Document généré le 1 juin 2025 17:21

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis

Vilaysoun Loungnarath

Volume 4, 1987

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1101333ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1101333ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)
2561-6994 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Loungnarath, V. (1987). La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *4*, 9–52. https://doi.org/10.7202/1101333ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1987

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis

VILAYSOUN LOUNGNARATH *

Peu de projets ont déchaîné autant de passions et de polémiques, *a mari usque ad mare*, que le libre-échange entre le Canada et les États-Unis. À coups de projections parfois apocalyptiques, adversaires et partisans de l'aventure s'affrontent. La virulence du débat s'explique non seulement par l'envergure économique des enjeux, mais aussi par la profonde conviction chez certains intervenants que l'aménagement d'une zone de libre-échange aura de profondes répercussions sur l'organisation politique du pays.

Conscientes de l'impact économique du libre-échange et pressentant ses conséquences politiques, les provinces canadiennes, et le Québec en particulier, n'ont cessé de manifester le plus vif intérêt. Quels sont les paramètres juridiques et politiques de la participation provinciale aux négociations concernant ce vaste projet canado-américain ? La question est d'importance car elle force la réflexion sur plusieurs aspects du

* B. Ing. (Montréal), B.C.L. (McGill). L'auteur tient à remercier les P^rs J.-Y. Morin et D. Pinard, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour leurs conseils. Ce texte a remporté le Concours de dissertation en droit international Mathieu-Bernard en 1987. À la suite de la parution du texte final de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, des modifications ont été apportées à la version originale.

fédéralisme canadien et sur son orientation. Par ailleurs, elle n'a rien perdu de son actualité puisque l'Accord signé le 2 janvier 1988 par le président R. Reagan et le premier ministre B. Mulroney [1] n'aménage pas entièrement la zone de libre-échange : des points ont été laissés en suspens et devront faire l'objet de négociations ultérieures [2].

La démarche que nous nous proposons de suivre comporte deux parties : en premier lieu, nous tenterons de cerner la dynamique de la participation des provinces dans les négociations de libre-échange, c'est-à-dire l'ensemble des considérations juridiques, politiques et fonctionnelles qui motivent l'engagement provincial et qui en déterminent le degré et la nature. Le volet juridique est d'abord étudié ; on suggère qu'il est composé de deux propositions s'imbriquant l'une dans l'autre : premièrement, que seul le palier provincial peut légiférer pour mettre en œuvre les éléments d'un traité international qui ressortissent à ses compétences exclusives ; deuxièmement, que l'Accord de libre-échange canado-américain touchera des matières relevant *exclusivement* des compétences provinciales et que, par conséquent, certaines parties du Traité ne pourront produire des effets en droit interne que si les provinces interviennent pour les mettre en œuvre. Nous nous interrogerons sur la solidité de cette chaîne juridique en posant d'abord de façon globale la problématique de la négociation, de la conclusion et de la mise en vigueur des traités au Canada pour ensuite examiner certains enjeux économiques du libre-échange à la lumière de la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement. Une appréciation des facteurs fonctionnels et politiques susceptibles de justifier l'engagement provincial complètera cette première partie.

Dans la seconde, on s'attardera sur les façons dont pourrait s'articuler la participation provinciale, le principe de celle-ci ayant été postulé au départ.

---

1. *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, reproduit dans MINISTÈRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES, *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* (1988).
2. Le Canada et les États-Unis ont convenu de créer un groupe de travail qui débattra de l'épineuse question des subventions publiques à l'entreprise privée et de l'application des droits compensatoires : voir *infra*, note 53. Les parties auront aussi la possibilité d'entreprendre, dans le cadre du traité, des négociations portant sur les normes techniques, les marchés publics et les services : voir *infra*, notes 50, 66 et 83.

I. — DYNAMIQUE DE LA PARTICIPATION DES PROVINCES AUX NÉGOCIATIONS SUR LE LIBRE-ÉCHANGE

A. — Volet juridique

1. — *Libre-échange et problématique de négociation, de conclusion et de mise en œuvre des traités au Canada*

a) Capacité de négocier et de conclure des traités au Canada

Les règles constitutionnelles non écrites, héritées de la Grande-Bretagne, font de la conclusion des traités une prérogative du souverain. La *Loi constitutionnelle de 1867* [3] est cependant muette quant au partage des compétences en matière d'affaires extérieures, exception faite de l'article 132, fort peu utile par ailleurs depuis que le Conseil privé l'a figé dans son interprétation littérale [4]. Le gouvernement fédéral, épaulé en cela par la majeure partie de la doctrine anglo-canadienne, a toujours prétendu que le droit interne canadien lui conférait le pouvoir exclusif de conclure les accords internationaux, même si ceux-ci ont pour objet, en partie ou en totalité, des matières relevant de la compétence exclusive des provinces [5]. On cite souvent à l'appui de cette thèse l'opinion du juge en chef Duff de la Cour suprême du Canada dans l'affaire des *Conventions sur le travail* [6], avis selon lequel les provinces n'auraient pas la capacité d'agir officiellement sur la scène internationale. Que cette opinion fasse

3. 30-31 Vict., c. 3 (1867) (R.-U.).
4. Voir *Attorney-General for Canada* v. *Attorney-General for Ontario et al.*, [1937] A.C. 326, aux pp. 349-350 (renvoi relatif aux Conventions de travail) (C.P.), aussi reproduit dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public : notes et documents* (1987), t. 2, pp. 495-506 [ci-après dénommé affaire des *Conventions sur le travail*].
5. La position fédérale a été notamment défendue par le ministère des Affaires extérieures dans deux livres blancs. Voir M. SHARP, *Fédéralisme et conférences internationales sur l'éducation* (1968) et P. MARTIN, *Fédéralisme et relations internationales* (1968).
6. Voir *Re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact Weekly Rest in Industrial Undertakings Act (1935, c. 14)*, [1936] S.C.R. 461, aux pp. 494-496.

autorité n'est cependant pas acquis puisque l'affaire fut portée devant le Conseil privé et que celui-ci se garda d'énoncer explicitement que le gouverneur général exerçait le monopole du « treaty-making process » à l'exclusion complète des lieutenants-gouverneurs des provinces [7]. Les tenants de cette thèse invoquent aussi les *Lettres patentes* de 1947 [8], par lesquelles le gouverneur général était autorisé à exercer tous les pouvoirs et attributions dont le roi était investi à l'égard du Canada, ce qui inclut les prérogatives en matière de politique étrangère. Le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve* [9], décision récente de la Cour suprême qui se fonde sur le postulat que le gouvernement fédéral a compétence exclusive pour exercer les attributs de l'« external sovereignty », étayerait le point de vue fédéral. Il serait toutefois téméraire ici d'adopter un ton plus péremptoire car, comme le fait valoir pertinemment le Pr J.-Y. Morin [10], la sémantique juridique établit une nuance entre souveraineté extérieure et personnalité juridique internationale ; or, c'est à celle-ci que l'on associe le pouvoir de conclure des accords internationaux.

La thèse opposée, qui reconnaît la capacité de l'État provincial de négocier et de conclure des traités internationaux, recrute ses défenseurs avant tout au Québec [11]. Elle repose sur le principe exposé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans les arrêts *Liquidators of the Maritime Bank of Canada* v. *Receiver General of New Brunswick* [12] et *Bonanza Creek Gold Mining Company Ltd. v. The King* [13] : le lieutenant-gouverneur n'est pas le représentant du gouvernement fédéral mais celui de Sa Majesté pour toutes les fins relevant de la compétence provinciale. Il s'ensuit que le lieutenant-gouverneur en conseil exerce l'ensemble des prérogatives liées à la Couronne dans le champ des compétences provinciales, ce qui comprend le pouvoir de conclure des accords internationaux.

À l'origine, cette théorie a été conçue en vue d'offrir un rempart juridique aux ententes internationales conclues entre certaines provinces

7. Voir l'affaire des *Conventions sur le travail, supra*, note 4, à la p. 349.
8. Voir A. JACOMY-MILLETTE, « Le rôle des provinces dans les relations internationales », (1979) 10 *E.I.* 285, p. 297.
9. [1984] 1 R.C.S. 86.
10. J.-Y. MORIN, « La personnalité internationale du Québec », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 163, p. 220, note 186.
11. Pour un exposé détaillé de ce point de vue, voir *id.*, pp. 199-212 et 231-241.
12. [1892] A.C. 437 (C.P.).
13. [1916] 1 A.C. 566 (C.P.) [ci-après dénommé arrêt *Bonanza Creek*].

— surtout le Québec — et des États étrangers. Mais parce que la répartition des pouvoirs exécutifs entre le palier fédéral et les provinces suit celle des pouvoirs législatifs, comme le rappelle l'arrêt *Bonanza Creek*, et que cette répartition est marquée du sceau de l'exclusivité mutuelle, l'extrapolation du raisonnement ne conduit-elle pas à mettre en doute la capacité pour un ordre de gouvernement de s'engager internationalement à l'égard des matières relevant des attributions de l'autre ordre ? En d'autres termes, puisque l'exercice de la prérogative royale est limité par la Constitution du Canada, un accord international de ce genre ne souffrirait-il pas en droit interne canadien d'un vice de formation, sanctionné par la nullité absolue ?

Quoi qu'il en soit, la question revêt surtout un intérêt académique puisque l'exercice de la prérogative royale par le gouverneur général en vue de conclure des traités relevant des compétences provinciales n'a jusqu'à ce jour fait l'objet d'aucune attaque quant à sa constitutionnalité. L'apparente position de force qu'occuperaient les provinces sur le plan de la mise en œuvre des traités de même que la difficulté d'encadrer judiciairement l'exercice de la prérogative royale ne seraient pas étrangères à cette situation.

b) Mise en œuvre des traités au Canada

En droit constitutionnel canadien, les accords internationaux ne font pas partie du corpus juridique interne. Par conséquent, les engagements conventionnels ayant pour objet des modifications du droit interne ne pourront être honorés que par l'adoption des lois appropriées. Dans le système fédéral canadien, à quel palier législatif ressortira cet exercice ? En 1937, le Conseil privé répondait à la question dans l'affaire des *Conventions sur le travail* [14] ; décision polémique s'il en fut, que plusieurs auteurs anglo-canadiens ont d'ailleurs criblée de critiques, parfois acerbes [15]. Après avoir distingué la formation du traité de l'exécution des obligations en découlant, Lord Atkin poursuit en posant qu'un accord international ne peut être mis en œuvre que par l'autorité législative compétente à

14. Voir *supra*, note 4.
15. Voir N.A.M. MACKENZIE, « Canada : the Treaty-Making Power », (1937) 15 *Can. Bar. Rev.* 436 ; F.R. SCOTT, « The Consequences of the Privy Council decision », (1937) 15 *Can. Bar. Rev.* 485 et G.L. MORRIS, « The Treaty-Making Power : a Canadian Dilemna », (1967) 45 *Can. Bar. Rev.* 478.

l'égard de la matière visée par l'accord. Il conclut par cette métaphore, depuis lors gravée dans les annales constitutionnelles canadiennes :

> Bien que le vaisseau de l'État vogue maintenant vers des entreprises plus considérables et dans les eaux étrangères, il conserve toujours les compartiments étanches qui sont un élément essentiel de sa structure originelle [16].

Pour ce qui a trait aux accords internationaux mettant en cause, sur le plan de la compétence, des intérêts provinciaux, la coopération entre les deux ordres de gouvernement est donc de mise. En vue d'éviter les imbroglios insolubles que pourraient précipiter le divorce entre la phase de formation de ces traités et l'étape de leur mise en œuvre, le gouvernement fédéral a tenu dans la plupart des cas [17] à associer les provinces canadiennes au processus conduisant à la conclusion des accords appartenant à cette catégorie. C'est pourquoi les consultations fédérales-provinciales qui eurent lieu au moment des négociations du cycle de Tokyo [18] du G.A.T.T. [19] ont été l'objet de la part de la Commission Macdonald de ce commentaire élogieux :

> Pendant les négociations du *Tokyo Round*, on a vu apparaître une procédure qui s'est avérée très efficace pour impliquer les provinces dans l'adoption de la position de négociation du Canada. Cette procédure permettait la formulation de choix entre les intérêts complexes des diverses régions. Cela a permis aux négociateurs fédéraux de devenir pleinement conscients des inquiétudes provinciales et aux gouvernements provinciaux de se familiariser davantage avec des questions de plus grande envergure. Ces négociateurs canadiens pouvaient alors traiter avec les représentants d'autres pays sans crainte de provoquer des conflits chez nous [20].

