



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Services des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

CANADIAN THESES

THÈSES CANADIENNES

NOTICE

The quality of this microfiche is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Previously copyrighted materials (journal articles, published tests, etc.) are not filmed.

Reproduction in full or in part of this film is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30.

THIS DISSERTATION
HAS BEEN MICROFILMED
EXACTLY AS RECEIVED

AVIS

La qualité de cette microfiche dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

Les documents qui font déjà l'objet d'un droit d'auteur (articles de revue, examens publiés, etc.) ne sont pas microfilmés.

La reproduction, même partielle, de ce microfilm est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30.

LA THÈSE A ÉTÉ
MICROFILMÉE TELLE QUE
NOUS L'AVONS REÇUE

LA REGLEMENTATION DE L'INVESTISSEMENT
ETRANGER AU CANADA ET LE CHOIX
DU MECANISME D'INTERVENTION DE L'ETAT

par

CLAUDE GRATTON

Thèse présentée à l'École des études supérieures
de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention d'une maîtrise en droit commercial

HULL, QUÉBEC

MAI 1985



Claude Gratton, Ottawa, Canada, 1986.

Permission has been granted to the National Library of Canada to microfilm this thesis and to lend or sell copies of the film.

The author (copyright owner) has reserved other publication rights, and neither the thesis nor extensive extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her written permission.

L'autorisation a été accordée à la Bibliothèque nationale du Canada de microfilmer cette thèse et de prêter ou de vendre des exemplaires du film.

L'auteur, (titulaire du droit d'auteur) se réserve les autres droits de publication; ni la thèse ni de longs extraits de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation écrite.

ISBN 0-315-33284-0

AVANT-PROPOS

Il aura fallu dix-huit mois de recherches, d'analyses, de rencontres et de discussions avec plusieurs personnes-ressources avant d'arriver à la réalisation des objectifs que je m'étais fixés. J'ai dû concilier le temps consacré à la recherche et à la rédaction de ma thèse avec le temps consacré à l'administration de mon cabinet d'avocats. N'eût été de l'aide et de l'encouragement de plusieurs personnes, il m'aurait été impossible de rédiger mon ouvrage. Je tiens à les remercier sincèrement car chacune d'elles, à sa façon, a contribué à la réalisation de cette thèse. Je veux remercier particulièrement ma compagne, Hélène Latrémouille, dont l'encouragement s'est avéré indispensable, ainsi que Me Denis Brochu, mon associé, Raymond Dicaire et Lyne Perret, bibliothécaires à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa, et, enfin, Pierre Ladouceur et Rollande Joanis. De plus, il y a deux personnes à qui je veux adresser des remerciements tout à fait spéciaux. Je suis d'abord reconnaissant à Me Robert Bertrand c.r. qui a accepté de me diriger tout au long de mes recherches et de la rédaction de ma thèse: ses précieux conseils m'ont incité à m'améliorer sans cesse. Enfin, j'ai dû réduire substantiellement mon temps consacré à la pratique du droit. La perte de revenus qui s'ensuivit, fut atténuée par la contribution généreuse de la Fondation pour la recherche juridique. Sans cette aide financière, je n'aurais pas pu compléter mon ouvrage. En

SOMMAIRE

Au Canada, l'investissement étranger est réglementé depuis l'adoption de la loi sur l'examen de l'Investissement étranger, soit depuis le 12 décembre 1973. A cette époque, les Canadiens avaient pris conscience du haut taux d'appartenance de leur économie par les étrangers. En effet, plusieurs rapports avaient souligné cette situation jugée critique et les problèmes qui en découlaient au niveau économique, juridique et politique: il y eut le rapport Gordon en 1957; le rapport Watkins en 1968, le rapport Wahn en 1971 et le rapport Gray en 1972.

L'adoption de la loi reçut l'assentiment unanime des membres de la Chambre des Communes. Cependant, cette initiative législative du Gouvernement libéral minoritaire du très honorable Pierre Elliott Trudeau qui était alors Premier Ministre du Canada, ne se fit pas sans heurts. En effet, plusieurs questions avaient fait l'objet de discussions entre les partisans du nationalisme économique et ceux du libéralisme économique: on s'était demandé, par exemple, quelle serait la participation des Législatures provinciales, jusqu'où s'infiltrerait l'intervention de l'Etat, quel rôle seraient appelés à jouer les tribunaux, etc...?

Notre thèse constitue une analyse de deux de ces questions. D'abord, nous identifions le titulaire de cette compétence législative au Canada au niveau national ainsi qu'au niveau international. Ensuite, nous évaluons le mérite juridique de la décision du Gouvernement d'avoir choisi des mécanismes contrôlés par les détenteurs du pouvoir exécutif pour mettre en oeuvre la politique canadienne en cette matière. Nous étudions aussi certaines dispositions du projet de loi C-15 qui a servi au Gouvernement actuel à maintenir le même choix: en effet, le 6 juin 1985, la loi sur Investissement Canada était adoptée suite au dépôt, le 7 décembre 1984, du projet de loi C-15 intitulé "loi concernant l'investissement au Canada".

En ce qui a trait à la compétence législative à l'intérieur des limites du territoire canadien, le pouvoir fédéral n'a pas fait l'objet d'attaques sérieuses. D'une part, il faut reconnaître aux législatures provinciales le pouvoir d'adopter sur leur territoire des mesures d'application locale devant être respectées par les investisseurs étrangers qui s'y installent; ces mesures peuvent se traduire par les conditions d'exploitation de leurs commerces, les conditions d'octroi de subventions, de permis, la taxation, etc... D'autre part, les dispositions de la loi constitutionnelle de 1867 reconnaissent clairement cette compétence législative à l'Etat fédéral. En effet, celle-ci repose sur son pouvoir exclusif de faire des lois et des règlements en matière d'échanges et de commerce

(art. 91(2)) et en matière de naturalisation et d'aubains (art. 91(25)), ainsi que sur son pouvoir résiduaire retrouvé dans le préambule de l'article 91 de l'A.A.N.B.

Au niveau international, la Constitution n'est plus utile car elle ne contient aucune disposition expresse qui permettrait de trancher la question. En pratique, on ne peut pas soutenir que les provinces n'ont aucune capacité juridique internationale. Cependant, la pratique en droit international veut que l'Etat fédéré obtienne le consentement ou l'approbation de l'Etat central avant de conclure une entente internationale avec d'autres Etats dans des matières relevant de sa compétence intérieure suivant la Constitution. D'ailleurs, selon plusieurs glossateurs, la fédération comme un tout possède la personnalité internationale, mais normalement c'est l'Etat central qui en exerce les attributs et c'est avec lui que traitent les puissances étrangères. En matière d'investissement étranger, le Canada est déjà signataire d'ententes internationales; ces ententes furent négociées et souscrites par l'Etat central au nom de tout le Canada. Il s'agit donc là d'une responsabilité qui lui incombe plutôt qu'aux législatures provinciales.

Dans un autre ordre d'idées, l'expérience a démontré que les mécanismes choisis par l'Administration publique au Canada n'ont pas servi à appliquer l'intervention de l'Etat en

cette matière et, en même temps, adopter des mesures de protection efficaces servant à mieux protéger les droits et intérêts des administrés. Les amendements à la loi de 1973 n'ont fait que raccourcir les délais pour la prise des décisions et diminuer le nombre d'informations demandées aux investisseurs étrangers. En fait, le type de mécanismes utilisés et du processus suivi lors de l'examen et de la prise des décisions a soulevé deux classes de problèmes, à savoir: ceux reliés à la pauvreté d'informations émises par l'instance décisionnelle et ceux reliés à la pauvreté du respect du principe de la légalité.

La pauvreté d'informations explique plusieurs faiblesses dans l'administration de la loi. Premièrement, on a déploré le manque d'imputabilité du Gouvernement. Deuxièmement, vu l'absence de décisions motivées, donc de précédents, on est confronté par l'absence d'une politique statutairement développée en cette matière. Troisièmement, le secret de l'administration a fait soupçonner une trop grande influence du monde politique. Quatrièmement, il fut impossible de connaître et vérifier si les engagements souscrits par les investisseurs étrangers avaient été respectés. Bref, on ne peut pas vérifier si l'intention du Législateur est respectée.

Ensuite, le respect du principe de la légalité doit être le gage souscrit par l'Administration publique pour assurer

v.

que les droits et intérêts des justiciables ne soient pas brimés lors de l'intervention de l'Etat en matière d'investissement étranger. Or, dans l'application de la politique canadienne en cette matière, la faiblesse du respect de ce principe a créé certains problèmes d'ordre juridique. Premièrement, toute l'information servant ou pouvant servir à la prise de décisions n'est pas communiquée aux intéressés. Deuxièmement, lorsque l'instance décisionnelle consulte des tiers, les parties intéressées dans la proposition d'investissement n'y participent pas, n'en connaissent pas le résultat et ne peuvent pas y répondre. Troisièmement, parfois l'instance décisionnelle n'exerce pas ses pouvoirs prévus dans la loi, parfois en délègue l'exercice à quelqu'un d'autre alors que la loi ne l'y autorise pas. Or, même si la loi n'a pas prévu de moyens adéquats de se pourvoir devant les tribunaux, on peut s'attendre à ce que nos Cours supérieures exercent plus libéralement leur pouvoir de surveillance et de contrôle sur les agissements du Gouverneur en conseil et du Ministre responsable de l'administration de la nouvelle loi concernant l'investissement au Canada.

En effet, cette ouverture aux recours judiciaires est maintenant plus facile à la suite des décisions récentes de la Cour Suprême du Canada dans les affaires Nicholson, Martineau, Inuit Tapirisat, Quinn Truck Lines et Operation Dismantle ainsi qu'à la suite de l'adoption de la loi constitutionnelle de 1982 et de la Charte canadienne des droits et libertés. Enfin, ces

problèmes disparaîtraient ou seraient grandement atténués si le mandat d'administrer la loi était confié à un organisme administratif autonome. Celui-ci serait astreint à respecter, dans l'exécution de ses fonctions, non seulement la notion d'équité mais, en plus, les principes de justice naturelle.

D'ailleurs, une analyse de chacun des arguments avancés par le Gouvernement pour justifier son choix des mécanismes d'intervention démontre clairement leur faiblesse. De plus, une analyse des principales dispositions du projet de loi C-15 adopté le 6 juin 1985 fait voir que les mêmes problèmes juridiques devraient persister. En somme, afin de préciser où se situe la balance des inconvénients, il apparaît, en fin de compte, qu'il est dans l'intérêt public que le mandat de mettre en oeuvre cette loi portant sur un sujet de préoccupation et de dimension nationales ne devienne jamais la panacée d'un Ministre de la Couronne.

LISTE DES ABREVIATIONS

- A.A.N.B.: Acte de l'Amérique du Nord Britannique.
- A.B.C.: Association du Barreau Canadien.
- A.C.: Appeal Cases.
- All E.R.: All England Law Reports.
- B.C.L.R.: British Columbia Law Reports.
- B.C.R.: British Columbia Reports.
- B.L.R.: Business Law Reports.
- B.N.A. Act: British North America Act.
- B.R.: Cour du Banc du Roi ou de la Reine.
- B.Y.I.L.: The British Yearbook of International Law.
- C.A.: Cour d'Appel du Québec.
- C.B.A.: Canadian Bar Association.
- Can. Bar. Rev.: Canadian Bar Review.
- Can. Pub. Adm.: Canadian Public Administration.
- Canada-U.S. L.J.: Canada-United States Law Journal.
- C.C.C.: Canadian Criminal Cases.
- C.C.I.: Commission Canadienne des Transports.
- C. de D.: Cahiers de Droit.
- C. des C.: Chambre des Communes.
- C.F.: Cour Fédérale.
- C.F.R.: Code of Federal Regulations (U.S.).
- Ch.: Court of Chancery Reports.
- C.L.R.: Commonwealth Law Reports.
- Conf. "sub nom.": Confirmé(e) "sub nomine".
- Co. per. des fi. du com. et des q.é.: Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques.

Co. Rep.: Coke Reports.

C.P.: Conseil Privé.

C.P.R.: Canadian Patent Reporter.

Cranch: Cranch's United States Court Reports.

C.R.T.C.: Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications Canadiennes.

C.S.: Cour Supérieure du Québec.

C.S.C.: Cour Suprême du Canada.

Dalhousie L.J.: Dalhousie Law Journal.

D.L.R.: Dominion Law Reports.

Ex. Cr.: Exchequer Court.

Fac. of Law Rev. U. of T.: Faculty of Law Review University of Toronto.

G.A.T.I.: General Agreement on Tariffs and Trade.

Geo. V.: Georges V.

K.B.: King's Bench.

L.S.U.C.: Law Society of Upper Canada.

McGill L.J.: McGill Law Journal.

Nfld & P.E.I.R.: Newfoundland and Prince Edward Island Reports.

O.C.D.E.: Organisation de Coopération et de Développement Economiques.

O.N.E.: Office National de l'Energie.

O.R.: Ontario Reports.

Osgood Hall L.J.: Osgood Hall Law Journal.

Q.B.: Queen's Bench.

Q.B.D.: Queen's Bench Division.

R.C.S.: Rapports de la Cour Suprême du Canada.

R. du B.: Revue du Barreau.

Rev. Jur. et Pol.: Revue juridique et Politique.
R.S.B.C.: Revised Statutes of British Columbia.
Sask. L. Review: Saskatchewan Law Review.
S.C.: Statuts du Canada.
Special Lectures L.S.U.C.: Special Lectures of the Law Society
of Upper Canada.
S.R.C.: Statuts Revisés du Canada.
S.R.I.P.E.: Statuts Revisés de l'Île du Prince Édouard.
State Tr.: State Trials.
T.A.A.: Tribunal Administratif Autonome.
Texas International L.J.: Texas International Law Journal.
University of New-Brunswick L.J.: University of New-Brunswick
Law Journal.
Univ. of Tor. L.J.: University of Toronto Law Journal.
U.S.C. App.: United States Code Appendix.
Vanderbilt J. of Transnational L.: Vanderbilt Journal of Trans-
national Law.
V.R.: Victorian Reports.
W.L.R.: Western Law Reports.
W.W.R.: Western Weekly Reports.
Yale L.J.: Yale Law Journal.

INTRODUCTION

Le Gouvernement et le Parlement décidèrent en 1973 d'intervenir pour contrôler l'entrée et l'utilisation des capitaux étrangers au sein de l'économie canadienne. En effet, suite à la présentation de deux projets de loi ¹, le Parlement du Canada adoptait, le 12 décembre 1973, la "Loi prévoyant l'examen et l'appréciation des prises de contrôle d'entreprises commerciales canadiennes par certaines personnes et ceux de la création, par certaines personnes, d'entreprises nouvelles au Canada" ². Elle est ordinairement citée sous le titre abrégé de "Loi sur l'examen de l'investissement étranger" (la loi). Le champ d'application de l'intervention était cependant restreint: en effet, d'une part, seuls les investissements étrangers directs étaient visés, et non les investissements de portefeuille.

¹ Il y eut le projet de loi C-201 en 1972 et le projet de loi C-132 en 1973.

² S.C. 1973-74, ch. 46.

le 3; d'autre part, des seuils avaient été fixés pour déterminer les investissements assujettis au mécanisme d'examen 4.

Cette importante initiative législative allait influencer le déroulement et l'orientation des relations commerciales et industrielles à l'intérieur comme à l'extérieur du pays. A ce titre, il était prévisible qu'elle affecterait le développement de la vie sociale, culturelle et économique du Canada. Elle suscitait aussi de l'intérêt car elle soulevait des questions de compétence législative, d'exercice du pouvoir décisionnel et de protection des droits et intérêts des justiciables devant l'Administration publique au Canada. Or, dans le public, il n'y avait pas unanimité d'opinions sur ces questions. Aussi, l'intervention de l'Etat canadien était vite devenue un sujet de controverses dans plusieurs milieux, tant au Canada qu'à l'étranger.

3 Il y a une différence notable entre ces deux types d'investissements: en principe, les investissements de portefeuille ne produisent que des intérêts et ne comportent pas de droit de propriété sur les sources et objets des investissements, alors que les investissements directs sont porteurs de droit de propriété et s'effectuent par l'achat de fonds de commerce ou l'achat d'actions porteuses de droit de vote, donc de contrôle.

4 Sous la loi de 1973, l'actif brut de l'entreprise commerciale canadienne doit dépasser \$250,000.00 et ses recettes brutes ne doivent pas dépasser \$3,000,000.00 (art. 5(1)c)(i) et (ii). Selon l'article 14 du projet de loi C-15, presque tous les investissements visant la création d'entreprises seront exemptés de l'examen, alors que seront examinées les acquisitions suivantes: l'acquisition directe d'entreprises au Canada qui auront des actifs de \$5,000,000.00 ou plus et l'acquisition indirecte lorsque la filiale canadienne aura des actifs de \$50,000,000.00 ou plus.

Avant l'entrée en vigueur de la Loi ⁵, les critiques avaient visé surtout le champ d'application de la réglementation; par après, on s'attaqua à la qualité de l'administration de la loi ainsi qu'au processus suivi par le mécanisme d'examen. Celui-ci n'avait pas été suffisamment étudié lors des débats parlementaires sur le projet de loi C-132 et, à en juger par les auditions⁶ tenues par le Comité permanent de l'expansion économique régionale sur le projet de loi C-15, le manquement est en voie de se répéter. Le Parlement avait accédé à la demande du Gouvernement ⁶ et avait confié aux titulaires du pouvoir exécutif ⁷ le mandat d'appliquer la politique canadienne en matière d'investissement étranger sans insister sur d'autres moyens pour administrer la Loi. Plus de dix années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la Loi et le Gouvernement

⁵ La phase I concernant l'acquisition du contrôle des entreprises commerciales canadiennes entra en vigueur le 9 avril 1974, la phase II concernant la création d'entreprises nouvelles, le 15 octobre 1975.

⁶ Le Ministre Alastair Gillespie: "... Le bill (sic) à l'étude demande au Parlement de donner au gouvernement les moyens d'en arriver là: c'est-à-dire de s'assurer autant que possible que les prises en charge ... rapporteront des avantages appréciables au Canada. Dans le cas contraire, on ne les acceptera pas." C. des C., 11^{ème} session, 29^e Législature, Vol. III, p. 2782.

⁷ Le Ministre responsable et le Gouverneur en conseil: voir, entre autres, les art. 7, 8, 9, 10, 11 et 12 de la Loi.

n'a pas encore réussi à doter le Canada de solutions durables en matière d'investissements étrangers ⁸.

Le Gouvernement du Canada, nouvellement élu à l'automne 1984, s'apprête actuellement à faire adopter par le Parlement la loi concernant l'investissement au Canada ⁹; il se propose ainsi d'abroger la Loi actuelle et d'abolir l'Agence d'examen de l'investissement étranger (A.E.I.E.). Il demande au Parlement de créer un nouveau mécanisme d'examen et d'adopter de nouvelles dispositions législatives qui, prétend-il, sauront "encourager les investissements au Canada" et contribuer à la croissance de l'économie et à la création d'emplois ¹⁰. Il

⁸. Duncan MCDOWALL, Foreign Investment in Canada. A Fit Place For Investment?; Ottawa, The Conference Board of Canada, study no. 81, April 1984, p. X: "Many investors remarked on their general sense that over the last ten years Canada has become a less congenial place for investment and that they were uncertain about its future attitude toward foreign investors" (c'est nous qui soulignons).

Voir aussi au même effet:

Brian DERRAH, Canada and The Challenge of Foreign Investment: the First Decade of Foreign Investment Review, (1982-83) 7 Dalhousie L.J., p. 194.

William H. ESPINOSA, The Canadian Foreign Investment Review Act: Red, White and Gray, (1973) 5 Law and Policy in International Business, pp. 1018, 1035-37-41.

Richard SCHULTZ, Frank SWEDLOVE, Katherine SWINTON, The Cabinet as a Regulatory Body: the Case of the Foreign Investment Review Act, Ottawa, Conseil économique du Canada, Septembre 1980, pp. 35-39-62-63.

R.A. DONALDSON, Foreign Investment Review and Canadianization, 1982 Special Lectures LSUC 461, 474.

R.A. DONALDSON and J.D.A. JACKSON, The Foreign Investment Review Act: An Analysis of the Legislation, (1975) 53 Can. Bar Rev. 171, 176.

⁹ Le projet de loi C-15 reçut sa première lecture le 7 décembre 1984 et sa deuxième lecture le 30 janvier 1985.

¹⁰ Article 2 du projet de loi.

s'agit d'une législation très importante qui va marquer le développement et l'orientation de l'économie canadienne, les relations fédérales-provinciales ainsi que les relations du Canada avec le monde international.

Il nous est donc apparu nécessaire d'analyser les principaux problèmes créés par la Loi et les mécanismes actuels afin d'en trouver les causes et de pouvoir évaluer si les réformes proposées dans le projet de loi C-15 sauront y remédier. Etant donné qu'elle touchait à de grands thèmes de la politique canadienne, l'intervention de l'Etat devait s'interpréter à la lumière des règles du droit constitutionnel et du droit administratif canadiens ainsi que du droit international. Il fallait s'interroger sur le rôle réservé au principe de la légalité¹¹ par rapport à la crédibilité que devaient conserver le Gouvernement et le Parlement durant leur intervention. L'exercice avait aussi pour but d'assurer que l'Administration publique serait toujours près des besoins de la communauté qu'elle gouverne et

¹¹ Le professeur Gilles Pépin a défini le principe de la légalité en ces termes: "Réduit à sa plus simple expression, en droit administratif, le principe de légalité, nul part défini par le législateur, veut que, dans un Etat libéral, l'administration publique soit soumise au Droit, c'est-à-dire que son activité soit subordonnée à des règles de droit. Une violation de ces règles expose l'Administration, qu'il s'agisse du gouvernement ou de tout autre organisme, à la censure du juge traditionnellement chargé d'assurer le respect du Droit dans le cadre de recours mis à la disposition des administrés qui s'estiment lésés... Au règne des administrateurs, on a préféré celui du Droit, que l'on voulait respectueux des droits et libertés de la personne." Gilles PEPIN, L'Administration publique et le principe de légalité, (1983) R. du B. 137, 139.

sert en même temps, et que les lois et règlements adoptés, de même que les mécanismes choisis pour les appliquer, évolueraient au même rythme, dans la mesure du possible, que les façons de penser et de vivre de cette même communauté.

La première partie de l'ouvrage sera consacrée à analyser les compétences législatives du Parlement fédéral et des Législatures provinciales en matière d'investissement étranger afin de nous assurer de la constitutionnalité de la loi actuelle ainsi que de la loi éventuelle à être adoptée suite aux débats sur le projet de loi C-15. Nous ferons l'analyse en deux étapes: d'abord, intérieurement, où il sera question du partage des pouvoirs et, ensuite, extérieurement, où l'attention portera sur la personnalité juridique internationale. Le sujet est d'actualité car il vient de se produire ce qu'on avait soupçonné depuis le début: la compétence législative du fédéral serait mise en doute par des parties se disant lésées dans leurs droits par des mesures que leur imposeraient les personnes responsables d'administrer la Loi 12. D'autant plus que ce litige évoque aussi les dispositions de la Charte des droits et libertés¹³ pour rechercher

¹² Il s'agit de l'affaire du pont "Ambassador" plus communément connu comme le pont de Détroit: Cambridge Holdings Limited and Tufick J. Moroun c. The Attorney General of Canada, the Minister of Industry, Trade and Commerce and the Foreign Investment Review Agency. Les procédures sont pendantes devant la Cour fédérale, division de première instance, no.: I-1057-83.

¹³ S.C. 1982, 31 Elizabeth II, Ch. II (R.U.), loi entrée en vigueur le 17 avril 1982.

une déclaration judiciaire à l'effet que la Loi est inconstitutionnelle ou que certaines de ses dispositions sont inopérantes. Cependant, le pouvoir constitutionnel du Législateur fédéral de réglementer l'investissement étranger dans l'intérêt de tous les Canadiens ne suffirait pas à enrayer toutes les difficultés entourant l'intervention de l'État. En effet, les modalités suivies pour exercer ce pouvoir législatif constituent une source de conflits ayant marqué l'application quotidienne de la politique canadienne en ce domaine depuis l'entrée en vigueur de la Loi.

Dans la deuxième partie, nous analyserons les structures du mécanisme d'examen ainsi que l'expérience passée de sa mise en oeuvre afin de vérifier comment les responsables de l'administration de la Loi se sont acquittés de leur mandat et comment les droits et intérêts des administrés ont été protégés. Cette partie de l'ouvrage nous permettra de définir ce que le droit administratif entend par les notions de principes de justice naturelle et d'équité, et de mettre à jour l'état de la jurisprudence canadienne sur les cas d'ouverture au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures face à l'Administration publique au Canada. Nous aurons alors l'occasion de nous pencher sur le rôle que l'instance décisionnelle devrait réserver au principe de la légalité dans l'exercice de ses fonctions. Enfin, nous nous demanderons s'il ne serait pas préfé-

nable de confier à un tribunal administratif autonome ¹⁴ le mandat de réglementer cette industrie au Canada.

La troisième partie servira à montrer que la préférence accordée au type de mécanisme actuel par le Gouvernement en 1973 suivait la recommandation énoncée dans le rapport Gray ¹⁵, mais allait à l'encontre de la recommandation faite par les auteurs de deux études ¹⁶ antérieures au rapport Gray. Etant donné cette divergence dans les recommandations et vu la nature des problèmes suscités par le mécanisme choisi, nous analyserons chacun des arguments énoncés par les divers porte-parole du Gouvernement pour justifier ce choix politique. L'étude nous permettra d'effectuer une comparaison avec d'autres

¹⁴ Ce type d'organisme administratif est défini par la Commission de réforme du droit du Canada en ces termes: "En tant que phénomène organisationnel, les organismes autonomes sont par définition des corps spécialisés distincts des ministères et autres services ministériels, jouissant d'une autonomie considérable par rapport au pouvoir exécutif. Cependant, puisqu'à l'opposé des tribunaux judiciaires, les conventions constitutionnelles ne les soustraient pas à l'influence du Cabinet, il est difficile de déterminer la mesure dans laquelle les normes politiques de la démocratie parlementaire et de la responsabilité ministérielle leur sont applicables." Les organismes administratifs autonomes, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, document de travail no. 25, 1980, p. 38.

¹⁵ Investissements étrangers au Canada (le rapport Gray), Ottawa, Gouvernement du Canada, 1972.

¹⁶ Propriété étrangère et structure de l'industrie canadienne (le rapport Watkins), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 392.

Onzième rapport du Comité permanent des affaires extérieures et de la défense nationale (le rapport Wahn), C. des C., Comité permanent des affaires extérieures et de la défense nationale, 2e session, 28e Législature, 1969-70, 25-35, no. 703, à 33:91 et 33:131.

choix politiques du Gouvernement ayant servi à confier à des tribunaux administratifs autonomes le mandat de réglementer d'autres industries telles que la radiodiffusion et les télécommunications, le transport, et l'énergie, par exemple.

Enfin, nous terminerons par une analyse des réformes proposées dans le projet de loi C-15 sur le type de mécanisme d'examen et de décision afin de vérifier s'il répond aux besoins actuels d'assurer que non seulement justice a été faite mais qu'il apparaît aussi que justice a été faite. L'analyse critique effectuée au cours de l'ouvrage nous permettra de faire l'énoncé de nos recommandations. Pour y arriver, voici comment nous avons procédé.

