « signal » envoyé aux investisseurs étrangers que la province s'engage à faire, elle-même, les frais des sentences arbitrales et du coup qu'elle est prête à respecter les engagements du Canada constituerait un motif suffisant ? Est-ce que la volonté du Québec, en particulier, de se voir reconnaître une voix dans les relations commerciales internationales suffirait à faciliter la conclusion d'un tel accord, en échange de quelques concessions fédérales ? Tel que discuté plus haut, le Québec semble avoir envisagé dans sa loi de mise en œuvre de l'*ALÉNA* la possibilité de verser une compensation afin de « mettre en œuvre [toute mesure de compensation] prises par le Canada »¹⁹⁵.

Les prochaines sections de cet article mettent de côté ces interrogations, afin de se consacrer à l'étude des questions juridiques liées aux accords administratifs. Notre attention se tourne d'abord vers le « modèle » européen, développé en parallèle aux négociations de l'*AECCG*, avant de passer à l'étude du droit administratif canadien sur la question de la « justiciabilité » des accords.

¹⁹⁴ L'article 1132 de l'*ALÉNA*, *supra* note 1, prévoit aussi qu'à la demande de la Partie contestante, le tribunal doit obtenir l'interprétation de la Commission du libre-échange à savoir si une mesure en manquement à l'accord relève d'une réserve prévue dans les annexes.

¹⁹⁵ *Loi de mise en œuvre Québec*, *supra* note 27.

1. LEÇONS À TIRER DU MODÈLE EUROPÉEN

De manière paradoxale, l'Union européenne est confrontée à des questions similaires au sujet de la répartition de la responsabilité financière, mais au niveau « supranational », c'est-à-dire en lien avec le partage des rôles et des responsabilités entre l'Union et ses vingt-huit États membres. C'est le *Traité de Lisbonne* qui a rendu nécessaire l'adoption d'un cadre de responsabilité financière en octroyant à l'Union la compétence exclusive sur l'investissement direct étranger¹⁹⁶. Les questions retenant notre attention sont celles liées à la défense des affaires, et celles liées au paiement des dommages, surtout dans l'hypothèse où l'État responsable de la mesure concernée est récalcitrant à payer.

a) *La défense des affaires*

En juillet 2014, a été rendu public le *Règlement du Parlement européen et du Conseil* « établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie »¹⁹⁷. Il aura fallu deux ans avant d'arriver à ce consensus au sein de l'Union¹⁹⁸. En vigueur depuis septembre 2014, ce règlement sera notamment applicable aux différends que peut soulever l'*AECG* entre le Canada et l'Union européenne. Le règlement vise notamment à répondre aux questions suivantes « qui défend les affaires ? », « qui paie ? », etc., dans le cadre européen. La « responsabilité financière » y est précisément définie comme « l'obligation de payer une somme d'argent allouée par un tribunal arbitral ou convenue dans le cadre d'un accord transactionnel, y compris les frais résultant de l'arbitrage »¹⁹⁹. Ces derniers incluent à la fois les honoraires et frais du tribunal et les frais de représentation et dépens pouvant être accordés à une partie²⁰⁰.

En ce qui concerne le partage des compétences entre l'Union et les États membres, il est intéressant de noter que le règlement prévoit clairement que son application n'a aucune incidence sur la « délimitation des compétences établies par les traités, notamment pour ce qui est du traitement accordé par les États membres ou par l'Union et contesté par un demandeur »²⁰¹. Cette protection du partage des pouvoirs serait tout aussi importante dans le cas d'un accord administratif au Canada.

¹⁹⁶ *Traité de Lisbonne*, *supra* note 15.

¹⁹⁷ Règlement (UE) n° 912/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends entre investisseurs et États mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie, [2014] (entré en vigueur 17 septembre 2014) [Règlement européen].

¹⁹⁸ Commission Européenne, « Proposition de règlement du parlement européen et du conseil établissant un cadre pour la gestion de la responsabilité financière liée aux tribunaux de règlement des différends investisseur-État mis en place par les accords internationaux auxquels l'Union européenne est partie », [2012], 335 final 2012/0163 (COD), en ligne : Eur-Lex <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0335:FIN:FR:PDF>>.

¹⁹⁹ Règlement européen, *supra* note 197, art 2(g).

²⁰⁰ *Ibid.*, art 2(b).

²⁰¹ *Ibid.*, art 1(1).