L'exemple le plus patent de collaboration entre les deux ordres de gouvernement, en matière de traités, est sans doute la démarche à laquelle donna lieu l'adhésion du Canada aux *Pactes de l'O.N.U. relatifs aux droits de l'homme* [21], en 1976. La mise en œuvre de ces instruments

16. Affaire des *Conventions sur le travail, supra*, note 4, à la p. 354 [notre traduction].
17. Voir MORRIS, *loc. cit. supra*, note 15, p. 487.
18. Voir *infra*, note 41.
19. Voir *infra*, note 39.
20. MINISTÈRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES, *Rapport de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada* (1985), vol. 3, p. 171 [ci-après dénommé le Rapport Mac Donald].
21. Il s'agit du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (ouvert à la signature le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 3 janvier 1976), du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (ouvert à la signature

internationaux relevait à la fois des compétences fédérales et provinciales. Avant même que les autorités fédérales ne signifient l'adhésion du Canada aux Pactes, elles procédèrent à une consultation des provinces. Après deux réunions préparatoires des ministres provinciaux concernés, une première conférence fédérale-provinciale sur les droits de l'homme fut tenue à la fin de l'année 1975[22]. Elle aboutit à une entente sur les modalités et les mécanismes de la participation des provinces à la mise en œuvre des Pactes. Il vaut la peine de s'attarder à quelques-uns d'entre eux, car à plus d'un titre ils pourront inspirer les mécanismes de la participation provinciale à la gestion d'une zone de libre-échange.

L'engagement pris par les provinces d'assurer dans le champ de leur compétence le respect des dispositions des Pactes est assorti de modalités, que le Pr Forest[23] regroupe autour de trois éléments. Tout d'abord, des mécanismes sont mis au point afin d'assurer la consultation des provinces avant que le Canada n'adhère à un pacte international, ne cherche à le modifier ou le dénonce. En second lieu est créé un comité permanent fédéral-provincial chargé de suivre dans le temps la coordination des efforts déployés par les intervenants dans la mise en œuvre des Pactes ; de plus, on s'engage à tenir régulièrement des rencontres ministérielles fédérales-provinciales. Enfin, ce sont les garanties contenues dans l'entente sur la représentation des provinces dans le cadre des instances et des procédures de contrôle instituées par les Pactes qui retiennent le plus l'attention. Les provinces auront en effet leur mot à dire quant à la composition des délégations ayant à intervenir au sujet de ces Pactes dans les forums internationaux ; en outre, il est convenu que les provinces seront consultées pour la préparation et la présentation des rapports qui doivent être soumis conformément aux Pactes ; lorsqu'il sera partie intéressée, l'État provincial aura même voix au chapitre devant le Comité

---

le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976) et du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (ouvert à la signature le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976), reproduits (extraits) dans J.-Y. MORIN, F. RIGALDIES et D. TURP, *Droit international public : notes et documents* (1987), t. 1, pp. 173-204.

22. Voir R. FOREST, « Quelques aspects de la mise en œuvre au Canada des Pactes de l'O.N.U. relatifs aux droits de l'homme », (1981) 12 *R.D.G.* 374, p. 392.

23. *Id.*, pp. 393 et ss. Pour une description du rôle du Québec dans la mise en œuvre des Pactes de l'O.N.U. relatifs aux droits de l'homme, voir L. BERGERON, « Le rôle du gouvernement du Québec dans la mise en œuvre du droit international des droits de la personne », (1985) 2 *R.Q.D.I.* 257.

des droits de l'homme et les autres organismes de contrôle établis par les Pactes.

Certes, les consultations menées par le gouvernement fédéral auprès des provinces, avant que l'État fédéral ne consente à être lié par des obligations internationales dont l'exécution sur le plan interne relève des provinces, n'ont pas force de règle de droit ; cependant, n'y a-t-il pas là plus qu'une simple forme de courtoisie ? Ne pourrait-on pas avancer l'idée que ces comportements ont acquis ou pourraient acquérir à terme la consistance d'une *convention constitutionnelle* ? Rappelons-le, ces conventions sont des règles constitutionnelles qui ont la particularité de ne pas pouvoir être sanctionnées par les tribunaux [24]. La reconnaissance d'une convention constitutionnelle vient toutefois renforcer la légitimité politique d'une revendication, comme l'ont démontré les péripéties politiques qui firent suite à la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à une résolution pour modifier la Constitution* [25]. Six des neuf juges estimèrent dans cet avis consultatif qu'une démarche fédérale unilatérale visant à obtenir un amendement constitutionnel touchant les pouvoirs provinciaux allait à l'encontre d'une convention constitutionnelle. Pour établir les conditions d'existence d'une convention, les juges se sont appuyés sur le passage suivant de l'ouvrage de W. I. Jennings, *The Law and the Constitution* :

> Nous devons nous poser trois questions : premièrement, y a-t-il des précédents ; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle ; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être ? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées [26].

On pourrait donc soutenir que la participation des provinces à la conclusion des accords internationaux dont la mise en œuvre totale ou partielle dépend de leur action législative satisfait ces conditions. Comme on l'a mis en évidence, des précédents existent ; s'ils ne sont pas nécessairement nombreux, c'est d'abord que le Canada ne s'est engagé internationalement dans les domaines provinciaux qu'à peu d'occasions et

24. Voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada* (2e éd., 1985), p. 13.
25. [1981] 1 R.C.S. 753 ; voir aussi HOGG, *id.*, p. 14.
26. W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution* (5e éd., 1959), p. 136, cité dans le *Renvoi relatif à une résolution pour modifier la Constitution, id.*, à la p. 888 [notre traduction].

ensuite que nombre de ces traités sont dotés de *clauses dites fédérales*[27] leur permettant d'échapper à la problématique constitutionnelle étalée dans l'affaire des *Conventions sur le travail.* Par ailleurs, les principes formulés dans cette décision constituent à la fois la source de la conviction psychologique des acteurs d'être liés par une règle et la raison d'être de celle-ci.

La décision dans l'affaire des *Conventions sur le travail* a-t-elle érigé un bastion provincial imprenable ? Jusqu'ici les murailles ont contenu les attaques, mais le filigrane de quelques décisions subséquentes de la Cour suprême donne à penser que celle-ci pourrait être encline à reconsidérer la décision du Conseil privé. Dans *Johannesson* v. *The Rural Municipality of West St-Paul*[28], le juge Rinfret se sert de la ratification par le Canada de la *Convention sur l'aviation civile internationale* comme moyen de preuve du « caractère national » de l'aéronautique ; par cette qualification, il fait passer cette matière sous le parapluie du pouvoir général fédéral. En 1956, le juge Kerwin, dans *Francis* v. *R.*[29], s'interroge ouvertement sur l'opportunité de réviser l'avis du Conseil privé. Mais c'est l'*obiter* du juge Laskin dans *Macdonald* c. *Vapor Canada*[30] qui ouvre la voie aux terrassiers. Il fut ici argumenté que l'article 7e) de la *Loi sur les marques de commerce*[31] relevait des compétences fédérales parce qu'il avait été adopté pour mettre en œuvre une obligation internationale canadienne. Puisqu'il acceptait que l'article 7e) ne relevait pas, de par sa nature, de la compétence fédérale, le juge Laskin aurait pu disposer lapidairement de la question en se fondant sur les principes de l'*affaire des Conventions sur le travail.* C'eut été trop simple. Posant à titre d'hypothèse de travail la compétence fédérale de mettre en vigueur tout traité, il enchaîne en proposant l'emploi de deux critères permettant d'apprécier la régularité d'une disposition législative décrétée pour remplir une obligation internationale : d'abord, une législation ne doit pas déborder le cadre du traité ; ensuite, l'intention de mettre en œuvre un accord international doit ressortir clairement du texte de la loi ; le juge Laskin éconduit l'article 7e) parce qu'il ne répond pas à ce second critère.

---

27. À titre d'exemple, les *Conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé :* voir L. KOS-RUBCEWICZ-ZUBKOWSKI, « Clause fédérale dans les conventions internationales », (1980) II *R.D.U.S.* 253.
28. [1952] 1 R.C.S. 292, à la p. 303.
29. [1956] S.C.R. 618.
30. [1977] 2 R.C.S. 134, aux pp. 167-173 [ci-après dénommé arrêt *Mac Donald vapor*].
31. S.R.C. 1970, c. T-10, art. 7.

La Cour suprême se penchait de nouveau sur la question à la faveur de l'arrêt *Schneider* c. *R.* [32] Le juge Dickson y déclare que la Cour suprême n'a jamais récusé la décision relative aux *Conventions sur le travail*; en définitive, il applique cependant les critères définis par le juge Laskin pour rejeter les prétentions de l'appelant. Ce traitement juridique renforce-t-il ou affaiblit-il l'*obiter* du juge Laskin? Le Pr A.L.C. de Mestral se demande si on n'assiste pas ici à l'émergence d'une nouvelle règle de droit [33]... Le Pr Morin quant à lui préfère voir dans les propos du juge Dickson une « indication du rôle subsidiaire et hypothétique auquel la Cour entend désormais confiner l'arrêt rendu par le juge Laskin [34] ». Cette dernière interprétation n'est pas dénuée de fondement puisque les principes exposés dans l'affaire des *Conventions sur le travail* et l'*obiter* du juge Laskin ne sont pas en eux-mêmes incompatibles.

La doctrine québécoise n'a pas manqué de souligner les dangers d'une répudiation de la décision du Conseil privé [35]. Sous le couvert des obligations internationales canadiennes, l'État fédéral pourrait impunément se permettre des incursions massives dans les zones du pouvoir provincial et rompre de la sorte l'équilibre du système fédéral canadien. Comme le dit philosophiquement le Pr de Mestral :

> Les *obiter dicta* des arrêts *Vapor Canada* et *Schneider* relatifs au pouvoir de mise en œuvre des traités ont amené la Cour suprême à s'aventurer fort loin. Si elle n'y prend garde, la branche cédera bientôt ; la Cour et le pays ne s'en porteront pas mieux. Il est encore temps d'en descendre [36].

Quelles que soient les caractéristiques du régime juridique interne gouvernant la mise en œuvre du traité de libre-échange, l'État canadien serait internationalement responsable de tout manquement aux obligations découlant du traité imputable aux omissions, aux actes ou aux comportements d'une ou de plusieurs provinces. Le principe pertinent de droit international public a été codifié par la Commission de droit international en ces termes :

---

32. [1982] 2 R.C.S. 112, aux pp. 134-135 [ci-après dénommé arrêt *Schneider*].
33. Voir A.L.C. DE MESTRAL, « Notes of cases, jurisprudence : Treaty-power and more on Rule and Obiter dicta », (1983) 61 *Can. Bar. Rev.* 856, p. 858.
34. MORIN, *loc. cit. supra*, note 10, p. 224.
35. *Id.*, p. 296 et DE MESTRAL, *loc. cit. supra,* note 33, p. 865.
36. *Loc. cit. supra,* note 33, p. 865 [notre traduction].

Article 7. — Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité [37].

Pour l'État central, voilà indiscutablement un excellent motif d'aller chercher le plus large consensus possible chez les provinces à l'égard de l'entreprise du libre-échange.

Il faut présumer que la décision relative aux *Conventions sur le travail* a encore cours au Canada, la Cour suprême ne s'étant pas expressément commise en faveur de l'application d'une nouvelle règle légale. Cet argument n'est toutefois pertinent que dans la mesure où le Traité de libre-échange porte sur des matières qui sont du ressort *exclusif* des provinces. Examinons maintenant si une zone de libre-échange engloberait de telles matières.

2. — *Enjeux économiques du libre-échange à la lumière de la répartition des compétences*

Le démantèlement progressif des obstacles tarifaires [38], organisé essentiellement sous l'égide de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.) [39], a amené le protectionnisme à prendre des formes plus subtiles. Le concept de barrière non tarifaire a fait son apparition dans la théorie économique internationale ; succinctement, ces dernières se définissent comme « toute loi, tout règlement, toute politique ou pratique d'un gouvernement, autre qu'un droit de douane,

37. « Projet d'articles sur la responsabilité des États », *A. Com. D.I.,* 1980, vol. 2, 2e partie, p. 30 (Doc. N.U. A/CN 4/SER. A/1980/Add. 1 (Part 2)), reproduit dans MORIN, RIGALDIES, TURP, *op. cit. supra,* note 21, pp. 323-331.

38. « En 1987, les tarifs mondiaux ne représenteront plus que 3.8 pour cent de la valeur des produits importés, contre 12 pour cent en 1945. » : J. BLOUIN, *Le libre-échange, vraiment libre ?* (1986), p. 29.

39. *L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce,* (1950) 55 R.T.N.U. 188, [1947] R.T. Can. n° 27. Il est reproduit dans G.A.T.T., *Instruments de base et documents divers* (1969), vol. 4 et dans MORIN, RIGALDIES et TURP, *op. cit. supra,* note 21, pp. 95-112 [ci-après dénommé l'Accord général].

ayant un effet restrictif sur les échanges [40] ». Pour répondre à la prolifération de ces dispositifs, un certain nombre d'accords furent adoptés au sortir des négociations du cycle de Tokyo [41] et de nouvelles mesures destinées à endiguer le flot seront vraisemblablement discutées lors de la prochaine ronde de négociations multilatérales, du moins si l'on en croit les échos de la session ministérielle du G.A.T.T. tenue à Punta del Este [42].