La méthodologie suivie ne s'est pas limitée au travail de recherches en bibliothèque. En effet, nous avons rencontré plusieurs intervenants familiers avec les structures du mécanisme ainsi que les rouages de l'Agence. A ce titre, nous n'avons pas hésité à consulter le personnel de l'Agence et nous avons même pu effectuer une partie de nos recherches à l'intérieur des locaux de cette dernière. Certaines rencontres avec des avocats ayant eu l'occasion de transiger et négocier avec le personnel de l'Agence et, parfois, avec le Ministre responsable, se sont avérées profitables. Nous avons aussi eu des entretiens avec des investisseurs étrangers et des représentants d'organismes provinciaux qui nous ont fait part de leurs expériences avec

les représentants de l'autorité administrative. Enfin, dans le but de comparer le mécanisme utilisé pour réglementer l'investissement étranger avec les mécanismes servant à réglementer d'autres secteurs de l'économie, nous avons consulté des membres de tribunaux administratifs chargés d'appliquer la politique canadienne dans d'autres secteurs. On comprendra qu'il nous sera impossible de divulguer les auteurs de nos sources d'information, ceux-ci ayant insisté pour garder l'anonymat; la situation se comprend facilement car ces personnes oeuvrent encore soit au sein de la fonction publique au Canada soit dans des secteurs intimement reliés au mécanisme d'examen.

PREMIERE PARTIE: LA COMPETENCE CONSTITUTIONNELLE EN MATIERE
D'INVESTISSEMENT ETRANGER.

Afin d'éliminer tout doute sur la capacité du législateur fédéral d'apporter des correctifs au mécanisme d'examen actuel et "a fortiori" d'avoir adopté la Loi de 1973, il semble à propos de discuter de la compétence constitutionnelle en matière de réglementation de l'investissement étranger. Nous examinerons si le fédéral a compétence en la matière, et, de plus, s'il s'agit d'un champ de législation que pourraient occuper les provinces. Notre étude se fera en deux chapitres: le premier portera sur la compétence intérieure, le deuxième, sur la compétence extérieure ou internationale.

Dans le premier chapitre, il y aura trois sections. La première sera consacrée à décrire la problématique: nous y traiterons du concept "souveraineté" dans un Etat fédéral tel que le Canada. Avant l'adoption de la Loi de 1973, la question de la compétence législative du fédéral s'est posée et nous verrons quelles positions étaient adoptées par les provinces, les milieux d'affaires, le milieu juridique et le Gouvernement lui-même. Les opinions émises par la doctrine et la jurisprudence feront l'objet de la deuxième section. Enfin, la troisième section servira à faire l'analyse des dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (A.A.N.B.) de 1867 afin de voir si l'essentiel (le "pith and substance") de la réglementation sur l'investissement étranger se rattache à l'une

quelconque des matières énumérées aux articles 91 et 92 de la Constitution de 1867, y inclus le pouvoir général dans le préambule de l'article 91.

Le deuxième chapitre traitera, en deux sections, de la dimension internationale de la législation canadienne en cette matière. Dans la première section, nous nous interrogerons sur l'attribution de la personnalité juridique internationale dans un Etat fédéral tel que le Canada. Dans la deuxième section, nous étudierons les effets de la politique canadienne en la matière sur les engagements souscrits par le Canada dans les ententes, accords et traités internationaux. Cette analyse devrait nous permettre d'apprécier lequel des deux principaux ordres de gouvernement au Canada, soit l'Etat central ou les Etats fédérés, est mieux habilité pour assurer la mise en oeuvre de la réglementation canadienne sur l'investissement étranger au sein de la communauté internationale.

Chapitre I - La compétence législative intérieure en matière d'investissement étranger.

Section I - La problématique.

Paragraphe 1 - La souveraineté de l'Etat et le fédéralisme canadien.

En général, sur son territoire, l'Etat a les limites qu'il veut bien se donner. "A contrario" l'Etat n'a pas de limite, car il est souverain dans son territoire où il constitue l'autorité suprême. La souveraineté de l'Etat fut déjà décrite en ces termes:

The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself ¹⁷.

Plus récemment, le principe fut de nouveau décrit par un tribunal selon lequel la souveraineté ne sera limitée que si le Législateur le décide et seulement dans la mesure qu'il déterminera. C'est ce que notait M. le Juge Cattanach de la Cour fédérale, division de première instance:

Le Parlement est souverain et il lui est loisible de dire qu'il n'est pas souverain dans certains cas, comme il l'a fait à l'alinéa 32(1)a) de la Charte, et de déclarer que le gouvernement du Canada est également soumis à la Charte canadienne des droits et libertés. ¹⁸.

Un problème se pose cependant dans un état fédéral comme celui du Canada où l'assiette de la compétence législative est déterminée par la Constitution. En effet, et l'expérience l'a démontré de façon on ne peut plus claire depuis la naissance du Canada en 1867, la difficulté résulte de l'interprétation à donner aux dispositions mêmes de cette Constitution.

¹⁷ The Schooner Exchange c. McFaddon (1812) 7 Cranch. 16.

¹⁸ Operation Dismantle Inc. et al c. Sa Majesté la Reine et al (1985) 1 C.F. 429, 434.

Cette dernière délimite le partage du pouvoir législatif entre le Parlement de l'Etat central et le Parlement des Etats fédérés:

...[la Constitution est la] loi fondamentale de l'Etat, qui établit les principes sur lesquels doit reposer le gouvernement et qui règle l'exercice des pouvoirs souverains, en spécifiant à quels organismes et à quelles personnes ces pouvoirs doivent être attribués et comment ils doivent être exercés ¹⁹.

A ce titre, la Constitution représente l'alpha et l'oméga du partage de la souveraineté en territoire canadien. Que l'Acte de 1867 soit un pacte ²⁰ ou une loi ²¹, il constitue, avec la loi constitutionnelle de 1982, la loi première au pays où se trouvent le vrai sens des mots et le partage des pouvoirs. La Constitution est donc le fondement de notre système juridique:

... La constitution est, dans notre système juridique, le fondement du principe du "Rule of Law", c'est-à-dire la légalité qui doit qualifier tout acte posé à l'un ou à l'autre

¹⁹ Maurice OLLIVIER, Actes de l'Amérique du nord britannique et statuts connexes, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, p. 32. Voir aussi au même effet: Dans l'affaire des questions soumises par le gouverneur en conseil sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute formulées dans le décret C.P. 1978-3581 en date du 23 novembre 1978, (1980) 1 R.C.S. 54, 68.

²⁰ Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King (1916) 1 A.C. 566, où le Conseil privé avait reconnu que l'A.A.N.B. était le résultat d'un pacte entre les parties constituantes du "Dominion".

²¹ Dans le Renvoi sur le Sénat, supra n. 19, la Cour Suprême du Canada a reconnu, à la p. 60 du jugement, que l'A.A.N.B. était une loi.

des trois paliers de l'organisation étatique, soit le législatif, l'exécutif ou administratif et le judiciaire ²².

Or, il faut se demander si l'investissement étranger est une matière qui relève de la souveraineté législative du fédéral ou des provinces. Avant l'adoption de la Loi en décembre 1973, la compétence législative du fédéral en cette matière avait fait l'objet de discussions dans plusieurs milieux au Canada. Il était évident qu'une telle intervention de l'Etat aurait des répercussions sur les relations du Canada avec les autres membres de la communauté internationale et sur les relations entre l'Etat central et les Etats fédérés à l'intérieur même du Canada. On prévoyait qu'elle affecterait des domaines réservés à la souveraineté législative des provinces tels que la propriété et les droits civils ²³. Mais alors, comment expliquer l'absence de procédures attaquant la constitutionnalité de la Loi de 1973? La réaction des provinces à cette initiative législative fédérale devient donc un sujet d'intérêt qu'il faut analyser.

Paragraphe 2 - La réaction des provinces.

En 1973, la réaction des provinces était partagée. Certaines, comme le Nouveau-Brunswick et le Québec, s'opposaient

²² Gil REMILLARD, Le fédéralisme canadien, Montréal, Québec/Amérique, 1980, p. 157.

²³ Id., p. 273.

à l'adoption de la Loi par le fédéral. En effet, le Nouveau-Brunswick ne voyait pas la nécessité de réglementer cette activité:

The Government of New-Brunswick's opinion on the proposed legislation is a simple and straightforward one—we see no need for it in our region of Canada and we believe that it would prove to be harmful to our attempts to attract and to accelerate industrial development ²⁴.

Le Québec, pour sa part, insistait sur le fait que les deux ordres de Gouvernement devraient également participer aux prises de décision ²⁵. De plus, il était soucieux de protéger le caractère fonctionnel de plusieurs institutions qu'il avait déjà mises sur pied en matière de développement économique:

Enfin, sans vouloir faire du partage des compétences constitutionnelles entre les deux ordres de gouvernement en matière de développement économique, le seul critère pour évaluer le projet de loi C-132, le gouvernement du Québec estime néanmoins qu'à ce titre, ce projet de loi se situerait dans un champ de compétences pour lequel il a une large part de responsabilités qu'il a toujours exercé de fait jusqu'à ce jour. Les pouvoirs du Québec concernant, par exemple, la mise en valeur des richesses naturelles (mines, eau et forêts), l'aménagement du territoire, les transports et les communi-

²⁴ Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11^{ère} session, 29^e Législature, à 28:6, le 12 juin 1973 (l'honorable Richard A. Hatfield).

²⁵ Voir le mémoire présenté par le Gouvernement du Québec au Comité permanent de la Chambre lors de l'étude du projet de loi C-132. Id., à 42:68 ainsi qu'à l'annexe 2F, 42:608 et 42:618.

tions, ne seraient-ils pas directement affectés par la législation proposée? ²⁶

D'autres provinces, comme l'Ontario ²⁷ et la Saskatchewan ²⁸, par exemple, étaient favorables à l'adoption de cette législation, l'Ontario reconnaissant même la compétence législative du fédéral en cette matière.

Or, aucune des provinces n'a attaqué la constitutionnalité de la Loi devant les tribunaux. Il ne faudrait pas en conclure que les problèmes constitutionnels ne se posaient pas, car le Premier Ministre du Nouveau-Brunswick, l'honorable Richard A. Hatfield, avait menacé de s'adresser aux tribunaux si les décisions du Gouverneur en conseil causaient un préjudice à sa province, tel qu'en fait foi l'échange suivant avec l'honorable Elmer MacKay (il n'était alors que simple député dans l'opposition):

Mr. MacKay: May I interrupt you, sir, and ask if any of the provinces, your own or those of your colleagues (we mentioned earlier, are considering taking a tough stand against it? I asked the Minister (l'honorable A. Gillespie), for example, whether he had any word that there was going to be serious opposition and he indicated there was not. Have you, or has anyone else to your knowledge in the east, considered for example challenging some of these clauses on constitutional grounds?

²⁶ Id., à 42:607.

²⁷ Voir le mémoire du Gouvernement de l'Ontario. Id., à 42:3, annexe "S".

²⁸ Voir le mémoire du Gouvernement de la Saskatchewan. Id., à 32:55 et 42:45.

Mr. Hatfield: With this negotiating process in the present bill, I certainly will take a very hard look at that from the point of view of taking it to the Supreme Court of Canada, because I think that the federal government is on very dangerous constitutional ground there.

Mr. MacKay: Did you ever indicate this to the Minister of Industry, Trade and Commerce before this time?

Mr. Hatfield: No, but I think he knows that we are opposed to it (c'est nous qui soulignons) ²⁹.

Il n'y fut pas donné suite et l'absence de procédures de la part des provinces contre la loi de 1973 s'explique de deux façons.

D'abord, lors des débats parlementaires sur le premier projet de loi, le C-201, en 1972, plusieurs critiques avaient été formulées car ce projet de loi ne contenait aucune disposition à l'effet qu'il serait tenu compte des objectifs provinciaux en matière d'économie et d'industrie lors de la prise des décisions. En effet, le projet de loi C-201 se contentait d'énoncer à l'article 2(2)e) qu'il fallait prendre en considération, entre autres, "la compatibilité de l'acquisition avec la politique nationale en matière industrielle et économique" pour apprécier si l'acquisition du contrôle d'une entreprise commerciale canadienne au Canada apportait ou était susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada. Devenu minoritaire après l'élection générale qui avait eu lieu à l'automne 1972, le Gouvernement libéral de l'époque, probable-

²⁹ Id., à 28:13-14.

ment à la suite de pressions de la part du Nouveau parti démocratique qui détenait la balance du pouvoir, avait pris la décision d'apaiser les critiques des députés et des provinces à ce sujet. A cette fin, il modifia l'alinéa e) de l'article 2(2) en ajoutant l'obligation de tenir compte des objectifs publiquement énoncés, par la ou les provinces visée(s) par la proposition d'investissement au moment d'évaluer une proposition d'investissement et d'en régler le sort. L'article 2(2)e) du projet de loi C-132 a été adopté tel quel et se lit comme suit dans la loi de 1973:

2.(1) ...

(2) Lorsqu'il s'agit d'apprécier, aux fins de la présente loi, si l'acquisition du contrôle d'une entreprise commerciale canadienne ou la création d'une entreprise nouvelle au Canada apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada, les facteurs qui doivent être pris en considération sont les suivants:

a)

....

e) la compatibilité de l'acquisition ou de la création avec les politiques nationales en matière industrielle et économique, compte tenu des objectifs de politique économique et industrielle qu'ont énoncés le gouvernement ou la législature de quelque province, sur lesquels l'acquisition ou la création est susceptible d'avoir des incidences appréciables (c'est nous qui soulignons).

Ensuite, le nouveau Gouvernement libéral avait pris soin de consulter toutes les provinces avant de déposer le projet de loi C-132. Cette consultation n'avait pas précédé le

dépôt du projet de loi C-201. Aussi, dès le tout début, il s'est développé une ligne de conduite selon laquelle, dès la réception d'un avis d'investissement, tel que requis par l'article 8(1) de la Loi, l'Agence a expédié immédiatement l'information du contenu de la proposition d'investissement à la ou les province(s) concernée(s) par la demande. En pratique, l'information est acheminée par l'Agence au fonctionnaire de chaque province en charge d'assurer le lien entre l'Agence et son Gouvernement, en cette matière. Enfin, il semble que le Gouverneur en conseil ait rarement outrepassé les positions adoptées par les provinces concernées.

Bref, à l'époque, le Gouvernement n'était pas préoccupé par cette question, car il répétait qu'il était constamment en relation avec les autorités des provinces et qu'il y avait un bon dialogue sur le sujet entre les deux ordres de gouvernement. Questionnés à ce sujet, à la Chambre et au Comité permanent, les représentants du Gouvernement s'étaient contentés de répondre qu'aucune province ne leur avait fait part qu'elle attaquerait la constitutionnalité de la Loi:

... aucune province ne m'a fait part d'une telle intention ³⁰.

I have received no indication that they (les

³⁰ Extrait de la réponse donnée par l'honorable Donald C. Jamieson, Ministre de l'expansion économique régionale, à l'époque, suite à une question que lui avait posée le député Elmer McKay, le 11 juin 1973. Voir: C. des C., lière session, 29ième législature, Vol. V, p. 4615.

provinces) are going to challenge it in the courts ³¹.

Si les questions constitutionnelles n'ont pas semblé préoccuper ni le fédéral ni les provinces, il n'en fut pas ainsi dans les milieux d'affaires et les milieux juridiques. En effet, ce sont les représentants de ces milieux qui ont pris soin d'énoncer les inquiétudes d'ordre constitutionnel auxquelles donnait lieu le projet de loi C-132.

Paragraphe 3 - La réaction de certains milieux d'affaires et certains milieux juridiques.

Plusieurs associations et organismes avaient soumis leur propre mémoire au Comité permanent responsable de la Chambre. C'est devant ce Comité que furent exposées le plus souvent et le plus clairement les difficultés constitutionnelles que posait ou que pouvait poser le projet de loi C-132. Nous avons retenu deux interventions afin de l'illustrer.

La première appartient à Me R.A. Donaldson, membre du Barreau de l'Ontario. Il était alors conseiller juridique pour la Bourse de Toronto, et il comparissait devant les membres dudit Comité, à titre de représentant de la Bourse. Il avait

³¹ L'Honorable Alastair Gillespie, alors Ministre de l'industrie et du commerce. Voir: C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11^{ère} session, 29^{ième} législature, à 26:38.

fait connaître son inquiétude en énonçant la possibilité de deux interprétations et en précisant que, selon lui, l'une ou l'autre pourrait se défendre selon le cas particulier visé:

We have certainly directed some attention to the constitutional issue, and as you can appreciate it is pretty difficult sometimes to ascertain whether federal legislation transgresses provincial rights. On the one hand, the bill is supportable, I suppose, under the federal heads of power as being either under trade and commerce, or perhaps the alien power, or perhaps in view of the language in the opening section of the bill under the peace, order, good government clause.

...

On the other hand, the argument of course would be that the legislation more appropriately falls under property and civil rights in the province.

...

Therefore, to what extent does the bill impinge upon the property and civil rights in the province?... Some questions may very well be raised whether or not it more appropriately falls under one head as opposed to the other ³².

Me Donaldson, entre autres, avait remarqué la possibilité de problèmes au sein du marché immobilier dans l'éventualité où il y aurait une ou des transactions entre une personne non admissible, donc assujettie à la Loi, et une autre personne non assujettie à la Loi. N'y aurait-il pas là empiétement sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils? L'article 20 de la Loi serait-il inconstitutionnel, lui qui donne au Ministre responsable le pouvoir de s'adresser à une Cour supérieure pour obtenir une ordonnance qui pourrait frapper de

³² Id., le 28 juin 1973, à 36:19.

nullité cette transaction, si le vendeur avait lui-même acquis la propriété, suite à un investissement, sans suivre les prescriptions de la Loi et que l'acquéreur, lui, n'était pas assujéti à la Loi?

Cette question précise soulève, en fin de compte, les questions constitutionnelles suivantes: d'une part, qui a compétence en la matière? Et, est-ce fondamentalement un problème de propriété et de droits civils ou plutôt un problème d'uniformité d'exigences à travers le Canada? D'autre part, est-il possible que la compétence législative soit reconnue à l'un plutôt qu'à l'autre et, qu'à l'occasion de l'exercice de sa compétence législative, le Législateur empiète sur des domaines qui normalement relèvent de l'autre Législateur? A l'aide de la doctrine et de la jurisprudence, nous allons répondre à ces questions dans les deux autres sections de ce chapitre.

L'autre intervention est celle de Me C. Francis Murphy de l'Association du Barreau canadien, président, à l'époque, du comité chargé de la section du droit commercial, de la de la consommation et des corporations. Comparaisant devant le même Comité de la Chambre en compagnie de d'autres représentants de l'Association, il remarquait:

Mr. Chairman, there are several avenues one can take to assert federal jurisdiction. I suppose the most overriding one is the peace, order and good government provision, and if that is the case, then it probably can cover every aspect of it.

If we are on the alien leg of federal jurisdiction, it would appear that there is the right of the federal Parliament to pass legislation of considerable breadth dealing with aliens. Some of our concern here is not the effect it is going to have on aliens but on Canadians who are shareholders in companies that are deemed to be non eligible, and one would query whether the court would find that to be valid alien legislation.

Another head would be trade and commerce. Trade and commerce has had a rough time from the Privy Council as to its application. However, there is a feeling that it would perhaps take care of this bill. It could be that the bill could be valid for the most part but that the courts would not allow it to affect the property and civil rights of an innocent party... say, if a land transaction was attacked (c'est nous qui soulignons) ³³.

Ces dernières remarques revêtent une importance capitale si on se rappelle la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire Drybones ³⁴ où la Cour avait déclaré inopérant l'article 94(b) de la loi sur les Indiens, S.C.R. 1952, ch. 149, car il ne respectait pas les dispositions de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44. Et, qui plus est, il faut reconnaître que les droits et intérêts des Canadiens sont directement affectés par les actes de l'autorité compétente, qu'il s'agisse du Gouverneur en conseil ou du Ministre. Les décisions ont des répercussions au niveau de l'économie, de l'industrie, de la main d'oeuvre, de la technologie, etc..., et à ce titre, affectent la qualité de vie des Canadiens. Or, la

³³ Id., à 32:15-6, le 19 juin 1973.

³⁴ La Reine c. Drybones 1970 R.C.S. 282.

loi constitutionnelle de 1982 reconnaît maintenant certaines libertés et certains droits en matière d'association, d'établissement, de circulation, par exemple. Si les tribunaux canadiens suivent l'attitude des tribunaux américains, l'exercice des droits constitutionnels des justiciables aura peut-être préséance sur certaines dispositions de la réglementation canadienne en matière d'investissement étranger.

Enfin, sans conclure à l'absence de compétence législative du fédéral en la matière, il se peut fort bien que certaines dispositions de la réglementation soient déclarées inconstitutionnelles. A ce titre, les remarques de Me Donaldson et de Me Murphy s'appliqueraient encore. Il nous faut maintenant décrire l'attitude adoptée par le Gouvernement, à l'époque, afin de connaître sa réponse aux diverses réactions, ci-haut mentionnées.

Paragraphe 4- La position du Gouvernement.

Avant de passer à l'analyse constitutionnelle proprement dite, il nous reste à mentionner la position adoptée par le Gouvernement, en 1972-1973. Elle fut expliquée par Me Fred Gibson, du ministère fédéral de la Justice, section de la législation, à l'époque. Suite à une question du député Elmer McKay qui soulevait la possibilité d'un problème constitutionnel vu la compétence législative exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils, il avait déclaré:

The constitutional aspects of the bill have certainly been examined. As a matter of fact, I believe this was a matter which was discussed at committee hearings when the predecessor (le projet de loi C-201) to this bill was considered. At the time I indicated that in our view there was jurisdiction for Parliament to enact legislation of this nature, bearing in mind the division of responsibility under clauses 91 and 92.

...
The heads of jurisdiction under clause 91 to which I referred the last time this matter was discussed, and to which I would still refer, are the opening words, the peace, order and good government clause, the trade and commerce power, and the alien head ³⁵.

Même si la réponse n'est pas élaborée, elle démontre qu'à l'époque, le Gouvernement revendiquait sa compétence législative en s'appuyant sur le pouvoir général énoncé dans le préambule de l'article 91 de l'A.A.N.B., sur les pouvoirs exprès décrits aux paragraphes 2 et 25 du même article et, enfin, sur le pouvoir résiduaire qui y est mentionné "in fine". Cette question ne posait pas de problème pour le Gouvernement ³⁶, et il nous faut maintenant voir s'il en était ainsi pour les auteurs.

³⁵ C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11^{ème} session, 29^{ème} Législature, à 26:37. Voir aussi ce que Me Gibson a soutenu devant le Comité permanent du Sénat sur les banques, le trafic et le commerce les 23 et 30 mai 1973, 11^{ème} session, 29^{ème} Législature, nos 2, 4, 11 et 19. Ici Me Gibson mentionnait même l'art. 91(27): "The clear difficulty that I am faced with is that there is no single head of jurisdiction under section 91 of the BNA Act which I can point to and say "... This is criminal law per se". There are no clear words. There are many aspects to the particular policy that this bill represents... When I say that I look to a series of heads as supporting this legislation, it is clearly because there is no single head that I can say, "Four-square it falls within that", no. 4, p. 23.

³⁶ Voir supra no. 30 et 31.

Section II - Les points de vue adoptés par la doctrine
et la jurisprudence.

Paragraphe 1 - La doctrine.

La doctrine semble unanime à reconnaître la compétence législative de l'Etat fédéral en matière d'investissement étranger, comme en font foi les opinions suivantes:

- 1) Firstly, the areas of legislative authority appear to be clear. Parliament possesses full authority to regulate foreign investment, provided that such regulation does not constitute a disguised attempt to regulate a particular industry not otherwise within federal jurisdiction. On the other hand, the provincial legislatures, at least in the absence of sweeping economic regulation of general application, do not possess such authority ³⁷;
- 2) A brief reference should be made to the constitutional basis upon which the Act is founded. It has been enacted by the Parliament of Canada and could conceivably fall within the provisions of paragraph 24 (devrait se lire 25) "Naturalization and Aliens" or paragraph 2, "Trade and Commerce", of section 91 of the British North America Act. It may also fall under the residuary power contained in the broad opening words of section 91 ³⁸;

³⁷ James E. ARNETT, Canadian Regulation of Foreign Investment: the Legal Parameters, (1972) 50 Can. Bar. Rev. 213, 247.

³⁸ R.A. DONALDSON et J.D.A. JACKSON, The Foreign Investment Review Act: An Analysis of the Legislation, op. cit., supra no. 8, p. 178.

- 3) Si nous regardons l'essence et la substance de cette législation qui est clairement définie en son article 2(1), nous pouvons y retrouver tous ces éléments de compétence fédérale. Le but de la loi est de donner au gouvernement fédéral les moyens nécessaires pour faire face au problème national posé par le fait que l'industrie canadienne est en grande partie contrôlée par des gens qui ne sont pas canadiens. Cette législation porte donc sur les droits des personnes non naturalisées canadiennes, c'est-à-dire des étrangers³⁹.

Cependant, les auteurs reconnaissent que la réglementation de l'investissement étranger est une matière qui touche à la propriété et aux droits civils, domaine réservé à la compétence législative exclusive des provinces, en principe⁴⁰. Certains pensent tout de même que la compétence fédérale pourrait valablement empiéter sur les compétences provinciales exclusives, car elle serait, en substance, une législation sur les étrangers:

La compétence fédérale sur les étrangers peut-elle permettre un tel empiètement sur des compétences provinciales, exclusives? Nous sommes portés (sic) à le croire puisque l'autorité d'Ottawa sur les étrangers lui permet de refuser ou de permettre à toute personne d'entrer au Canada et de fixer les conditions de cette entrée. Les pouvoirs d'empiéter et implicite du gouvernement fédéral viennent compléter

³⁹- Gil REMILLARD, Le fédéralisme canadien, op. cit., n. 22, pp. 273-4. Lire au même effet les ouvrages suivants: Charles T.A. MACNAB, Constitutionality of Federal Control of Foreign Investment, (1965) 23 Fac. of Law Rev. U. of I. 95. Gérald A. BEAUDOIN et Claude BOULANGER, Le contrôle de l'investissement étranger au Canada: Commentaires, (1978) 32 Rev. jur. et pol. 283, aux pp. 283-5.

⁴⁰ DONALDSON et JACKSON, loc. cit., n. 8, p. 178. REMILLARD, op. cit., n. 22, p. 273. BEAUDOIN et BOULANGER, loc. cit., no. 39, p. 284.

cette compétence fédérale en rendant constitutionnelle toute disposition qui, bien que concernant les étrangers, pourrait toucher une compétence provinciale ou qui aurait trait à une compétence provinciale mais relative à l'application complète de la législation fédérale sur les étrangers.⁴¹

D'autres avanceront que soutenir la compétence législative des provinces en matière de propriété et droits civils pourrait faire l'objet d'une argumentation sérieuse⁴². Enfin, Mes Beaudoin et Boulanger iront un peu plus loin et soutiendront que la constitution reconnaît aux législatures provinciales une certaine compétence législative en la matière:

... Il est évident que le contrôle de l'investissement n'est pas l'apanage exclusif d'un seul pouvoir public au Canada.

La réglementation de l'investissement intéresse au plus haut point les législatures provinciales. La constitution leur reconnaît expressément d'ailleurs une compétence certaine quoique non exclusive en cette matière...

Il suffira de dire ici qu'il existe des mesures fédérales et des mesures provinciales en matière d'investissement et de sa réglementation.⁴³

Bref, la compétence législative du Parlement du Canada en matière d'investissement étranger n'a pas été mise en doute par les auteurs, mais ils ont pris soin de noter que la législation touchait à des matières relevant de la compétence

⁴¹ REMILLARD, op. cit., no. 22, p. 274.

⁴² DONALDSON et JACKSON, loc. cit., supra no. 8, p. 178.

⁴³ Loc. cit., no. 39, pp. 284-5.

exclusive des provinces. Il sera maintenant intéressant de voir si les tribunaux vont suivre l'opinion des auteurs.