En ce qui concerne la défense des affaires, le règlement prévoit plusieurs scénarios :

- Lorsque le traitement contesté a été accordé par l'Union, c'est-à-dire par ses institutions, organes ou organismes, elle agira en qualité de partie défenderesse²⁰².
- Lorsque le traitement contesté a été accordé (en tout ou en partie) par un État membre, l'État agira à titre de partie défenderesse, à moins que :
 - o La Commission ne détermine qu'elle doit agir en cette qualité, en raison du fait que l'Union aura à supporter la totalité ou une partie de la responsabilité financière liée au différend ou encore que le différend porte également sur un traitement accordé par ses institutions²⁰³.
 - o La Commission ne détermine qu'elle doit agir en cette qualité, en raison du fait qu'un « traitement semblable est mis en cause dans une plainte connexe introduite à l'encontre de l'Union à l'OMC, lorsqu'un panel arbitral a été constitué et que la plainte concerne le même point de droit spécifique et lorsqu'il est nécessaire d'assurer une argumentation cohérente dans l'affaire portée devant l'OMC »²⁰⁴.
 - o L'État membre a confirmé son intention de ne pas agir en qualité de partie défenderesse²⁰⁵.

Le tout est assorti de règles concernant la consultation et l'échange d'information, en respect du devoir de coopération loyale prévu dans le *Traité sur l'Union européenne*²⁰⁶, et de délais, afin que la détermination de la partie défenderesse ne nuise pas au bon déroulement des affaires²⁰⁷. Enfin, le règlement prévoit que lorsque l'Union agit en qualité de partie défenderesse dans des affaires où le traitement est accordé par un État membre

[l]a Commission consulte l'État membre concerné sur toute argumentation ou observation avant que celle-ci ne soit finalisée ou présentée. Les représentants de l'État membre concerné font, à la demande de l'État membre et à ses frais, partie de la délégation de l'Union lors des audiences et la Commission tient dûment compte des intérêts de l'État membre²⁰⁸.

²⁰² *Ibid*, art 4.

²⁰³ *Ibid*, art 9(2).

²⁰⁴ *Ibid*, art 9(3).

²⁰⁵ *Ibid*, art 9(b).

²⁰⁶ *Ibid*, art 6(1) en référence au *Traité sur l'Union européenne*, 7 février 1992, 1757 RTNU 267, aux pp 13-390, art 4(3) (entré en vigueur : 1 novembre 1993) [*Traité sur l'Union européenne*].

²⁰⁷ *Ibid*, art 9.

²⁰⁸ *Ibid*, art 9(6).

Dans le cas du Canada, tel que discuté plus haut, plusieurs des questions traitées dans le règlement européen font l'objet de *Joint Defence and Confidentiality Agreements* et de *Memorandum of Understanding*, en ce qui concerne le partage des frais de l'arbitrage²⁰⁹. Par contre, pour les raisons dites précédemment, il est difficile d'imaginer que le gouvernement fédéral soit disposé à laisser les provinces agir (seules) en qualité de partie défenderesse, même dans le cas où des mesures purement provinciales font l'objet de contestation. Les préoccupations sous-jacentes à ce choix, liées à la cohérence et à l'unité de représentation extérieure, ne sont pas absentes du règlement européen et expliquent, en fait, la possibilité pour l'Union de s'approprier la défense de certaines affaires, notamment celles qui ont un parallèle à l'OMC.

Aussi le modèle européen est-il peut-être plus instructif sur la manière de répartir la responsabilité financière découlant des sentences arbitrales que sur la défense des affaires comme telle.

b) *La répartition de la responsabilité financière*

Le cinquième considérant du règlement explique clairement la nécessité de prévoir une répartition de la responsabilité financière entre l'Union et les États membres :

Lorsque l'Union, en tant qu'entité dotée de la personnalité juridique, est responsable, au niveau international, du traitement accordé, elle est censée, en vertu du droit international, s'acquitter du paiement de toute indemnisation auquel elle aurait été condamnée et supporter les frais inhérents au différend. Toutefois, une telle condamnation peut être le résultat d'un traitement accordé par l'Union elle-même ou d'un traitement accordé par un État membre. Il ne serait dès lors pas équitable que l'indemnisation et les frais de l'arbitrage soient supportés par le budget de l'Union lorsque le traitement a été accordé par un État membre, à moins que le traitement en question ne soit requis par le droit de l'Union²¹⁰.