Les relations commerciales canado-américaines n'échappent pas au problème : si les tarifs douaniers ont connu une courbe descendante de 1945 à nos jours [43], il n'en demeure pas moins que de nombreux tiraillements, principalement alimentés par les différends entre les deux partenaires au sujet d'entraves non tarifaires, sont venus refroidir la cordialité des rapports commerciaux. Que l'on se remémore le tollé soulevé par la décision américaine d'imposer des droits compensatoires sur le bois d'œuvre canadien sous prétexte que les avantages consentis par les provinces relativement aux droits de coupe constituent des subsides déloyaux [44]. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que les barrières non tarifaires aient constitué l'un des enjeux majeurs des négociations sur le libre-échange.

De ce côté-ci de la frontière, la question commerciale se double d'une dimension d'ordre constitutionnel. Bien sûr, comme l'a soutenu une jurisprudence constante, les échanges commerciaux interprovinciaux et internationaux tombent sous la compétence exclusive du Parlement

---

40. W.B. KELLY, « Non-Tariff Barriers », dans B. BALASSA (dir.), *Studies in Trade Liberalization : Problems and Prospects for the Industrial Countries* (1967), p. 266 [notre traduction].
41. Les autres grandes négociations sont dans l'ordre chronologique : les conférences de Genève en 1947, d'Annecy en 1949, de Torquay en 1950, de Genève en 1956 ; puis le *Dillion Round* en 1960-61 et le *Kennedy Round* en 1964–67. Enfin, le *Tokyo Round* fut inauguré en 1973.
42. Voir M. ROBERT, « De profondes dissensions mettent en péril la session ministérielle du GATT », dans *Le Devoir* [de Montréal], 15 septembre 1986, p. 9.
43. « When the Tokyo Round tariff reductions are fully implemented in June of 1987, 65 % of U.S. exports to Canada will enter duty free and another 26 % will enter at rates of 5 % or less. Eighty percent of Canadian exports to the U.S. will enter duty free and up to 95 % will be subject to tariffs of 5 % or less. » : F. THOMPSON, « Reducing Barriers to Trade in Non traded Goods and Services », (1985) 10 *Can. U.S. L.J.* 35, p. 37.
44. Voir B. DESCÔTEAUX, « Washington frappe : 15 % sur le bois d'œuvre, Ottawa dénonce mais écarte les représailles », dans *Le Devoir*, 17 octobre 1986, p. 1.

fédéral[45] en vertu de l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[46]. Toutefois, comme l'illustre éloquemment l'affaire du bois d'œuvre, l'État provincial influe, en raison des compétences exclusives que la *Loi constitutionnelle de 1867* lui a dévolues, sur la fluidité des échanges commerciaux interprovinciaux et internationaux.

Il importe donc à ce stade, de mesurer les marges de manœuvre respectives dont jouissent les États fédéral et provinciaux sur le terrain des barrières non tarifaires provinciales.

a) Barrières non tarifaires provinciales

- *Restrictions quantitatives et autres mesures d'effet équivalent*

Dans *Procureur général du Manitoba* c. *Manitoba Egg and Poultry Association*[47], la Cour suprême du Canada a décidé que les provinces ne peuvent constitutionnellement instituer des programmes de quotas ou des programmes de mise en marché qui, de par leur nature, but ou substance, constituent des entraves au commerce interprovincial et international. Cependant, comme il a été décidé dans *Carnation Milk Co. Ltd.* c. *Quebec Agricultural Marketing Board*[48], une loi provinciale qui n'a qu'un effet incident sur le commerce extérieur sera jugée conforme à la Constitution. Aussi, si l'on désire évaluer la constitutionnalité d'une loi provinciale ayant pour effet de restreindre quantitativement l'accès au marché intérieur ou de façon générale de grever le mouvement des biens et services, il faut se demander si l'instrument est relatif au

45. À titre d'exemple, voir les arrêts suivants: *Citizens Insurance Company of Canada* v. *Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96 [ci-après dénommé arrêt *Citizens Insurance*], *Reference regarding The Farm Product Marketing Act, R.S.O. 1950, c. 131, as amended*, [1957] S.C.R. 198 [ci-après dénommé *renvoi relatif à The Farm Product Marketing Act*] et *Procureur général du Manitoba* v. *Manitoba Egg and Poultry Association et al.*, [1971] R.C.S. 689 [ci-après dénommé arrêt *Manitoba egg and Poultry association*].
46. Voir *supra*, note 3, article 91(2).
47. Voir *supra*, note 45.
48. [1968] R.C.S. 238 [ci-après dénommé arrêt *Carnation*]. La doctrine a souligné l'antagonisme qui existait entre l'arrêt *Carnation* et l'affaire *Manitoba Egg and Poultry Association*; voir à cet égard P.C. WEILLER, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism», (1973) 23 *U. of T.L.J.* 307, pp. 336-337.

commerce international ou s'il ne fait qu'« affecter » celui-ci. Si cette démarche conceptuelle neutralise, pratiquement, toute velléité provinciale en ce qui concerne les restrictions quantitatives comme telles, il reste qu'elle a efficacement soutenu la capacité de l'État provincial de soumettre les produits étrangers se trouvant sur son territoire à ses systèmes normatifs, pour autant que ceux-ci aient été mis sur pied en vertu de ses compétences[49]. Même si elles ne sont pas animées d'une intention discriminatoire, les exigences normatives provinciales peuvent susciter dans bien des cas des obstacles à la libre circulation des biens et services, que ce soit en raison de la singularité de leur contenu ou des inconvénients qu'entraîne une trop grande disparité géographique des ensembles normatifs en vigueur[50].

Abstraction faite des tracasseries normatives à finalité carrément protectionniste, la constitutionnalité de dispositions normatives provinciales ayant une incidence sur la zone de libre-échange canado-américaine serait donc difficile à prendre en défaut. Le fossé est net qui sépare la dialectique de l'arrêt *Carnation* et la grille d'analyse inhérente à la perspective du libre-échange, celle-ci faisant primer non pas l'objet ou la nature d'une disposition juridique mais ses effets sur les relations commerciales bilatérales. Divorce entre la finalité économique d'un projet transnational et la nature politique de l'État fédéral canadien telle qu'elle transpire de la lettre de sa loi fondamentale et de la jurisprudence à laquelle elle a donné naissance ? À bon droit, on peut se demander si à long terme la dimension libre-échangiste n'entraînera pas le recours à une analyse fonctionnelle plutôt qu'organique du processus général de qualification inhérent au partage des compétences en matière de réglementation des échanges et du commerce... Deux décisions récentes de la Cour suprême prépareraient d'ailleurs le terrain. Dans *Canadian Industrial*

49. À titre d'exemple, voir *R.* v. *Loblaw Grocetarias Co. Ltd.*, (1969) 6 D.L.R. (3d) 225 (Man. C.A.) et *Procureur général du Québec* v. *Dominion Stores Ltd,* [1976] C.A. 310.

50. L'article 601(2) de l'Accord de libre-échange (*supra*, note 1, p. 81) prévoit que les dispositions du chapitre des normes techniques ne s'appliquent pas à la réglementation normative provinciale. Cependant, les parties conviennent d'engager d'autres négociations touchant la compatibilité des mesures normatives et des procédures d'approbation des produits, l'accréditation et l'acceptation des données d'essai (article 608 de l'Accord de libre-échange, *supra,* note 1, p. 83).

Gas and Oil Ltd. c. *Le gouvernement de la Saskatchewan*[51], une loi fixant un impôt sur les revenus découlant de la production de pétrole fut invalidée. La mesure fiscale avait pour effet de fixer indirectement les prix du pétrole, presque entièrement destiné à l'exportation; de là, la Cour suprême tira la conclusion que la Législature provinciale s'arrogeait la compétence fédérale exclusive en matière de commerce interprovincial et international. L'arrêt *Central Canada Potash Co.* c. *Le gouvernement de la Saskatchewan*[52] abonde dans le même sens: une loi visait ici à réglementer la production et la commercialisation de la potasse par le biais, notamment, de la fixation d'un prix de vente minimal. Or, cette mesure avait des répercussions sur les marchés internationaux puisque la potasse était destinée en quasi-totalité à l'exportation. La Cour déclara le programme *ultra vires*, alléguant la compétence fédérale exclusive en matière de réglementation du commerce international. Les deux affaires occupent donc une position assez excentrique par rapport à la trajectoire tracée dans la décision *Carnation* puisque la validité d'une loi provinciale y est évaluée en fonction de l'intensité de ses effets et non plus d'après son objet ou sa nature.

- *Subventions*[53]

Rares sont les stratégies agricoles et industrielles provinciales qui n'incluent pas diverses formes de subventions et de stimulants. La

51. [1978] 2 R.C.S. 545 [ci-après dénommé affaire *C.I.G.O.L.*].
52. [1979] 1 R.C.S. 42 [ci-après dénommé affaire *Central Canada Potash*].
53. La question des subventions et de l'accès garanti au marché américain constituait sans doute l'un des enjeux les plus névralgiques des négociations canado-américaines. Malheureusement, les parties n'ont pas réussi à incorporer dans l'Accord un corpus de règles gouvernant les mesures portant sur les subventions et l'application des droits compensatoires. Conformément aux articles 1906 et 1907 de l'Accord, les parties se donneront un délai de cinq à sept ans pour élaborer un nouveau régime applicable à leur commerce bilatéral au chapitre des droits anti-dumping et compensatoires. Pendant cette période, on confiera à un groupe bilatéral spécial l'examen des ordonnances finales au sujet des droits compensatoires et anti-dumping, tâche jusqu'alors dévolue aux tribunaux nationaux. Des négociations délicates en perspective...

    Le Canada cherchera à obtenir des garanties supplémentaires pour l'accès au marché américain, lui permettant de jouir d'un traitement privilégié par rapport aux autres partenaires commerciaux des États-Unis. En contrepartie, il devra accepter de restreindre la portée de ses programmes de subvention, probablement au-delà des normes actuellement prévues dans les accords multilatéraux ou acceptées dans la pratique étatique contemporaine. Dans ce cadre,

panoplie est considérable : subventions directes, prêts, participations au capital social, abattements fiscaux, etc. L'initiative gouvernementale peut également être orientée vers la construction d'infrastructures, le parrainage de projets de recherche et développement, la mise sur pied de services techniques de soutien à la promotion ou de développement des marchés d'exportation [54].

Les intérêts américains considèrent certains types de subsides provinciaux comme autant de pratiques déloyales et d'obstacles à la libre circulation des biens et services. Ont ainsi été pointés du doigt les tarifs préférentiels sur l'électricité octroyés par le gouvernement du Québec à des industries énergivores de même que les prix réduits sur le gaz naturel accordés par l'Alberta à des clients importants [55]. Des lobbyistes américains sont allés jusqu'à prétendre que l'électricité canadienne exportée vers les États-Unis, ce qui vise au premier chef le Québec, était indûment subventionnée par les pouvoirs publics [56]. Il est vrai que la conduite des provinces n'est pas irréprochable : des organismes provinciaux chargés de coordonner l'essentiel de l'aide industrielle, comme la *Société de développement industriel au Québec* ou son pendant ontarien, possèdent dans leur panoplie des programmes que l'on pourrait facilement assimiler à des subventions de substitution à l'importation et à des subventions à l'exportation [57]. Les provinces ne verraient pas d'un bon œil qu'un traité

---

la vigilance est à recommander aux provinces qui pourraient voir leur pouvoir de dépenser devenir prisonnier d'un régime juridique dans l'élaboration duquel elles n'ont pas participé et auquel elles n'ont pas acquiescé. Il serait bien inutile pour les provinces d'invoquer la primauté de leurs compétences constitutionnelles pour échapper à ce régime, puisque la sanction d'une violation de celui-ci consisterait en l'imposition de droits compensatoires et par conséquent se situerait à l'extérieur du cadre constitutionnel canadien. Ainsi, on en arriverait à faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement : contraindre le pouvoir de dépenser des États fédérés, alors que celui-ci se situe à l'intérieur d'une compétence constitutionnelle exclusive...

54. De façon générale, sur les subventions provinciales, voir L. SABOURIN-HÉBERT, « De la validité des subventions au regard de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce », (1975), 6 *R.G.D.* 339, pp. 410–413.
55. Voir BLOUIN, *op. cit. supra*, note 38, p. 69.
56. Voir « Libre-échange et exportations d'électricité : les services publics canadiens se disent déconcertés », dans *Le Devoir*, 15 septembre 1986, p. 10.
57. Voir I. BERNIER, « Le concept d'union économique dans la Constitution canadienne : de l'intégration commerciale à l'intégration des facteurs de production », (1979) 20 *C. de D.* 177, p. 196.

de libre-échange édulcore leur pouvoir de subventionner l'industrie. Le gouvernement du Québec fait d'ailleurs de l'intégrité de ce pouvoir l'un des piliers de sa position. Dans un communiqué de presse daté du mois de mars 1986, le ministre du Commerce extérieur et du Développement technologique du Québec en formulait ainsi le principe :

> Le gouvernement du Québec s'assurera de conserver en matière d'intervention gouvernementale la marge de manœuvre suffisante pour travailler au renforcement de son tissu industriel et de sa base technologique en accordant une attention particulière aux petites et moyennes entreprises qui, précisément en raison de leur taille ou de leur éloignement géographique, sont particulièrement vulnérables ; [...] [58].