Paragraphe 2 - La jurisprudence.

Depuis l'entrée en vigueur de la Loi en 1974-75, sa constitutionnalité n'a pas encore fait l'objet d'une décision judiciaire comme tel. Il est vrai que la compétence du fédéral a été attaquée, mais ce fut plutôt au niveau de la portée extra-territoriale de la Loi seulement. En effet, dans l'affaire Dow Jones ⁴⁴, on prétendait que l'application de la Loi à une prise de contrôle, ayant eu lieu entre deux compagnies étrangères et dans un pays étranger, était "ultra vires" le Parlement fédéral. Voici comment en a disposé M. le Juge Grant de la Cour fédérale, division de première instance, en reconnaissant que la Loi de 1973 pouvait valablement avoir une portée extra-territoriale:

L'avocat de Dow Jones allègue que l'acquisition par une société étrangère des mains d'une autre société étrangère du contrôle d'une entreprise commerciale canadienne ne constitue pas une acquisition de contrôle au sens du paragraphe 3(3) de la Loi et n'y est pas par conséquent assujettie. Une telle interprétation est contraire à l'objet de la loi. L'entreprise qui fait l'objet de la Loi est celle qui opère au Canada, et il s'ensuit que son contrôle doit être exercé ici, quelque soit le lieu du siège de la société étrangère qui en fait l'acquisition.

⁴⁴ Dow Jones & Company Inc. c. Attorney General of Canada
(1981) 1 C.F. 428.

La Loi ne régit pas l'absorption d'Irwin-U.S. par RD1 Inc. C'est uniquement l'acquisition du contrôle de l'entreprise commerciale exploitée au Canada qui est l'objet de l'examen prévu à l'article 8 de la Loi. Elle ne vise pas des opérations extra-territoriales, mais s'applique seulement à l'égard des activités canadiennes. Les dispositions de la Loi n'ont pas reçu d'application extra-territoriale, bien que le Parlement ait le pouvoir d'adopter des lois qui auraient une telle portée. Croft c. Dunphy 1933 A.C. (C.P.) 156; Statut de Westminster, 1931, 22 Geo V, C. 4 (R.U.) (S.R.C. 1970, Appendice II, no. 26) ⁴⁵.

La situation ne pouvait pas en rester là depuis l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982. Les tribunaux sont maintenant saisis de l'étude de la constitutionnalité de la Loi de 1973 dans l'affaire du pont "Ambassador" tel que mentionné ci-haut ⁴⁶. Il s'agit du pont suspendu au-dessus de la rivière Détroit, qui assure la communication entre la ville de Détroit, Etat du Michigan, E.-U. et la ville de Windsor, Ontario, Canada. La moitié du pont est en territoire canadien, l'autre moitié, en territoire américain.

Les procédures furent instituées par Cambridge Holdings Limited (Cambridge) et Jofick J. Moroun (Moroun) (les demandeurs) en mai 1983. Elles sont dirigées contre le Procureur Général du Canada, le Ministre de l'Industrie et du Commerce et l'Agence (l'AEIE), les défendeurs. Les conclusions recherchées sont de deux ordres, à savoir un jugement déclaratoire et une

⁴⁵ Id., p. 435.

⁴⁶ Supra no. 12.

injonction, interlocutoire et permanente. L'ouverture aux recours est prévue par les articles 17 et 18 de la Loi sur la Cour fédérale ⁴⁷, en particulier l'art. 18 qui énonce:

18. La division de première instance a compétence exclusive en première instance

- a) pour émettre une injonction, un bref de certiorari, un bref de mandamus, un bref de prohibition ou un bref de quo warranto, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute Commission ou tout autre tribunal fédéral; et
- b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

S'agissant d'une première, il paraît à propos de connaître l'essentiel des problèmes juridiques soulevés en droit constitutionnel ainsi que les positions adoptées par les parties. Notons tout de suite que les défendeurs ont produit leur défense à l'action, en juillet 1983. A l'heure où nous écrivons, les parties en sont rendues aux interrogatoires au préalable.

Canbridge est une société incorporée selon les lois de l'Ontario. Moroun est un citoyen canadien qui a une résidence permanente à Windsor, Ontario. Suite à plusieurs transactions dont le résumé suit ici, les demandeurs ont acquis des intérêts dans une compagnie dont les affaires consistent à opé-

⁴⁷ S.R.C. 1970, 2e supp., ch. 10.

rer et gérer la partie du pont de Détroit qui est située en territoire canadien. Voici les principales coordonnées de ce litige:

le 11 janvier 1909, l'Angleterre, pour et au nom du Canada, et les Etats-Unis signèrent un traité, le "Traité des Eaux navigables". Celui-ci avait pour but de prévenir tous différends relativement à l'usage des eaux limitrophes et de régler toutes les questions qui pourraient surgir à l'avenir sur les droits, obligations ou intérêts des deux pays entre eux ainsi que de leurs habitants, le long de leur frontière commune ⁴⁸.

Le contenu du Traité fut incorporé aux lois du Canada, en 1911, par la "Loi concernant l'établissement et les dépenses de la Commission conjointe Internationale sous l'empire du Traité des Eaux Navigables portant la date du onze janvier mil neuf cent neuf" ⁴⁹. La loi fut passée conformément aux pouvoirs reconnus au fédéral par l'article 132 de l'A.A.N.8. qui édicte:

Le Parlement et le Gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires ou utiles pour remplir envers les pays étrangers les obligations que des traités entre l'Empire britannique et ces pays étrangers pourront imposer au Canada

⁴⁸ Voir le préambule du Traité qui a pour titre: "Traité avec les Etats-Unis au sujet des eaux limitrophes et des questions originant le long de la frontière entre le Canada et les Etats-Unis", signé à Washington, le 11 janvier 1909.

⁴⁹ 1-2 George V, S.C. 1911, ch. 28.

ou à quelqu'une de ses provinces comme partie de l'Empire.

Le 3 mai 1921, conformément à l'article 13 du Traité, le fédéral créa une société sous le nom de "The Canadian Transit Company" (la Canadian Transit) ⁵⁰. Entre autres, la Canadian Transit pouvait construire, entretenir et mettre en service un pont de chemin de fer et de circulation générale sur la rivière Détroit pour assurer la liaison entre les deux pays. Cependant Canadian Transit devait respecter plusieurs dispositions prévues dans sa loi constitutive de même que dans la Loi des chemins de fer, 1919, et dans le Traité. Elle avait été créée par un acte spécial du législateur fédéral, et, d'ailleurs, l'article 21 du chapitre 57 stipulait que la société n'était pas assujettie à la Loi canadienne sur les compagnies. Aux Etats-Unis, on avait créé aussi une société sous le nom de "The American Transit Company" (l'American Transit).

Les demandeurs allèguent qu'en 1927, American Transit et Canadian Transit ont offert au Gouvernement du Canada et au Gouvernement de l'Ontario la possibilité de se porter acquéreurs d'intérêts dans le pont à construire. Vu le refus, American Transit et Canadien Transit ont dû faire appel au secteur privé et procéder aux transactions suivantes:

⁵⁰ Loi constituant en corporation "The Canadian Transit Company" 11-12 George V, S.C. 1921, ch. 57.

- a) American Transit vendit tous ses biens et actifs à Détroit International Bridge Company (DIBC), /une compagnie américaine;
- b) DIBC se porta acquéreur de tout le capital-actions émis de Canadian Transit, sauf les actions nominales détenues par les administrateurs; celle-ci avait le pouvoir de vendre, suivant l'article 14 de son acte constitutif;
- c) en 1929, un bail intervint entre DIBC et Canadian Transit, cette dernière cédant à DIBC le droit d'opérer et de gérer la moitié du pont de Détroit, celle située sur le territoire canadien (DIBC détenant déjà les droits d'opération et de gestion sur l'autre moitié du pont, suite à la transaction American Transit-DIBC). La décision de Canadian Transit, reçut l'approbation de la Commission des chemins de fer du Canada, en 1929, et du Gouverneur en conseil, en 1930, tel qu'exigé par la loi spéciale de 1921;
- d) DIBC construisit le pont, à ses frais.

Le 13 mars 1979, Fallbridge Holdings Limited (Fallbridge), une société canadienne, propriété de la famille Mendelson de Toronto, Ontario, avisa l'Agence (AEIE) qu'elle

avait acquis 24,9% du capital-actions (c.a.) de DIBC; celle-ci était encore détentrice de presque tout le c.a. de Canadian Transit. A ce moment là, la compagnie Central Cartage Company (Central), une société du Michigan, contrôlée par des citoyens américains, résidant aux Etats-Unis, détenait 24,6% du c.a. de DIBC. Fallbridge avisa l'Agence aussi qu'elle entendait transiger avec Central. Ces transactions avaient pour but ultime d'assurer que Central acheta tous les actifs américains de DIBC et que Fallbridge acheta les actions émises de Canadian Transit en payant DIBC qui en était le détenteur.

Le 12 avril 1979, le Ministre de l'Industrie et du Commerce, le Ministre responsable de l'administration de la Loi, somma Fallbridge et Central de donner avis de cet investissement proposé, à l'Agence, suivant les dispositions de l'article 8(3) de la Loi:

8. (3) Lorsque le Ministre a des motifs sérieux et plausibles de croire qu'une personne ou un groupe de personnes visées aux paragraphes (1) ou (2) (c'est-à-dire une personne non admissible telle que définie dans la Loi)

a) propose

(1) d'acquérir le contrôle d'une entreprise commerciale canadienne

...

et qu'avis de cet investissement proposé n'a pas été donné à l'Agence, comme l'exige celui des paragraphes (1) ou (2) qui s'applique en l'espèce, ou qu'avis n'a pas été donné à l'Agence de la proposition de réaliser cet investissement effectif, comme l'exige ce même paragraphe, avant le moment où l'on pense que cet investis-

sement est intervenu, selon le cas, le Ministre peut, par mise en demeure signifiée à personne ou expédiée par courrier recommandé, sommer cette personne ou l'un ou plusieurs membres de ce groupe de donner avis à l'Agence, par écrit, dans un délai raisonnable que fixe la mise en demeure, de cet investissement proposé...

Le 4 mai 1979, Fallbridge fit parvenir à l'Agence, mais sous protêt, l'avis dans lequel elle faisait part de son intention d'acquérir le c.a. de Canadian Transit.

Central refusa de donner avis et, le 11 mai 1979, en fit part à l'Agence et lui dévoila qu'elle voulait acquérir les droits de propriété sur le pont en question, mais du côté américain, par l'intermédiaire d'une filiale. Central prétendait que cette transaction n'était pas assujettie au processus d'examen prévu dans la Loi.

Selon les allégués des défendeurs, Central aurait adopté cette position parce que les transactions prévoyaient que les droits de propriété de Canadian Transit seraient acquis par Fallbridge et Central ne considérait pas Fallbridge comme une personne non admissible, donc ne la considérait pas assujettie à la Loi.

Vu le refus de Central d'obtempérer à la mise en demeure, le Ministre s'adressa à la Cour fédérale suivant les dispositions de l'article 19 de la Loi:

19. (1) Quand, à la suite d'une demande faite au nom du Ministre, une Cour supérieure est convaincue qu'une personne non admissible ou un groupe de personnes dont un membre est une personne non admissible est sur le point de faire ou a fait un investissement proposé ou effectif

a) alors que le gouverneur en conseil n'a pas, par décret, autorisé cet investissement et n'est pas réputé l'avoir autorisé

...
la Cour peut, par ordonnance, si l'investissement proposé n'a pas encore été réalisé à ce moment, enjoindre à cette personne ou à ce groupe de personnes de ne pas réaliser l'investissement proposé...

Le 19 juin 1979, la Cour fédérale du Canada, division de première instance, accueillait la demande du Ministre et ordonnait à Fallbridge et Central de ne pas donner suite à leurs transactions. Cette injonction restait en vigueur jusqu'au 30 juillet 1979; sa durée fut étendue par la suite ⁵¹.

Nonobstant tous ces démêlés, la société Ambri inc. fut créée entre-temps; incorporée selon les lois de l'Etat du Michigan, elle était une filiale à part entière de Central. Ambri se chargeait d'opérer et de gérer la moitié du pont, i.e. celle sise en territoire américain. Changeant de nom, Ambri reprit le nom de DIBC, i.e. le nom de l'une des compagnies fusionnées pour lui donner naissance.

⁵¹ Attorney General of Canada c. Fallbridge Holdings Limited et al (1979) 7 B.L.R. 275.

Le 30 mai 1979, la société issue de la fusion, la nouvelle compagnie DIBC, envoya l'avis à l'Agence, mais sous protêt, et, en même temps, Central confirma à l'Agence qu'elle avait acquis le contrôle de Canadian Transit, par sa filiale. Le 13 mars 1980, le Cabinet adopta l'arrêté en conseil C.P. 1980-661 et la proposition de prise de contrôle de Canadian Transit par la nouvelle compagnie DIBC ne fut pas autorisée. Le 31 mars 1980, la Cour fédérale convertit en permanente l'injonction interlocutoire prononcée le 19 juin 1979. Le 18 novembre 1982, le Cabinet adopta l'arrêté en conseil C.P. 1982-3556 et refusa d'autoriser la prise de contrôle de Canadian Transit par Fallbridge.

Entre-temps, d'autres transactions s'étaient opérées entre DIBC et une compagnie ontarienne, McKinlay Transport Limited et Cambridge et Moroun. Il en résulta que Moroun détenait 100% des actions votantes de Cambridge, et Cambridge était devenue détentrice de presque toutes les actions votantes de Canadian Transit.

Les tribunaux n'auront certes pas la tâche facile à déchiffrer toutes ces opérations complexes de réorganisation corporative. D'importantes questions en droit constitutionnel auront à être tranchées parce qu'elles sont débattues par les parties, à moins que les tribunaux adoptent la règle suivie par le Conseil privé et la Cour Suprême du Canada, en matière cons-

titutionnelle, et ne tranchent pas tous les points soulevés par les parties, s'il n'est pas nécessaire de le faire pour décider du sort du litige ⁵². Constitutionnellement, la Cour Suprême du Canada aura à décider du bien-fondé de la prétention des demandeurs à l'effet que la Loi de 1973 serait "ultra vires" le Parlement du Canada car elle occuperait un champ de législation qui relèverait de la compétence législative exclusive des provinces en vertu de l'article 92 de l'A.A.N.B. Statutairement, elle aura à se prononcer sur la validité des mesures prises par l'Agence et le Ministre pour obliger les parties à fournir l'avis réglementaire. De plus, elle devra décider quelle application aura la Loi de 1973 sur des actes et des contrats intervenus avant l'entrée en vigueur de la Loi ⁵³ et passés suivant les prescriptions légales en vigueur à ce moment-là ainsi que suivant le contenu du Traité ci-haut mentionné. Enfin, administrativement, elle devra juger si l'attitude de l'Agence, du Ministre responsable et du Gouverneur en conseil auprès des parties a violé leurs droits et libertés garantis, notamment par les articles 6 et 7 de la Charte des Droits et Libertés. C'est ce que plaident les demandeurs sous prétexte de ne pas avoir été traités équitablement.

Quelle que soit l'issue du procès, le sérieux des

⁵² Lawson A.W. Hunter et al c. Southam Inc., décision, non encore rapportée, de la Cour Suprême du Canada, le 17 septembre 1984, à la p. 37 du jugement (les remarques de M. le Juge Dickson), mais rapportée depuis à (1984) 2 R.C.S. 145, 168 à 170.

⁵³ Selon une première décision de la Cour fédérale, confirmée en appel, la Loi de 1973 n'a pas de portée rétroactive: Dow Jones c. Att. Gen. of Canada 113 D.L.R. 3d 395 (C.F. 1^{ère} Instance) conf. par 122 D.L.R. 3d 731 (C.F.A.).

questions soulevées confirme le besoin de repenser la loi et voir si le mécanisme d'examen ne devrait pas être plus soucieux du respect du principe de la légalité. Ce mécanisme ne répond peut-être plus aux besoins contemporains... la législation, n'est-elle pas vieille d'une dizaine d'années déjà?... Y a-t-il certaines de ses dispositions qui maintenant pourraient être déclarées inopérantes?... La Constitution ne reconnaît-elle pas maintenant le droit fondamental pour le justiciable de pouvoir avoir recours aux tribunaux s'il se croit lésé dans ses droits et libertés? Les décrets du Cabinet sont maintenant peut-être devenus sujets à révision judiciaire? Etc... Bref, les tribunaux devront tenir compte des dispositions de la Charte pour déterminer si les décisions exécutives sont sujettes à révision par les Cours et si la loi fédérale respecte les droits et libertés des citoyens enchâssés dans la Constitution canadienne. Mais avant de décider de la portée de la loi, ils devront d'abord s'assurer que le champ de législation et de réglementation est occupé par l'autorité compétente suivant les dispositions de la Constitution de 1867. Nous procédons maintenant à l'analyse de ces dispositions.

Section III - Les dispositions de l'A.A.N.B.

Traiter de la compétence législative, suivant les dispositions de la Constitution canadienne relatives au partage des pouvoirs, est une chose; traiter de la constitutionnalité de l'une quelconque des dispositions d'une loi adoptée par le

fédéral ou d'une loi adoptée par une province, en est une autre. Ici, notre analyse se limite à étudier si le Parlement du Canada a cette compétence législative en matière d'investissement étranger.

La source du pouvoir législatif fédéral pour régler l'investissement étranger se retrouve dans les compétences énumérées et les compétences résiduelles du Parlement canadien, tel qu'il appert à l'article 91 de l'A.A.N.B. 54. Les premières sont énoncées aux paragraphes 2 et 25 dudit article, alors que les secondes sont reconnues par le pouvoir général de «faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada» dans le préambule de l'article. Quelle que soit la source du pouvoir, la loi fédérale s'appliquera à l'investissement étranger partout au Canada, donc à l'intérieur de toutes et chacune des provinces. Il est vrai qu'à ce titre elle pourrait empiéter sur des compétences provinciales exclusives, notamment sur celles reconnues à 92(13), i.e. "la propriété et les droits civils" et à 92(16), i.e. "de façon générale, toutes les matières qui, dans la province, sont d'une nature purement locale ou privée". Qui donc aura préséance entre les deux ordres de gouvernement?

La création d'un système fédéral au Canada entraîne la nécessité d'effectuer un partage des pouvoirs législatifs.

54 André TREMBLAY, Les compétences législatives au Canada, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1967, pp. 86-114.

Ce partage est fait surtout par les dispositions des articles 91 et 92 de l'A.A.N.B., comme il fut mentionné. Ce dernier article confère généralement à chaque législature provinciale le pouvoir de faire des lois à l'intérieur de la province, dans des matières de nature locale ou privée. Par ailleurs, les compétences énumérées à l'article 91 ne représentent que des exemples du pouvoir législatif général du Parlement canadien; ce pouvoir est "exclusif et comprend tous les pouvoirs législatifs, sauf ceux attribués aux législatures"⁵⁵. Il est possible que les lois adoptées en vertu de ce pouvoir général touchent à des matières qui relèvent du pouvoir législatif des provinces. D'ailleurs, les tribunaux se sont vite rendus compte, après l'adoption de l'A.N.N.B., en 1867, qu'il n'était pas facile tracer la frontière entre ces deux ordres de juridiction, tel qu'en fait foi l'arrêt classique de Citizens Insurance:

The most important question in both appeals is one of those, already numerous, which have arisen upon the provisions of the British North America Act, 1867, relating to the distribution of legislative powers between the parliament of Canada and the legislatures of the provinces, and, owing to the very general language in which some of these powers are described, the question is one of considerable difficulty (c'est nous qui soulignons)⁵⁶.

Nonobstant cette difficulté, il est impératif d'effectuer l'analyse constitutionnelle globale sur la validité de cette législation fédérale.

Paragraphe 1 - La réglementation des échanges et du commerce.

⁵⁵ Id., p. 87.

⁵⁶ The Citizens Insurance Company of Canada and William Parsons -and- The Queen Insurance Company and William Parsons (1881) 7 A.C. 96, Sir Montague Smith, à la p. 104.

Quand on parle d'investissement étranger dans l'économie du Canada, on fait allusion à l'entrée et à la sortie de capitaux étrangers au sein de nos marchés. Ce mouvement de capitaux se fait aussi d'une province à une autre lorsque les biens et services qu'ils produisent, circulent à des fins de consommation. Parfois, la circulation se fait à l'intérieur du marché domestique et parfois, par le biais de l'exportation, elle s'effectue à l'extérieur des frontières et du territoire canadiens. En réalité, il s'agit de transactions de nature commerciale qui sont le produit d'activités d'échanges et de commerce.

Or, le pouvoir du Parlement fédéral de réglementer le commerce interprovincial et international ne semble pas poser de problèmes sérieux ⁵⁷. De fait, peu de temps après l'adoption de l'A.A.N.B., le Conseil privé a eu l'occasion de se prononcer sur cette question, dans l'affaire Citizens Insurance and Parsons. Essayant d'établir la frontière entre "propriété et droits civils", d'une part, et "réglementation du trafic et du commerce", d'autre part, Sir Montague Smith a semblé hésitant. Ses remarques sont utiles car elles donnent des critères d'évaluation pour savoir ce qu'il faut entendre par les mots "réglementation du trafic et du commerce", mais il n'a pas tracé les limites de l'exercice de ce pouvoir législatif. Cependant, le

⁵⁷ C.I.A. MACNAB, loc. cit., supra no. 39, p. 102: "There is little doubt that Parliament has the power to regulate inflows of foreign capital under the trade and commerce power".

Conseil privé a clairement reconnu le pouvoir du fédéral en la matière:

Construing therefore the words "regulation of trade and commerce" by the various aids to their interpretation above suggested, they would include political arrangements in regard to trade requiring the sanction of Parliament, regulation of trade in matters of interprovincial concern, and it may be that they would include general regulation of trade affecting the whole dominion. Their Lordships abstain on the present occasion from any attempt to define the limits of the authority of the dominion parliament in this direction (c'est nous qui soulignons) ⁵⁸.

En 1936, la Cour Suprême du Canada déclara "ultra vires" le Parlement fédéral la tentative de ce dernier de réglementer, par l'entremise d'une Commission créée par une loi, des commerces particuliers. Et même si la Commission avait le pouvoir de réglementer le commerce interprovincial et extérieur, le Tribunal y a vu là un objectif secondaire; on a décidé qu'il s'agissait plutôt d'une tentative du fédéral de réglementer des domaines d'intérêt purement local. Cependant le Juge Duff prendra soin de préciser que le jugement de la Cour ne niait pas au Parlement fédéral sa compétence en matière de commerce interprovincial et extérieur:

⁵⁸ Supra n. 56, p. 113. Cette décision fut suivie dans l'affaire John Deere Plan Co. c. Wharton 1915 A.C. 330, pp. 339-40, où on a précisé que la compétence législative des provinces en matière de propriété et de droits civils n'était pas absolue ni illimitée. Lord Haldane a souligné que si l'on interprétait les mots "droits civils dans la province" de façon trop libérale, ça pourrait couvrir tous les objets de 91. La seule interprétation valable pouvait être libérale, mais elle devait exclure les autres objets expressément mentionnés à 91 et 92.

... Here again there is no suggestion that trade in a particular commodity, in so far as it is external trade or interprovincial trade, is not within the exclusive regulative authority of the Dominion (c'est nous qui soulignons) ⁵⁹.

Le Conseil privé n'avait-il pas établi le même principe dans l'affaire Parsons ⁶⁰ lorsqu'il n'avait pas reconnu au fédéral le pouvoir de réglementer les contrats d'un commerce ou d'un trafic particulier tels que les contrats d'assurance-incendie dans une province en particulier?

S'il persistait une zone nébuleuse, elle disparut totalement à la suite d'une autre décision rendue par la Cour Suprême du Canada, en 1957, où les jugements antérieurs traitant de la compétence du fédéral furent discutés. Il s'agissait d'un référé à la Cour par le Gouverneur-Général en conseil, à savoir l'affaire In re the Farm Products Marketing Act où le Juge en chef Kerwin avait tranché la question en ces termes:

... Once a statute aims at "regulation of trade in matters of inter-provincial concern" (The Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons; The Queen Insurance Company v. Parsons), it is beyond the competence of a Provincial Legislature. The ambit of head 2 of s. 91 of the British North America Act, "The Regulation of Trade and Commerce" has been considerably enlarged by decisions of the Judicial Committee and expressions used in some of its earlier judg-

⁵⁹ In re Natural Products Marketing Act 1936 R.C.S. 398, p. 407, conf. par "sub nom." Att.-Gen. for British Columbia c. Att.-Gen. for Canada et al 1937 A.C. 377.

⁶⁰ Supra n. 56.

ments must be read in the light of its later pronouncements, as is pointed out by Sir Lyman Duff in *Re Alberta Statutes* (1938 S.C.R. 100, à la p. 121, confirmé à 1939 A.C. 117). In fact, his judgment in *Re The Natural Products Marketing Act, 1934*, which is justly considered as the locus classicus, must be read in conjunction with and subject to his remarks in the later case. The concept of trade and commerce, the regulation of which is confided to Parliament, is entirely separate and distinct from the regulation of mere sale and purchase agreements. Once an article enters into the flow of inter-provincial or external trade, the subject-matter and all its attendant circumstances cease to be a mere matter of local concern (c'est nous qui soulignons) ⁶¹.

Cependant, il y a toujours le problème de savoir jusqu'où l'exercice du pouvoir peut aller ⁶². Car, en fait, reconnaître la compétence du fédéral en matière d'échanges et de commerce ne signifie pas que les Législatures provinciales sont privées de toute compétence dans ce même domaine. D'ailleurs, la Cour Suprême du Canada a, depuis, prononcé des jugements en faveur des provinces, leur reconnaissant ainsi une certaine compétence en matière commerciale selon les dispositions des articles 92(13) et 92(16) de l'A.A.N.B. Le plus haut Tribunal du Canada a décidé, en effet, que les dispositions d'une loi fédérale adoptée en vertu de l'article 91(2) ou même 91(27) de l'A.A.N.B. n'ont pas préséance sur les dispositions d'une loi provinciale adoptée en vertu de 92(13) ou 92(16) tant et aussi longtemps que la loi provinciale est "intra vires" des pouvoirs

⁶¹ 1957 R.C.S. 198, aux pp. 204-5.

⁶² Id., p. 205, et Lord Atkin dans l'affaire *Att. Gén. for B.C. c. Att. Gén. for Canada et al*, 1937 A.C. 377, 389.

des provinces et qu'elle réglemente seulement une activité commerciale intra-provinciale ⁶³.

Dans l'affaire Gregory & Company Inc. c. The Quebec Securities Commission et al ⁶⁴, le même Tribunal avait à décider si un courtier en valeurs mobilières dont les places d'affaires étaient situées dans la province du Québec, et qui était enregistré auprès de la Commission des valeurs mobilières du Québec, était assujéti à la Loi du Québec sur les valeurs mobilières (S.Q. 3-4 Elizabeth II 1954-55, ch. 11, à l'époque). En l'espèce, le courtier-appelant s'attaquait à des décisions prises contre lui par ladite Commission sous prétexte de ne pas être assujéti à la loi provinciale, car il transigeait seulement avec des clients résidant à l'extérieur de cette province. Certains de ses motifs d'appel attaquaient la constitutionnalité des dispositions de cette loi, car, selon lui, la Commission les appliquait à des transactions à l'extérieur du Québec. A l'audition, le procureur de l'appelant décidait de laisser tomber ses motifs d'appel portant sur la constitutionnalité de cette loi, ce qui a fait dire au Juge Cartwright:

In these circumstances, at the risk of repetition, I wish to make it clear that the judgment of the Court in this case does not by implica-

⁶³ Il s'agit des affaires: Dominion Stores Ltd c. The Queen (1980) 1 R.C.S. 844 et Labatt Breweries of Canada Ltd c. Attorney General of Canada (1980) 1 R.C.S. 914.