Admettons qu'au Canada, le fédéral et les provinces soient en mesure de s'entendre sur le principe qu'il est inéquitable que le fédéral assume l'entière responsabilité financière découlant de mesures provinciales qui manquent aux obligations internationales du Canada en vertu de traités, il resterait encore à voir de quelle façon cette responsabilité pourrait être répartie.

Dans le règlement européen, le principe retenu est que « [l]a responsabilité financière devrait incomber à l'entité responsable du traitement qui a été jugé non conforme aux dispositions pertinentes de l'accord »²¹¹. Le règlement prévoit que c'est la Commission européenne qui adopte la décision déterminant la responsabilité entre l'État membre et l'Union²¹².

²⁰⁹ Voir Fairley *supra* note 13 et texte correspondant.

²¹⁰ Règlement européen, *supra* note 197 considérant 5.

²¹¹ *Ibid.*, considérant 7.

²¹² *Ibid.*, art 3(2).

Ainsi, les scénarios suivants ressortent du règlement :

- Lorsque le traitement contesté a été accordé par l'Union, c'est-à-dire par ses institutions, organes ou organismes, c'est elle qui doit assumer la responsabilité financière²¹³.
- Lorsque le traitement contesté a été accordé (en tout ou en partie) par un État membre, ce sera à lui d'assumer la responsabilité²¹⁴, sauf dans l'hypothèse où ces actes ou mesures sont requis par le droit de l'Union européenne. Dans ce cas, c'est l'Union qui prendra en charge la responsabilité financière²¹⁵.
- Lorsque le traitement est accordé (en tout ou en partie) par un État membre, mais que l'Union agit en tant que partie défenderesse, l'État membre peut accepter la responsabilité financière²¹⁶.
- Si un État membre conclut un accord transactionnel en vue du règlement des différends portant sur un traitement accordé exclusivement par cet État, il en supporte la responsabilité financière²¹⁷.

Le règlement prévoit de plus que « [l]e budget de l'Union devrait permettre de couvrir les dépenses résultant des accords comportant des dispositions relatives aux investissements », notamment la responsabilité financière découlant des sentences²¹⁸. Même si l'Union a les fonds disponibles, deux choix s'offrent à elle lorsqu'un État membre est responsable financièrement, que ce soit partiellement ou totalement : soit elle est en mesure de recueillir les fonds avant d'encourir les dépenses, ou elle les encourt pour ensuite être remboursée par l'État membre²¹⁹. À ce titre, la Commission bénéficie de compétences d'exécution²²⁰.

D'un intérêt particulier est l'hypothèse où l'Union agit comme partie défenderesse pour un traitement accordé par un État membre et qu'une responsabilité financière doit être imputée à ce dernier. L'État membre peut à tout moment décider d'accepter la responsabilité financière potentielle²²¹, et à cette fin conclure des arrangements avec la Commission quant à des paiements périodiques des frais d'arbitrage²²² et quant au paiement de l'indemnité²²³. Le règlement contient par ailleurs une procédure applicable si aucun accord quant à la responsabilité n'est

²¹³ *Ibid*, art 3(1)(a).

²¹⁴ *Ibid*, art 3(1)(b).

²¹⁵ *Ibid*, art 3(1)(c).

²¹⁶ *Ibid*, art 3(3)(a).

²¹⁷ *Ibid*, art 3(3)(b).

²¹⁸ *Ibid*, considérant 21.

²¹⁹ *Ibid*.

²²⁰ *Ibid*, considérant 22.

²²¹ *Ibid*, art 12.

²²² *Ibid*, art 12(a).

²²³ *Ibid*, art 12(b).

conclu²²⁴.

Si aucun accord n'a été conclu, la Commission consultera l'État et tentera de parvenir à un accord sur la responsabilité de l'État concerné et la sienne, le cas échéant²²⁵. Dans le cas où la Commission échoue, elle peut, après avoir respecté un délai, adopter une décision fixant le montant que l'État doit payer²²⁶. Ce montant doit être versé au budget de l'État dans les six mois²²⁷. Si l'État formule une objection et que celle-ci est rejetée, la Commission adoptera une nouvelle décision demandant le remboursement, y compris les intérêts afférents²²⁸. L'État récalcitrant pourra ensuite se pourvoir devant la Cour de justice de l'Union européenne afin d'obtenir la nullité de la décision de la Commission²²⁹.