Techniquement, le pouvoir d'accorder des subventions repose sur le pouvoir de dépenser. Dans le cas des provinces, celui-ci découle en partie de l'article 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet article, contrairement à ce que pourrait laisser entendre la lettre de la loi (« objets provinciaux »), n'indique aucune limite intrinsèque à ce pouvoir [59]. Cela ne signifie pas que le pouvoir de dépenser, fédéral ou provincial, soit virtuellement absolu, comme le rappellent les réserves formulées par le Conseil privé dans l'affaire du *Renvoi relatif à l'assurance-chômage* :

> Mais en supposant que le *dominion* a accumulé un fonds par le moyen de la taxation, il ne s'ensuit aucunement que toute loi disposant de ce fonds soit de sa compétence. Cette loi pourrait fort bien porter sur des catégories de sujets relevant de l'article 92 et, si tel était le cas, elle serait *ultra vires* [60].

Par extension, le principe s'appliquerait aussi au pouvoir de dépenser provincial. Des imprécisions persistent cependant quant à la portée réelle et au sens de cet *obiter* [61]. De fait, la pratique met en lumière le fait que les

---

58. Extrait d'un communiqué de presse du ministre au Commerce extérieur et au Développement technologique, P. MAC DONALD, *Le Québec et les négociations commerciales internationales* (1986).
59. Voir l'arrêt *Re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact The Employment and Social Insurance Act (1935, c. 38),* [1936] S.C.R. 427, à la p. 434. Le juge Duff y émet l'avis que les mots «for provincial purposes» signifient «(...) for the exclusive disposition of the legislature». Voir également l'arrêt *Dow* v. *Black*, (1873-1876) 7 C.R.A.C. 382 (C.P.).
60. *Attorney-General for Canada* v. *Attorney-General for Ontario et al.* (renvoi relatif à l'assurance-chômage), [1937] A.C. 355, aux pp. 366-367 (C.P.) [notre traduction].
61. «Il ressort de ceci que le fait de créer par voie de taxation un fonds fédéral pour fins de donation n'est pas en soi [...] *ultra vires*. L'illégalité apparaît cependant quand le fédéral dispose de ces fonds par une loi qui empiète sur le domaine provincial. Mais Lord Atkin ne nous dit pas si, d'après lui, une loi (budgétaire)

deux paliers de gouvernement n'ont pas confiné leur pouvoir de dépenser dans le cadre de leurs attributions constitutionnelles [62].

Le pouvoir de dépenser provincial serait aussi assujetti à la doctrine de la prépondérance des lois fédérales en cas de conflit [63].

Qu'adviendrait-il si une entente de libre-échange rendait illégaux certains types de subsides provinciaux? Pourrait-on, en brandissant l'attribution exclusive à l'État fédéral de la réglementation du commerce international, invalider les schèmes provinciaux indésirables ? Cette ligne d'argumentation s'inscrit dans la foulée de la thèse, défendue par certains auteurs, suivant laquelle les subventions provinciales ayant pour effet de fausser la concurrence entre les provinces seraient entachées d'inconstitutionnalité parce qu'usurpant la compétence fédérale énoncée à l'article 91(2) [64]. Évidemment, l'argument ne tient que si l'on adhère sans réserve à l'*obiter* de Lord Atkin mentionné ci-dessus. Les tribunaux n'ont jamais eu l'occasion de trancher cette question, mais selon le Pr I. Bernier, « à moins que l'intention de réglementer le commerce interprovincial et international soit manifeste, les tribunaux canadiens, vraisemblablement, se prononceraient en faveur de la constitutionnalité [65] ».

- *Politiques provinciales d'achat* [66]

La théorie économique internationale perçoit les achats préférentiels des gouvernements comme une déplorable distorsion du commerce. Les

---

empiète quand elle se contente de donner (sous certaines conditions et dans certains domaines) à des institutions qui relèvent de la juridiction provinciale; ou si l'empiètement se caractérise spécifiquement par la tentative de réglementer dans ces dits domaines. » : P.E. TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne française* (1967), pp. 87-88.

62. Voir HOGG, *op. cit. supra,* note 24, pp. 123–127.
63. Voir G.V. LAFOREST, *The Allocution of Taxing Power under the Canadian Constitution* (1967), p. 61.
64. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 57, p. 197.
65. *Ibid.*
66. Les dispositions de l'Accord de libre-échange concernant les marchés publics ne lient pas les gouvernements provinciaux, tel qu'il ressort de l'article 1304 et de l'annexe 1304.3 de l'Accord de libre-échange, *supra*, note 1, pp. 206 et 210. Toutefois, l'article 1307 de l'Accord de libre-échange, *supra*, note 1, p. 208, prévoit que «[l]es parties entreprendront des négociations bilatérales afin

dix provinces disposent de politiques d'achat qui privilégient les producteurs de biens et services locaux. Il est impossible de négliger l'effet de ces politiques sur les échanges commerciaux canado-américains, les États fédérés dépensant quelque 40 milliards par année[67]. Les techniques d'achat préférentiel peuvent être implicites ou explicites, d'ordre administratif ou juridique. Le Québec, par exemple, a inscrit dans sa réglementation son préjugé favorable à l'endroit des entrepreneurs locaux[68]. Parmi les méthodes les plus employées par les États, on trouve les suivantes : 1° les appels d'offres sont restreints à un seul ou à quelques soumissionnaires au lieu d'être publics ; 2° les appels d'offres sont incomplets ou mal annoncés (on a recours au répertoire des fournisseurs locaux) ; 3° la date limite de réception des offres est rapprochée ; 4° les caractéristiques sont définies en fonction des soumissionnaires locaux ; 5° les fournisseurs se voient imposer des conditions de résidence ; 6° des marges préférentielles sont accordées aux fournisseurs locaux ou canadiens[69].

Sur le plan constitutionnel, les politiques préférentielles d'achat reposent sur le pouvoir des provinces de conclure des contrats, pouvoir dont la nature et les effets juridiques sont analogues au pouvoir de dépenser. En principe, l'État provincial est libre de contracter avec qui il veut, comme il le veut[70]. Pourrait-on remettre en cause la constitutionnalité de telles politiques parce qu'elles touchent au commerce interprovincial et international ? Cette problématique n'est pas inconnue. Ici encore, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se prononcer directement sur ce

---

d'améliorer et d'élargir les dispositions du présent chapitre... ». Reste à savoir si ces négociations porteront sur les politiques d'achat des provinces.

67. Voir J. QUINN, « Le contexte juridique international : vue d'ensemble », dans J. QUINN (dir.), *Le milieu juridique international* (1985), vol. 52 des études commandées dans le cadre du programme de recherche de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, p. 1, à la p. 101.

68. Voir *Règlement concernant l'application de la politique d'achat*, (1977) 109 G.O. II 4663.

69. Voir N. SILZER et M. KRASNICK, « La libre-circulation des biens dans l'union économique canadienne », dans M. KRASNICK (dir.), *Points de vue sur l'Union économique canadienne* (1985), vol. 60 des études commandées dans le cadre du programme de recherche de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, p. 171, à la p. 191.

70. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 57, p. 206.

point, la nature administrative d'un bon nombre de ces mesures ne facilitant pas le contrôle judiciaire. Le juge Pigeon dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, laisse cependant la porte béante devant la contestation de la constitutionnalité des pratiques d'achat préférentiel des gouvernements provinciaux qui entravent le commerce interprovincial et international. S'exprimant au nom de la majorité, il écrit :

> À mon avis, l'intrusion fédérale dans le commerce local est tout aussi inconstitutionnelle lorsqu'elle se fait par des achats et des ventes que lorsqu'elle se fait d'une autre manière [71].

La très grande latitude dont le pouvoir de dépenser des gouvernements s'est vu gratifié s'accommode fort mal de cet énoncé, qui, par analogie, s'appliquerait aussi à l'État provincial. En fait, comme le fait remarquer judicieusement un commentateur, la portée de ce principe, dont le juge Pigeon n'établit pas vraiment le fondement, paraît tellement importante qu'on peut se demander s'il pourra être retenu à l'avenir [72].

- *Monopoles provinciaux sur les alcools* [73]

L'intervention directe des provinces dans le commerce peut donner lieu à des pratiques protectionnistes ; le contrôle quasi monopolistique que toutes exercent sur le commerce des alcools en est le cas type. Le favoritisme à l'endroit des producteurs locaux se manifeste de plusieurs façons. Les spiritueux, vins et bières fabriqués localement peuvent bénéficier d'appuis promotionnels, de facilités à l'étalage, d'assouplissements des normes d'étiquetage et bien sûr de politiques de prix préférentielles. Un autre moyen utilisé consiste à restreindre les achats privés

71. [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1293.
72. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 57, p. 200.
73. L'Accord de libre-échange, *supra*, note 1, p. 155, n'épargne pas les pratiques des monopoles provinciaux sur les alcools. Le chapitre 8 prévoit en effet une série de mesures dont l'objectif est d'aplanir les obstacles au commerce des vins et spiritueux découlant des modalités liées à leur vente et à leur distribution intérieure. Y sont spécifiquement visées les pratiques d'inscription au catalogue, de fixation des prix et de distribution, les prescriptions de mélange de même que les normes et les exigences d'étiquetage. Notons toutefois que les exigences du Québec concernant l'embouteillage dans la province des vins vendus dans les épiceries sont expressément maintenues (art. 804(3) de l'Accord de libre-échange, *supra*, note 1, p. 159).

effectués à l'extérieur par un système de contingentement ou par l'imposition de taxes. Enfin une province peut user de son pouvoir normatif, par exemple en imposant des exigences d'emballage onéreuses pour les produits étrangers, ce qui a pour effet de freiner leur pénétration du marché [74].

L'arrêt *Canadian Indemnity Co.* c. *Procureur général de la Colombie-Britannique* [75] l'a confirmé : les provinces ont la faculté d'établir des monopoles provinciaux sur le commerce de certains biens et services, même si ceci « affecte substantiellement » le commerce interprovincial et international. En revanche, ce principe n'ébranle pas l'argument selon lequel les politiques provinciales instituant délibérément des taux de majoration discriminatoires constituent, de par leur essence même, des mesures de réglementation du commerce interprovincial et international. En pratique, les tribunaux hésiteront à invalider un tel concept à moins que la preuve soit faite que la différence de prix n'est pas imputable à des coûts administratifs supplémentaires pour les produits étrangers [76] ; une tâche ardue puisqu'elle nécessite des enquêtes poussées sur les aspects les plus occultes du fonctionnement interne de ces monopoles.

Les politiques préférentielles des monopoles provinciaux ont à maintes occasions soulevé l'ire des partenaires commerciaux du Canada. Le Brésil, la Communauté économique européenne et les États-Unis ont tour à tour accusé les régies provinciales de transgresser les dispositions du G.A.T.T. [77] Pour répondre à ces protestations et améliorer sa position de négociation sur le marché de l'exportation du whisky, le gouvernement canadien a entrepris une série de consultations provinciales, qui s'est soldée par une « déclaration d'intention » concertée de la part des provinces ; par ce document, les États fédérés s'engagent à ce que leur situation monopolistique n'occasionne pas de discrimination dans l'avenir à l'endroit des boissons alcoolisées importées [78]. Cela ne signifie pas que les

74. Voir N. SILZER et M. KRASNICK, «La libre-circulation des biens dans l'union économique canadienne» dans KRASNICK (dir.), *op. cit. supra*, note 69, à la p. 198.
75. [1977] 2 R.C.S. 504, à la p. 512.
76. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 57, p. 201.
77. Voir I. BERNIER, «La constitution canadienne et la réglementation des relations économiques internationales au sortir du "Tokyo Round"», (1979) 20 *C. de D.* 673, p. 682.
78. *Id.,* p. 693. Le texte de la déclaration d'intention y est reproduit.

canons se soient tus ; tout récemment la C.E.E. logeait un grief devant le G.A.T.T., dans lequel elle soutient que l'introduction par l'Ontario, en 1982-1983, de modifications aux règles d'établissement du prix du vin contrevient aux engagements contenus dans la déclaration d'intention des provinces [79].

• *Services*

Le Canada et les États-Unis ont innové en incluant dans le chapitre 14 de l'Accord de libre-échange un ensemble de dispositions applicables à plus d'une cinquantaine de services [80]. À des degrés divers, ceux-ci sont soumis à la réglementation provinciale. C'est notamment le cas des services liés à l'exploitation minière, à la construction, aux assurances et au commerce de distribution.

L'Accord crée essentiellement des obligations de nature prospective : l'article 1402 [81] n'oblige pas les parties à modifier les lois et pratiques actuelles ; en revanche, il impose l'obligation de ne pas rendre la réglementation plus discriminatoire qu'elle ne l'est actuellement. De plus, toute nouvelle réglementation applicable devra se plier à l'obligation relative au traitement national.

Parallèlement à ces dispositions d'application future, les parties ont précisé à l'annexe 1404 [82] les modalités d'un régime juridique commun couvrant trois secteurs de services : les services professionnels d'architecture, le tourisme, les services informatiques et les services de réseaux de télécommunication améliorés. Si les provinces désirent se conformer aux obligations spécifiques relatives à ces secteurs, elles devront modifier leur réglementation.