⁶⁴ 1961 R.C.S. 584.

tion or otherwise decide anything as to the constitutional validity of the Act ⁶⁵.

Dans Murphy c. C.P.R. et Att.-Gen. of Canada ⁶⁶, il fut décidé que le fédéral avait compétence pour créer la Commission canadienne du blé ⁶⁷ et l'investir du pouvoir de contrôler et réglementer plus d'un trafic et commerce. La loi fédérale s'appliquait aux producteurs, aux chemins de fer, aux élévateurs de grain, ainsi qu'à l'exportation du blé hors d'une province pour fins de vente. On a dit qu'elle était "an act in relation to the regulation of trade and commerce within s. 91 of the B.N.A. Act. The fact that it interferes with property and civil rights in the province is immaterial".

La Cour d'Appel du Manitoba a suivi dans le même sens dans l'affaire Regina c. Klassen ⁶⁸. Elle y a reconnu la compétence du fédéral à réglementer, par le biais de cette même Commission, les quotas afin de contrôler le commerce interprovincial et international. Le Juge en chef Adamson affirmait qu'il n'était pas nécessaire que le producteur de blé soit lui-même impliqué dans le commerce interprovincial ou international. Ce qui primait, c'était l'intérêt du trafic et du commerce, à l'échelle nationale:

⁶⁵ Id., p. 592.

⁶⁶ 1958 R.C.S. 626.

⁶⁷ La Commission fut créée par la Loi sur la Commission canadienne du blé S.R.C. 1952, ch. 44.

⁶⁸ (1960) 20 D.L.R. (2d) 406.

... It is clear that if the appellant is to be allowed to purchase wheat without complying with provisions of s. 16(2) of the Act the quota system and the orderly marketing of grain is to that extent rendered ineffective ⁶⁹.

A notre avis, la question de l'investissement étranger dépasse les cadres de l'activité commerciale intra-provinciale. En effet, lorsque des capitaux étrangers entrent dans l'économie du Canada, c'est le marché canadien en entier qui en absorbe les effets, même si l'investissement s'effectue au début dans une ou plusieurs provinces en particulier. Le Canada s'est donné des politiques en matière d'économie, d'industrie et d'énergie. Or, ce qui se produit dans le marché canadien en Nouvelle-Ecosse, suite à l'arrivée de capitaux étrangers, peut certes avoir des répercussions en Alberta ou ailleurs au Canada. D'ailleurs, la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ne vise aucun commerce en particulier, mais bien le commerce en général. Elle aurait donc un point en commun avec la loi anti-inflation qui fut jugée "intra vires" le Parlement du Canada. Citant avec approbation l'arrêt Parsons, le Juge en Chef Laskin remarquait justement que la loi anti-inflation ne visait aucun commerce en particulier mais bien le commerce en général ⁷⁰.

⁶⁹ Id., p. 410.

⁷⁰ Renvoi: Loi anti-inflation (1976) 2 R.C.S. 373, à la p. 426.

En ce sens, le mouvement des capitaux étrangers au Canada nous apparaît donc une matière de réglementation des échanges et du commerce au niveau interprovincial sans doute mais aussi au niveau national et international beaucoup plus qu'au niveau local. En fonction de la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire MacDonald c. Vapor Canada Ltd ⁷¹ et de la décision du Juge Brian Dickson (il n'était pas encore Juge en Chef) dans l'affaire Att.-Gen. for Canada c. Canadian National Transportation Ltd ⁷², il peut être facilement argumenté que l'intervention du Parlement du Canada en matière d'investissement étranger s'inscrit dans la reconnaissance du pouvoir fédéral d'instaurer une réglementation économique nationale. M. le Juge Dickson justifiait son opinion en ces termes:

In approaching this difficult problem of characterization it is useful to note the remarks of the Chief Justice in MacDonald v. Vapor Canada Ltd. in which he cites as possible indicia for a valid exercise of general trade and commerce power the presence of a national regulatory scheme, the oversight of a regulatory agency and a concern with trade in general rather than with an aspect of a particular business. To this list I would add what to my mind would be even stronger indications of a valid general regulation of trade and commerce, namely (i) that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of passing such an enactment and (ii) that failure to include one or more provinces or localities would jeopardize successful operation in other parts of the country (c'est nous qui soulignons) ⁷³.

⁷¹ (1977) 2 R.C.S. 134.

⁷² (1984) 1 W.W.R. 193.

⁷³ Id., p. 244.

A ce moment-là, l'interprétation de la législation fédérale sur l'investissement étranger dépasserait le caractère strictement extra-provincial et inter-provincial retenu par les tribunaux depuis l'arrêt Parsons pour reconnaître la validité des lois fédérales adoptées en matière d'échanges et de commerce. De plus, elle donnerait de la vigueur à la possibilité entr'ouverte dans l'affaire Parsons, à savoir que le Parlement du Canada aurait le pouvoir d'adopter des lois pour assurer et mettre en oeuvre "[a] general regulation of trade affecting the whole Dominion" ⁷⁴. Analysant cette nouvelle approche constitutionnelle pour décider de la compétence législative du Parlement du Canada en matière d'échanges et de commerce, Me Neil Finkelstein remarquera à propos des décisions ci-haut mentionnées:

- They envisage real scope for national economic regulation which need not be hinged upon extra-provinciality ⁷⁵.

Cette nouvelle approche constitutionnelle pourrait peut-être donner plus de vitalité à l'opinion émise par Arnett à l'effet que plusieurs restrictions provinciales sur les investissements étrangers seraient inconstitutionnelles:

... there would appear to be great doubt about the constitutional validity of provincial restrictions on foreign investment such as those contained in The Loan and Trust Corporations Act

⁷⁴ Supra n. 56, p. 113.

⁷⁵ Neil FINKELSTEIN, Constitutional Law - Section 91(2) of the Constitution Act, 1867 - Competition Legislation, (1984) 62 Can. Bar. Rev. 182, 184.

(Ontario), The Trust Companies Act (Alberta) and the loan and trust companies part of the Companies Act (Manitoba). The same can be said of the 1971 regulation under The Securities Act (Ontario) relating to the qualification for registration as securities dealers.⁷⁶

Paragraphe 2 - La naturalisation et les aubains.

La notion de protection du territoire contre l'arrivée des étrangers, dans un premier temps; et le droit d'assortir les conditions d'entrée dans un pays pour les étrangers, dans un second temps, n'est pas un phénomène nouveau. En effet, on peut lire dans Vattel⁷⁷ les passages suivants qui décrivent ce pouvoir de l'Etat:

Mais si des raisons particulières et solides (la Nation) empêchent de lui (l'étranger) donner un asile, cet homme n'a plus aucun droit de l'exiger, parce qu'en pareil cas le pays que la Nation habite ne peut servir en même temps à son usage et à celui de cet étranger.⁷⁸

L'administration doit avoir le droit, dans un intérêt de police et ordre public, d'expulser l'étranger quand bon lui semble. Ce pouvoir résulte immédiatement du droit de souveraineté, d'après lequel aucun étranger ne peut exiger comme un droit la faculté de résider sur le territoire.⁷⁹

... Toutefois... ils devront se soumettre à toutes les conditions supportables qui leur seront imposées par le maître du pays, comme de

⁷⁶ ARNETT, op. cit., supra n. 37, p. 229.

⁷⁷ Vattel, Le Droit des Gens, Paris, 1863.

⁷⁸ Id., tome I, section 231, p. 523.

⁷⁹ Id., p. 524 "in fine"; note 1.

lui payer un tribut, de devenir ses
sujets... 80.

L'Etat étant suprême chez lui, il peut donc, à bon droit, régler et contrôler l'arrivée des étrangers dans son territoire et dans son économie, selon les propos tenus plus tard par Lord Atkinson:

One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interest 81.

D'ailleurs, cette compétence législative du fédéral n'a pas été sérieusement mise en doute par la jurisprudence. Le Conseil privé avait eu l'occasion de se prononcer sur la question, la première fois, dans l'affaire Union Colliery 82. Il s'agissait de l'application de l'article 4 d'un statut de la Colombie Britannique, le "Coal Mines Regulation Act" 83 qui stipulait:

80 Id., Tome II, section 125, p. 111.

81 Att.-Gen. for the Dominion of Canada c. Everett E. Cain et al 1906 A.C. 542, p. 546.

82 Union Colliery Company of British Columbia Ltd et al -and- Bryden and Attorney-General for British Columbia 1899 A.C. 580.

83 1897 R.S.B.C., ch. 138.

... no boy under the age of twelve years and no woman or girl of any age, and no Chinaman, shall be employed in or allowed to be for the purpose of employment in any mine to which the Act applies, below ground.

Le Conseil privé avait jugé cette disposition ultra vires la Législature de la Colombie Britannique parce qu'elle empiétait sur le pouvoir exclusif du fédéral reconnu à l'article 91(25) de l'A.A.N.B. Rendant la décision au nom de la Cour, Lord Watson remarquait, à la p. 587:

Their Lordships see no reason to doubt that, by virtue of s. 91, sub-s. 25, the legislature of the Dominion is invested with exclusive authority in all matters which directly concern the rights, privileges and disabilities of the class of Chinamen who are resident in the provinces of Canada. They are also of opinion that the whole pith and substance of the enactments of s. 4 of the Coal Mines Regulations Act, in so far as objected to by the appellant company, consists in establishing a statutory prohibition which affects aliens or naturalized subjects, and therefore trench upon the exclusive authority of the Parliament of Canada.

Quelques années plus tard, l'affaire Cunningham ⁸⁴ venait préciser et restreindre la portée de la décision rendue dans Union colliery. En effet, le Conseil privé avait à statuer, encore une fois, sur la constitutionnalité d'une autre disposition d'un statut de la C.-B. Il avait alors décidé que le statut était "intra vires" la province. Pour justifier sa décision, la Cour avait fait une distinction entre la définition

⁸⁴ Cunningham and A.G. for B.C. v. Tomey Homma and A.-G. for Canada 1903 A.C. 151.

de l'aubain et les conditions de naturalisation, d'une part, relevant du fédéral, et les privilèges attachés à la citoyenneté, d'autre part, relevant des provinces. Traitant de l'interprétation à donner à l'article 91(25) de l'Acte de 1867, Lord Halsbury déclara au nom de la Cour:

... The truth is that the language of that section does not purport to deal with the consequences of either alienage or naturalization ⁸⁵.

... The right of protection and the obligations of allegiance are necessarily involved in the nationality conferred by naturalization; but the privileges attached to it, where these depend upon residence, are quite independent of nationality ⁸⁶.

Selon cette décision, le fédéral aurait donc compétence pour déterminer les conditions d'entrée au Canada ainsi que les conditions d'admission à la naturalisation. C'est ce qu'il faut entendre par le droit de l'Etat de se protéger "right of protection" et par le pouvoir de l'Etat de déterminer les conditions d'allégeance "obligations of allegiance". Cependant, cette compétence législative du fédéral n'enlèverait pas aux provinces le pouvoir de faire des lois qui s'appliqueraient à l'intérieur de leur territoire respectif et que devraient respecter les étrangers. La Cour évoquait, par exemple, la possibilité pour les provinces de déterminer quels seraient les

⁸⁵ Id., p. 156.

⁸⁶ Id., p. 157.

privilèges dont pourraient bénéficier les étrangers sur leur territoire et quelles seraient les conditions à respecter pour pouvoir les acquérir. Il pourrait en résulter, semble-t-il, qu'il y ait conflit entre les deux lois à un moment donné.

La Supreme Court de la Colombie-britannique essaya d'éclaircir la situation dans l'affaire In re the Coal Mines Regulation Act and Amendment Act, 1903⁸⁷. Voulant tirer profit de la distinction faite dans Cunningham, la Législature de la C.-B. avait amendé sa loi "Coal Mines Regulation Act". La nouvelle disposition statutaire se lisait maintenant comme suit:

No chinaman or person unable to speak English shall be appointed to or shall occupy any position of trust or responsibility in or about a mine subject to this Act, whereby through his ignorance, carelessness or negligence he might endanger the life or limb of any persons employed in or about a mine...

La province voulait ainsi réglementer l'exercice d'une activité localement, sur son territoire. La Cour avait reconnu qu'elle en avait le pouvoir⁸⁸. Cependant, la Cour avait maintenu que seul le fédéral était compétent pour réglementer les droits et obligations des aubains:

That case (l'affaire Union Colliery) expressly decided that the enactment that no Chinaman shall be employed below ground was ultra vires of the Legislature of the Province on the ground

⁸⁷ (1904) 10 B.C.R. 408.

⁸⁸ Id., aux pp. 414-5.

that the leading feature of the legislation is to debar all persons belonging to a named nationality from engaging in a particular employment or class of labour, and that power to pass legislation of this character resides in the Parliament of Canada to the exclusion of the Legislatures of the Provinces ⁸⁹.

The dictum in the Iomey Homma Case, as I understand it, reaffirms the decision in the Bryden Case ⁹⁰.

Cette décision tire son importance du fait qu'elle a posé le test pour savoir lequel des deux ordres de pouvoir législatif a compétence. Ce test consiste à interpréter les dispositions de la loi dans l'ensemble en cherchant les véritables objectifs poursuivis par le Législateur. Dans le cas d'espèce, certains prétendaient que la loi était intra vires la province car elle avait pour objet de réglementer les mines de charbon sur son territoire; il s'agissait donc d'un domaine prévu aux articles 92(13) et 92(16) de la Constitution relevant exclusivement de la province. La Cour décida le contraire en ces termes:

... Is not the pith and substance of this so-called rule to prevent Chinamen from working underground, regardless of their individual fitness or capacity to properly perform the work?

In the paragraph quoted, I can see no rule or regulation, established or sought to be established, by which the fitness of a Chinaman to properly perform the work of an underground miner can be tested. He may speak the English language perfectly; he may be a skilled mining engineer; but these points are immaterial. He is debarred by reason of the fact that he is a Chinaman. I refer to these matters not because I wish to discuss the policy or impolicy of the

⁸⁹ Id., à la p. 413, M. le Juge en chef Hunter.

⁹⁰ Id., à la p. 415, M. Le Juge Irving.

enactment, but in order to shew, by the absence of these tests, that there is in truth no real difference between this Statute of 1903 and the Statute of 1890 considered in the case of Bryden v. Union Colliery Co.

For these reasons I think the decision in the Bryden Case should govern our answer to the question submitted to us (c'est nous qui soulevons) ⁹¹.

Par la suite, dans deux autres décisions, on a reconnu la validité de la législation provinciale, mais, à chaque fois, on a pris bien soin de préciser qu'il s'agissait de cas d'espèce et que les décisions ne devaient pas être interprétées pour signifier que la compétence du fédéral en matière de naturalisation et d'aubains n'était pas reconnue.

Dans l'affaire Quong-Wing c. The King ⁹², la Cour Suprême du Canada a reconnu la validité d'une loi de la Saskatchewan qui prohibait l'emploi de femmes blanches dans des places d'affaires ou d'amusement exploités ou gérés par des Chinois. La permission d'en appeler au Conseil privé fut refusée le 19 mai 1914. On y avait interprété l'essentiel de la loi en litige en ces termes:

I think the pith and substance of the legislation now before us is entirely different (il faisait la comparaison avec Union Colliery). Its object and purpose is the protection of white women and girls; and the prohibition of their employment or residence, or lodging, or

⁹¹ Id., à la p. 416; M. le Juge Irving.

⁹² (1914) 49 R.C.S. 440.

working, etc... in any place of business or amusement owned, kept or managed by any Chinaman is for the purpose of ensuring that protection. Such legislation does not, in my judgment, come within the class of legislation or regulation which the Judicial Committee held ultra vires of the provincial legislatures in the case of the Union Colliery v. Bryden (c'est nous qui soulignons) ⁹³.

La même distinction fut faite par le Conseil privé dans Brooks-Bidlake and Whittall Ltd. c. A.-G. for B.-C. ⁹⁴. L'autorité de Union Colliery ne fut pas détruite, mais on refusa de s'en servir pour interpréter trop libéralement l'article 91(25) et, ainsi, rendre illusoires les pouvoirs reconnus aux provinces par les articles 92(13) et 92(16). Voici comment s'exprimait Lord Cave, au nom de la Cour:

Sect. 91(25) reserves to the Dominion Parliament the general right to legislate as to the rights and disabilities of aliens and naturalized persons; but the Dominion is not empowered by that section to regulate the management of the public property of the Province, or to determine whether a grantee or licensee of that property shall or shall not be permitted to employ persons of a particular race. These functions are assigned by s. 92, head 5, and s. 109 of the Act to the Legislature of the Province; and there is nothing in s.91 which conflicts with that view ⁹⁵.

⁹³ Id., aux pp. 448-9, M. le Juge Davies. Voir aussi aux pp. 444 et 447.

⁹⁴ 1923 A.C. 450.

⁹⁵ Id., à la p. 457.

A la suite de l'affaire Brooks-Bidlake, il y eut l'affaire Att.-Gen. of B.-C. et al c. Att.-Gen. of Canada et al ⁹⁶. Il était question ici de la validité de mesures législatives passées par la C.-B. pour bonifier certains arrêtés en conseil adoptés par le Conseil exécutif de la province à l'effet qu'il était défendu d'embaucher des Chinois ou des Japonais pour exécuter tous contrats, baux, etc... passés par la province. Le problème de droit soulevait aussi la question de l'application d'un traité existant entre le Canada et le Japon pour assurer à leurs citoyens respectifs une équivalence de droits et libertés sur le territoire du pays hôte. La Cour avait traité du statut général des aubains ⁹⁷, mais elle n'avait pas discuté de la division des pouvoirs suivant les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B., se contentant d'invalider la loi provinciale parce qu'elle enfreignait le traité Canada-Japon.

Le 26 juin 1975, la Cour Suprême du Canada eut à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition d'une loi adoptée par la Législature de l'Île-du-Prince-Édouard pour restreindre le droit des non-résidents de cette province de prendre, d'acquérir, de détenir ou de recevoir des terres situées sur son territoire ⁹⁸. Il s'agissait de l'article 3 du

⁹⁶ 1924 A.C. 203.

⁹⁷ Id., à la p. 208.

⁹⁸ Il s'agit de l'affaire Morgan et al c. Le procureur-général de la province de l'Île-du-Prince-Édouard et al (1976). 2 R.C.S. 349.

"Real Property Act" S.R.I.P.E. 1951, ch. 138, tel qu'amendé par S.P.P.E. 1972, ch. 40. En résumé, les appelants, Morgan et Jacobson, citoyens américains, avaient acheté, en 1972, un terrain d'environ trente-six acres, situé dans la province en question, appartenant à un citoyen canadien. Or, les appelants n'avaient pas reçu du Lieutenant-Gouverneur en conseil de cette province la permission requise par les dispositions de l'article 3 leur permettant d'acquérir le terrain en question. Vu ce défaut, le registrateur concerné refusa d'enregistrer l'acte de vente; les appelants attaquèrent la constitutionnalité des dispositions de l'article 3 en plaidant que la législation était ultra vires la Législature provinciale. Entre autres, ils soutenaient, d'une part, que la matière ne tombait pas sous l'article 92(13) de l'A.A.N.B. et, d'autre part, qu'il s'agissait plutôt d'une matière prévue spécifiquement par l'article 91(25) de l'A.A.N.B. L'affaire fut soumise à la Supreme Court de l'Île-du-Prince-Édouard "in banco" qui prononça son jugement le 19 novembre 1973, soit avant l'adoption de la Loi de 1973 (elle fut adoptée le 12 décembre 1973, tel que déjà vu). La Cour donna raison au registrateur et à la Législature provinciale et décida que la législation était intra vires la province et que les appelants n'étaient donc pas en droit d'acheter plus de dix acres de terrain dans cette province sans la permission de son Lieutenant-Gouverneur en conseil. En appel, à l'instar de la Superior Court de la C.-B. dans In re the Coal Mines Regulation Act and Amendment Act, 1903, la Cour Suprême du Canada énonça le test à poser pour déterminer qui a la compétence législative lorsque la loi

s'adresse aux étrangers et, en même temps, vise une matière prévue à l'article 92 de l'A.A.N.B.:

... Ce qu'il faut se demander c'est si la loi de la province, bien qu'apparemment ou directement son objet relève de sa compétence, ne vise pas en fait les aubains ou les personnes de façon à restreindre leur capacité générale ou n'est pas tellement discriminatoire envers eux qu'elle aboutisse au même résultat ⁹⁹.

Interprétant la disposition de la loi en litige, la Cour a jugé que la disposition législative était constitutionnelle pour les raisons suivantes, entre autres: 1) l'essentiel de la loi se rattachait à un sujet de compétence provinciale, à savoir le droit de posséder des terres et les restrictions quant à leur superficie, sujet ayant trait à la propriété et aux droits civils dans la province, selon l'article 92(13) de la Constitution de 1867 ¹⁰⁰; 2) la loi n'empiétait pas sur les pouvoirs du fédéral reconnus par l'article 91(25) car a) la condition "sine qua non", i.e. celle d'être résident de cette province, qu'il fallait respecter pour s'approprier plus de dix acres de terrain sans obtenir la permission du Lieutenant-Gouverneur en conseil, s'appliquait également aux aubains et aux citoyens canadiens non-résidents, et b) l'article 3 n'établissait qu'une condition locale et il ne fallait pas l'interpréter comme visant la capacité générale d'un aubain, d'autant plus qu'il n'y avait aucune disposition tendant à restreindre l'accès à la province:

⁹⁹ Id., p. 364.

¹⁰⁰ Id., p. 359.

... Ce n'est pas parce qu'il appartient au Parlement de légiférer sur les aubains que lui seul peut accorder à un étranger le droit d'acheter ou de posséder des terres dans une province ou de les prendre par voie d'héritage ou de succession ¹⁰¹.

La Cour avait alors cité avec approbation les remarques du Juge Martland dans l'affaire Walter ¹⁰²:

[Traduction] Il me semble clair qu'une législature provinciale peut édicter des lois régissant la propriété foncière dans la province et que ces lois entrent dans le cadre du par. (13) de l'art. 92, elles sont donc valides à moins qu'on puisse dire qu'elles se rapportent à une catégorie de sujets expressément énumérés à l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ou qu'elles relèvent de la compétence exclusive du Parlement ¹⁰³.

Voulant expliciter ces dernières remarques du Juge Martland, la Cour a émis cependant une restriction importante à la compétence législative des provinces en observant que l'application de cette compétence pouvait être restreinte si le champ d'application était déjà occupé par le fédéral:

Sans doute, le Parlement seul peut refuser ou nier aux aubains la capacité de posséder des terres ou prononcer leur incapacité à tous autres égards, mais s'il ne le fait pas, je ne vois aucun motif qui permette d'invalider une

¹⁰¹Ibid.

¹⁰²Walter c. Att. Gen. for Alberta 1969, R.C.S. 383, 388-89, 392-3.

¹⁰³Supra n. 98, pp. 358-9 et n. 102, p. 389.

loi provinciale sur la capacité de posséder des terres (c'est nous qui soulignons) ¹⁰⁴.

Enfin, la Loi de 1973 ne s'appliquait pas au litige, mais on peut soupçonner que le jugement de la Cour aurait été différent, au cas contraire, si l'on en juge par les précisions émises par la Cour:

... A mon avis, chaque province pouvait après la Confédération, supprimer l'incapacité des étrangers d'y posséder des terres sans devoir se fonder sur une loi fédérale, à moins, évidemment, que le Parlement canadien, qui a la compétence sur les questions relatives aux aubains, ait expressément maintenu ou imposé l'incapacité. La loi d'une province sur la capacité d'y posséder des terres, peu importe qu'il s'agisse d'aubains, de mineurs ou d'autres personnes, est une législation qu'elle peut décréter parce qu'elle vise directement un sujet qui relève de la compétence provinciale. Ce n'est pas parce qu'il appartient au Parlement de légiférer sur les aubains que lui seul peut accorder à un étranger le droit d'acheter ou de posséder des terres dans une province ou de les prendre par voie d'héritage ou de succession. Sans doute, le Parlement seul peut refuser ou nier aux aubains la capacité de posséder des terres ou prononcer leur incapacité à tous autres égards, mais s'il ne le fait pas, je ne vois aucun motif qui permette d'invalider une loi provinciale sur la capacité de posséder des terres (c'est nous qui soulignons) ¹⁰⁵.

Enfin, à la lumière de ces décisions judiciaires, voici donc les principes de droit qui s'appliqueraient à la constitutionnalité de la Loi de 1973 et de la loi éventuelle qui sera adoptée suivant le projet de loi C-15 à titre de législation affectant les Canadiens et les aubains.

¹⁰⁴Ibid.

¹⁰⁵Ibid.

D'abord, en général, il faut faire une distinction entre les conditions d'entrée dans un pays et l'obligation de satisfaire à ces conditions, d'une part, et, une fois ces conditions satisfaites, la réglementation de l'exercice de certains privilèges sur le territoire d'une province, d'autre part. Les dispositions provinciales de l'exercice de ces privilèges seraient valides tant et aussi longtemps que l'essence de ces dispositions, le "pith and substance", n'empiéterait pas sur les pouvoirs du fédéral en la matière. Nous suivons sur ce point l'opinion émise par le Juge en chef Trainor au nom de la Cour suprême de l'I. du P. E. "in banco" dans l'affaire Morgan et Jacobson:

Unless, therefore, the impugned legislation interferes with some rights conferred upon Parliament under the general powers of s. 91 of the B.N.A. Act "for peace, order and good government" or the specific provisions of s.91(25) "aliens and naturalization", the rights of individuals to acquire, hold or dispose real property within a Province are subject to the legislative enactments of that Province 106.

Bref, si le champ de législation était occupé par le fédéral et le provincial sur une question précise, il faudrait se demander quelle disposition législative doit s'appliquer, surtout s'il y avait divergence dans les lois. Il se dégage de la jurisprudence que la loi fédérale aurait préséance sur la loi provinciale

¹⁰⁶Morgan and Jacobson c. Att. Gen. for P.E.I. et al (1974) 5 Nfld & P.E.I.R. 129, 136-7.

s'il y avait contradiction entre les deux ¹⁰⁷. Cependant, la législature provinciale serait déclarée compétente si la disposition n'avait qu'une portée locale et découlait des pouvoirs expressément reconnus aux provinces suivant l'article 92 de l'A.A.N.B.

Ensuite, en particulier, il est vrai que la loi de 1973 ainsi que la prochaine loi qui la remplacera, s'appliquent à des questions touchant la propriété et les droits civils. Il est vrai qu'elles affectent donc des matières relevant de la compétence législative exclusive des provinces ¹⁰⁸. Cependant, la compétence du Législateur fédéral l'habilitant à refuser ou à permettre à un étranger d'entrer au Canada et à fixer les conditions de cette entrée rend constitutionnelle toute disposition législative adoptée à ces fins même si cette dernière touche une compétence provinciale, tant et aussi longtemps que cette disposition est nécessaire pour l'application de toute la législation sur les aubains. Pour en arriver à cette opinion, il faut tenir compte des précisions énoncées par la jurisprudence, tel que nous venons de les voir, ainsi que des remarques du Conseil privé dans les décisions suivantes:

... it is only necessary to observe that contracts of insurance form the subject of the statute, a subject peculiarly within the sphere of Provincial control. It is true that its provisions may incidentally affect aliens and

¹⁰⁷André TREMBLAY, op. cit., supra n. 54, pp. 95-97.

¹⁰⁸Lymburn c. Mayland 1932 A.C. 318, 324.