Au Canada, à défaut d'un mécanisme constitutionnel bien établi permettant au gouvernement fédéral d'obtenir le remboursement de sommes versées à la suite d'un manquement par une province à une obligation internationale, l'analyse doit se tourner vers d'autres solutions, dont la possibilité de conclusion d'accords fédéro-provinciaux. De tels accords pourraient répondre à plusieurs des questions qui ont fait l'objet du règlement européen, mais dans un contexte canadien. Notamment, ils devraient aborder la question du paiement des dommages découlant des sentences arbitrales selon la formule de l'avance de fonds ou de remboursement. Ils devraient prévoir la capacité pour le gouvernement fédéral de prendre une décision au sujet de la responsabilité des provinces. Dans ce cas, ils devraient aussi prévoir une méthode de contestation arbitrale ou judiciaire. Il faut, d'entrée de jeu, souligner que le contexte infranational canadien (par opposition au contexte supranational européen) exige certaines adaptations et pose certaines difficultés.

2. LES ACCORDS ADMINISTRATIFS ET LEUR « JUSTICIABILITÉ » AU CANADA

Afin d'étudier la faisabilité au Canada d'accords modelés sur le règlement européen, il faut d'abord s'intéresser à la qualification juridique des accords administratifs au Canada et se questionner sur leur valeur juridique en droit interne, et sur la possibilité d'en forcer l'exécution (« justiciabilité »).

a) *La qualification des ententes*

Dans un système fédéral où les modifications constitutionnelles majeures sont presque impossibles et où la souveraineté parlementaire interdit une délégation

²²⁴ *Ibid*, art 19.

²²⁵ *Ibid*, art 19(2).

²²⁶ *Ibid*, art 19(3).

²²⁷ *Ibid*, art 19(4).

²²⁸ *Ibid*, art 19(4) et (5).

²²⁹ *Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO, C 326, 26 octobre 2012, art 263.

directe de pouvoir²³⁰, les ententes intergouvernementales se présentent comme un outil très important dans la coordination des politiques canadiennes. En principe, elles offrent la flexibilité requise pour le bon fonctionnement de l'administration en n'imposant aucune forme. Seule une signature entre exécutifs suffit. Les ententes administratives permettent le bon fonctionnement des compétences concurrentes, notamment en matière d'environnement pour les évaluations environnementales, ainsi qu'en lien avec des programmes sociaux, des ententes de développement ou même des programmes à frais partagés²³¹. Elles permettent de faciliter ce que les tribunaux appellent le « fédéralisme coopératif²³² ». Leur utilisation soulève tout de même plusieurs questions²³³.

Les ententes intergouvernementales se divisent en deux grandes catégories, celles qui sont constitutionnalisées²³⁴, donc qui ont été annexées à la Constitution ou qui sont dans un texte constitutionnel, et celles qui ne le sont pas ou qui ne peuvent pas l'être. Alors que les ententes constitutionnalisées sont habituellement contractuelles, donc qu'elles créent des droits et obligations exécutoires, celles qui se retrouvent dans la deuxième catégorie peuvent être qualifiées soit d'ententes contractuelles, soit plutôt d'ententes politiques qui ne sont pas légalement contraignantes, mais qui pourraient l'être sur la scène politique²³⁵. Quatre indicateurs guident habituellement l'analyse de la qualification d'une entente non constitutionnalisée : le degré de formalisme la substance de l'entente, le langage utilisé et finalement la présence ou non d'un mécanisme de règlement des différends.

Évidemment, plus grand est le degré de formalité, plus grandes sont les chances qu'une entente entre le fédéral et les provinces, ou entre le fédéral et des

²³⁰ *Nova Scotia (Attorney-General) v Canada (Attorney-General)*, [1951] RCS 31; Marc-Antoine Adam, *supra* note 158 aux para 45-46.

²³¹ Johanne Poirier, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 441 aux pp 442-43, repris dans *Québec (Procureur général) c Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 RCS 557.

²³² Lederman décrit le fédéralisme coopératif dans William R Lederman, « Some Forms and Limitations of Co-operative Federalism » dans William R Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworths, 1981 à la p 31: « *In the world of today, any federal system needs in considerable measure to be co-operative federalism. In Canada, for example, we have seen increasing necessity for agreements or understandings between the federal government and provincial governments concerning specified uses of their respective powers and resources on many matters. These agreements or understandings take many forms. Operate in many ways and occur at every official level – specifically at the legislative, ministerial or civil service levels, or some combination of them. Such co-operation has been and is going on to a surprising degree.* ».