Enfin, mentionnons qu'en vertu de l'article 1405 [83] de l'Accord, le Canada et les États-Unis se réservent la possibilité d'entreprendre des

79. Voir J. QUINN, « Le contexte juridique international : vue d'ensemble », dans QUINN (dir.), *op. cit. supra,* note 67, à la p. 108.
80. Les secteurs de services visés par l'Accord sont énumérés à l'annexe 1908 de l'Accord de libre échange, *supra,* note 1, pp. 232-234.
81. Accord de libre-échange, *supra*, note 1, pp. 227-228.
82. *Id.*, pp. 237-245.
83. *Id.*, p. 230.

négociations ultérieures quant à l'ajout d'annexes sectorielles et à la modification ou à l'élimination des mesures existantes qui entravent la libre circulation des services.

- *Article 121 de la Loi constitutionnelle de 1867 et barrières non tarifaires*

L'article 121 consacre le principe de l'union douanière canadienne :

> Tous articles du cru de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces[84].

Cette disposition pourrait-elle servir de fondement à l'éradication des barrières non tarifaires ? L'affirmative servirait aussi bien la cause du marché commun canadien, visé directement par cet article, que les intérêts du libre-échange canado-américain. Traditionnellement, les tribunaux ont vu dans l'article 121 une disposition adressée aux États fédéral et provinciaux leur interdisant de frapper de droits de douane les biens circulant entre les provinces[85]. Cependant, l'opinion exprimé par le juge Rand dans *Murphy* v. *Canadian Pacific Railway Co. and the Attorney General for Canada*[86] laisse entrevoir la possibilité que l'article 121 puisse être interprété de façon à s'appliquer aux services et aux barrières non tarifaires :

> Il me paraît que l'article 121, hormis les droits de douane, vise toute réglementation du marché destinée à l'entraver ou à y mettre des obstacles ou à le restreindre de quelque façon ou à gêner le libre cours du commerce d'un bord à l'autre du *Dominion*, comme si les frontières provinciales n'existaient pas. Je ne doute point que cela ne crée aucun champ d'activité dépourvu de toute réglementation ; ce qui est protégé, c'est la libre circulation du commerce réglementé dans ses aspects subsidiaires qui sont ou que l'on considère comme des accessoires du commerce. Ce qui est interdit, c'est une réglementation qui, dans son essence et son objectif, serait liée à une frontière provinciale[87].

84. *Loi constitutionnelle de 1867, supra,* note 3, art. 121.
85. Voir N. SILZER et M. KRASNICK, «La libre circulation des biens dans l'union économique canadienne», dans KRASNICK (dir.), *op. cit. supra*, note 69, à la p. 188.
86. [1958] S.C.R. 626 [ci-après dénommé arrêt *Murphy* v. *C.P.R.*].
87. *Id.*, à la p. 642 [notre traduction].

b) Les compétences fédérales
à l'assaut des barrières non tarifaires provinciales

Dans l'ensemble, les barrières non tarifaires provinciales sont solidement implantées à l'intérieur des enclaves constitutionnelles provinciales. Cela ne les rend pas pour autant invulnérables : en effet, comme nous nous emploierons maintenant à le démontrer, le palier fédéral peut, à même l'exercice de ces prérogatives constitutionnelles, fissurer, voire même éventrer les barrages non tarifaires provinciaux. Que l'on prenne garde, cependant : il ne s'agit pas pour l'État fédéral de mettre en cause la validité constitutionnelle des schèmes provinciaux, mais plutôt de s'appuyer sur ses compétences pour faire adopter une loi mettant en œuvre l'ensemble du traité. Les tribunaux pourraient alors être appelés à appliquer la doctrine de la prépondérance des lois fédérales et à rendre inopérant tout texte législatif provincial qu'ils jugeraient incompatible avec la loi fédérale.

- *Article 91(2) : réglementation du commerce interprovincial et international*

Il ne fait plus de doute, depuis la fameuse décision *Citizens Insurance*[88], que l'article 91(2) confère au Parlement fédéral une autorité exclusive à l'endroit de la réglementation du commerce interprovincial et international. Une intervention fédérale ne tombe cependant dans cette sphère de compétence que si elle a fondamentalement pour objet les échanges interprovinciaux et internationaux.

Le commerce interprovincial et international est l'un des curieux périmètres du droit constitutionnel canadien où la nature d'une mesure législative est tributaire de sa perspective. L'arrêt *Caloil* c. *Procureur général du Canada*[89] est révélateur à cet égard. Ayant pour objectif le développement de l'industrie pétrolière canadienne, le gouvernement fédéral avait adopté une réglementation qui divisait le pays en deux parties : la zone de l'Ouest était réservée au pétrole canadien tandis que l'autre région était ouverte au pétrole étranger. La Cour de l'Échiquier statua qu'une telle réglementation, dans la mesure où elle partageait l'Ontario en deux, constituait une incursion non justifiée dans la sphère

88. *Supra*, note 45, à la p. 113.
89. [1971] R.C.S. 543.

du commerce intraprovincial[90]. Par la suite, le gouvernement fédéral reprit la même réglementation, en y ajoutant que l'interdiction de faire circuler le pétrole d'une zone à l'autre constituait une condition à l'entrée du pétrole étranger ; présenté de cette manière, le dispositif reçut l'aval de la Cour suprême[91].

Vraisemblablement, l'engagement pris par le gouvernement canadien de remplir un ensemble d'obligations commerciales internationales, dont certaines emboutiraient des lois ou des programmes provinciaux, exercerait une attraction assez puissante pour faire tomber ceux-ci sous l'emprise de l'article 91(2)[92]. Dans cette éventualité, rien n'empêcherait donc le Parlement fédéral de légiférer afin de remplir ce genre d'obligations, sous réserve d'une formulation correcte. Les dispositions fédérales neutraliseraient alors toute disposition législative provinciale incompatible, tel que l'enseigne la doctrine de la prépondérance des lois fédérales. Le scénario est d'autant plus plausible que les affaires *C.I.G.O.L.*[93] et *Central Canada Potash*[94] dénotent une certaine ouverture de la Cour suprême quant à l'élargissement de la compétence fédérale en matière de commerce international ; il peut aussi s'appuyer sur l'arrêt *Supermarchés Dominion* c. *La Reine*[95], où la Cour suprême reconnaissait le pouvoir normatif du gouvernement fédéral en validant un système de classement de pommes eu égard à son application dans les transactions commerciales interprovinciales et internationales.

- *Article 91(2) :*
  réglementation générale des échanges

Les mots de l'article 91(2) ne conféreraient pas uniquement au Parlement fédéral une compétence à l'égard du commerce interprovincial et international ; aux dires du Conseil privé dans l'arrêt de principe *Citizen Insurance* c. *Parsons*, « il se pourrait qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges touchant le *dominion* tout entier[96] ».

90. Voir *Caloil Inc.* v. *Procureur général du Canada* (n° 1), [1970] C. de l'É. 513.
91. Voir *Caloil Inc.* v. *Procureur général du Canada, supra,* note 89, à la p. 551.
92. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 77, p. 688.
93. *Supra*, note 51.
94. *Supra*, note 52.
95. [1980] 1 R.C.S. 844.
96. *Supra*, note 45, à la p. 113.

Cet énoncé énigmatique a donné bien du fil à retordre aux tribunaux. L'arrêt *John Deere Plow* c. *Wharton* esquissa un critère, au demeurant fort vague : entrerait dans la catégorie de la réglementation générale une mesure relative à « une question d'intérêt général dans l'ensemble du *dominion*[97] ».

Le gouvernement fédéral pourrait-il s'appuyer sur cette interprétation de l'article 91(2) pour astreindre les États provinciaux à se conformer aux exigences d'un accord de libre-échange ? Au passif de cette thèse se dégage le refus quasi constant des instances judiciaires de cautionner l'initiative fédérale sous prétexte qu'elle constitue un exercice de réglementation générale[98]. Toutefois, les efforts récents déployés par la Cour suprême en vue de préciser le contenu du critère de l'arrêt *Wharton* laissent planer l'hypothèse d'une application plus libérale de ce critère.

À cet égard, l'opinion livrée par le juge Dickson dans l'arrêt *Procureur général du Canada* c. *Les Transports nationaux du Canada*[99] fait le point : empruntant le sillon tracé par l'*obiter* du juge Laskin dans *Macdonald* c. *Vapor Canada*[100] et par les commentaires du juge Estey dans *Les brasseries Labatt du Canada* c. *Procureur général du Canada*[101], le juge Dickson (l'opinion des juges Beetz et Lamer concourant sur ce point) identifie cinq indices majeurs de l'exercice valide du pouvoir général en matière d'échanges et de commerce : 1° l'existence d'un plan de réglementation nationale ; 2° la surveillance exercée par un organisme de réglementation ; 3° le fait de viser le commerce en général plutôt qu'un aspect d'un commerce en particulier, de considérer l'économie non pas comme une série d'entreprises locales distinctes mais en tant qu'entité nationale intégrée ; 4° la Constitution n'habilite pas les provinces, conjointement ou solidairement, à adopter une telle loi ; 5° l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application de la loi dans d'autres parties du pays[102]. Cette séquence

97. [1915] A.C. 330, à la p. 340 (C.P.) [ci-après dénommé l'arrêt *Wharton*].
98. *Ibid.* Voir également *Attorney-General for Ontario* v. *Attorney-General for Canada* (arrêt sur les marques de commerce « Canada standard »), [1937] A.C. 405 (C.P.) ; ce sont les deux seules décisions où on a endossé une loi fédérale en s'appuyant sur la réglementation générale du commerce.
99. [1983] 2 R.C.S. 206.
100. *Supra,* note 30, à la p. 167. Voir aussi le *Renvoi relatif à la loi anti-inflation,* [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 426.
101. [1980] 1 R.C.S. 914, à la p. 936.
102. *Procureur général du Canada* v. *Transports nationaux du Canada Ltée et al., supra,* note 99, aux pp. 267-268.

jurisprudentielle donne force à l'argument selon lequel un cadre législatif et administratif ayant pour objet l'exécution de l'ensemble des obligations découlant d'un traité de libre-échange pourrait être mis en place sous l'impulsion de la compétence fédérale en matière de réglementation générale du commerce.

- *Pouvoir de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement »*

Le pouvoir législatif général du Parlement fédéral prend sa source dans le paragraphe introductif de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [103]. Parmi les diverses interprétations engendrées par l'énoncé de ce paragraphe, c'est la théorie dite des dimensions nationales ou de l'intérêt national qui paraît la plus susceptible d'être brandie pour couvrir une action unilatérale fédérale. Les tribunaux se sont montrés prudents dans l'application du « test des dimensions nationales » depuis sa formulation en 1896 [104]. Le commentaire du juge Beetz dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* [105] en fait foi : « [...] l'application de la doctrine de l'intérêt national se fait pratiquement comme si on ajoutait aux catégories de sujets énumérées à l'article 91 de la Constitution certains chefs comme l'aéronautique ou l'aménagement et la conservation de la capitale nationale, lorsque les tribunaux concluent qu'une catégorie de sujets, qui n'est mentionnée ni à l'article 91 ni à l'article 92, ne relève au fond d'aucun des 15 premiers chefs énumérés à l'article 92 et n'est pas une matière d'une nature purement locale et privée [106]. » Compte tenu du nombre considérable de matières qu'elle vise ou touche, l'entreprise du libre-échange pourrait difficilement être classifiée dans une catégorie unique de sujets. Il paraît par conséquent improbable que le libre-échange devienne matière inhérente au pouvoir général fédéral, du moins dans l'optique de la doctrine des dimensions nationales.

Nous nous sommes efforcés jusqu'ici de sonder les aspects juridiques du libre-échange en vue d'identifier les facteurs propres à légitimer la

103. *Supra,* note 3, art. 91.
104. Voir *Attorney-General for Ontario* v. *Attorney-General for the Dominion* (arrêt des prohibitions locales), [1896] A.C. 348, à la p. 360 (C.P.).
105. *Supra,* note 100.
106. *Id.,* à la p. 461. Le juge Beetz était dissident mais la majorité n'a pas exprimé de désaccord avec lui sur ce point.

participation provinciale dans le processus de négociation de l'accord international. Une conclusion se dessine. Elle s'articulerait autour de deux propositions : premièrement, seul l'État provincial peut mettre en œuvre des engagements internationaux portant sur des matières qui relèvent de ses attributions constitutionnelles ; deuxièmement, la zone du libre-échange couvrira un ensemble de barrières non tarifaires qui relèvent de la compétence exclusive des provinces. Mais la propension des tribunaux à vouloir dilater le champ de l'article 91(2) couplée au peu d'enthousiasme manifesté par la Cour suprême devant la *ratio decidendi* de l'affaire des *Conventions sur le travail* laissent croire que les arguments provinciaux ne parviendront pas aisément à contenir une initiative fédérale unilatérale [107]. Force est de constater la vulnérabilité des États provinciaux sur leur flanc juridique. Toutefois, les accords commerciaux internationaux étant des « institutions profondément pragmatiques » [108], des considérations d'ordre fonctionnel et politique viennent s'ajouter au volet juridique ; on en fait maintenant l'examen.