Dominion companies who are, or may wish to become, subscribers to an inter-insurance exchange; it is nevertheless not a statute in relation to aliens, as such, or Dominion companies at such... It may be assumed that legislation touching the rights and disabilities of aliens or Dominion companies might be validly enacted by the dominion in some respects conflicting with the Ontario Statute, and that in such cases the provisions of the Ontario statute, where inconsistent with the Dominion law, would to that extent become legally ineffective...

Their Lordships think it sufficient to recall the observation of Lord Haldane in delivering the judgement of the Board in Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Alberta (1916) 1 A.C. 588, to the effect that legislation, if properly framed, requiring aliens, whether natural persons or foreign companies, to become licenced, as a condition of carrying on the business of insurance in Canada, might be competently enacted by Parliament" (c'est nous qui soulignons) ¹⁰⁹.

"What has got to be considered is whether this is in a true sense of the word alien legislation, and that is what Lord Haldane meant by "properly framed legislation". Their Lordships have no doubt that the Dominion Parliament might pass an act forbidding aliens to enter Canada or forbidding them so to enter to engage in any business without a licence, and further they might furnish rules for their conduct while in Canada, requiring them, e.g. to report at stated intervals" (c'est nous qui soulignons) ¹¹⁰.

Même si nous sommes convaincu que l'article 91(25) de

l'A.A. N.B. permet d'asseoir la compétence législative du

¹⁰⁹ Att.-Gen. for Ontario and Reciprocal Insurers et al c. Att.-Gen. of Canada 1924 A.C. 328, M. le Juge Duff, aux pp. 345-6.

¹¹⁰ In Re The Insurance Act of Canada 1932 A.C. 41, le vicomte Dundas à la p. 51. Voir aussi Gordon F. HENDERSON et Emilio S. BINAVINCE, Doing Business in Canada and the Judicial Review of Wrongful Government Statutory and Regulatory Action, (1984), Canada-U.S. J. 1, à la p. 26.

fédéral en matière d'investissement étranger, nous ne sommes pas prêt à y voir là la justification première de la Loi de 1973. Nous voyons dans la Loi beaucoup plus une mesure de planification économique, sorte de geste positif, qu'une réaction pure et simple contre les aubains, geste qui pourrait facilement être interprété comme une mesure de protectionnisme, sorte de réaction négative, à une époque où l'on tend de plus en plus à la libéralisation du commerce international.

De plus, les dispositions du projet de loi C-15 vont constituer une législation visant les aubains de façon beaucoup plus évidente que les dispositions de la Loi de 1973. En effet, elles édictent à l'article 11 que seuls les non-Canadiens sont assujettis à la réglementation, ayant pris soin de définir ce qu'il faut entendre par non-Canadiens et Canadiens à l'article 3:

11. Font l'objet d'un avis au titre de la présente partie les investissements faits par un non-Canadien dans l'un des buts suivants:

- a) la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne;
- b) l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne de la manière visée au paragraphe 28(1) dans le cas où l'investissement n'est pas sujet à l'examen au titre de l'article 14.

3. ...

"Canadien"

- a) Un citoyen canadien;
- b) un résident permanent au sens de la loi sur l'immigration de 1976 qui a résidé habituelle-

ment au Canada pendant une période maximale de un an à compter de la date où il est devenu pour la première fois admissible à demander la citoyenneté canadienne;

c) un gouvernement canadien, fédéral ou provincial, une administration locale ou l'un de leurs organismes;

d) une unité sous contrôle canadien visée au paragraphe 26(1);

e) une personne morale visée au paragraphe 26(3).

"non-Canadien" l'individu, le gouvernement ou l'organisme de celui-ci ainsi que l'unité qui n'est pas un Canadien.

On ne peut pas en dire autant de la Loi de 1973 qui s'appliquerait directement et aux aubains et à certains Canadiens, tel qu'en font foi l'article 8(1) et (2) et la définition de "personne non admissible" à l'article 3(1):

8.(1) Toute personne non admissible, et tout groupe de personnes dont un membre est une personne non admissible, qui propose d'acquérir le contrôle d'une entreprise commerciale canadienne, doit en donner avis à l'Agence par écrit, cet avis devant être donné en telle forme et de telle manière, et contenir tels renseignements, que prescrivent les règlements.

(2) Toute personne non admissible, et tout groupe de personnes dont un membre est une personne non admissible, qui propose de créer une entreprise nouvelle au Canada doit

a) si cette personne ou ce groupe de personnes n'exploite, immédiatement avant le moment où il propose de créer une entreprise nouvelle, aucune autre entreprise au Canada, ou

b) si chacune des autres entreprises que cette personne ou ce groupe de personnes exploite au Canada, immédiatement avant le moment que vise l'alinéa a) est une entreprise nouvelle, si elle était créée, ne serait pas liée,

en donner l'avis à l'Agence, par écrit, cet avis devant être donné en telle forme et de telle manière, et contenir tels renseignements, que prescrivent les règlements.

3.(1) . . .

"personne non admissible" désigne

a) un particulier qui n'est pas un citoyen canadien ni un résident permanent au sens de la Loi sur l'immigration de 1976 et comprend

(i) un citoyen canadien qui ne réside pas habituellement au Canada et qui fait partie d'une catégorie de personnes prescrite par règlement aux fins de la présente définition, et

(ii) un résident permanent qui a résidé habituellement au Canada pendant plus d'une année à compter de la date où il est devenu pour la première fois admissible à demander la citoyenneté canadienne,

b) le gouvernement d'un pays autre que le Canada ou une subdivision politique d'un tel pays, ou un organisme d'un tel gouvernement, ou

c) une corporation constituée au Canada ou ailleurs qui est, d'une manière qui aboutit à un contrôle de fait, que ce soit directement par l'intermédiaire de la propriété de ses actions ou indirectement par l'intermédiaire d'une fiducie, d'un contrat, de la propriété des actions de quelque autre corporation ou autrement, sous le contrôle d'une personne visée à l'alinéa a) ou b) ou d'un groupe de personnes dont un membre est une personne visée à l'alinéa a) ou b), ou une corporation visée par le présent alinéa.

Enfin, il faut se demander s'il n'y a pas une autre disposition de la loi constitutionnelle de 1867 qui rendrait valide l'occupation de ce champ de législation par le fédéral. L'exercice a pour but non seulement de démontrer la constitutionnalité de la Loi de 1973 et de la prochaine loi fédérale qui

sera adoptée suite aux débats sur le projet de loi C-15, mais aussi de justifier la compétence législative du fédéral de réglementer, à l'échelle nationale, le domaine des investissements étrangers au Canada. Etant donné l'ambiguïté qui pourrait subsister au cas où le champ de législation serait occupé par les deux ordres de Gouvernement, il faut se demander s'il n'existe pas dans la Constitution une autre source de pouvoirs reconnaissant la compétence législative du fédéral en cette matière et permettant de justifier que la disposition légale de la loi fédérale aurait préséance sur celle de la loi provinciale au cas de contradiction entre les deux.

Paragraphe 3 - La paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Le pouvoir du Parlement du Canada de faire des lois pour "la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada", se retrouve dans le préambule de l'article 91 de l'A.A.N.B.:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes plus haut mentionnés dans le présent article... (c'est nous qui soulignons).

Certains l'appellent le pouvoir résiduaire, alors que d'autres préfèrent le qualifier de pouvoir général. La Cour Suprême du

Certains l'appellent le pouvoir résiduaire, alors que d'autres préfèrent le qualifier de pouvoir général 110-A. La Cour Suprême du

110-A Gérald A. Beaudoin, Le partage des pouvoirs, 3^e éd., Ot-
tawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1983, p. 59 :
«Aussi, si l'on veut parler d'une façon stricte, il fau-
drait, je crois, parler du pouvoir général de légiférer du
Parlement canadien qui s'exerce en deux temps, premièrement
en temps normal, deuxièmement, en temps de crise.»

Canada en a circonscrit la notion en ces termes:

... ce pouvoir général, qui s'exerce en dehors des pouvoirs attribués aux législatures provinciales, est également sustenté par une liste de pouvoirs qui sont attribués exclusivement au fédéral, qui ont prépondérance sur le pouvoir législatif provincial et se trouvent donc à en diminuer l'étendue ¹¹¹.

En d'autres mots, en plus des pouvoirs que l'on retrouve aux différents alinéas de l'article 91 de l'A.A.N.B., il peut constituer, en soi, la source de pouvoirs qui justifie et rend valide une loi fédérale. Le professeur André Tremblay en parlera comme "la disposition la plus centralisatrice de notre constitution" ¹¹² et interprétera la disposition en ces termes:

... une théorie selon laquelle la fédération peut adopter, dans des circonstances qui ne sont ni celles d'une guerre ni celles d'une invasion, des lois qui concernent la paix, l'ordre et le bon gouvernement, en d'autres mots, des lois d'aspect ou d'importance nationale ¹¹³.

Cette théorie s'appuie, entre autres, sur l'arrêt Russell c. La Reine ¹¹⁴ et sur un obiter dictum du vicomte Simon dans l'affaire de la prohibition locale de 1896 ¹¹⁵. D'une part, cette théorie peut-elle justifier l'initiative législative de

¹¹¹ Renvoi: Loi anti-inflation, supra n. 70, p. 392.

¹¹² Les compétences législatives au Canada, op. cit., supra n. 54, p. 98.

¹¹³ Id., p. 104.

¹¹⁴ Infra n. 133.

¹¹⁵ Infra n. 137.

l'Etat central? D'autre part, MacNab avait-il raison d'énoncer que ce pouvoir général assurait au fédéral la capacité de réglementer les investissements étrangers?

«Failing the trade and commerce power it would still be possible for an extension of the legislation to be held valid under the general power of Parliament» 116.

Dans notre analyse sur le pouvoir général du Canada de faire des lois, comme source de compétence législative en matière d'investissement étranger au Canada, deux notions vont retenir notre attention, à savoir la notion d'urgence et la notion de dimension ou d'intérêt national.

Avant d'aller plus loin, il s'avère nécessaire de préciser immédiatement que le pouvoir résiduel fédéral repose sur ces deux dernières notions. Le pouvoir général de légiférer du Parlement central comprend donc trois volets: « le pouvoir résiduel fédéral, le pouvoir d'urgence nationale et la dimension nationale » 116-A. D'une part, la théorie de l'urgence est plus délimitée que la théorie de la dimension nationale et ne s'applique que dans des cas d'urgence; à ce titre, elle a le caractère d'être fondamentalement d'application temporaire 116-B. D'autre part, la théorie de la dimension nationale se caractérise plutôt par la permanence de son application, en principe 116-C.

¹¹⁶ Loc. cit., supra n. 39, p. 104.

116-A-Gérald A. Beaudoin, op. cit., supra n. 110-A, p. 59.

116-B-Sept. juges sur neuf ont retenu cet aspect, entre autres, pour déclarer constitutionnelle la loi anti-inflation. Voir à ce sujet supra n. 70.

116-C-Gérald A. Beaudoin, op. cit., supra n. 110-A, p. 77.

À quelques reprises, la jurisprudence a retenu la notion de l'urgence 116-D comme critère suffisant pour valider une disposition législative adoptée par le fédéral. Elle a aussi procédé à distinguer entre l'urgence constatée en temps de guerre et l'urgence constatée en temps de paix en matière sociale et culturelle, par exemple, de même qu'en matière de santé, en matière économique, etc...

Quant à la première espèce d'urgence, la Loi sur les mesures de guerre 117 en a fourni un exemple. Sa validité

116-D Dans le renvoi sur la loi anti-inflation, supra n. 70, p. 463, le Juge Beetz a décrit le pouvoir d'urgence en ces termes: «Ce pouvoir donne au Parlement, pour faire face à la situation d'urgence, une compétence concurrente et prépondérante sur des matières qui normalement relèvent des provinces. Sur ce point, l'exercice de ce pouvoir équivaut à une modification temporaire pro tanto de la Constitution fédérale par l'action unilatérale du Parlement. Le fondement juridique de ce pouvoir a sa source dans la Constitution: lorsque la sauvegarde et le maintien de la Constitution et du pays sont en jeu, le genre d'autorité en mesure de faire face à la situation (traduction) que peut se trouver que dans cette partie de la Constitution qui établit le pouvoir de l'Etat dans son ensemble.» (Le vicomte Haldane dans l'arrêt Fort Frances, à la p. 704).

Le caractère extraordinaire du pouvoir d'urgence du Parlement ainsi que ses caractéristiques constitutionnelles dictent le mode selon lequel il peut être invoqué et appliqué.

117 1914, 5 Geo V, 2^e session, c. 2.

avait été reconnue dans Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd c. Manitoba Free Press Ltd et al ¹¹⁸. Selon cette décision, le Parlement canadien pouvait valablement légiférer sur une situation d'urgence provoquée par la guerre; l'Acte de 1867 lui attribuait implicitement ce pouvoir. La même année, soit en 1914, le Parlement fédéral adopta des mesures législatives pour restreindre le transfert d'actions avec des étrangers ennemis dans toutes les compagnies au Canada ¹¹⁹. La validité de cette loi n'a jamais été attaquée ni soumise aux tribunaux, comme telle, et, selon MacNab, elle reposait sur des critères d'urgence économique en temps de guerre; elle fut d'ailleurs présumée valide par la Cour de l'Échiquier dans Spitz c. Secretary of State of Canada ¹²⁰; qui l'avait appliquée dans une affaire dont elle était saisie. Plus tard, lors de la deuxième Guerre mondiale, la Cour Suprême du Canada reconnaîtra le bien-fondé de ce pouvoir dans le Renvoi relatif à la validité des Règlements sur les baux en temps de guerre ¹²¹. La Cour s'était alors appuyée sur ce qui avait été décidé dans Fort Frances et suivi dans Co-operative Committee on Japanese Canadians c. Attorney General of Canada ¹²².

¹¹⁸1923 A.C. 695.

¹¹⁹Act to Amend the Trading with the Enemy Act 1914, 5 Geo. V, c. 12.

¹²⁰1939 Ex. Cr. 167.

¹²¹1950 R.C.S. 124.

¹²²1947 A.C. 87.

Maintenant, s'il y avait urgence en 1973 lorsque la Loi fut adoptée, il ne s'agissait pas d'une situation d'urgence provoquée par la guerre. Toutefois, on pourrait trouver un point commun entre les deux types de situation en soulignant que l'urgence constatée dans Fort Frances, Japanese Canadians et le Renvoi de 1950 touchait à des questions d'intérêt pour toute la nation canadienne, alors que, en 1973, les Canadiens étaient préoccupés par le haut taux de l'appartenance étrangère dans l'économie du Canada. En 1984-85, la préoccupation pour le haut taux de chômage au Canada et pour la faiblesse de la concurrence des industries canadiennes sur les marchés internationaux, entre autres, démontre aussi qu'il n'est pas nécessaire d'être en temps de guerre ou en temps d'après-guerre pour qu'un pays soit confronté par une situation d'urgence. D'ailleurs, les tribunaux avaient déjà constaté l'existence de situations urgentes dans d'autres circonstances.

En effet, une situation d'urgence économique fut reconnue par la Cour d'Appel de l'Ontario lorsqu'elle valida les dispositions législatives adoptées par le fédéral afin de protéger le capital de la compagnie "Grand Trunk Railway Company of Canada" dont la situation financière était alors précaire. Il s'agit de l'affaire Lovibond c. Grand Trunk Railway Company of Canada and Canadian National Railway Company.¹²³ où le Juge Masten disait à la page 324:

¹²³ 1979 O.R. 30X.

I am of opinion that the Parliament of Canada had jurisdiction and that the statute above quoted is intra vires on the ground that a national emergency existed with respect to the continued operation of transcontinental traffic in Canada, and that the threatened collapse would gravely affect the public credit of Canada.

...

That evidence to establish the existence of a national emergency was admissible seems to me to be self-evident, but if authority is needed I refer to the cases of *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, 1925 A.C. 396, at p. 415, and to *Fort Frances*...

...

In my opinion the evidence established the insolvent condition of the Grand Trunk at that date and a situation which justified the Government of Canada in determining that a national emergency existed, and in acting accordingly.

Plus tard, alors qu'il discutait de l'application des décisions rendues dans Japanese Canadians et dans Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, le Juge Ritchie de la Cour Suprême du Canada avait pris soin de noter qu'une situation d'urgence nationale pouvait se rencontrer même en temps de paix:

Dans ces arrêts, la situation d'urgence avait été provoquée par la guerre ou l'après-guerre, mais je ne vois rien qui empêche d'en appliquer les principes à une situation créée par des conditions économiques véritablement exceptionnelles en temps de paix. 124

Enfin, il semble que l'on ne doive pas limiter les domaines susceptibles d'être affectés par une situation d'urgence, comme

¹²⁴Renvoi: loi anti-inflation, supra n. 70, p. 426.

le soulignait le Juge Bora Laskin (il était alors professeur) lorsqu'il commentait l'affaire Att.-Gen. for Ontario et al c. Canada Temperance Federation et al ¹²⁵:

The Canada Temperance Federation case so far as it recognized that "an emergency may be the occasion which calls for... legislation", did not indicate any limitation on the kind of emergent conditions which may prompt legislation ¹²⁶.

En ce sens, la plupart du temps quand la situation est urgente, elle l'est parce qu'elle affecte ou est susceptible d'affecter le bien-être de toute la collectivité, l'intérêt public. Elle revêt alors une dimension nationale. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai, c'est-à-dire une situation n'est pas automatiquement urgente même si elle est d'intérêt national. C'est l'élément essentiel de la loi qui fera la distinction pour établir si elle vise une situation urgente ou une situation d'intérêt national, ou les deux à la fois. Les objectifs visés par la législation en constituent justement l'élément essentiel; le vicomte Simon avait fait cette précision en ces termes:

... True it is that an emergency may be the occasion which calls for the legislation, but it is the nature of the legislation itself, and not the existence of emergency, that must determine whether it is valid or not ¹²⁷

¹²⁵ 1946 A.C. 193.

¹²⁶ Bora LASKIN, Canadian Constitutional Law, 3rd Ed., Toronto, Carswell, 1969, p. 270.

¹²⁷ Co-Operative Committee on Japanese Canadians c. Att.-Gen. of Canada, supra n. 125, p. 276.

Nous ne procédons pas à une analyse exhaustive de toutes les décisions où l'on a retenu la théorie de la dimension nationale pour reconnaître la compétence législative du fédéral lors de l'examen de lois particulières, car elles sont nombreuses, elles représentent la plupart du temps des cas d'espèce et, finalement, une telle étude ne cadre pas avec les objectifs que nous poursuivons ¹²⁸. De toutes façons, nous aurons l'occasion de faire ce tour d'horizon en analysant comme "locus classicus" la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire du Renvoi sur la loi anti-inflation ¹²⁹.

Dans cette affaire, le Gouverneur général en conseil, par décret ¹³⁰, et conformément à l'article 55 de la loi sur la Cour Suprême du Canada ¹³¹, avait demandé l'opinion de la Cour sur la constitutionnalité de la loi anti-inflation ¹³². En majorité de la Cour, composée du Juge en chef Laskin et des Juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon et Dickson, avait jugé que le Parlement canadien avait la compétence pour adopter la loi, les Juges Beetz et De Grandpré étant dissidents.

¹²⁸Pour une analyse de ces décisions on peut cependant consulter l'ouvrage de Me Gil Rémillard, op. cit., supra, n. 22.

¹²⁹Supra n. 70.

¹³⁰C.P. 1976-581, le 11 mars 1976.

¹³¹S.R.C. 1970, op. 5-19.

Le Tribunal en profita pour interpréter ce qu'il faisait entendre par le pouvoir général du fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, et pour analyser les principales décisions rendues sur cette question par lui-même et le Conseil privé. Il est important de noter que cinq des neuf juges, i.e. les Juges Ritchie, Martland, Beetz, De Grandpré et Pigeon ont écarté l'application de la théorie de la dimension nationale dans leur analyse sur la constitutionnalité de cette loi, préférant s'en remettre à la théorie de l'urgence pour valider la législation fédérale. Cette prise de position a rencontré l'approbation de certains juristes^{132-A}, mais les notes des Juges Laskin, Judson, Spencé et Dickson laissent la porte ouverte à ceux qui voudront voir dans la Loi une intervention du Parlement central sur une question d'intérêt ou de dimension nationale telle que l'investissement étranger.

La première décision d'importance sur le sujet fut une décision du Conseil privé portant sur la validité d'une loi de prohibition, la loi de tempérance du Canada. Il s'agit de l'affaire Russell c. The Queen¹³³. Ici, le pouvoir général dont il était question, reçut une interprétation large que la jurisprudence ultérieure tentera de varier. Sir Montague E. Smith avait rendu le jugement au nom de la Cour et voici trois passages illustrant le principe suivant lequel la Cour avait interprété

^{132-A}Gérald A. Beaudoin, *op. cit.*, supra n. 110-A, p. 78.
François Chevrete et Herbert Marx, Anti-inflation Act-Constitutionality-National Emergency-Peace, Order and Good Government Buried, (1976) Can. Bar Rev. 732.

¹³³ (1882) 7 A.C. 829.

la loi fédérale pour la déclarer constitutionnelle, insistant sur le besoin d'uniformité de la réglementation lorsque la matière préoccupait la collectivité:

The declared object of Parliament in passing the Act is that there should be uniform legislation in all the provinces respecting the traffic in intoxicating liquors, with a view to promote temperance in the Dominion. Parliament does not treat the promotion of temperance as desirable in one province more than in another, but as desirable everywhere throughout the Dominion.¹³⁴

... What Parliament is dealing with in legislation of this kind is not a matter in relation to property and its rights but one relating to

¹³⁴Id., à la p. 841.

public order and safety. That is the primary matter dealt with... 135.

Parliament deals with the subject as one of general concern to the Dominion, upon which uniformity of legislation is desirable, and the Parliament alone can so deal with it 136.

Dependant, le Conseil privé n'avait pas jugé nécessaire de décider si la Loi canadienne sur la tempérance avait un certain lien avec l'un quelconque des pouvoirs exclusifs reconnus au fédéral. La décision fut quand même suivie dans Att.-Gen. for Ontario c. Att.-Gen. for the Dominion (l'arrêt est aussi connu sous l'appellation "Local Prohibition") 137. On avait précisé dans ce dernier jugement qu'il fallait être prudent et distinguer entre ce qui était local et provincial, donc du ressort des législatures provinciales, et ce qui était devenu de préoccupation nationale, donc de la compétence du Parlement du Canada:

... the exercise of legislative power by the Parliament of Canada, in regard to all matters not enumerated in s.91, ought to be strictly confined to such matters as are unquestionably of Canadian interest and importance, and ought not to trench upon provincial legislation with respect to any of the classes of subjects enumerated in s.92 138:

La précision atténua l'interprétation large donnée dans Russell et permit une interprétation plus restreinte préco-

135 Id., à la p. 838.

136 Id., à la p. 841.

137 1896 A.C. 348.

138 Id., à la p. 360.

nisée par le vicomte Haldane dans In re Board of Commerce Act ¹³⁹, Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd. c. Manitoba Free Press Co. Ltd ¹⁴⁰ et Toronto Electric Commissioners c. Snider ¹⁴¹. Selon cette nouvelle règle, le pouvoir général se justifiait s'il s'agissait clairement d'un cas résiduaire, i.e. un cas en dehors des matières énumérées aux articles 91 et 92; à défaut, le pouvoir général ne serait justifié que dans des circonstances exceptionnelles.

Le pouvoir général du fédéral fut reconnu à deux autres reprises par le Conseil privé lorsque ce dernier se prononça sur la validité de la réglementation fédérale en matière d'aéronautique dans In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada ¹⁴² et en matière de radiocommunication dans In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada ¹⁴³. A propos de ces deux dernières décisions, le professeur Bora

¹³⁹(1922) 1 A.C. 191.

¹⁴⁰Supra n. 118.

¹⁴¹1925 A.C. 396.

¹⁴²1932 A.C. 54.

¹⁴³1932 A.C. 304.

Laskin avait souligné que le pouvoir général possédait plus de vitalité que par le passé ¹⁴⁴.

L'affaire Canada Temperance Federation constitue un autre arrêt important où fut énoncée une nouvelle formulation de l'étendue du pouvoir général. En effet, le vicomte Simon avait alors décrit le test à poser pour savoir si le pouvoir général était utilisé selon les termes et l'esprit de la Constitution de 1867:

... In their Lordships' opinion, the true test must be found in the real subject-matter of the legislation: if it is such that it goes beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole (as, for example, in the Aeronautics case and the Radio case), then it will fall within the competence of the Dominion Parliament as a matter affecting the peace, order and good government of Canada, though it may in another aspect touch on matters reserved to the provincial legislatures (c'est nous qui soulignons) ¹⁴⁵.

Ces décisions furent analysées dans le renvoi sur la loi anti-inflation. Cette dernière avait pour but de contrôler et réglementer les prix, les profits, les traitements, les salaires, les honoraires et dividendes au moyen d'un système de surveillance et de limitation des augmentations, pour combattre l'inflation. Elle énonçait dans son préambule:

¹⁴⁴Supra n. 126.

¹⁴⁵Supra n. 125, p. 205.

Attendu que le Parlement reconnaît l'incompatibilité de l'actuel taux d'inflation avec l'intérêt général, ainsi que la gravité du problème national posé par sa réduction et son endiguement.

Et qu'il importe en conséquence de limiter les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les rémunérations (c'est nous qui soulignons) ¹⁴⁶.

Ceux qui contestaient la validité de la loi anti-inflation, avaient soulevé ensemble que l'inflation n'était pas une "matière" au point de vue constitutionnel et ne se retrouvait nulle part dans la Constitution de 1867, ni dans l'article 91 ni dans l'article 92. Ils maintenaient donc que les décisions rendues dans les affaires de l'aéronautique ¹⁴⁷ et de la radiocommunication ¹⁴⁸ ne s'appliquaient pas car elles visaient des matières expressément énoncées dans la Constitution. La Cour Suprême du Canada n'a pas retenu l'argument et l'issue serait normalement pareille si l'argument était soulevé à propos de l'investissement étranger.

Commentant les diverses théories émises par le Conseil privé sur la question de la dimension nationale, M. le Juge Laskin avait précisé que les différences de vue sur l'étendue du pouvoir général portaient beaucoup plus sur une question de degré de nécessité de la loi en litige que sur la nature de

¹⁴⁶La loi anti-inflation, n. 132.

¹⁴⁷Supra n. 142.

¹⁴⁸Supra n. 143.

ce pouvoir ¹⁴⁹. Le Juge Laskin avait apporté une précision importante en discutant de ces différences et avait souligné que, de toutes façons, "cela ne veut pas dire qu'une crise en temps de paix ne peut justifier le recours au pouvoir général pour fonder une loi fédérale" ¹⁵⁰. Parlant de l'attitude qu'il faut adopter devant les mots "dimension nationale", le même Juge soulignera qu'il faut être prudent:

... pour nous préserver autant d'une interprétation large et illimitée de l'étendue du pouvoir général que d'une interprétation rigide qui empêcherait d'y avoir recours dans des circonstances actuellement imprévisibles.

...
Cela ne veut pas dire qu'il faut remettre en question des cas clairs, mais seulement qu'il faut considérer une constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution (c'est nous qui soulignons) ¹⁵¹.

¹⁴⁹Renvoi: loi anti-inflation, supra n. 70.

¹⁵⁰Id., pp. 411-12.

¹⁵¹Id. Le Juge Laskin faisait référence à la théorie de base retenue par les tribunaux pour interpréter la Constitution. La formulation classique de cette théorie fut exprimée par le vicomte Sankey dans l'arrêt Edwards c. Att.-Gen. for Canada 1930 A.C. 124, à la p. 136: "The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board -- it is certainly not their desire -- to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation." La théorie fut reprise et appliquée à l'interprétation de la loi constitutionnelle de 1982 dans un jugement récent, soit l'affaire Lawson A.W. Hunter et al c. Southam Inc, supra n. 52.