²³³ Donald V Smiley, « An Outsider's Observations of Federal Provincial Relations Among Consenting Adults » dans Richard Simeon, *Confrontation and Collaboration: Intergovernmental Relations in Canada Today*, Toronto, Institute of Public Administration of Canada, 1979 aux pp 105-13.

²³⁴ Steven A Kennett, « Managing Interjurisdictional Waters in Canada: A Constitutional Analysis », Toronto, Carswell, Institut canadien du droit des ressources, 1991, aux pp 60-63 [Kennett]; Owen J. Saunders, « Interjurisdictional Issues in Canadian Water Management », Canadian Institute of Resources Law, Toronto, Carswell, 1988, aux pp 84-91 [Saunders].

²³⁵ *Ibid.*

provinces individuelles, soit qualifiée de juridique²³⁶. L'approche la plus sûre pour le gouvernement fédéral serait que l'entente soit incorporée en droit interne tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial pour ainsi lui donner force de loi²³⁷. L'incorporation d'une entente administrative en droit interne peut être accomplie de diverses façons, notamment en adoptant de nouvelles lois, en modifiant des lois existantes en conformité avec l'entente conclue ou en annexant l'entente à une loi²³⁸.

Un autre aspect de ce formalisme réside dans le langage contractuel qui devrait être utilisé dans l'accord fédéro-provincial. Un langage clair et non ambigu, indiquant clairement une intention de la part des parties de se voir lier par les termes de l'entente, devrait être préféré à un langage « mou »²³⁹. La substance de l'entente se rattache aux autres critères et joue un rôle secondaire puisqu'elle sera reflétée dans le langage et le formalisme choisis.

Suivant le modèle européen, l'accord inclurait un mécanisme de résolution des différends à même l'entente, ce qui lui donnerait un caractère plus juridique. Une possibilité additionnelle serait de désigner la Cour fédérale comme cour compétente pour tout conflit découlant de l'entente²⁴⁰. En effet, en vertu de l'article 19 de la *Loi sur les Cours fédérales*, elle peut avoir compétence pour les litiges entre le fédéral et les provinces :

19. Lorsqu'une loi d'une province reconnaît sa compétence en l'espèce, — qu'elle y soit désignée sous le nom de Cour fédérale, Cour fédérale du Canada ou Cour de l'Échiquier du Canada — la Cour fédérale est compétente pour juger les cas de litige entre le Canada et cette province ou entre cette province et une ou plusieurs autres provinces ayant adopté une loi semblable²⁴¹.

²³⁶ Steven A Kennett, « Hard Law, Soft Law and Diplomacy: The Emerging Paradigm for Intergovernmental Cooperation in Environmental Assessment » (1993) 31 *Alta L Rev* 644 à la p 653 [Kennett 1993]; « *The legal status of intergovernmental agreements is clearest when these agreements are embodied in legislation and therefore have full force of law. For agreements not enacted as legislation, legal status depends on their characterization by the courts* ».

²³⁷ John D Whyte, « Issues un Canadian Federal-Provincial Cooperation » dans Owen J Saunders, *Managing Natural Resources in a Federal State, Second Banff Conference on Natural Resources Law*, Toronto, Carswell, Canadian Institute of Resources Law, 1986, 322 à la p 324: « *Under the first the agreement simply remains political accords, setting out the ways in which two levels of government intend to exercise their respective powers [...] The second level of formality is a legislative agreement, under which both levels of government confirm the basic terms of the agreement in legislation and in addition enact legislation which implements the terms of the agreement* ».

²³⁸ Johanne Poirier, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales » (2009) *Revue québécoise de droit constitutionnel* à la p 19 [Poirier].

²³⁹ Saunders, *supra* note 234 à la p 96 : « *Where an agreement is drafted in the language of typical private law contracts, employing terms such as "binding", "entitled to enforce", "contracts with" or "successors and assignees", it can normally be concluded that some legal force must have been intended for the agreement. This is in contrast to ambiguous, perhaps aspirational, phrases which are more suggestive of political than legal undertakings* ».

²⁴⁰ Il est possible, par ailleurs, qu'un mécanisme d'arbitrage soit jugé préférable par les provinces.

²⁴¹ *Loi sur les Cours fédérales*, LRC 1985, c F-7, art 19.

À ce jour, toutes les provinces canadiennes ont reconnu la compétence de la Cour fédérale²⁴², à l'exception du Québec qui n'a pas légiféré à cet effet et de la Colombie-Britannique qui avait autrefois une loi²⁴³, quoique non en vigueur, révoquant la compétence de la Cour fédérale. Tout dépendant des parties à l'entente, la Cour fédérale est déjà compétente pour entendre les conflits émergeant des relations fédérales-provinciales. Avec Québec, une entente plus ambitieuse pourrait prévoir l'arbitrage.