B. — Volet fonctionnel et politique

1. — *La participation des provinces aux négociations : la recherche de l'efficacité fonctionnelle*

Plusieurs considérations laissent présager qu'un accord de libre-échange marqué par l'opposition des provinces aurait bien peu de chances d'être fonctionnellement viable par rapport aux barrières non tarifaires provinciales. D'abord, il est utopique de croire que l'appareil judiciaire, même muni d'outils législatifs omnipotents, puisse exercer un

107. Les provinces se trouvent dans une position particulièrement précaire par rapport aux obligations prospectives contenues dans l'Accord de libre-échange. En effet, ce type d'obligations internationales n'amène pas le pouvoir fédéral à investir directement une sphère de compétence provinciale, mais plutôt à neutraliser celle-ci en soumettant son usage à un critère relevant de la compétence fédérale en matière de réglementation du commerce international.

108. Voir A.L.C. DE MESTRAL, « L'application aux gouvernements et administrations régionaux et locaux de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce et des accords et décisions issus des négociations commerciales multilatérales », (1984) 1 *R.Q.D.I.* 105, p. 105.

contrôle absolu sur le fonctionnement interne des mécaniques administratives provinciales, où se dissimulent bon nombre de pratiques de nature ou à effet discriminatoire. Cela tient essentiellement au fait que la discrimination s'effectue souvent de façon quasi occulte, par le biais de l'exercice de pouvoirs administratifs discrétionnaires. Par ailleurs, on a déjà fait ressortir la difficulté de contenir par le moyen d'un contrôle judiciaire le pouvoir de dépenser et de contracter des États provinciaux. Et que faire des barrières non tarifaires savamment camouflées dans le maquis de la réglementation normative? Réussira-t-on à saisir dans le filet juridique ce que le Pr Soldatos [109] compare à l'hydre de Lerne de la mythologie, dont les têtes étaient nombreuses et renaissaient dès qu'on en avait coupé une?

L'un des objectifs du projet de libre-échange est de transférer l'appréciation et l'arbitrage des griefs relatifs aux pratiques commerciales canado-américaines des autorités judiciaires ou administratives internes à une instance transnationale [110]. Or, si le gouvernement fédéral décide de procéder unilatéralement et par conséquent fait adopter par le Parlement des lois destinées à mettre en vigueur le Traité, ce n'est pas cette instance transnationale qui statuera sur le degré de compatibilité des barrières non tarifaires provinciales avec le régime juridique créé par le Traité, mais ce seront les tribunaux canadiens. Cette situation sourira-t-elle aux Américains, si l'on sait que la méthode d'analyse sous-jacente à la doctrine de la prépondérance mise au point en droit constitutionnel canadien ne servira pas nécessairement de fondement aux décisions des organismes appelés à chapeauter la zone de libre-échange?

Pour ces raisons, il vaut mieux compter sur le concours des volontés politiques plutôt que sur la puissance de feu aléatoire des instruments législatifs. En somme, la persuasion plutôt que le bâton ! La recherche de l'efficacité fonctionnelle devient donc un motif impérieux de la participation provinciale aux négociations sur le libre-échange. N'est-ce pas cette conviction qui animait la commission Macdonald lorsqu'elle écrivait dans son rapport :

---

109. P. SOLDATOS, «Le continentalisme dans les relations canado-américaines: sa version libre-échangiste», dans QUINN (dir.), *op. cit. supra*, note 67, p. 135, à la p. 160.

110. La principale institution créée par l'Accord de libre-échange est une Commission mixte du commerce canado-américain. Les mécanismes institutionnels bilatéraux sont décrits au chapitre 18 de ce même accord, *supra*, note 1.

> [I]l est évident que si les provinces et les États doivent être liés par les dispositions de l'accord fédéral sur le libre-échange proposé, en ce qui a trait aux approvisionnements gouvernementaux et aux subventions industrielles, leurs gouvernements devraient avoir leur mot à dire dans les négociations bilatérales [111].

2. — *L'intérêt politique des provinces dans l'entreprise de libre-échange*

L'intérêt provincial pour le libre-échange transcende la question des barrières non tarifaires. Dans le passé, les provinces ont manifesté leur désir de participer à l'élaboration de la politique économique canadienne, arguant que celle-ci modulait l'exercice des compétences exclusives de l'État provincial. Ainsi, à la 19e Conférence annuelle des Premiers ministres provinciaux, en août 1978, on a émis un communiqué commun qui déclarait :

> Les Premiers ministres ont une fois de plus mis l'accent sur l'importance que comporte la tenue des négociations du GATT pour les provinces, en tant que partenaires dans l'économie globale. Ils ont demandé que la position du Canada aux négociations de Genève soit issue de consultations complètes et concrètes entre le gouvernement fédéral et les provinces [112].

Quelques mois plus tôt, le Premier ministre de l'Alberta avait adopté l'attitude suivante :

> [L]es provinces étant propriétaires de leurs ressources et ayant compétence dans les secteurs clés de l'économie, une politique nationale de l'économie ne peut se résumer à une politique fédérale. Toute politique nationale de l'économie doit découler d'un fédéralisme fondé sur la collaboration, dans son sens le plus large, sur les politiques et orientations économiques ayant recueilli l'assentiment de toutes les parties [113].

L'avènement du libre-échange rétrécira la marge de manœuvre dont disposent les gouvernements provinciaux dans leurs choix politiques. Adversaires et partisans du projet s'accordent pour dire que le libre-échange transformera la structure industrielle canadienne. Alors que des

---

111. MINISTÈRE DES APPROVISIONNEMENTS ET SERVICES, *Rapport de la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada* (1985), vol. 1, p. 350 [ci-après dénommé Rapport Macdonald].
112. Reproduit dans JACOMY-MILLETTE, *loc. cit. supra,* note 8, p. 294.
113. *Ibid.*

secteurs y gagneront et prendront de l'expansion, d'autres pans de l'économie pourraient être ébranlés [114]. Les gouvernements provinciaux devront modifier leurs stratégies industrielles respectives en conséquence. Les bénéfices (ou les coûts...) ne seront pas répartis uniformément ; la nécessité de l'action étatique en vue d'atténuer les disparités géographiques et sectorielles est à prévoir. L'État provincial devra assumer une part des coûts sociaux, structurels ou transitoires que pourraient encourir les entreprises. Les contraintes de la concurrence, la nécessité d'accroître la compétitivité des producteurs pourraient se traduire en pressions politiques visant à modifier certaines lois sociales ou à calquer les politiques américaines dans ce domaine [115]. En outre, l'internationalisation d'un nombre considérable de secteurs de la vie économique canadienne, découlant du libre-échange, aura pour effet de renforcer la poussée centripète, en faveur du pouvoir fédéral et d'accentuer graduellement la hardiesse des incursions fédérales dans les affaires provinciales. On peut prévoir l'amplification de ce phénomène si c'est à l'État fédéral qu'échoit la responsabilité de la mise en œuvre des programmes de transition et de l'élaboration des politiques économiques et sociales visant à négocier en douceur le virage du libre-échange [116]. « Il est concevable, qu'à long terme

114. Voir BLOUIN, *op. cit. supra,* note 38, pp. 102–118.

115. Voir le Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 111, p. 396.

116. Les analystes n'ont pas manqué de souligner l'importance de déployer une gamme de mesures d'ajustement et de transition, allant de la formation professionnelle au développement régional, en passant par l'enseignement supérieur, la recherche scientifique, la productivité et le regroupement sectoriel des entreprises. La Commission Macdonald propose de confier la conception et l'implantation de ces politiques au palier fédéral: «Il [le gouvernement fédéral] doit servir d'intermédiaire entre la vie économique et politique internationale et notre propre vie économique et politique. Il doit pour cela disposer d'un rôle prédominant [...] dans la gestion des ajustements intérieurs qui découlent des activités internationales [...] c'est également lui qui est essentiellement responsable des politiques de stabilisation. Ce gouvernement fédéral est enfin le principal responsable de la redistribution entre les régions et les provinces, entre les intérêts sociaux et économiques et entre les différents citoyens» (Rapport MacDonald, *op. cit. supra*, note 20, p. 166). Du côté des provinces, toutefois, il paraît dangereux d'abandonner au pouvoir fédéral le domaine des politiques d'ajustement et de transition; en effet, l'envergure et la qualité des actes posés dans ce domaine par l'ordre fédéral et l'ordre provincial pourraient bien déterminer l'attribution des rôles que chacun serait appelé à jouer dans l'avenir en matière de politique industrielle.

Il sera intéressant de voir si les États fédérés pourront éventuellement se prévaloir de l'article 106A(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* dont l'insertion

un accord de libre-échange réduise le pouvoir des provinces par rapport à celui du gouvernement fédéral et par rapport au marché », déclare dans son rapport la Commission Macdonald [117].

Les conséquences du libre-échange sur le pouvoir de décision autonome des provinces les préoccupent au plus haut point. Cela se devine à des prises de positions non équivoques. Ainsi, le gouvernement du Québec, en énonçant les axiomes qui fondent son action à ce sujet, lançait dès 1986 les mises en garde suivantes :

> Une libéralisation des échanges peut entraîner des coûts d'ajustement majeurs pour les secteurs industriels très fortement protégés. À cet égard, nous exigerons la mise en place de programmes d'ajustement, de périodes de transition et de clauses de sauvegarde de l'emploi et de la production intérieure contre une trop forte croissance des importations afin de faciliter l'adaptation des entreprises, des travailleurs et des régions ;
>
> Le Gouvernement du Québec ne fera aucun compromis quant à l'intégrité des lois, programmes et politiques qui, dans les domaines de la

---

est prévue à l'article 7 de l'annexe de la *Résolution autorisant la modification de la Constitution du Canada (Accord constitutionnel du 3 juin 1987)*:

> 7. La même loi est modifiée par insertion, après l'article 106, de ce qui suit : « 106A.(1) Le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé qu'il établit après l'entrée en vigueur du présent article dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux.

Les difficultés d'application de cette disposition au cas des mesures de transition et d'ajustement du libre-échange tiennent à deux facteurs : en premier lieu, ce ne sera pas nécessairement une tâche facile ni une entreprise féconde que de séparer les mesures relevant des compétences provinciales exclusives de celles relevant des compétences fédérales exclusives ou des compétences concurrentes. Deuxièmement, il pourrait être soutenu que ces mesures forment un tout indissociable, devant être rattaché à la compétence fédérale exclusive énoncée à l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voilà de quoi alimenter les inquiétudes et les critiques exprimées à l'endroit de l'Accord dit du « lac Meech ».

117. Rapport Macdonald, *op. cit. supra*, note 111, p. 401. Le Pr F. Rocher va plus loin et soutient qu'à la finalité économique du libre-échange se superpose un dessein politique de restructurer le fédéralisme canadien au profit du gouvernement fédéral, de façon à « limiter l'action des gouvernements provinciaux dans les secteurs où les enjeux économiques sont marginaux » : « Les enjeux politiques pour le Québec de l'initiative fédérale : vers une restructuration centralisée de l'État canadien », dans *Un marché, deux sociétés ?* 1re partie (A.C.F.A.S., 1987), p. 157.

> politique sociale, des communications et de la culture en général, contribuent à la spécificité de la société québécoise ;
>
> Le Gouvernement du Québec se réserve le droit, au moment de la conclusion du processus de négociation, d'en faire une évaluation ultime en fonction de nos intérêts fondamentaux et de donner ou non notre approbation. En effet, il ne saurait être question que des décisions soient prises sans l'accord du Québec lorsque les intérêts du Québec seront en cause [118].

Le ton du propos rend vraisemblable le déferlement d'une vague de mécontentement si le gouvernement fédéral tente de court-circuiter les provinces dans le processus de négociation et de mise en œuvre du Traité. La tradition d'inconstance des relations fédérales-provinciales aidant, l'exécution des prestations de l'Accord pourrait alors être l'occasion d'une cascade d'escarmouches et d'affrontements peu féconds. De façon générale, un « coup de force » fédéral empoisonnerait profondément le climat politique canadien. La « réconciliation nationale » prônée par le Premier ministre fédéral apparaît donc sans contredit comme un argument puissant en faveur de la participation provinciale aux négociations sur le libre-échange.