En outre, la Cour avait attaché de l'importance au caractère temporaire de la loi anti-inflation, mais cet élément ne devrait pas recevoir plus d'importance qu'il le faut. En effet, l'aspect temporaire de la loi limitait la durée de son application dans le temps¹⁵²; or, l'aspect temporaire d'une loi pourrait se traduire par la durée d'un certain nombre d'années, l'époque de la disparition d'un problème ou l'arrivée d'un événement particulier. Si la mesure de la temporalité n'est pas fixée, l'aspect temporaire de l'application d'une loi pourrait devenir aléatoire. Aussi, nous estimons que l'aspect temporaire d'une loi est important, mais il n'est pas essentiel pour permettre l'application de la théorie de la dimension nationale ou de l'urgence afin de valider une loi adoptée par le Parlement dans l'exercice de son pouvoir législatif général. D'ailleurs, la Cour aurait pu déclarer la loi anti-inflation "intra vires" les pouvoirs du Parlement fédéral sans être obligée de se servir de son aspect temporaire.

Cette décision tire son importance du fait que la Cour a défini le test à poser pour analyser l'exercice constitutionnel par le Parlement du Canada de son pouvoir législatif général ou résiduaire. Essentiellement, elle s'est demandé si la loi avait un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué pour justifier sa validité. Afin d'y trouver réponse;

¹⁵²Voir la définition du mot "temporaire" dans Paul ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris, 1976.

elle a dû vérifier l'étendue des questions sociales et économiques retenues par le Parlement pour adopter la loi. Le sérieux des questions devait être tel que le Parlement se trouvait habilité à prendre ces mesures dans l'intérêt de la collectivité, en vertu de son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada. En ce sens, la Cour avait analysé les circonstances entourant l'adoption de la loi; pour y arriver, elle avait mesuré, selon les éléments de preuve soumis ¹⁵³, à quel degré étaient affectées les questions sociales et économiques soulevées.

Enfin, ayant constaté le bien-fondé de l'allégation qu'il y avait une situation de crise économique, le Juge en chef Laskin opinait que le Parlement du Canada avait agi rationnellement:

considérant la Loi anti-inflation comme une mesure, qui, selon lui, s'avérait temporairement nécessaire pour faire face à une situation de crise économique qui mettait en danger le bien-être de l'ensemble de la population du Canada et exigeait que le Parlement intervienne de façon vigoureuse dans l'intérêt du pays ¹⁵⁴.

Certains interprètent la décision du plus haut Tribunal du pays comme signifiant que le pouvoir résiduaire du fédéral ne peut être exercé valablement qu'en temps de crise; il serait douteux,

¹⁵³Selon la Cour, elle pouvait même tenir compte de ce qu'elle connaissait d'office sur le sujet de l'inflation.

¹⁵⁴Renvoi: loi anti-inflation, supra n. 70, p. 425.

selon eux, que le même Tribunal reconnaisse l'adoption de la Loi de 1973 comme résultant de l'exercice valide de ce pouvoir:

The residual power, since the Anti-Inflation Act Reference, has been construed to apply only in times of emergency, and it is doubtful whether the doctrine of "national concern" which tends to expand the residual power and upon which obviously section 2(1) of the Act (la Loi de 1973) relies, would be recognized today ¹⁵⁵.

En tout respect pour l'opinion contraire, nous ne pouvons pas interpréter l'opinion de la Cour de façon aussi restreinte. Certes, la Cour avait reconnu que la loi anti-inflation avait été adoptée en temps de crise; mais il s'agissait là d'un considérant propre au cas d'espèce soumis à l'application du Tribunal. Celui-ci n'a certainement pas décidé que le pouvoir général ne pouvait être exercé qu'en temps de crise. D'ailleurs, la Cour a précisé depuis que le pouvoir législatif général ou résiduaire du Parlement du Canada pouvait s'exercer même lorsque le pays n'était pas en temps de crise, comme nous le verrons maintenant.

En 1972-1973, les responsables de l'Administration publique discutaient de la possibilité pour l'Etat d'intervenir pour instaurer un certain contrôle sur les investissements étrangers et de la possibilité pour le Législateur fédéral

¹⁵⁵ Gordon F. HENDERSON et Emilio S. BINA VINCE, Doing Business in Canada and the Judicial Review of Wrongful Government. Statutory and Regulatory Action, loc. cit., supra n. 110, p. 26.

d'adopter à ces fins les lois et règlements nécessaires. Le pouvoir législatif fédéral se justifiait tant par la nature elle-même de la législation proposée que par la situation critique et urgente due au très haut niveau d'appartenance et de contrôle étrangers dans beaucoup de secteurs de l'économie canadienne.

La situation n'a pas changé après l'adoption de la Loi, car, en effet, selon un sondage d'opinion publique effectuée par la maison Gallup au printemps de 1974, 69% des Canadiens consultés s'étaient dits favorables à l'adoption de mesures législatives qui limiteraient ou contrôlèrent les nouveaux investissements au Canada ¹⁵⁶. En 1984-1985, les sondages démontrent que l'opinion publique au Canada n'a pas tellement changé sur cette question et que les Canadiens favorisent encore l'existence de mesures de contrôle sur les investissements étrangers au pays ¹⁵⁷.

D'une part, et tel que dit dans la loi, il s'agissait d'un sujet de préoccupation nationale. La situation paraissait clairement urgente économiquement. En fait, le Canada avait servi de lieu de prédilection pour les investisseurs, surtout

¹⁵⁶C. des C., 1ère session, 30e Législature, Vol. I, p. 524, le 18 octobre 1974.

¹⁵⁷Christopher C. BECKMAN, The Foreign Investment Review Agency: Images and Realities, Ottawa, The Conference Board of Canada, Study no. 84, November 1984, p. 71.

depuis le début du vingtième siècle.) En 1867, de même qu'en 1901, la nation canadienne était formée des éléments suivants: un territoire immense, des ressources naturelles en grand nombre et en grande quantité, une population peu nombreuse, différentes cultures, et des capitaux limités. Très tôt, on fut confronté par le besoin de développer les moyens de communication entre l'est et l'ouest, en passant par les provinces du centre; ce fut l'époque de l'avènement des chemins de fer nationaux, le rêve de Sir John A. MacDonald et les capitaux de portefeuille des Britanniques pour réaliser ces projets. Après la première guerre mondiale les capitaux américains firent leur apparition, ceux qui devinrent des investissements dits d'équité, les investissements directs. Ils furent employés à développer les manufactures, la petite et la moyenne entreprise, ils servirent à l'extraction des minéraux, au développement des champs pétroliers, etc... bref, ils étaient surtout employés pour acquérir les droits de propriété sur les ressources naturelles du Canada.

Comme résultat, presque 60% du secteur manufacturier et 65% du secteur des mines et fonderies étaient sous contrôle étranger, en 1972, entre autres¹⁵⁸. La crainte s'était installée dans certains milieux politiques. Le nombre de Canadiens exprimant qu'ils étaient préoccupés par le taux élevé de la propriété par les étrangers au Canada, en matière économique,

¹⁵⁸Voir le rapport Gray, op. cit., supra n. 15, p. 5.

is était élevé de 34 p. 100 qu'il était en 1969 à 47 p. 100 en 1972.¹⁵⁹ Il fallait trouver des moyens pour sauvegarder la souveraineté nationale du Canada et protéger les politiques sociales et économiques du pays. Mais un Etat peut-il vraiment penser adopter ses propres politiques économiques lorsque son économie est sous le contrôle d'étrangers¹⁶⁰? De plus, il n'y avait pas de véritable politique canadienne en matière d'inves-

¹⁵⁹J. Alex MURRAY, Canadian Public Attitudes Towards U.S. Investment: a Longitudinal Analysis, Society of Government Economists, Toronto, December 29, 1972.

¹⁶⁰L'honorable Donald MacDonald, alors qu'il était président du Congrès du Travail du Canada, avait observé à ce sujet: "A nation's economic sovereignty is a prerequisite for its political sovereignty and it cannot be independent as long as important decisions affecting its economy are made externally." Mr. MacDonald comparaisait alors devant le Comité permanent de la Chambre lors des discussions sur le projet de loi C-132. C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q. é. tière session, 29ième Législature, à 35:4, le 27 Juin 1973.

issements étrangers ¹⁶¹. Il n'y avait donc pas, non plus, d'organisme chargé d'étudier et contrôler ces investissements étrangers. En un mot, il s'était effectuée une prise de conscience assez générale au Canada pour inciter à réagir et à trouver des solutions à ce fait accompli maintenant devenu problématique. Il ne fallait pas que le Canada devienne tout simplement un autre Etat américain et il ne fallait pas que

¹⁶¹ Avant l'adoption de la Loi de 1973, il y avait au Canada très peu de restrictions sur l'investissement étranger; celles qui existaient, étaient dispersées dans divers statuts dont voici quelques exemples:

1957: la loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques stipulait que la majorité des administrateurs devait se composer de citoyens canadiens résidant au Canada;

1958: la loi de 1958 sur la radiodiffusion limitait à 25% l'appartenance étrangère dans tout le domaine de la radio-diffusion, à l'exception de la télédiffusion par câble;

1960: conformément à la loi sur les terres territoriales et à la loi sur la concession des terres publiques, le Canada adopta le règlement sur les terres pétrolifères et gazifères du Canada et le règlement régissant l'exploitation minière au Canada. Selon ces dispositions, les concessions de terrains pétrolifères, gazifères et miniers n'étaient accordées qu'aux personnes qui étaient des citoyens canadiens, âgées de plus de 21 ans, ainsi qu'aux sociétés canadiennes dans lesquelles les Canadiens possédaient au moins 50 p. 100 des actions, etc...;

1962: le Parlement adopta la loi sur les déclarations des corporations et des syndicats ouvriers (CALURA), S.C. 1962, ch. 26, S.R.C. 1970, ch. C-31 qui permettait au Gouvernement de recueillir plusieurs informations financières et autres sur les sociétés et syndicats ouvriers oeuvrant au Canada;

1963: en vertu de la loi sur la réglementation aéronautique, si une société demande d'être propriétaire d'un aéro-nef canadien, au moins les deux-tiers de ses administrateurs doivent être citoyens canadiens;

1964: la loi sur les compagnies d'assurance, de prêt et de fiducie, prévoyait que les non-résidents ne pouvaient pas détenir plus de 25 p. 100 des actions et que les trois quarts au moins des administrateurs devaient être des citoyens canadiens résidant au Canada;

1970: en vertu de la loi sur les corporations canadiennes, les sociétés étrangères doivent soumettre des rapports annuels.

George Grant ait raison, lui qui avait avancé la disparition éventuelle du Canada en ces termes:

Canada has ceased to be a nation but its formal political existence will not end quickly ¹⁶².

La question de l'investissement étranger semblait dépasser les cadres de l'activité intra-provinciale et constituer un sujet d'intérêt et de préoccupation nationale. Vues dans leur ensemble, la Loi de 1973 et celle qui la remplacera suite à l'adoption du projet de loi C-15, peuvent certes être considérées d'envergure nationale, tout comme la réglementation de la concurrence, "mutatis mutandis":

... as the regulation of trade affecting the whole country ¹⁶³.

En effet, lorsqu'un investissement étranger se réalise dans l'économie canadienne, ses effets dans le marché canadien en Nouvelle-Ecosse, par exemple, si celle-ci est la province où s'implantent les capitaux étrangers, peuvent certainement avoir des répercussions en Alberta, ou en d'autres provinces. L'investissement étranger peut affecter la concurrence, l'exportation, la recherche et le développement technologiques, les franchises et les licences, la création d'emplois et le taux de chômage, etc... partout au Canada. Il ne faut pas oublier, en

¹⁶²George GRANT, Lament for a Nation, Toronto, McClelland & Stewart, 1965, aux pp. 86-87.

¹⁶³R. c. Hoffman-Laroche Ltd (1982) 58 C.P.R.(2d) 1, 42.

outre que le niveau des investissements étrangers affecte directement le niveau de la balance des paiements au Canada: lorsque des capitaux étrangers entrent dans l'économie du Canada, ils en sortiront, tôt ou tard, sous formes de paiements d'intérêts et de dividendes à leurs propriétaires, par exemple. A vrai dire, il s'agit vraiment d'une question d'intérêt public qui ne relève d'aucune province en particulier; en effet, toutes les provinces en seront affectées et aucune d'entre elles ne possède la compétence législative pour assurer la mise en oeuvre de mesures protectrices pour tout le Canada 164.

L'économie canadienne constitue le lieu de l'investissement étranger et, à ce titre, on ne peut pas sérieusement contester le besoin d'avoir une politique nationale en la matière et les mécanismes nécessaires, i.e. les lois, règlements et organismes, pour mettre en oeuvre cette politique. On pourrait répéter ce que disait M. le Juge Linden, en première instance, dans l'affaire Hoffman-La Roche; c'était en matière de protection de la concurrence, mais ses commentaires s'appliqueraient en matière d'investissement étranger "mutatis mutandis":

... It is part of a legislative scheme aimed at deterring a wide range of unfair competitive practices that affect trade and commerce gene-

164A ce titre, les observations que nous avons faites plus haut sur la dimension nationale et internationale de la réglementation du commerce au Canada et sur l'incapacité constitutionnelle d'une ou de plusieurs provinces de légiférer à cette échelle, s'appliquent encore ici. Voir plus haut aux pp. 50-52, plus particulièrement les remarques de M. le Juge Dickson dans l'affaire Canadian National Transportation Ltd.

rally across Canada, and it is not limited to a single industry, commodity or area. The conduct being prohibited is generally of national or international scope. The presence or absence of healthy competition may affect the welfare of the economy of the entire nation. It is, therefore, within the sphere of the federal Parliament to seek to regulate such competition in the interest of all Canadians ¹⁶⁵.

Rendant jugement pour la Cour d'Appel de l'Ontario, M. le Juge Martin ajoutera dans le même sens:

If the trade in drugs may, as a matter of general concern, invoke the peace, order and good government general power, it is difficult to think that the protection of free competition which affects the entire Canadian Community is not equally the concern of Canada as a whole ¹⁶⁶.

La formulation du test à poser pour déterminer si la réglementation de l'investissement étranger au Canada relève du Parlement du Canada et si la compétence législative du Parlement tire son origine dans son pouvoir général ou résiduaire pourrait se décrire de la façon suivante: le champ de législation, c'est-à-dire la matière qu'il faut réglementer, a-t-il atteint une dimension telle que tous les Canadiens sont susceptibles d'en être affectés ¹⁶⁷? Si oui, les compétences législatives exclusives énoncées à l'article 92 de l'A.A.N.B. permettent-elles que les Législatures provinciales occupent valablement ce

¹⁶⁵R. c. Hoffman-Laroche Ltd (1982) 48 C.P.R.(2d) 145, 175.

¹⁶⁶Supra n. 163, p. 39.

¹⁶⁷Id., p. 104.

→
champ de législation à l'échelle nationale? Si non, le Parlement du Canada aurait la compétence législative pour intervenir afin de protéger les entreprises canadiennes et les Canadiens. Les mesures protectrices viseraient soit des sociétés privées ou publiques, soit des secteurs de l'économie canadienne: par exemple, le secteur des transports, le secteur des communications, le secteur de l'exportation, le secteur de l'exploitation et du développement des ressources naturelles en matière d'énergie, de pétrole, de gaz naturel, d'uranium, d'énergie atomique ¹⁶⁸, le secteur culturel, etc... Il ne resterait qu'un pas à franchir pour soutenir que ce même pouvoir ¹⁶⁹, et dans des circonstances similaires, permettrait de contrôler et réglementer l'investissement étranger au Canada.

L'intervention de l'Etat fédéral aurait pour but d'assurer la réalisation des politiques industrielles, sociales et culturelles de tout le Canada, en un mot l'activité économique dans son ensemble de sorte qu'il y ait au Canada, et pour tout le Canada, une planification du développement touchant tous les Canadiens dans leur niveau et leur qualité de vie. Ce qui semble ressortir ici au niveau de l'urgence et de la dimension nationale, c'est le fait indubitable du haut contrôle de notre économie par des étrangers à un point tel que nos institutions politiques, notre vie sociale, bref l'intérêt public, en sont affectés ou, au moins, susceptibles d'en être affectés.

¹⁶⁸Pronto Uranium Mines Ltd and Algom Uranium Mines Ltd c. Ontario Labour Relations Board 1956 O.R. 862.

¹⁶⁹Supra n. 163, p. 97.

D'ailleurs, d'un point de vue strictement pratique, il semblerait aussi bien que ce soit le fédéral qui ait la compétence législative en la matière car, autrement, l'investisseur étranger serait peut-être confronté avec l'application de plusieurs lois provinciales différentes les unes des autres mais assurant toutes une réglementation quelconque sur l'investissement étranger. En effet, il serait alors normal de s'attendre ce que les conditions varient d'une province à une autre, car chacune a ses propres objectifs à court et à long terme de même que ses propres aspirations locales. A ce sujet, des opinions furent émises en ce sens par l'auteur Arnett ¹⁷⁰ et Me J.J. Robinette tel que cité dans un article: "In deciding constitutional questions of federal versus provincial jurisdiction, judges should ask themselves which is the better and more practical choice, Robinette said" ¹⁷¹.

En résumé, d'une part, la compétence législative du Parlement du Canada tire son origine dans les matières énumérées que la Constitution lui reconnaît à l'article 91 de l'A.A.N.B. soit l'échange et le commerce ainsi que la naturalisation et les aubains. Il est vrai que la réglementation sur les investissements étrangers au Canada touche la propriété et les droits civils, domaine réservé aux provinces. Mais, selon nous, il ne

¹⁷⁰ Loc. cit., supra n. 37.

¹⁷¹ "Rights Charter Keeping Government Laws in Line: Lawyer", the Ottawa Citizen, Ottawa, le 2 mars 1984, p. 5.

s'agit pas là de l'objectif véritable, du «pith and substance» de la Loi de 1973 ni du projet de loi C-15. Et même s'ils touchent à des situations reliées à la propriété et aux droits civils des vendeurs et des acquéreurs de fonds de commerce ou d'actions de sociétés ainsi que de ceux se proposant d'établir de nouvelles entreprises au Canada, il ne semble pas que ce soit suffisant pour faire déclarer l'inconstitutionnalité de l'intervention législative fédérale surtout si la source de compétence peut être reliée à l'un des objets énoncés expressément à l'article 91 de l'A.A.N.B. 172. De plus, cette compétence législative se retrouve dans le pouvoir général ou résiduaire. Et, en tout respect pour l'opinion contraire 172-A, nous ne croyons pas qu'il faille «ressusciter» la théorie de la dimension nationale, car cette dernière a toujours fait partie de notre Constitution et continue à le faire; selon le cas d'espèce, elle devrait recevoir son application, au besoin, lorsque sont en jeu les intérêts des Canadiens et de nos institutions politiques, sociales, économiques et culturelles. La décision de la Cour Suprême du Canada dans le renvoi sur la loi anti-inflation a jugé un cas d'espèce; le contexte canadien de l'investissement étranger est un autre cas d'espèce.

172 Tennant c. Union Bank of Canada 1894 A.C. 31, pp. 45-47 (Lord Watson).
Gold Seal Ltd. c. Dominion Express Co. (1921) 62 R.C.S. 424, p. 460 (Juge Duff).
Switzman c. Elbing 1957 R.C.S. 285, pp. 302-03 (Juge Rand).
Murphy c. C.P.R. 1958 R.C.S. 626, pp. 631-2.
Munro c. N.C.C. 1966 R.C.S. 663, p. 671 (Juge Cartwright).

172-A CHEVRETTE et MARX, loc. cit., supra n. 132-A, p. 743.
BEAUDOIN Gérald A., op. cit., supra n. 110-A, p. 78.

A ce titre, et même si la théorie de l'urgence ainsi que la compétence législative du fédéral en vertu des sujets énumérés à l'article 91 A.A.N.B. soulèvent moins de problème, la théorie de la dimension nationale doit continuer à faire partie de la Constitution canadienne. Les décisions du Conseil privé et de la Cour Suprême du Canada à l'effet que l'interprétation des textes constitutionnels doit permettre à l'Etat central d'instaurer une uniformité de mesures lorsqu'il s'agit de protéger la qualité de vie de tous les Canadiens, ont encore droit de cité de nos jours. A vrai dire, on peut décrire ce pouvoir général comme celui qui outrepassé les limites posées à la compétence législative du Parlement du Canada par l'article 92 de la Constitution. Lord Durley l'a surnommé le pouvoir «overriding» en ces termes:

The general duty (and power) remains in its totality, only qualified by the specific exceptions. Subject only to these, it covers any duty and corresponding power necessary for the purpose of good government, even though it is not enumerated in the British North America Act. This is sometimes, though not correctly or aptly, called the residual power. It is overriding rather than residual. The act more

accurately uses the word "generality" by way of description" (c'est nous qui soulignons) 173.

Enfin, vue sous un autre angle, l'intervention du Canada afin d'assurer un certain contrôle sur les investissements étrangers pourrait aussi, à la rigueur, être interprétée comme un acte du Canada sur la défensive, i.e. comme une stratégie générale de surveiller, entre autres, l'expansion de l'économie américaine plus agressive et plus puissante et de préserver la souveraineté politique distincte du Canada contre l'exploitation toujours possible de l'économie étrangère:

... each phase of expansion in Canada has been a tactical move designed to forestall, counteract, or restrain the northward extension of American economic and political influence. Primary responsibility for maintaining and strengthening this policy of defensive expansionism has fallen on the state 174.

A ce titre, si l'intervention provenait des provinces, elles auraient peut-être de la difficulté à justifier leur personnalité juridique auprès de la communauté internationale. On a vu qu'au point de vue pratique, il se poserait des problèmes sérieux, mais, en théorie constitutionnelle, il nous reste à vérifier s'il existe des dispositions dans l'Acte de 1867 ou

¹⁷³Lord WRIGHT OF DURLEY, Rt Hon. Sir Lyman Poore Duff, G.C.M.G., (1955) 33 Can. Bar. Rev. 1113, à la p. 1127.

¹⁷⁴H.G.J. AITKEN, Defensive Expansion: the State and Economic Growth in Canada, dans N.I. EASTERBROOK et M.H. WATKINS (eds), Approaches to Canadian Economic History, Toronto, McClelland & Stewart, 1961, p. 221.

ailleurs permettant de déterminer l'autorité législative compétente en droit international.

Chapitre II - La compétence législative extérieure ou internationale en matière d'investissement étranger.

Section I - L'attribution de la personnalité juridique internationale dans un État fédéral tel que le Canada.

Le partage des compétences législatives en matière d'investissement étranger s'effectue donc en faveur des autorités fédérales à l'intérieur du territoire canadien. Cependant cette question revêt aussi une importance au niveau des relations entretenues par l'État central et les provinces avec divers membres de la communauté internationale. Afin de compléter l'étude sur la détermination de l'autorité législative compétente en la matière, il nous reste à analyser brièvement lequel des deux ordres de gouvernement devrait agir comme intervenant et porte-parole du Canada au niveau international.

Le droit international est constitué d'un ensemble de règles adoptées par des États souverains assujettis à les respecter ¹⁷⁵. Pour être habilités à participer à la détermina-

¹⁷⁵ Hans Kelsen, The Law of the United Nations, London, Stevens and Sons, 1950, p. 329.
Ivan Bernier, International Legal Aspects of Federalism, London, Longman Group Limited, p. 13.

tion de ces règles, les États doivent jouir de la capacité internationale, c'est-à-dire jouir des attributs de la souveraineté. Le plus important de ces attributs serait "le pouvoir de poser des actes produisant des effets de droit dans l'ordre international" 176.

Ces principes étant établis, il faut maintenant regarder comment ils s'appliquent dans le contexte du fédéralisme canadien. La fédération canadienne est née d'une loi fondamentale, la Constitution de 1867. Or, dans un État fédératif, la répartition des compétences législatives, y compris la reconnaissance de la personnalité internationale, est normalement inscrite dans cette loi fondamentale 177. L'analyse des dispositions constitutionnelles canadiennes devrait donc nous permettre d'identifier l'autorité compétente à ce niveau. Au Canada, toutefois, la situation n'est pas claire pour au moins deux raisons.

Premièrement, aucune province du Canada, à l'exception de Terre-Neuve, n'avait possédé la personnalité juridique internationale avant de devenir partie à l'A.A.N.B. 178. En effet, les quatre premières provinces étaient toutes des colo-

¹⁷⁶André PATRY, La capacité internationale des États, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1983, p. 9.

¹⁷⁷Id., p. 58

¹⁷⁸Thomas A. LEVY, Provincial International Status Revisited, (1976-77) 5 Dalhousie L.J., 70, 81.

nies britanniques en 1867. La Colombie britannique en 1871, et l'île du Prince Édouard en 1873 étaient aussi des colonies britanniques avant de se joindre aux quatre premières. Les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta furent créées par le Gouvernement central à la suite d'une délimitation de territoires non encore organisés. Seule Terre-Neuve possédait, à un moment donné, la personnalité juridique internationale avant de devenir la dixième province: elle avait acquis sa souveraineté extérieure en même temps que le Canada, soit entre 1926 et 1931. Cependant, elle n'avait plus ce statut en 1949 lorsqu'elle devint la dixième province canadienne car elle fut victime d'insolvabilité et redevint une colonie britannique en 1933.

Deuxièmement, les seules dispositions traitant explicitement d'une certaine compétence internationale se retrouvent à l'article 132 de l'Acte de 1867:

132. Le Parlement et le Gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires ou utiles pour remplir envers les pays étrangers les obligations que des traités entre l'Empire britannique et ces pays étrangers pourront imposer au Canada ou à quelque'une de ses provinces comme partie de l'Empire.

Or, cet article vise uniquement les droits et obligations découlant des traités internationaux signés par le Royaume uni pour le Canada avant que ce dernier obtienne sa souveraineté exté-

rière 179. En d'autres mots, ces dispositions constitutionnelles ont donc perdu toute signification lorsque le Canada, a acquis sa souveraineté extérieure et son pouvoir de conclure lui-même des traités avec d'autres États 180. En somme, il n'existe pas de disposition constitutionnelle explicite pour attribuer la personnalité internationale et cette lacune pose donc un problème au Canada 181.

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e. the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained 182.

Cependant, si l'on se fie à l'opinion de certains, la fédération comme un tout possède la personnalité internationale, mais normalement c'est l'État central qui en exerce les attributs et c'est avec lui que traitent les puissances étrangères.

¹⁷⁹In re: Regulation and Control of Radio Communication in Canada, supra n. 143.

¹⁸⁰Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario 1937 A.C. 326, 349-50.
Le Canada s'est vu reconnaître la souveraineté extérieure par le Statut de Westminster 1931 (R.U.) 22 Geo. V, ch. 4.
Voir à ce sujet: Croft c. Dunphy 1933 A.C. 156.

¹⁸¹Ivon BERNIER, op. cit., supra n. 175, p. 51.

¹⁸²Att. Gen. for Canada c. Att. Gen. for Ontario, supra n. 180, p. 351 (Lord Atkin).

res 183. Si tel est le cas, on serait enclin à penser que la conclusion d'ententes internationales en matière d'investissement étranger relève du Parlement du Canada, et "a fortiori" s'il était constitutionnellement reconnu que les provinces n'avaient aucune capacité juridique internationale, comme l'avait laissé entendre le professeur Laskin:

The British North America Act limits provincial legislative power territorially: a provincial legislature must confine its valid enactments to operation within the boundaries of the province 184.

Section II - Les effets de l'attribution de la personnalité juridique au sein des relations internationales.