Un précédent en droit interne est offert par l'*Accord sur le commerce intérieur* qui lie le gouvernement fédéral et les provinces²⁴⁴. Entré en vigueur en 1995 et modifié plusieurs fois par la suite, cet accord vise notamment à empêcher les gouvernements d'ériger des obstacles commerciaux et les obligent à réduire ceux existant dans les domaines visés par l'Accord. Le Chapitre 17 de l'Accord²⁴⁵ prévoit un mécanisme intergouvernemental et un autre permettant le règlement d'un différend entre une personne et un gouvernement²⁴⁶. L'Accord prévoit que chaque province doit avoir pris les mesures nécessaires pour que toute ordonnance sur des sanctions pécuniaires, rendue par le groupe spécial de l'observation des décisions, soit exécutée, soit de la même façon qu'une ordonnance contre le ministère public dans les tribunaux supérieurs de cette Partie²⁴⁷, soit par une lettre de crédit déposée auprès du Secrétariat²⁴⁸. Les provinces ont ainsi donné force de loi à leur obligation de paiement des indemnités en lien avec l'Accord.

En Ontario, à titre d'exemple, la province a modifié en 2009 sa *Loi sur les instances introduites contre la Couronne* afin de permettre le paiement de dommages :

22. Le ministre des Finances prélève sur le Trésor le montant que doit verser la Couronne en vertu, selon le cas : [...] d) d'une ordonnance définitive de paiement rendue par une autorité compétente dans le cadre d'un accord commercial que la Couronne a conclu avec le gouvernement d'une autre province ou d'un territoire du Canada, le gouvernement du Canada ou une combinaison d'entre eux²⁴⁹.

L'article 1723 prévoit l'exécution des ordonnances sur les sanctions pécuniaires ainsi que la méthode de recouvrement dans le cas où une province a

²⁴² Saunders, *supra* note 234 à la p 107.

²⁴³ *Statutes Repeal Act*, SBC 1990, c 26, art 1(5) abrogeant le *Federal Courts Jurisdiction Act*, RSBC 1979, c 126.

²⁴⁴ *Accord sur le commerce intérieur*, (entré en vigueur : 1^{er} juillet 1995), en ligne : *Accord sur le commerce intérieur* <<http://www.ait-aci.ca>> [*Accord sur le commerce intérieur*].

²⁴⁵ *Ibid*, ch 17.

²⁴⁶ Fairley, *supra* note 13 aux pp 60-61.

²⁴⁷ *Accord sur le commerce intérieur*, *supra* note 244, art 1701(4)(b)(i) dans la section « Application et mécanismes d'exécution ».

²⁴⁸ *Ibid*, art 1701(4)(b)(ii).

²⁴⁹ *Loi sur les instances introduites contre la Couronne*, LRO 1990, c P-27. Cet exemple est fourni par Fairley, *supra* note 13 à la p 61.

déposé une lettre de crédit auprès du Secrétariat²⁵⁰. Ainsi, si une telle province n'a pas payé la sanction pécuniaire dans les soixante jours qui suivent la publication du rapport sur la conformité, le Secrétariat exige le paiement, ce qui est fait dans les sept jours qui suivent ce délai²⁵¹. Le Secrétariat avise le destinataire de la plainte que sa lettre de crédit a été présentée à l'institution financière pour paiement²⁵². Dans les vingt jours qui suivent la réception de cet avis, la province doit regarnir sa lettre de crédit²⁵³. Finalement, une Partie qui a déposé une lettre de crédit doit, au moins soixante jours avant l'expiration de celle-ci, en déposer une nouvelle ou indiquer au Secrétariat et aux autres Parties qu'elle a mise en place un mécanisme pour rendre l'ordonnance exécutoire de la même façon qu'une ordonnance contre le ministère public dans les tribunaux supérieurs de cette Partie²⁵⁴.