3. — *Vers une dynamique constitutionnelle ?*

En dernière analyse, c'est sur le plan constitutionnel que pourrait se concrétiser la participation des provinces aux processus afférents à la conclusion d'un accord de libre-échange. Le débat sur le libre-échange aura, il faut l'espérer, la vertu de provoquer la réflexion sur l'architecture constitutionnelle du fédéralisme canadien. L'éclairage du libre-échange fait en effet ressortir avec plus de relief trois insuffisances structurelles du droit constitutionnel canadien. Premièrement, il souligne le caractère relativement artificiel de la distinction entre « économie interne » et « économie externe », sur laquelle s'appuie le découpage des compétences en matière de réglementation économique des échanges. Parce que « toute initiative au plan interne est susceptible d'avoir des répercussions au plan externe et qu'inversement toute intervention au plan externe peut avoir un impact au plan interne [119], le critère mis au point dans l'arrêt *Parsons*, au-delà des enjeux du libre-échange, souffre d'une double carence : tout d'abord, il n'est pas économiquement efficace

118. Voir MAC DONALD, *loc. cit. supra,* note 58.
119. Voir BERNIER, *loc. cit. supra,* note 77, p. 692.

puisque, dans certains cas, il est une terre propice aux chevauchements et à l'incoordination des politiques tandis que, dans d'autres, il force la décision des conciliabules intergouvernementaux sans pour autant organiser sa mise en œuvre ; ensuite il n'offre pas une étanchéité à toute épreuve, comme l'ont démontré les affaires *C.I.G.O.L.* et *Central Canada Potash.*

Deuxièmement, des récriminations ont été exprimées contre la fragmentation du marché interne canadien. Au pilori, les barrières non tarifaires provinciales ! Certes, la Constitution canadienne a équipé le pouvoir fédéral d'une gamme d'instruments pour brider celles-ci et le libre-échange viendrait étoffer l'arsenal, mais leur complexité administrative, couplée à un ensemble de considérations politiques, limite la portée de la chirurgie juridique.

Enfin, est-il besoin de rappeler la singularité du droit interne canadien relatif à la mise en œuvre des traités internationaux ?

II. — MÉCANISMES DE PARTICIPATION DES ÉTATS PROVINCIAUX

Nécessité ou importance de la participation provinciale dans le processus de négociation, soit, mais comment s'articulera-t-elle ?

On observera tout d'abord que les avenues possibles doivent s'apprécier en fonction de la nature de la participation des États fédérés dans ces négociations. Cette participation comporterait deux dimensions. Dans un premier temps, elle revêtirait la forme d'arrangements et de procédures permettant aux provinces de s'associer à la négociation du Traité ou à tout le moins de surveiller celle-ci. Ce que d'aucuns qualifient de « concession » aux provinces découle directement de la problématique de l'exécution des obligations internationales. Dans un second temps, en quelque sorte contrepartie et corollaire du premier, il faut prévoir des rouages grâce auxquels les provinces s'obligeront à la mise en œuvre efficace et permanente du Traité.

Nous explorerons donc deux avenues de solution : d'une part, cette gamme de dispositifs politiques et administratifs qui relèvent du concept du « fédéralisme coopératif » ; d'autre part, les possibilités qu'offre la négociation constitutionnelle.

A. — Fédéralisme coopératif

Concept éminemment politique, le fédéralisme coopératif a néanmoins reçu la bénédiction des tribunaux. Ainsi, dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act,* le juge Rand écrit :

> [L]a réglementation du commerce par une Province ou par le *Dominion*, agissant chacun de leur côté, qu'il s'agisse du commerce local ou du commerce extérieur [...] est impraticable et le seul moyen efficace d'y pourvoir, hormis la réglementation conditionnelle, est l'action coopérative [...] [120]

La Commission Macdonald, dans le chapitre de son rapport intitulé *Le fédéralisme et l'union économique*, fait l'apologie du fédéralisme coopératif en ces termes :

> L'efficacité véritable des décisions politiques et la sensibilisation des gouvernements résultent des actes de deux ordres d'autorité qui travaillent de façon à la fois indépendante et conjointe, dans un contexte complexe où la concurrence côtoie la coopération. Ce caractère même de l'interdépendance au sein de notre fédération implique aussi que, sauf en certains domaines, un gouvernement ne peut imposer sa volonté à un autre ou le forcer à faire quelque chose : au contraire, ils sont tenus de marchander, de convaincre ou d'amadouer. Ils sont, pour employer les termes de l'un des participants, « condamnés à coopérer » [121].

Au chapitre du libre-échange, le gouvernement fédéral a posé des gestes qui donnent l'impression qu'il s'oriente dans cette voie. Au cours de la Conférence des Premiers ministres en novembre 1985, le premier ministre B. Mulroney reconnaît solennellement le principe de la « pleine participation » des provinces aux négociations sur le libre-échange [122]. Les modalités de cette participation ne seront arrêtées — fort laborieusement, a-t-il été écrit [123] — qu'au mois de juin 1986. Un consensus (le mot unanimité ayant été écarté) émerge alors au sujet des points suivants [124] : 1° les provinces acceptent que la négociation soit menée sous l'entière autorité du gouvernement fédéral ; 2° on confirme dans ses fonctions le

---

120. *Supra*, note 45, à la p. 214 [notre traduction].
121. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 20, p. 297.
122. Voir B. DESCÔTEAUX, «Ottawa accepte la "pleine participation" des provinces», dans *Le Devoir*, 30 novembre 1985, p. 1.
123. Voir B. DESCÔTEAUX et J. COULON, « Entente conclue entre Ottawa et les provinces », dans *Le Devoir*, 30 novembre 1986, p. 1.
124. *Ibid.*

comité de fonctionnaires qui réunit le négociateur canadien et les représentants des provinces ainsi que le comité ministériel regroupant les ministres provinciaux et fédéral responsables du commerce; c'est en participant aux travaux de ces comités que les États provinciaux sont renseignés sur le déroulement des négociations et prennent part à la définition des mandats de négociation sur les sujets qui les concernent; 3° des rencontres au niveau des Premiers ministres se tiennent quatre fois par année; cette instance exerce en quelque sorte l'autorité suprême, se réservant les arbitrages au sujet des questions les plus délicates; 4° accédant à l'une des principales revendications du Québec, le Premier ministre canadien s'engage à « définir au cours des prochains mois des mécanismes pour permettre aux provinces de ratifier un éventuel traité [125] ».

La « formule » a prêté le flanc à la critique. Constatons cependant que l'entente n'altère en rien le cadre juridique. Dans la mesure où l'affaire des *Conventions sur le travail* reflète toujours l'état du droit au Canada, les gouvernements provinciaux conservent la faculté de mettre en œuvre ou non les aspects du Traité qui relèvent de leur compétence et que l'État fédéral ne saurait s'approprier pour des motifs juridiques ou fonctionnels. Mais voilà où le bât blesse: la « formule » ne résout pas la principale difficulté, qui est la mise sur pied de mécanismes par lesquels il sera possible d'amener les provinces à souscrire à des obligations et, surtout, de s'assurer qu'elles ne s'en libèrent pas prématurément ni unilatéralement.

---

125. *Ibid.* Cet engagement n'a pas encore été rempli. On a même eu droit à une volte-face spectaculaire de la part de l'ancien ministre du Commerce extérieur, Mme P. Carney, alors qu'elle déclarait le 8 octobre 1987 à la Chambre des Communes que l'Accord des provinces n'est pas nécessaire pour conclure une entente de libre-échange avec les États-Unis. Selon Mme Carney, le Traité couvre essentiellement les domaines de compétence fédérale et, de toute façon, les ententes internationales sont du ressort d'Ottawa. Voir M. CORNELLIER, « "On peut se passer de l'accord des provinces", dit Pat Carney », dans *Le Devoir*, 9 octobre 1987, p. 12. Cette déclaration devrait soulever des appréhensions chez les provinces. Il est certes vrai que l'Accord signé le 2 janvier 1988 couvre en majeure partie les sphères de compétence fédérale. En revanche, l'Accord prévoit la tenue de négociations futures au sujet des matières intéressant au premier chef les pouvoirs provinciaux. C'est notamment le cas des services, des marchés publics, des normes techniques et surtout de l'application des droits compensateurs. Afin d'éviter de se trouver impuissants devant le fait accompli, les gouvernements provinciaux ne devraient-ils pas réitérer les exigences posées naguère en ce qui a trait à l'élaboration d'une formule de ratification ?

M. Mulroney a accepté le principe d'une forme de ratification du Traité par les provinces. Toutefois, il se montre fort peu loquace quant au mécanisme de cette ratification. Dans la mesure où celle-ci est conforme aux canons du fédéralisme coopératif — ce qui signifierait qu'il s'agit là d'un arrangement de nature essentiellement politique —, on est en droit de s'interroger non seulement sur le contenu éventuel de l'entente fédérale-provinciale qui mènerait à la ratification de l'Accord de libre-échange, mais aussi sur les garanties qui feront que les modalités de cette entente ne seront pas ultérieurement récusées. Comment, par exemple, empêcher une province qui aurait dans un premier temps adhéré à une formule de ratification par laquelle l'ensemble des provinces se lient au traité, à la condition que la majorité des deux tiers des gouvernements provinciaux se prononcent dans ce sens, de se dissocier subséquemment de la procédure s'il s'avère que le résultat va à l'encontre de ses intérêts ? Est-ce à dire que la seule formule « coopérative » de ratification possible soit l'unanimité des gouvernements provinciaux ?

Même si ces obstacles sont surmontés et qu'on en arrive à un quelconque accord sur la formule de ratification provinciale, une autre question, inéluctable, se pose : quels seront les effets juridiques de l'acte de ratification, tant au regard du droit constitutionnel canadien qu'à celui du droit international public ? Il serait improbable qu'il engendre des effets formels et directs, pas plus d'ailleurs que l'accord politique qui l'a défini. Dans la théorie constitutionnelle, ceci heurterait de plein fouet le principe voulant que le pouvoir exécutif ne puisse lier le pouvoir législatif ; nous serions en présence de problèmes de compatibilité avec le principe de la souveraineté parlementaire. Sous l'angle du droit international public, imputer à ce genre d'entente des effets juridiques équivaudrait à reconnaître le principe de la personnalité internationale des États provinciaux. Or, à moins d'être acculé aux extrémités, le gouvernement fédéral, jaloux de ses prérogatives, ne s'y résoudra probablement jamais ! La plus proche anologie qui peut être établie avec ce genre de formule « politique » de ratification est sans doute la fameuse déclaration d'intention des provinces sur les boissons alcoolisées importées, négociée lors du cycle de Tokyo [126]. Les provinces et l'État fédéral s'étaient clairement entendus : ce texte ne créait aucun engagement juridique formel à l'endroit d'Ottawa

126. Le texte de cette déclaration d'intention est reproduit dans BERNIER, *loc. cit. supra*, note 77, p. 693.

ou des partenaires commerciaux du Canada [127]. D'ailleurs, le gouvernement ontarien n'a-t-il pas rétorqué, à la suite des doléances exprimées récemment par la Communauté économique européenne quant à sa politique de « prix de référence minimaux », que la « déclaration d'intention » n'était rien de plus et ne constituait en aucune façon un engagement exécutoire [128] ?

Du « consensus » fédéral-provincial de juin 1986, se dégage une autre analyse prospective défavorable aux provinces. Que l'on imagine une situation où une seule province exprime sa dissidence au sujet du projet négocié — il existe des précédents — et rejette toute espèce de ratification. La province récalcitrante avait auparavant participé, tel que convenu, à la démarche de négociation et avalisé une hypothétique formule de ratification. Politiquement, est-il réaliste de penser qu'un seul État fédéré puisse bloquer tout le processus ? Et si la chose était déférée aux tribunaux dans le but de « forcer » la mise en vigueur du Traité sur l'ensemble du territoire ? N'y a-t-il pas lieu de craindre que, dans ce genre de situation, l'odieux porté par la province dissidente serait tel que l'existence d'ententes touchant la participation provinciale ou la ratification n'aurait fait que préparer politiquement les esprits au démantèlement définitif de la décision du Conseil privé dans l'affaire des *Conventions sur le travail* et « légitimerait » l'évolution jurisprudentielle dans les zones laissées en friche par les affaires *Macdonald Vapor* [129] et *Schneider* [130] ?

Il demeure qu'il serait quasi antinomique, tant par la cause que par l'effet, de vouloir employer les ressources du fédéralisme de concertation pour lier juridiquement les entités autonomes canadiennes. Dès lors, comment s'assurer du concours indéfectible des provinces dans la mise en œuvre d'un accord intergouvernemental reproduisant les dispositions d'un traité de libre-échange par le moyen du fédéralisme coopératif ?

Le problème est de taille car la sanction, en cas de transgression du consensus ou d'accords intergouvernementaux, est essentiellement de nature politique. Or, l'opinion publique d'une province, toujours sensible aux intérêts et aux revendications des producteurs locaux, ne serait pas naturellement portée à s'opposer à l'État provincial si ce dernier décidait

127. Voir J. QUINN, « Le contexte juridique international : vue d'ensemble », dans QUINN (dir.), *op. cit. supra*, note 67, à la p. 108.
128. Voir Rapport Macdonald, *op. cit. supra*, note 111, p. 407.
129. *Supra*, note 30.
130. *Supra*, note 32.

de déroger aux termes d'une entente intergouvernementale afférente à un accord de libre-échange. Au contraire, c'est probablement sous la pression de cette opinion que le gouvernement serait amené à agir de la sorte.