Dans certains milieux on reconnaît aux États fédérés le pouvoir d'exercer certains des attributs de la souveraineté; on leur attribue alors une personnalité internationale qualifiée de "partielle". O'Connell la définit en ces termes:

When it is said that a State in a federation is an international person, all that can be meant is that it is capable of international transactions within the areas of power in which it is

183 Hans KEJSEN, Principles of International Law, New-York, Rinehart and Company, 1952, p. 170.

Louis DE BEZ, Les principes généraux du Droit international public, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1964, p. 89.

Thomas A. LEVY, loc. cit.; supra n. 178, p. 71.

André PATRY, op. cit.; supra n. 176, p. 58.

184 Bora LASKIN, The Provinces and International Agreements, Ontario Advisory Committee on Confederation, Background Papers and Report, 1967, p. 132.

competent. It certainly cannot mean that it is universally competent 185.

Appliquée au contexte canadien, cette personnalité internationale partielle justifierait l'exercice par les provinces du "jus tractatum" mais non du "jus legationis" 186. En fait, certaines provinces ont déjà conclu plusieurs ententes internationales avec d'autres Etats 187. D'ailleurs, l'article 132 de l'A.A.N.B. est tombé en désuétude et la Constitution ne contient aucune disposition spécifique sur la conduite des relations internationales. Aussi a-t-on remarqué la précarité et la limitation des pouvoirs revendiqués par les provinces à ce niveau:

Although provincial governments are not empowered to appoint diplomatic or consular representatives, ..., they can, of course, maintain offices in other countries and appoint officials to deal with matters of provincial concern that relate essentially to the private sector 188.



185 D. P. O'CONNELL, State Succession and the Effect Upon Treaties of Entry into a Composite Relationship, (1963) 39 BYIL 54, 57.

Voir aussi: Hans Kelsen, op. cit., supra n. 183, p. 171.

186 On entend par "jus tractatum" le droit de conclure des traités et par "jus legationis" le droit de recevoir et d'envoyer des agents diplomatiques.

Voir à ce sujet: André PATRY, op. cit., supra n. 176, p. 20.

187 E. McWHINNEY, The New Pluralistic Federalism in Canada (1967) 2 Thémis p. 145.

Depuis il y a eu d'autres ententes de conclues surtout par les provinces du Québec et de l'Ontario.

188 Paul MARTIN, Federalism and International Relations, Ottawa, Queen's Printer, 1968, p. 39.

Plus précisément, il existe au Canada deux écoles de pensée pour déterminer à qui revient la pouvoir de conclure des ententes internationales. La première soutient que seul le Parlement du Canada serait habilité à parapher ces ententes car il s'agirait là d'une prérogative de la Couronne fédérale ¹⁸⁹.

Elle fut formulée par les Juges Duff, Davis et Kerwin de la Cour Suprême du Canada en ces termes:

As regards all such international arrangements, it is a necessary consequence of the respective positions of the Dominion executive and the provincial executives that this authority resides in the Parliament of Canada. The Lieutenant-Governors represent the Crown for certain purposes. But, in no respect does the Lieutenant-Governor of a province represent the Crown in respect of relations with foreign Governments. ¹⁹⁰

La deuxième école de pensée énonce que les provinces ont seules le pouvoir de conclure des ententes avec d'autres Etats sur des sujets qui relèvent de leur compétence exclusive suivant l'article 92 de l'A.A.N.B. Cette position fut argumentée par la province d'Ontario devant le Conseil privé, en appel de la décision de la Cour Suprême du Canada, en ces termes:

There are no grounds whatever for saying that the parties to advise His Majesty in matters relating to the jurisdiction of the Provinces

¹⁸⁹Id., pp. 13-14.

Voir aussi les commentaires d'Ivan BERNIER sur le sujet, op. cit., supra n. 175, pp. 52-53.

¹⁹⁰References re: The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and the Limitation of Hours of Work Act 1936 R.C.S. 461, 488.

have in some way come to be the Dominion Ministers. The Province has the right to advise the Crown in matters where its legislative powers apply. Ontario has a right to enter into an agreement with another part of the British Empire or with a foreign State ¹⁹¹.

Malheureusement, le Conseil privé ne s'était pas prononcé sur ces points particuliers soulevés de part et d'autre. Il avait clairement indiqué qu'il n'identifierait point l'autorité responsable de conclure les ententes internationales ¹⁹². Par sa décision, cependant, il avait déclaré "ultra vires" le Parlement du Canada trois lois donnant effet à des ententes internationales reliées à des organisations internationales du travail. Pour arriver à cette conclusion, le Conseil privé avait noté que l'accession du Canada à la souveraineté extérieure n'avait pas confié au Parlement du Canada le pouvoir de conclure avec d'autres Etats des ententes internationales sur des sujets qui relevaient exclusivement de la compétence des provinces ¹⁹³. La décision du Conseil privé était clairement un appel aux deux ordres de gouvernement les invitant à participer et coopérer à la conclusion de telles ententes:

It must not be thought that the result of this decision is that Canada is incompetent to legislate in performance of treaty obligations. In totality of legislative powers, Dominion and

¹⁹¹Att. Gen. for Canada c. Att. Gen. for Ontario, supra n. 180, p. 333.

¹⁹²Id., pp. 348-9.

¹⁹³Id., p. 352.

Provincial together, she is fully equipped. But the legislative powers remain distributed, and if in the exercise of her new functions derived from her new international status Canada incurs obligations they must, as far as legislation be concerned, when they deal with Provincial classes of subjects, be dealt with by the totality of powers, in other words by co-operation between the Dominion and the Provinces ¹⁹⁴.

Pour les fins de notre analyse, une autre décision revêt beaucoup d'importance: il s'agit de l'affaire Attorney General of B.C. c. Attorney General of Canada ¹⁹⁵. Ici deux ordres en conseil adoptés par la Colombie britannique furent déclarés "ultra vires" la province car ils contrevenaient au Japanese Treaty Act (Canada) de 1913. La décision des deux Cours a le mérite d'établir que les Législatures provinciales ne pourraient pas valablement adopter des lois et règlements s'appliquant à une matière qui a déjà fait l'objet d'une entente internationale conclue entre le Parlement du Canada et d'autres Etats si les dispositions de la loi provinciale entraînent en conflit avec les dispositions de l'entente internationale. Voici comment s'était exprimé le Juge Duff en Cour Suprême:

The treaty validated by statute of 1913 deals with subjects which are ordinary subject matters of international convention: with precisely the kind of thing which must have been in the contemplation of those who framed this section. The effect of the Act of 1913 is, in my opinion, at least this: that with respect to the right to dispose of their labour, the Japanese are to be in the same position before the law as the subjects of the most favoured nation. Equality

¹⁹⁴Id., pp. 353-354.

¹⁹⁵(1923) 63 R.C.S. 293 conf. par 1924 A.C. 203.

in the eye of the law in respect of these matters is what I think the legislation establishes. Does the Act of 1921 in its true construction infringe these rights of Japanese subjects? In my opinion it does. It excludes them from employment in certain definite cases. It is not, I think, material that the Province in passing the Act is engaged in administering its own corporate affairs. If it does, into effect, it goes into effect (as a law of the Province) abrogating rights guaranteed by the treaty. It is thus not only a law passed against the good faith of the treaty but it is, in my opinion; a law repugnant to the treaty and as such I think it cannot prevail.¹⁹⁶

En conséquence, il se pourrait que toute disposition législative ou réglementaire adoptée par une province et visant le commerce ou les étrangers serait "ultra vires" la province si elle contrevenait à un engagement du Canada souscrit dans une entente avec un autre Etat et affectant les droits des ressortissants de cet autre pays.¹⁹⁷

En résumé, même si les provinces peuvent valablement argumenter qu'elles ont déjà effectué des ententes internationales avec d'autres Etats¹⁹⁸, et que ces précédents devraient être reconnus constitutionnellement, la situation n'est pas claire, en droit international, quant à la possibilité pour un Etat fédéré d'avoir une personnalité juridique internationale.

¹⁹⁶Id., p. 330.

¹⁹⁷James E. ARNETT, op. cit., supra n. 37, p. 231.

¹⁹⁸LEVY remarquait à ce sujet: "Although the provinces are not constitutionally empowered to enter into transborder agreements, the practice is well-established and occasions little controversy", op. cit., supra n. 178, p. 98.

Aussi, la pratique en droit international veut que l'Etat fédéré obtienne le consentement ou l'approbation de l'Etat central:

International law remains unclear as to whether sub-divisions of federations may possess international status. While there is nothing in the law of treaties which expressly confers international juridical personality on federal sub-units, neither is there any rule of international law which denies them such status. There does, however, appear to be a consensus that for member-units of federations to enjoy international status, they must have the formal approval of their central governments and they must find other states willing to deal with them in the areas of their constitutional competence.¹⁹⁹

Par ailleurs, l'argument le plus fort en faveur du fédéral soutient qu'il relève de l'Etat central d'un Etat souverain de négocier et conclure les ententes avec d'autres Etats souverains.²⁰⁰ et que, dans le "British Commonwealth", le pouvoir de conclure des traités découle d'une prérogative de la Couronne.²⁰¹

Enfin, l'intervention du Canada pour réglementer l'investissement étranger dans son économie est vite devenue une matière ressortissant au domaine des relations internationales.

¹⁹⁹ Id., pp. 101-2.

²⁰⁰ Id., p. 102.

²⁰¹ Ce pouvoir appartiendrait à la Couronne fédérale selon les termes de Letters Patent Constituting the Office of Governor General of Canada, Effective October 1, 1947. Voir à ce sujet, KENNEDY, The Office of the Governor General in Canada, (1947-48) Univ. of Tor. L.J., p. 474.

Par exemple, les critiques étrangères provenant surtout des Etats-Unis et des pays membres de la Communauté économique européenne (la C.E.E.); étaient adressées au Gouvernement fédéral et visaient les politiques, droits et obligations de l'Etat central auprès des autres membres de la communauté internationale:

There are two more general points of concern upon which I want to touch briefly, because they might slightly disturb our close and cooperative relationship in the future. We fully understand Canada's desire to keep control, as far as is possible, of its own economic destiny. European business, as we see it, is essentially interested in a long-term cooperative relationship with Canadian firms. They want to invest here, because they have a technology to offer or because they want to secure stable supply of certain resources which Canada possesses. We do hope, in our joint interest, that FIRA will not lead because of its bureaucratic procedures to diminishing interest of potential European investors, especially small and medium-sized companies, in the Canadian market 202.

Quant au Secrétaire du Commerce des Etats-Unis, M. Malcolm Balbridge, il avait critiqué les mécanismes canadiens en ces termes:

They are inconsistent with an enlightened international investment policy and international obligations 203.

202 Remarques faites à Toronto, le 7 juillet 1981, par M. Wilhelm Haferkamp, vice-président de la Commission de la C.E.E. aux membres de Canada-U.K. Trade Association. Ces remarques sont citées dans Brief to the Honourable Herb Gray, Minister of Industry, Trade and Commerce, on the Foreign Investment Review Act, Canadian Bar Association, le 24 septembre 1981, à la p. 3 de l'Introduction.

203 Id., p. 4.

La problématique prit donc une envergure internationale lorsque fut logée une plainte du Gouvernement des Etats-Unis contre le Gouvernement du Canada auprès de l'organisme international du GATT ("General Agreement on Tariffs and Trade", i.e.: l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce):

The panel faulted the Foreign Investment Review Agency... for requiring such investors to promise to buy certain supplies and needs within Canada. This was judged a violation of a national treatment principle, whereby GATT members such as Canada are pledged to evenhanded treatment of foreign-owned and domestic companies 204.

Même si le conflit a pris une dimension internationale, il ne faut pas conclure que le droit international ne reconnaît pas la compétence du Canada à instaurer des moyens de contrôle sur les investissements étrangers au sein de son économie. Après la signature de la Charte des Nations Unies à San Francisco, E.-U., le 26 juin 1945 (elle entra en vigueur le 24 octobre 1945), la communauté internationale adopta plusieurs mesures à cet effet. Précisément, le 14 décembre 1974, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait la Charte des droits et des devoirs économiques des Etats où il est édicté que:

Article 2.

1. ...

204 Carl COLLINS, Canada Violated Trade Pact, International Panel Finds, Ottawa Citizen, Ottawa, le 13 juillet 1983, p. 5.

2. Chaque Etat a le droit:

- a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers;
- b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa; ²⁰⁵.

De plus, cette compétence est reconnue par l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (O.C.D.E.) dont le Canada est membre de même que les Etats-Unis, le Japon, l'Australie, les pays membres de la C.E.E., entre autres. A ce titre, le Canada et tous les autres pays membres, sauf la Turquie, ont signé la Déclaration de l'O.C.D.E., le 21 juin 1976, où il est reconnu:

²⁰⁵ Notons, en passant, que les E.-U. votèrent contre l'adoption de la Charte, alors que le Canada s'abstint de voter. Elle fut quand même adoptée par la majorité, soit 120 pays sur un total de 136. Depuis, les deux pays y ont adhéré.

11.4. que la Déclaration ne concerne pas le droit de tout pays Membre de réglementer l'admission des investissements étrangers ou les conditions d'établissement des propriétés étrangères 206 /

En conclusion, non seulement le Canada se doit d'adopter des mécanismes appropriés afin de réglementer l'investissement étranger et en contrôler les effets intérieurement, mais il doit aussi s'assurer que les mesures choisies respectent les dispositions auxquelles il s'est assujéti par la conclusion de traités et l'adhésion à des organismes internationaux. Ces ententes internationales ont été souscrites par le Gouvernement du Canada pour le Canada tout entier. Il s'agit là d'une responsabilité qui incombe à l'Etat central plutôt qu'aux législatures provinciales. Cette analyse nous permet donc de penser que la compétence législative du Parlement du Canada pour réglementer l'investissement étranger se justifie tant par la Constitution que par les conventions internationales. Maintenant, si la décision de l'Etat central d'intervenir en ce domaine ne pose pas de difficulté insurmontable, peut-on en dire autant des mécanismes choisis pour mettre en oeuvre la politique canadienne?

206 La Déclaration et les Décisions de 1976 concernant les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, le traitement national, les stimulants et obstacles aux investissements internationaux, dans Investissement international et Entreprises multinationales, OCDE, Paris, 1976.

DEUXIEME PARTIE: LES PROBLEMES JURIDIQUES SOULEVES PAR LES
MECANISMES D'EXAMEN DE L'INVESTISSEMENT
ETRANGER.

CHAPITRE I - La problématique.

Ayant décidé, en 1973, de réglementer l'investissement étranger, le Gouvernement posa un autre choix politique lorsqu'il demanda au Parlement de confier aux titulaires du pouvoir exécutif le mandat d'appliquer la Loi. Or, depuis l'entrée en vigueur de celle-ci, ces deux choix politiques ont fait l'objet de plusieurs critiques et même de suggestions visant l'abrogation de la Loi et l'abolition de l'Agence. Avant l'automne 1984, les autorités n'avaient pas pris le temps de les repenser même si l'occasion leur en avait été donnée. En effet, au moins deux initiatives parlementaires avaient servi à préparer cette remise en question.

Il y eut d'abord le projet de loi C-214 intitulé "Loi établissant le droit canadien régissant la dissolution des organismes fédéraux". Ce projet de loi visait à soumettre tous les organismes fédéraux, ainsi que les programmes et opérations de tous les ministères fédéraux, à l'examen d'un comité de la Chambre comprenant des représentants de tous les partis. L'examen devait permettre d'évaluer le rendement et les résultats obtenus par les organismes fédéraux et de rechercher s'il était publiquement utile de les maintenir. Le projet de loi adaptait

au contexte canadien le principe du "Sunset law" ²⁰⁷ que l'on retrouve aux Etats-Unis. L'A.E.I.E. était visée car elle était mentionnée à l'annexe I, dudit projet de loi ²⁰⁸. Celui-ci reçut sa première lecture le 30 octobre 1978 ²⁰⁹ et sa deuxième lecture le 16 février 1979 ²¹⁰ mais il ne reçut pas la faveur du Gouvernement qui ne le jugeait pas nécessaire. S'il avait été adopté, cependant, il aurait permis de procéder à une évaluation intégrale de l'efficacité de la politique du Gouvernement en matière d'investissement étranger et des moyens proposés par le Gouvernement pour la réaliser. Cet examen aurait assuré l'imputabilité ²¹¹ du Gouvernement devant la Chambre et le peuple

²⁰⁷En vertu de ce principe, tous les programmes et opérations du gouvernement prenaient fin après huit ans d'expérience ou à l'expiration de la durée de deux Législatures, à moins que la Chambre des Communes, sur la recommandation du Comité, ne décidât de les prolonger ou de les modifier pour les rendre plus efficaces ou plus économiques.

²⁰⁸L'article 4(1) du projet de loi énonçait: "chacun des organismes fédéraux figurant à l'annexe I de la présente loi sera sensé être dissout et ses programmes et opérations seront sensés prendre fin le 31 octobre 1980.

²⁰⁹C. des C., 4e session, 30e Législature, Vol. I, p. 578.

²¹⁰Id., Vol. III, p. 3332.

²¹¹La Commission Lambert définissait l'imputabilité en ces termes: "... l'obligation de rendre compte de la façon de s'acquitter des responsabilités qu'on leur a confiées qu'acceptent tous ceux qui exercent le pouvoir: l'obligation du Parlement, du Cabinet et de chacun des ministères et des organismes du gouvernement envers la population canadienne". Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité. Ottawa, Canada. Ministre des approvisionnements et services, 1979, p. 21. (La Commission Lambert, du nom de son président Allen Thomas Lambert).

canadien ²¹²; il aurait aussi favorisé la participation des citoyens au processus de réglementation en plus de permettre une analyse de fond sur la Loi et sur les rôles assumés par l'Agence, le Ministre responsable et le Cabinet ²¹³.

La deuxième initiative remonte à 1979. La 30^e Législature fut dissoute le 26 mars 1979, les élections eurent lieu le 22 mai 1979, et le Gouvernement libéral de P.E. Trudeau fut remplacé par le Gouvernement conservateur de Joe Clark. Le 5 novembre 1979, ce Gouvernement déposa un avis de motion aux fins de constituer un comité spécial pour étudier comment s'était faite l'application de la Loi depuis son entrée en vigueur, et faire les recommandations nécessaires au Parlement afin d'apporter les modifications au mécanisme d'examen ²¹⁴. Soumise à la Chambre par l'Honorable Michael Wilson, le 30 novembre 1979,

²¹²C. des C., supra n. 210, p. 3334.

²¹³Ibid.

²¹⁴C. des C., 11^{ème} session, 31^{ème} législature, Vol. I, p. 944.

Voici le libellé de cette proposition:

... Le ministre d'Etat chargé du commerce international (l'Honorable Michael Wilson à l'époque) propose:

Qu'un comité spécial de la Chambre des communes soit nommé et chargé:

1. D'examiner dans quelle mesure la loi sur l'examen de l'investissement étranger a rempli et remplit toujours son objet décrit par le Parlement à l'article 2, et de faire rapport sur la question; en tenant compte, entre autres, des événements importants et pertinents qui ont influé sur l'économie tant canadienne qu'internationale au cours de la période d'application de ladite loi;

2. De faire des recommandations quant aux modifications à apporter à la loi ou à sa mise en application, et ce pour que

a) la loi remplisse toujours mieux son objet;

b) soient minimisés les frais, les délais et les incertitudes du processus, pour ce qui est des investisseurs, et les frais, pour les gouvernements; et

cette proposition fut adoptée à l'unanimité²¹⁵. N'eût été du vote de non>confiance dont fut l'objet ce Gouvernement, à la fin de cette même année, le mécanisme d'examen aurait pu être

214 (suite)

c) le processus d'examen et de prise de décision puisse faire, de la part du Parlement et du public, l'objet de l'examen le plus minutieux possible tout en permettant de protéger les renseignements commerciaux ou autres de caractère privé;

3. Sans limiter la portée générale de ce qui précède, d'examiner les points suivants et de faire des recommandations à leur sujet:

a) la pertinence des mécanismes d'examen et de prise de décision en regard à l'éventail des investissements qui doivent être examinés en vertu de la loi;

b) les critères d'évaluation précisés au paragraphe 2(2) de la loi, compte tenu en particulier de l'application des politiques canadiennes de développement économique et industriel;

c) le rôle des provinces dans la mise en application de la loi; et

d) la mesure suivant laquelle les opinions des tiers concernés devraient être prises en considération, et la façon de procéder;

4. De faire rapport en temps pour la prochaine session du Parlement et, de toute façon, pas plus tard qu'en septembre 1980.

Que le comité spécial se compose de sept membres de la Chambre des communes qui seront désignés à une date ultérieure;

Que le comité soit autorisé à former, à même ses membres, les sous-comités qu'il jugera souhaitables et nécessaires et à leur déléguer une partie ou la totalité de ses pouvoirs, sauf celui de faire rapport directement à la Chambre, ou d'engager du personnel ou de commander des études;

Que le comité soit autorisé à convoquer des personnes, à demander les documents et les dossiers nécessaires, à interroger des témoins et à publier au jour le jour les documents et témoignages suivant les directives du Comité;

Que le comité soit autorisé à siéger durant les sessions et les périodes d'ajournement de la Chambre des communes;

Que le comité soit autorisé à siéger à différents endroits au Canada, et

Que le comité soit autorisé à retenir les services d'experts-conseils, et à commander des études ou des recherches qui l'aideront à remplir son mandat, et qu'il soit également autorisé à s'assurer les services professionnels, techniques, sténographiques et de bureau dont il peut avoir besoin".

²¹⁵ Id., Vol. 11, pp. 1896-1910.

repensé. Selon le personnel de l'Agence, le Comité n'a même pas eu le temps d'être formé, la Législature étant dissoute le 14 décembre 1979. Le Gouvernement Trudeau qui lui succéda au début de 1980, ne poursuivit pas l'initiative.

Cependant, depuis 1973, il est vrai que certains amendements furent apportés aux mécanismes d'examen. Or, ces changements n'avaient pour but que d'améliorer la procédure en écourtant les délais pour la prise des décisions par le Cabinet et en diminuant le nombre d'informations demandées lorsqu'il s'agissait de propositions d'investissements étrangers de moindre envergure. Ces amendements ont-ils solutionné les problèmes qui alimentaient les critiques? Pour répondre à cette question, il faut voir si les mécanismes d'examen, y compris ceux proposés par le projet de Loi C-15, et surtout ceux-ci, peuvent répondre aux besoins du Canada. A cette fin, nous avons regroupé les problèmes actuels en deux classes, à savoir ceux reliés à l'absence et/ou l'insuffisance d'informations émises par l'autorité responsable de cette administration et ceux reliés à l'absence et/ou l'insuffisance du respect de la règle de droit dans le processus d'examen et de décision. Nous énoncerons les premiers et nous analyserons les seconds.

Premièrement, lorsqu'on veut analyser et évaluer comment le Gouvernement a exécuté le mandat qu'il a sollicité du Parlement en 1973, on se heurte à une difficulté majeure: en

effet, il est difficile d'obtenir des renseignements car l'Agence opère dans le secret, les échanges entre l'Agence et le Ministre ainsi que ceux entre le Ministre et le Cabinet, sont confidentiels, les délibérations du Cabinet sont secrètes et les décrets du Gouverneur en conseil ne sont pas motivés. La rareté et la pauvre qualité des informations fournies sur l'administration et l'application de la politique canadienne en matière d'investissement étranger sont responsables d'une absence quasi-totale d'imputabilité de la part du Gouvernement ²¹⁶. Lorsqu'un Gouvernement décide d'administrer les affaires de son pays derrière des portes fermées, il créera autour de lui, inévitablement, un climat d'incertitude et de soupçon et mettra en jeu sa crédibilité, comme l'a fait remarquer la Commission Lambert ²¹⁷.

Deuxièmement, il faut déplorer l'inexistence d'une vraie politique de l'investissement étranger au Canada. S'il y avait eu plus d'ouverture au sein de l'Agence, du Ministre et du Cabinet, le Canada aurait peut-être aujourd'hui une politique connue au vu et au su de tous en matière d'investissement étranger. Entre autres, ceux qui croient en son utilité, voire sa nécessité, disposeraient à ce moment-là de renseignements pour

²¹⁶C. des C., 1ère session, 31e Législature, Vol. II, p. 1607.

²¹⁷Op. cit., supra n. 211, p. 9.

justifier la politique canadienne auprès des autres ²¹⁸. On aurait probablement évité plusieurs critiques de la part des Américains comme, par exemple, celles que faisait Espinosa en ce sens:

The guidelines set forth in the Act are vague and unclear...

If the concern is serious, what further strictures can be expected in the future? How many concessions will be asked of foreign investors under the present bill? To what extent is the positive force of Canadian nationalism likely to assume an anti-U.S. bias? Will Canadian-U.S. economic interdependence inexorably increase, or will it be actively resisted by a noncontinentalist Canadian policy?

What the future will bring is unclear...

If Canada does not yet know what it wants, more and more Canadians are giving the subject thought, and clearer formulation of Canadian policy toward foreign investment seem likely to emerge.

The sooner such a policy is defined, the better ²¹⁹.

Cette faiblesse dans la Loi et cette négligence du Gouvernement expliqueraient pourquoi, plus de dix années après l'entrée en vigueur de la Loi, le Canada n'a toujours pas de politique statutairement élaborée en ce domaine ²²⁰. Cette lacune mettrait

²¹⁸ "... Si nous avons plus d'information à son sujet, il serait plus facile de prendre partie en faveur du Canada", C. des C., lière session, 32e Législature, Vol. XIX, p. 21661, le 16 décembre 1982 (le député Nystrom).

²¹⁹ Loc. cit., supra n. 8, pp. 1035-37-41.

²²⁰ Brian DERRAH, loc. cit., supra n. 8.

en question non seulement l'efficacité mais aussi la légitimité du mécanisme actuel:

... Cabinet does not provide policy statements because they do not want to face issues nor constrain their freedom of movement. Cabinet members, according to this argument, perceive the option of issuing policy statements in terms of a zero-sum game in which they can only lose.²²¹

Troisièmement, on s'est demandé aussi à quelques reprises quel rôle exactement s'étaient attribués le Ministre responsable et le Cabinet. On avait craint, lors des débats, que l'administration se fasse en coulisse et que certaines décisions du Ministre responsable et du Cabinet soient le résultat de pressions politiques ou soient prises pour des considérations autres que les objectifs prévus dans la Loi, et qu'il soit impossible de le contrôler vu le manque de renseignements.

I do not know that we are using the same facts to draw the same conclusions. Where we must be very careful in considering this act and its effect is that it does not simply become a device whereby the government using a discretion can sort of say who and who not can join the foreign club in Canada. Indirectly you are putting those foreign concerns that are now in Canada and who have no curtailment of their activities in an extremely advantageous position since the would-be competitor who is not already in Canada must be screened and at your (le

²²¹ SCHULTZ, SWEDLOVE et SWINTON, op. cit., supra n. 8, pp. 35 et 39. Quant au professeur Janisch, il fera le même reproche et soulignera qu'il s'agit d'une tendance assez généralisée du Cabinet fédéral. Voir à ce sujet: H.N. JANISCH, Policy-Making in Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada, (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 46.

Ministre Gillespie) discretion will be accepted or not, whereby the man that is already in the club is completely free to expand, certainly as you indicated, through the drilling of oil wells or in various other ways. I think it is very important that this Committee and that you as the Minister ensure that this screening agency will not in effect be used in this way. 222.