Tel que l'avance Fairley, ce modèle ne serait peut-être pas viable dans un contexte de règlement de différends internationaux (par opposition aux différends internes), mais illustre le genre de disposition qui pourrait être recherchée par le gouvernement fédéral²⁵⁵.

b) *La force exécutoire des ententes intergouvernementales*

La force exécutoire est une des questions qui différencient le modèle européen d'un accord administratif au Canada. Même dans l'hypothèse où l'entente serait ratifiée et annexée, qu'elle comporterait un langage hautement contractuel et qu'elle mettrait en place des obligations claires, les provinces conservent potentiellement la capacité de s'exonérer grâce à leur souveraineté parlementaire, ce qui n'est pas le cas du règlement européen²⁵⁶. Dans les faits, deux courants jurisprudentiels s'opposent au Canada quant à la « justiciabilité » des ententes administratives et il est utile de considérer deux scénarios. Dans un premier cas, le fédéral essaierait d'obtenir l'exécution des obligations, alors que la province visée conteste la force exécutoire de l'entente elle-même. Dans un deuxième cas, autant le fédéral que la ou les provinces reconnaissent la valeur légale de l'entente, mais elles ont un désaccord sur son application.

Prenons le premier scénario, où le gouvernement provincial au pouvoir conclut une entente avec le gouvernement fédéral sur le partage des responsabilités financières, entente qui porte notamment sur les arbitrages futurs dans lesquels la mesure concernée est provinciale. Quelques années plus tard, un nouveau gouvernement est élu et décide qu'il n'est plus dans l'intérêt de la province de participer à l'entente. Peut-il se retirer de l'entente ? En droit constitutionnel canadien,

²⁵⁰ *Accord sur le commerce intérieur*, *supra* note 244, art 1723.

²⁵¹ *Ibid*, art 1723(X).

²⁵² *Ibid*, art 1723(X).

²⁵³ *Ibid*, art 1723(X).

²⁵⁴ *Ibid*, art 1723(X).

²⁵⁵ Fairley, *supra* note 13 à la p 61.

²⁵⁶ En droit de l'Union européenne, les règlements sont d'application directe dans les États membres.

la souveraineté parlementaire²⁵⁷ fait qu'un législateur ne peut pas lier ses successeurs ; ainsi il conserve pleinement la capacité de modifier une loi ou d'en contredire une existante. Dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, la Colombie-Britannique avait plaidé en vain que le gouvernement fédéral avait légiféré de manière contraire à ce qu'une entente intergouvernementale prévoyait. Le juge Sopinka avait jugé qu'empêcher le gouvernement fédéral de légiférer contreviendrait à la souveraineté parlementaire.

Les limites inhérentes aux accords administratifs ont été soulignées par un auteur dans ce contexte :

*An IGA cannot run contrary to the Charter of Rights and Freedoms, or change the constitutional division of powers by, for example, ceding provincial powers to implement or comply with a treaty to the federal government. More significantly, no intergovernmental agreement, by itself, can change existing laws in a province, or prevent a provincial legislature from acting inconsistently with the agreement. This dominant role for the legislature is a fundamental aspect of the constitutional principle of parliamentary supremacy*²⁵⁸.

Le deuxième scénario se présenterait comme suit : au lieu de tenter de se soustraire à l'entente grâce au principe de la souveraineté parlementaire, la province conteste l'application de l'entente, mais tout en continuant à vouloir y être soumise dans le futur. On peut facilement concevoir une situation où une province contesterait la répartition des coûts, soit les dommages et frais, en application de l'entente. Ainsi, la détermination de la responsabilité serait soumise à une cour de justice ou à un tiers neutre dans le cadre d'un autre mécanisme de règlement des différends. Dans une telle situation, la question ne concerne plus la « justiciabilité » de l'entente, mais bien son interprétation dans un cas particulier. Une cour ferait vraisemblablement preuve d'une grande déférence envers l'entente pour ainsi favoriser le fédéralisme coopératif et la survie des relations entre les parties²⁵⁹. En effet, la Cour suprême a donné effet à plusieurs accords alors même qu'il s'agissait d'ententes non incorporées en droit interne²⁶⁰.

²⁵⁷ Il s'agit d'un principe non écrit de la fédération canadienne, mais il se retrouve également dans la *Loi d'interprétation fédérale* à l'article 42. *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21, art 42(1) : « Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi ».

²⁵⁸ J Anthony Van Duzer, « Could an intergovernmental agreement increase the credibility of Canadian treaty commitments in areas within provincial jurisdiction? » (2013) 68 Int'l J 536.

²⁵⁹ Poirier, *supra* note 238 aux pp 23-28.