Cela ne signifie pas que le fédéralisme de concertation mène inévitablement à une impasse. La conclusion d'un accord intergouvernemental tient à l'existence d'un consensus. Dans la démarche du fédéralisme coopératif, l'efficacité et la durée des effets de cet accord dépendent, en définitive, de la stabilité du consensus. En établissant des mécanismes qui le préservent dans le temps, on s'assure du même coup de l'exécution des obligations de chaque partie. En ce sens, il serait avantageux d'aménager une participation provinciale dans l'administration du Traité de libre-échange, particulièrement sur le plan des décisions transnationales, de telle sorte que les provinces puissent exercer un certain contrôle, aussi ténu soit-il, sur le fonctionnement et l'évolution de la zone de libre-échange [131]. À cet égard, la démarche collective mise au point au sujet de la conclusion et de la mise en œuvre des *Pactes sur les droits de l'homme* de l'ONU [132] crée un précédent intéressant, que l'on aurait intérêt à exploiter.

En matière de relations économiques internationales, la *Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada*, parallèlement à une série de propositions qui portent sur la réforme constitutionnelle, ébauche un ensemble de mesures visant à affermir le fédéralisme coopératif. Ainsi, elle recommande un renforcement des mécanismes intergouvernementaux servant à concilier et à coordonner les politiques économiques fédérales et provinciales à incidence économique [133]. De façon plus précise, en ce qui regarde la négociation des accords commerciaux internationaux comme le libre-échange canado-américain, elle fait le commentaire suivant :

> Nous recommandons une consultation soutenue et continue des ministres fédéraux et provinciaux en matière de politique économique étrangère. La participation du Canada à des négociations bilatérales ou multilatérales devrait être précédée d'une étroite consultation entre les ministres au sujet des objectifs provinciaux et fédéraux ainsi que des engagements nécessaires à leur réalisation. En outre, des représentants provinciaux devraient

131. Il est à noter que les institutions créées par l'Accord de même que les mécanismes de règlement des différends qui y sont prévus ignorent complètement les provinces : voir le chapitre 18 de l'Accord de libre-échange, *supra*, note 1, pp. 297–306.

132. Voir FOREST, *loc. cit. supra*, note 22.

133. Rapport Macdonald, *op. cit. supra*, note 111, p. 409.

> assister aux négociations commerciales internationales afin de conseiller la délégation fédérale. Celle-ci devrait également tenir les gouvernements provinciaux informés et demander leur avis au sujet de propositions précises formulées lors des négociations [134].

La Commission poursuit en prenant comme modèle les discussions et réunions fédérales-provinciales organisées au moment du cycle de Tokyo du G.A.T.T. [135]. En outre, elle propose la création d'un comité consultatif permanent formé de représentants fédéraux et provinciaux :

> Ce comité servirait de tribune pour discuter des négociations internationales en cours et de la mise en œuvre des accords conclus par le gouvernement fédéral. Il ne jouirait d'aucun pouvoir constitutionnel officiel en ce qui concerne l'application des traités ni du pouvoir légal de donner des directives exécutoires à l'un ou l'autre ordre de gouvernement [136].

Détail important à noter, la Commission Macdonald insiste sur l'importance d'entretenir la concertation fédérale-provinciale après la conclusion d'un accord commercial afin d'assurer « l'application efficace des obligations prévues au traité [137] ». Malheureusement, les commissaires ne semblent pas envisager la participation provinciale au sein des comités administratifs et politiques bilatéraux chapeautant la zone de libre-échange [138].

Afin d'améliorer de façon générale la gestion économique du fédéralisme, la Commission Macdonald conçoit un vaste réseau de canaux de consultation et de coordination entre les provinces et l'État fédéral [139]. Les propositions comprennent notamment le renforcement organisationnel de la *Conférence des premiers ministres* et son inclusion dans la Constitution de même que la mise sur pied de diverses commissions ministérielles (finances, développement économique, politiques sociales). À défaut de participation dans les organismes internationaux, ce réseau pourrait indirectement servir à favoriser la participation politique des provinces dans l'administration du Traité canado-américain. En organisant l'échange de vues sur les réalités changeantes du libre-échange et en provoquant les discussions sur les correctifs internes et bilatéraux que celles-ci commandent,

134. *Id.*, pp. 409-410.
135. *Id.*, p. 410.
136. *Id.*, p. 408.
137. *Id.*, p. 410.
138. *Id.*, pp. 350 et ss.
139. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 20, pp. 297 et ss.

ces forums pourront fonctionner comme une soupape de sécurité et garantir jusqu'à un certain point le maintien du consensus général, dont dépend ultimement la viabilité de l'Accord.

B. — Amendement constitutionnel

Somme toute, les arrangements dits coopératifs au sujet de la mise en œuvre des aspects provinciaux du Traité de libre-échange offre une stabilité limitée, à la merci qu'ils sont des sautes d'humeur des gouvernements provinciaux et des intempéries politiques. Les Américains, qui tiennent mordicus à ce que les provinces soient liées par l'instrument, pourraient manifester un certain degré de scepticisme à l'égard de ce type d'arrangement. La nécessité d'offrir sur le plan du droit interne canadien des garanties juridiques plus consistantes favorise les solutions d'ordre constitutionnel. Cet impératif déborderait d'ailleurs le cadre du libre-échange : les « singularités » constitutionnelles que fait ressortir la problématique du Traité sont d'ordre structurel et, si comme certains le soutiennent ces « incongruités » grèvent le fonctionnement du fédéralisme, un remède d'ordre structurel s'impose de lui-même, libre-échange ou non. Parallèlement aux pourparlers sur le libre-échange, un processus de négociation constitutionnelle pourrait être amorcé. À ce stade, faut-il l'ajouter, il serait impossible d'écarter les provinces puisque c'est de leurs pouvoirs qu'il serait question.

Si, à court terme, la Commission Macdonald fait preuve d'un sain réalisme et recommande quant aux négociations canado-américaines sur le libre-échange « des améliorations modestes aux mécanismes de consultation fédéraux-provinciaux [140] », à longue échéance, elle privilégie la voie de l'amendement constitutionnel. Un éventail d'options est présenté. En premier lieu, elle estime que des modifications pourraient être apportées à la Constitution de manière à attribuer au Parlement fédéral la plénitude du pouvoir législatif pour la mise en œuvre des accords économiques internationaux [141]. La Commission s'inspire ici des constitutions américaines et australiennes, qui attribuent au Parlement fédéral des pouvoirs vastes et absolus en ce qui concerne l'application des traités [142]. En vertu de l'article 38(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

140. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 111, p. 410.
141. *Id.*, p. 407.
142. Voir C.T. OLIVIER, « The Enforcement of Treaties by a Federal State », (1974) 141 *R.C.A.D.I.* 331, pp. 365 et 376.

un ajout constitutionnel de ce genre requerrait le consentement minimal de sept provinces représentant au moins 50% de la population du Canada. Cependant, il serait assujetti au droit de retrait prévu au paragraphe 3 du même article. Comme le fait remarquer avec justesse la Commission Macdonald :

> Pour obtenir l'appui provincial nécessaire, il faudrait probablement prévoir une norme explicite et judiciaire sujette à examen afin de protéger les provinces contre tout abus ou restriction que pourrait entraîner le pouvoir étendu du gouvernement fédéral dans la conclusion des traités [143].

Alternativement, la Commission reprend une suggestion du Barreau canadien [144] en proposant d'attribuer à un nouveau sénat, remodelé de façon à devenir plus représentatif des régions, un rôle dans la conduite des affaires économiques étrangères [145]. L'amendement constitutionnel assujettirait la mise en vigueur des ententes internationales à l'approbation et à la ratification du Sénat. En contrepartie, l'acceptation du Traité par une majorité de sénateurs rendrait celui-ci exécutoire, c'est-à-dire qu'il aurait préséance sur toute législation provinciale incompatible. L'article 42(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* renvoyant sur ce point à l'article 38(1), l'adhésion d'au moins sept provinces serait exigée pour effectuer une telle réforme ; en revanche, selon l'article 42(2), une province qui s'opposerait à un tel projet ne disposerait d'aucun droit de retrait [146].

Une autre solution consisterait à appliquer la formule générale de modification constitutionnelle, le droit de retrait en moins, aux dispositions des traités qui se traduisent par des obligations pour les provinces. Ces accords internationaux entreraient en vigueur lorsque les deux tiers des provinces représentant au moins la moitié de la population canadienne auraient fait adopter par leur législature des résolutions en ce sens. Un traité ratifié de cette façon serait exécutoire sur l'ensemble du territoire et les provinces s'y dérobant pourraient être contraintes de s'y cantonner.

---

143. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 111, p. 407.
144. Voir COMITÉ SUR LA CONSTITUTION, ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Vers un Canada nouveau* (1978), p. 141.
145. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 111, p. 408.
146. L'article 9 de l'annexe de l'Accord constitutionnel du 3 juin 1987 supprime l'article 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et modifie l'article 41 de la même Loi. En vertu du nouvel article 41, l'unanimité du Parlement fédéral, de l'Assemblée nationale et des législatures provinciales serait requise pour modifier les pouvoirs du Sénat.

C'est là le scénario privilégié par la Commission Macdonald pour la raison suivante :

> Nous croyons que cette procédure offrirait le meilleur compromis entre l'impératif d'une participation effective aux discussions internationales et celui du respect de la Constitution de nature fédérale [147].

Afin d'incorporer dans la Constitution ce type de solution, il faudrait respecter les conditions de l'article 38(1). Mais qu'adviendrait-il du droit de retrait ? Théoriquement, il ne cesserait pas d'être à la portée des provinces puisque les dispositions des articles 41 et 42 n'interdisent pas son usage dans un tel cas. L'exercice par une ou deux provinces de droit de retrait rend cependant la solution inopérante et impraticable à l'endroit de celles-ci. La mécanique ne pourrait donc fonctionner correctement que si l'unanimité se faisait autour de son inclusion dans la Constitution.

Autre filon prometteur, au dire de la Commission Macdonald : la « constitutionnalisation » de l'accord intergouvernemental. Fer de lance du fédéralisme coopératif, sa portée juridique est à clarifier. « Un accord n'est pas une modification constitutionnelle ; il ne s'agit pas non plus d'une simple entente unilatérale [148] ». La Commission Macdonald lance l'idée de modifier la Constitution de façon à doter l'accord intergouvernemental d'un statut juridique [149]. Ce mécanisme sourirait davantage aux provinces que les trois solutions décrites plus haut puisqu'aussi bien il n'entamerait pas les compétences provinciales, les Assemblées législatives ne voyant leur marge de manœuvre réduite par le traité international que si elles décidaient de souscrire à un accord intergouvernemental allant dans ce sens. Savant compromis, à la limite du fédéralisme coopératif, entre d'une part la stabilité dans l'exécution des obligations internationales et d'autre part l'autonomie provinciale.

Enfin, en abordant la question sous l'angle des pouvoirs économiques provinciaux, l'État fédéral pourrait tenter de convaincre les provinces de modifier les termes de l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de manière à étendre sa portée aux barrières non tarifaires. La Commission Macdonald ne se commet pas en faveur d'une telle retouche constitutionnelle, mais le gouvernement fédéral a enfourché ce cheval de bataille en 1980, de la manière suivante :

---

147. Rapport Macdonald, *op. cit. supra,* note 20, p. 173.
148. *Id.,* p. 294.
149. *Id.,* pp. 294-295.

> [...] le plus libre accès possible au marché canadien devrait être inhérent à la citoyenneté canadienne et, par conséquent, garanti par la Constitution. Toute autre autorité provinciale doit être consciente, lorsqu'elle use de discrimination envers les résidents d'autres provinces, qu'elle expose ses propres résidents à des représailles de la part des gouvernements de ces autres provinces [...] [150].

On le concevra sans peine, l'ensemble de ces propositions constitutionnelles a pour conséquence d'amoindrir la sphère des compétences provinciales. Étonnant paradoxe : alors que l'entreprise du libre-échange remet en cause — la finalité — économique du fédéralisme, nommément l'existence d'une entité économique distincte et autonome par rapport à l'espace économique américain, voilà que la dynamique constitutionnelle engendrée par cette entreprise irait dans le sens d'un renforcement des tissus assurant la cohésion du fédéralisme canadien. Les moyens s'amplifient, la fin se dissipe !

* * *

En 1854, les États-Unis concluaient avec les colonies britanniques nord-américaines un traité de réciprocité qui instituait le libre-échange pour la plupart des produits naturels [151]. La dénonciation du traité par les Américains douze ans plus tard devait précipiter la création de la Confédération canadienne... L'histoire se montre parfois railleuse ! L'épisode témoigne du lien subtil, certes, mais indissoluble entre les relations commerciales que nous entretenons avec nos voisins du Sud et le projet politique canadien. En définitive, n'est-ce pas au plus intime de cette interaction que résident à la fois l'intérêt et l'impératif de la participation provinciale dans les négociations et la mise en œuvre du libre-échange ? À terme, la conclusion et le fonctionnement du Traité de libre-échange pourraient bien induire une restructuration architecturale du fédéralisme par le jeu complexe des forces juridiques, économiques et politiques. La participation des provinces aux négociations sur le libre-échange, si elle ne constitue pas une garantie absolue du respect des intérêts provinciaux, permettrait du moins d'envisager que l'entreprise s'effectuera en douceur.

---

150. J. CHRÉTIEN. *Les fondements constitutionnels de l'Union économique canadienne* (1980), p. 2.
151. Voir F. CHEVRETTE et H. MARX, *Droit constitutionnel* (1982), p. 431.