²⁶⁰ *Boucher c Stelco Inc*, 2005 CSC 64, [2005] 3 RCS 279. La Cour suprême avait accepté qu'une entente non approuvée, ni même incorporée en droit interne, ait pour effet de retirer un recours de droit commun à des travailleurs québécois devant la Cour supérieure du Québec; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 RCS 292. L'arrêt repose donc en grande partie sur la constitutionnalité d'une inter-délégation administrative. Le régime entier reposait sur l'entente intergouvernementale, et même s'il y avait une réglementation qui s'inspirait de l'entente et qui aurait dû théoriquement être la seule source normative. Le régime entier reposait sur elle; Poirier, *supra* note 238 à la p 25 : « La Cour semble traiter l'entente comme une preuve

En bref, il semble que du point de vue juridique, un accord administratif bien conçu, conclu entre une ou des provinces et le fédéral, ait des chances de survivre à une contestation judiciaire d'une province qui chercherait à se soustraire à sa responsabilité. Demeure évidemment la question politique soulevée plus tôt et rapidement écartée afin de permettre l'analyse juridique : pourquoi, dans les circonstances décrites, alors qu'elles ne sont pas parties aux accords internationaux et qu'elles n'auront pas le droit d'agir seules en tant que défenderesses, les provinces accepteraient-elles le fardeau financier imposé par le gouvernement fédéral ? En particulier, pourquoi accepteraient-elles d'assumer des dommages, dans des circonstances où leurs actions sont conformes au droit interne et à l'exercice de leurs pouvoirs en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁶¹ ?

Il résulte de la situation actuelle, en vertu de plusieurs traités commerciaux et d'investissement, que le gouvernement fédéral doit assumer les conséquences financières du manquement par une province aux obligations internationales du Canada. Cette responsabilité a récemment provoqué des tensions fédérales-provinciales qui ne peuvent que s'accroître au moment où le Canada continue de négocier des accords importants de « deuxième génération » — tels que l'*Accord de partenariat transpacifique* (PTP) — qui impliquent des concessions provinciales supérieures à ce qui se trouve par exemple dans l'*ALÉNA*.

Cet article a démontré que nombreux sont les obstacles constitutionnels au recouvrement des sommes versées par le gouvernement fédéral, à titre de dommages, à des investisseurs étrangers en vertu de sentences arbitrales. Que ce soit en vertu du pouvoir de dépenser (ou de ne pas dépenser), de chefs de compétences spécifiques ou du pouvoir résiduel, aucune piste de solution ne semble échapper aux réalités constitutionnelles canadiennes. Il n'est ainsi pas surprenant que plus de cinq ans après avoir promis la mise en place d'un mécanisme permettant le recouvrement, le fédéral soit toujours bredouille. Les solutions relevant des accords économiques eux-mêmes ne vont pas sans poser de problèmes non plus. La participation des provinces à titre de signataires des accords ou à titre de parties défenderesses dans les affaires aurait pour effet de miner le pouvoir fédéral exclusif de conclusion des traités ainsi que l'unité de représentation internationale du Canada.

extrinsèque permettant de mieux comprendre le régime coopératif en place. En principe, ce sont les lois et règlements de mise en œuvre — tant fédérales que provinciales — qui introduisent les normes contraignantes pour les tiers. Pourtant, sans l'EIG sur laquelle repose tout le régime, ces législations parallèles ne pourraient avoir l'effet escompté. L'EIG est le fulcrum, le pivot, la charnière du mécanisme. Prétendre que les seules sources de normativité sont les législations respectives autorisant l'arrangement relève de la fiction juridique. ».

²⁶¹ *LC 1867*, *supra* note 10 art 92.

La piste de solution la plus prometteuse semble se trouver dans les accords administratifs. Une entente dotée d'un degré élevé de formalisme, utilisant des termes juridiques, et prévoyant un mécanisme de règlement des différends aurait des chances de succès. L'adoption d'une loi incorporant l'entente en droit interne autant par le fédéral que par les provinces concernées serait garante de « justiciabilité ». Tel que mentionné plus haut, par contre, les obstacles juridiques dans ce cas sont moins importants que ceux de nature politique. En conséquence, si le gouvernement fédéral misait sur cette approche, il devrait employer les grands moyens pour convaincre les provinces. En définitive, la crédibilité des engagements internationaux pris par le Canada, mais tombant dans les champs de compétences provinciales, dépend en large mesure des moyens dont dispose le Canada pour les mettre en œuvre. Une plus grande sécurité juridique pourrait être le gage de l'efficacité des accords conclus par le Canada en collaboration avec les provinces.