Quatrièmement, il n'existe pas de mécanisme efficace bien défini permettant d'assurer la surveillance et le contrôle sur les investisseurs étrangers dont les propositions ont été autorisées. Or, la loi n'est pas silencieuse à ce sujet car il existe plusieurs dispositions pour forcer les investisseurs étrangers à respecter leurs représentations auprès du Gouvernement canadien, mais les règles ne sont pas appliquées comme elles le devraient. D'ailleurs, selon le personnel de l'Agence, aucune procédure n'a encore été intentée à date contre un investisseur étranger en défaut d'avoir respecté les termes et conditions et/ou un engagement écrit, même s'il est arrivé dans le passé que des investisseurs étrangers, soient ainsi en défaut 223. Lorsqu'un tel événement s'est produit, l'Agence a préféré rediscuter et modifier les termes et conditions de l'autorisation émise par le Cabinet. On n'a qu'à penser aux affaires "Cow & Gate Company", "Skil", "American Can Company", "Redpath", "Tate and Lyle", "Marks & Spencer" et, plus récemment "Black and Decker Canada Inc." et "Rayovac Canada Inc.", par exemple.

222 C. des C., Co. perm. des fr., du com. et des q.é. 11ère session, 29e législature, à 38:26, le 5 juillet 1973 (le député Stevens).

223 C. des C., 11ère session, 30e législature, Vol. VIII, pp. 7750-1, le 21 juillet 1975 (le Ministre Gillespie).

Or, lors des débats sur le projet de loi C-132, le Ministre Gillespie avait indiqué que le non respect des engagements souscrits pouvaient entraîner des sanctions judiciaires; il s'empressa d'ajouter qu'il s'agissait là d'une mesure de dernier ressort à laquelle le Gouvernement n'aurait probablement jamais recours, car il préférerait négocier de nouveaux engagements. Il expliqua cette politique par l'exemple du marché des "frisbees":

In normal circumstances the inability to fulfill undertakings will lead to discussions with the Minister and perhaps to the negotiation of new undertakings. Like any contract, an undertaking can be modified with the consent of both parties. If, however, the failure to comply with an undertaking is clearly the result of changed market conditions—for example the undertaking to export frisbees is followed by the collapse of the frisbee market—the person would not be held accountable. ²²⁴

En conclusion, sur ce quatrième point, il faut souligner que le Cabinet peut induire les Canadiens en erreur: étant donné la modification toujours possible des engagements, il n'a peut-être pas en mains, au moment d'autoriser la proposition, les éléments nécessaires lui permettant de justifier sa décision. Par ailleurs, soutenir la position du Gouvernement équivaut à reconnaître que la souscription d'engagements est nécessaire non pas pour prendre la décision mais plutôt pour créer l'impression que les objectifs de la Loi sont respectés et

²²⁴Id., 1ère session, 29e Législature, à 26:16, le 5 juin 1973.

que les administrateurs s'acquittent de leur mandat. Cette attitude ne peut pas être celle d'un Gouvernement responsable de sa gestion, car, en droit, il répugne de reconnaître à qui que ce soit l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir si cet exercice n'est pas assorti de la responsabilité de l'exercer suivant les termes prévus par la loi 225. Cette responsabilité comporte le devoir de faire exécuter la Loi selon toutes ses dispositions, y compris celles prévoyant des sanctions au cas d'inexécution des conditions d'autorisation. La Loi sur l'examen de l'investissement étranger permet au Gouvernement d'influencer quotidiennement la formation et le développement de l'économie canadienne. L'usage qu'il fait de ce pouvoir est la mesure de la valeur et de l'efficacité de sa politique sur l'investissement étranger et de sa politique économique. Les difficultés posées par l'absence d'un mécanisme efficace de contrôle pourraient s'atténuer si le Gouvernement diffusait de l'information sur les engagements souscrits par les investisseurs étrangers et les conditions d'autorisation des propositions. Or, l'absence de renseignement n'a pas permis aux Canadiens de connaître la qualité de l'administration de la Loi ni de tenir le Gouvernement responsable de sa gestion.

225 "Power without responsibility has no place in a government based on the theory of democratic control, for responsibility is the people's only weapon, their only insurance against abuse of power" U.S. Report of the President's Committee on Administrative Management in the Federal Government (The Bronlow Committee on Administrative Management), U.S. Government Printing Office, Washington, E.U. 1937, p. 40.

Il s'agit là, selon nous, de la première espèce de problèmes, celle découlant de l'absence et/ou l'insuffisance d'informations propre au mécanisme actuel. Quant à l'autre espèce de problèmes, elle découle, à notre avis, du fait que le principe de la légalité ne serait pas assez respecté par l'Agence, le Ministre et le Cabinet.

Au fond, la problématique repose sur une question d'intérêt public. Le Gouvernement maintient que la production de ces informations serait préjudiciable à la bonne administration du Cabinet, du Ministre responsable et de l'Agence ainsi qu'aux intérêts commerciaux et industriels des proposeurs et serait donc contraire à l'intérêt public. Or, l'intérêt public ne s'étend-il pas à s'assurer de la bonne administration de la justice? Il semblerait donc d'intérêt public que le gouvernement rende compte de son administration, au moins lorsque demande lui en est faite, à la Chambre ou ailleurs, de sorte que soit maintenue la confiance du public en la démocratie parlementaire et en la justice, et que l'on connaisse les exigences qu'il faut respecter pour réaliser les objectifs de la loi. Dans cet ordre d'idées, le Conseil économique observait que:

... Quand les gens sont bien informés, la valeur de toute chose peut se mesurer à ce que les gens

sont disposés à sacrifier pour l'obtenir ou la conserver.²²⁶

L'intérêt public ne repose-t-il pas aussi sur la nécessité pour toutes personnes intéressées dans une proposition d'investissement étranger, Canadiens ou étrangers, d'être assurées que si leurs droits et intérêts ont été affectés par une décision du Cabinet, du Ministre ou même de l'Agence, ils le furent dans le respect des principes de justice naturelle, et, sinon, qu'il y ait ouverture à l'intervention judiciaire pour corriger la situation. La justice l'exige comme l'avait souligné le Juge en chef Lord H.ewart:

"It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done."²²⁷

Lorsque l'État décide d'intervenir et de réglementer une activité quelconque de la vie sociale, culturelle ou économique, il doit s'assurer que les droits et intérêts des justiciables ne seront pas brimés:

"It is quite possible nowadays for a citizen's rights to be accidentally crushed by the vast juggernaut of the government's administrative machine. In this age of the welfare state, thousands of administrative decisions are made each year by governments or their agencies, many

²²⁶Rationalisation de la réglementation publique, Rapport provisoire du conseil économique du Canada, November 1979, p. 30.

²²⁷Rex c. Sussex J.J. Ex parte McCarthy
1924 L.K.B. 256, 259.

of them by lowly officials; and if some of these decisions are arbitrary or unjustified, there is no easy way for the ordinary citizen to gain redress." 228

A cette fin, il a le devoir de s'assurer qu'il existe des mécanismes appropriés permettant aux administrés de se pourvoir contre les décisions rendues par les organismes chargés d'appliquer la réglementation, s'ils s'estiment lésés par ces décisions qui affectent leurs droits et intérêts:

"... What every form of government needs is some regular and smooth-running mechanism for feeding back the reactions of its disgruntled customers, after impartial assessment, and for correcting whatever may have gone wrong... It is a fundamental need in every system." 229

La société démocratique canadienne ne peut pas se permettre ni devant ses propres membres, ni devant les membres de la communauté internationale, d'adopter des lois aussi importantes que la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, sous le Gouvernement Trudeau en 1973, et que la Loi concernant l'investissement au Canada sous le Gouvernement Mulroney en 1985, et d'en confier l'administration et l'application à des organismes non assujettis au respect de la primauté du principe de la légalité. Or, plus de dix années ont démontré que des problèmes sérieux, voire des iniquités, se sont

²²⁸ Donald C. ROWAT, An Ombudsman Scheme for Canada, (1962) 28 Canadian Journal of Economics and Political Science, p. 543.

²²⁹ H.W.R. WADE, Administrative Law, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 74.

manifestés et que les droits des justiciables ont pu être traités de façon arbitraire. Les principaux problèmes d'ordre juridique engendrés par les mécanismes d'examen peuvent être classés en deux groupes: les uns se rapportent à la procédure suivie lors de l'évaluation et la prise des décisions, les autres, à l'aspect substantif des dispositions de la Loi en rapport à certaines fonctions exécutées par chacun des intervenants.

Premièrement, trois reproches principaux peuvent être formulés en ce qui concerne l'aspect procédural de l'administration de la Loi: d'abord, toute l'information servant ou susceptible de servir à la prise de décision n'est pas communiquée aux intéressés. Ensuite, lorsque l'Agence et le Ministre procèdent à des consultations avec d'autres organismes ou ministères fédéraux, des provinces et même des tiers, les intéressés n'y participent pas. Enfin, les recommandations faites à l'instance décisionnelle ne sont pas communiquées aux intéressés. En somme, on déplore le fait que les intéressés ne peuvent pas connaître l'information soumise à l'instance décisionnelle et ne peuvent pas en discuter avant l'adoption de la décision.

Deuxièmement, en ce qui concerne l'aspect substantif de la Loi, les problèmes visent surtout des questions reliées soit à l'exercice de pouvoirs non prévus dans la Loi, soit au

défaut d'exercice de pouvoirs prévus dans la Loi, soit à l'exercice de pouvoirs illégalement délégués. En somme, on souligne alors le danger pour l'Agence, le Ministre responsable et le Gouverneur en conseil d'agir "ultra vires" leurs pouvoirs. Le Parlement du Canada a confié à chacun des intervenants le mandat d'accomplir certaines fonctions et, à cette fin, leur a reconnu des pouvoirs spécifiques. Chacun est alors obligé par la Loi à exécuter ses fonctions, à exercer seulement les pouvoirs qui lui sont reconnus et à ne pas les déléguer.

Troisièmement, certains déplorent que la Loi ne prévoit pas de moyen de se pourvoir contre les décisions prises par le Ministre et le Gouverneur en conseil sur ce qui constitue un avantage appréciable pour le Canada. La décision étant discrétionnaire, les décrets n'étant pas motivés, les recours au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures sont rendus très difficiles, voire impossibles. Cependant, depuis une jurisprudence récente de la Cour Suprême du Canada, la notion d'équité, dont le professeur Patrice Garant souligne l'implantation en parlant de l'arrivée d'une "nouvelle justice naturelle"²³⁰ et qui apparaît comme "une extension des principes de justice naturelle à l'activité purement administrative de l'Administration"²³¹, est devenue une règle de protection en

²³⁰ Patrice GARANT, Droit administratif, 2e édition, Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1985, p. 714.

²³¹ René DUSSAULT et Louis BORGEAT, Traité de Droit administratif, 2e édition, Québec, Les presses de l'Université Laval, 1984, Tome I, p. 352.

faveur des justiciables. Il n'est plus certain maintenant que les décisions du pouvoir exécutif, décrets du Gouverneur en conseil ou arrêtés ministériels, sont à l'abri de l'intervention des Tribunaux depuis l'adoption de la loi constitutionnelle de 1982. D'ailleurs, au moment de réviser notre texte, nous apprenons que la Cour Suprême du Canada a rendu son jugement dans l'affaire Operation Dismantle, le 9 mai 1985, et décidé que les faits et gestes du Cabinet devaient respecter la Charte canadienne et que les tribunaux étaient compétents pour s'en assurer.

Quatrièmement, les problèmes créés par le peu d'importance accordé au principe de la légalité lors de l'évaluation des propositions et au moment de la décision d'autorisation seraient probablement moins nombreux si le mandat d'appliquer la Loi avait été confié à un organisme astreint à respecter les principes de justice naturelle dans l'exécution de ses fonctions. L'essentiel de ces principes avait été décrit par l'honorable Juge Gérard LaForest, alors qu'il était membre de la Commission de réforme du droit du Canada, en ces termes:

"The rules of natural justice do not admit of precise definition. But they have an important core of meaning nonetheless. A person must not be a judge in his own cause; he must not be biased. Both sides must be heard; a person must have an opportunity to hear the case he has to meet." 232

²³²Conference on Administrative Justice, Ottawa, Faculté de Droit, Université d'Ottawa, Juillet 1978, p. 5.

La possibilité de la survenance de ces problèmes n'a peut-être pas été perçue par certains parlementaires qui s'étaient mépris sur le type d'opération du mécanisme d'examen. Confronté par les faiblesses de certaines dispositions de la Loi et par les injustices qui en résultaient, le député Hal Herbert avait déploré que le projet de loi n'avait pas été suffisamment débattu par les membres du Parlement qu'il avait blâmés à ce sujet. Il avait aussi reproché aux responsables de la présentation du projet de loi de ne pas avoir expliqué clairement le type d'administration réservé à la politique canadienne sur l'investissement étranger. En somme, on ne s'était pas suffisamment interrogé sur le rôle que jouerait la règle de droit dans les rapports entre l'Agence, le Ministre responsable et le Cabinet, d'une part, et les administrés, d'autre part. La pauvreté de l'analyse de proposition d'amendement en troisième lecture sur le statut de l'Agence et la nature des fonctions réservées aux trois principaux intervenants en est la preuve.

Le Gouvernement a déposé le projet de loi C-15 dans le but de créer un climat favorable à l'investissement de la part des non-Canadiens et des Canadiens. Selon certains, le Canada doit persuader les investisseurs étrangers qu'il a besoin de leurs capitaux chez lui où ils seront les bienvenus et où ils

ne courent aucun risque 233. Leur objectif est louable, mais les réformes proposées vont-elles corriger et prévenir les situations inévitables vécues sous le mécanisme actuel depuis l'entrée en vigueur de la Loi? Il nous reste à faire l'analyse de ces énoncés.

Chapitre II - L'aspect procédural du mécanisme d'examen.

Même si le régime juridique établi par les principes traditionnels de justice naturelle, en droit administratif, ne s'applique pas vraiment au processus suivi par le mécanisme d'examen puisque l'autorité chargée d'administrer la Loi n'exerce pas de fonctions judiciaires ni quasi-judiciaires, comme telles, il reste que la règle d'équité procédurale devrait être respectée. Comme le souligne le professeur Garant, "ce devoir d'équité procédurale est une adaptation aux fonctions administratives des modalités d'application, notamment, de la règle "audi alteram partem" comme l'a soutenu la Cour Suprême dans quelques arrêts" 234. De Smith précisera que cette règle d'équité constitue même un principe de droit substantif en plus

233 PC Govt Would Revamp Fira, Says Tory MP, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 juillet 1984, p. 3 (Sinclair Stevens).
Tories Would Restrict Fira Reviews: Wilson, Ottawa Citizen, Ottawa, le 10 août 1984, p. 4 (Michael Wilson).
PCs Pledge to Revamp Fira, Welcome Foreign investment, Ottawa Citizen, Ottawa, le 23 août 1984, p. 3 (Brian Mulroney).
Voir aussi l'opinion de John Crosbie: C. des C., 1ère session, 32e Législature, Vol XVI, pp. 18801-2, le 23 juin 1982.

234 Droit administratif, op. cit., supra n. 230, p. 714.

d'être une règle de procédure ²³⁵. A la lumière de cette règle il faut maintenant se demander si les proposeurs d'investissements étrangers sont traités avec justice et équité lorsque leurs projets franchissent les diverses étapes du mécanisme d'examen.

Section I. - La recherche et l'obtention de l'information, servant ou susceptible de servir à l'instance décisionnelle.

L'Agence entreprend son processus d'enquête lorsqu'elle juge le contenu de l'avis conforme aux exigences statutaires. En pratique, elle consulte alors la ou les provinces concernées ainsi que plusieurs ministères, bureaux et organismes fédéraux. Même les représentations faites par de tierces personnes sont notées par l'Agence et font partie du dossier du proposeur ²³⁶. Le Gouvernement semble s'être éloigné de la garantie, qu'il avait assurée, de restreindre ses consultations sans la permission des intéressés:

... The government will not be entitled to consult with anyone other than an immediate party

²³⁵J.M. EVANS, De Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed., London, Stevens & Sons Limited, 1980, p. 346.

²³⁶Entre la demande et la décision, article écrit par le personnel de l'Agence, L'investisseur étranger, automne 1982, p. 6: "... Mais l'Agence considère les opinions soumises par des tierces personnes et en informe le Ministre." SCHULTZ, SWEDLOVE et SWINTON, op. cit., supra n. 8, p. 68: "When the Agency receives a representation from a third party, a letter is sent out thanking him and inviting him to supply further information when and if he wishes."

to the proposal or a provincial government, without the permission of the person to whom any information he may wish to use relates 237.

Ces interventions de tierces personnes peuvent provenir, par exemple, d'acquéreurs potentiels intéressés à la prise de contrôle de la société visée; elles proviennent aussi parfois de concurrents intéressés à faire valoir des arguments sur la venue de cette société dans les marchés canadiens, de syndicats dont les membres peuvent être affectés par ce changement de contrôle, de politiciens, etc...

Lors de ces consultations, les informations soumises par les proposeurs à l'Agence sont dévoilées aux provinces, ministères et bureaux fédéraux. Cette procédure permet de recueillir un nombre considérable de renseignements. L'Agence s'en sert pour monter son dossier et, ultimement, pour juger le bien-fondé de la proposition et faire sa recommandation au Ministre. Plusieurs de ces renseignements, notamment les réactions des provinces, jouent un rôle important dans le sort réservé aux propositions 238.

²³⁷Roberto D. GUALTIERI, Canada's New Foreign Investment Policy (1975) 10 Texas International L.J., 46, 60.

²³⁸Warren G. GROVER, FIRA: in a Nutshell, Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, Chicago, E.-U. American Bar Association, 1976, p. 13: "... The provincial policy input is also very important. Indeed the New Brunswick government has publicly threatened court action if the Bricklin car deal is not approved."

Selon le personnel de l'Agence, toutefois, depuis les modifications de novembre 1982, il semble que le proposeur est maintenant informé de la nature des renseignements défavorables à son projet sans que lui soit dévoilée l'identité de l'informateur. S'il en est ainsi, on n'a pas les moyens de savoir si la nouvelle procédure est suivie ou non. Il y aurait donc avantage à le prévoir soit dans la Loi soit dans les règlements de sorte que cette procédure devienne réglementaire plutôt que discrétionnaire et purement facultative. On reconnaîtrait ainsi légalement le droit du proposeur à recevoir ces renseignements négatifs à son projet.

Bref, il s'agit là de renseignements portés à la connaissance des administrateurs, soit l'Agence, le Ministre responsable et le Cabinet, retenus ou susceptibles d'être retenus par l'instance décisionnelle. Or, on ne communique pas aux intéressés tous les renseignements analysés pour disposer de leurs propositions d'investissement. En conséquence, les administrés ne sont pas assurés que toutes les informations échangées sont exactes et conformes à leur avis d'investissement; ils ne sont pas plus assurés que les renseignements se rapportent aux dispositions de la Loi et que leurs propositions sont évaluées selon la Loi et les règlements. A ce sujet, il est inquiétant de constater l'absence de dispositions légales permettant aux intéressés d'avoir accès à ces renseignements et de pouvoir y répondre.

Section II - L'absence des intéressés aux
diverses consultations effectuées
par les administrateurs.

Les intéressés ne sont pas convoqués aux séances de consultation et ne connaissent même pas l'identité des personnes et organismes consultés. Or, il s'agit de véritables enquêtes "ex parte" dont les résultats affectent les droits et intérêts des étrangers et des Canadiens²³⁹; en effet, ces derniers peuvent avoir des intérêts directs dans une proposition soit comme associés au proposeur soit comme actionnaires de la société à acquérir, par exemple, et avoir intérêt à participer au processus. Il est encore inquiétant de constater l'absence de dispositions légales prévoyant l'expédition aux intéressés d'un avis de convocation à ces séances et le droit de s'y faire entendre ou, tout au moins, prévoyant le droit de connaître les informations qui y furent échangées et le droit d'y répondre.

Section III - L'incapacité des intéressés de
contester les recommandations
soumises à l'instance décisionnelle.

²³⁹SCHULTZ, SWEDLOVE et SWINTON avaient souligné justement que les droits et intérêts des Canadiens étaient aussi affectés lors du traitement des propositions d'investissement et avaient surnommé les Canadiens de "grands oubliés" dans l'application du processus d'examen. Le premier Commissaire de l'Agence, Richard Murray, avait remarqué à ce sujet: "As the Canadians keep selling out their businesses for all kinds of reasons, the highest and best bid often comes from American companies. It is very unfair to talk about takeover, takeover, takeover. For every take-over there is a genuine Canadian "sell-out", who really wants to sell his business at the highest price", Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, op. cit., supra n. 238, p. 6.

Présentement, l'Agence soumet sa recommandation d'autoriser ou non la proposition d'investissement au Ministre responsable et ce dernier soumet la sienne au Gouverneur en conseil. Selon le projet de loi C-15, le Ministre responsable ne soumettra sa recommandation au Gouverneur en conseil que s'il "juge qu'il est d'intérêt public de soumettre [un] investissement à l'examen" (art. 15b)(i)) afin que le Gouverneur en conseil prenne "un décret à cet effet". L'Agence se limitera probablement à faire des recommandations au Ministre, dans le cas d'examen, pour savoir si la proposition devrait faire l'objet d'un examen et, si oui, après l'examen, pour savoir si "l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada" (art. 21(1)). Présentement on ne sait pas ce qui peut manquer dans la recommandation de l'Agence ou du Ministre, tout comme on ne sait pas si tous les renseignements soumis par l'investisseur étranger sont joints à la recommandation. Or, ces recommandations influencent grandement l'instance décisionnelle ²⁴⁰. Il est donc inquiétant, encore une fois, de constater l'absence de dispositions légales prévoyant le droit des intéressés de recevoir une copie de ces recommandations et le droit de les contester, au besoin.

Chapitre III - L'aspect substantif du mécanisme d'examen.

²⁴⁰ La recommandation de l'Agence serait suivie par le Ministre dans 96 à 97 p. 100 des cas: C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 1ère session, 32e Législature, à 20:8. Voir aussi: L'investisseur étranger, automne 1982, Vol. 6, no. 1, p. 6. La recommandation du Ministre responsable serait presque toujours suivie par le Cabinet: SCHULTZ, SWEDLOVE et SWINTON, op. cit., supra n. 8, p. 77.

La jurisprudence et la doctrine font des distinctions, parfois ténues, entre la décision judiciaire, la décision quasi-judiciaire et la décision administrative ou ministérielle. Pour les uns, la décision est judiciaire lorsqu'elle relève des tribunaux de droit commun et qu'il existe un véritable "lis inter partes", car, entre autres, la seule justice véritable serait la justice traditionnelle administrée par les tribunaux ordinaires, les seuls à offrir les vraies protections inhérentes à l'idée de justice ²⁴¹. On a même soutenu que des décisions judiciaires ne pouvaient pas être prises par des organismes autres que les tribunaux judiciaires ²⁴². Pour les autres, il existe une justice administrative, parallèle à la justice civile et pénale, dispensée par des organismes administratifs ²⁴³ dont les décisions sont plutôt des décisions quasi-judiciaires et se distinguent de celles qui relèvent des tribunaux ordinaires. Dawson a expliqué cette distinction en ces termes:

The distinction between the two is not at first glance apparent. In a formal dispute at which contesting parties present their cases, facts will be ascertained through the examination of

²⁴¹ Les Tribunaux administratifs au Québec, Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs au Québec, 1971, p. 5.

V. BERGERON, La crise de la justice, (1978) 38 R. du B., 536, 540.

WADE, op. cit., supra n. 229, pp. 12, 25.

S.A. de SMITH, op. cit., supra n. 235, pp. 5-11.

²⁴² Lord G.H. HEWART OF BURY, Not Without Prejudice, 1937, p. 96.

²⁴³ DUSSAULT et BORGEAT, op. cit., supra n. 231, p. 317. Rapport du Groupe de travail sur les tribunaux administratifs au Québec, op. cit., supra n. 241, p. 2.

evidence and questions of law determined by the submission of legal arguments. If the decision which follows is rendered on the facts in accordance with the law, it is said to be a judicial one. If, however, the presiding officer, having ascertained the facts, is not legally obliged to give a decision solely in accordance with the law, the decision is quasi-judicial ²⁴⁴.

Enfin, la nature de la décision ministérielle reçoit trop souvent une interprétation confuse, comme l'ont noté plusieurs auteurs ²⁴⁵. En effet, pour certains cette notion évoque les pouvoirs dont un Ministre de la Couronne est investi. Mais, en droit administratif, cette décision se distingue car elle "ne suppose pas l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative chargée de la prendre" ²⁴⁶. En fait, la décision est ministérielle lorsque la loi habilitante prévoit une norme expresse et que l'administrateur est obligé de s'y conformer.

²⁴⁴R.M. DAWSON, The Government of Canada, 5e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1970, p. 396.
Voir aussi: DUSSAULT et BORGEAT, op. cit., supra n. 231, pp. 320-321.
Pure Spring Co. Ltd c. Minister of National Revenue (1947) 1 D.L.R. 501, 509: "A quasi-judicial decision is thus one which has some of the attributes of a judicial decision, but not all" (M. le Juge Thorson).
S.A. DE SMITH, op. cit., supra n. 235, p. 77.

²⁴⁵DUSSAULT et BORGEAT, op. cit., supra n. 231, p. 314.
G. PEPIN et Y. OUELLETTE, Principes de contentieux administratif, 2e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 138.
S.A. DE SMITH, op. cit., supra n. 235, p. 70.

²⁴⁶DUSSAULT et BORGEAT, op. cit., supra n. 231, p. 314.

L'application de ces distinctions aux décisions prises par les administrateurs de la politique canadienne en matière d'investissement étranger nous permet de conclure que certaines d'entre elles sont de nature ministérielle alors que d'autres pourraient être de nature quasi-judiciaire. En effet, étant donné que la décision ministérielle ne résulte pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, toutes les décisions prises par le Ministre et le Gouverneur en conseil sans suivre une norme prescrite dans la Loi, seraient donc de nature quasi-judiciaire. S'il en était ainsi, l'instance décisionnelle devrait respecter les principes de justice naturelle surtout lorsque ses décisions seraient susceptibles d'affecter les droits et intérêts de certains administrés. A ce niveau-ci, il importe peu que le pouvoir décisionnel relève d'un représentant du pouvoir exécutif ou d'un organisme administratif autonome.

Par ailleurs, l'article 10 de la Loi reconnaît au Ministre le pouvoir discrétionnaire de juger si l'investissement "apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada"; le même pouvoir est reconnu au Gouverneur en conseil en vertu des dispositions de l'article 12 de la même Loi. Cependant, le Parlement ne leur a pas reconnu des pouvoirs discrétionnaires absolus, car ils doivent appliquer les facteurs énumérés à l'article 2(2) de la Loi dans l'exercice de leur discrétion. Il ne s'agit pas là de décisions purement ministérielles, non plus, et si les avis et les recommandations du Ministre de même que les conclusions de l'évaluation du Gouver-

neur en conseil étaient rendues publiques et motivées, nul doute que les tribunaux pourraient intervenir afin de s'assurer que l'autorité a exercé son pouvoir discrétionnaire tout en respectant les règles du statut.

En somme, le problème se soulève à cause de la façon secrète et confidentielle du Ministre et du Cabinet d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires. Si la Loi était administrée avec transparence, les tribunaux pourraient vérifier si les conditions statutaires de l'exercice des pouvoirs ont été respectées et si la décision, qu'elle soit ministérielle ou quasi-judiciaire, a été prise au moins avec équité. Enfin, quelle que soit la nature de la décision, et même si les administrateurs sont les représentants du pouvoir exécutif, l'exercice du pouvoir décisionnel est déterminé par le contenu du statut. L'instance décisionnelle dispense une justice administrative; pour assurer, en partie, son imputabilité, la loi définit et délimite l'exercice de ses pouvoirs.

Section I - Les compétences statutaires des trois principaux intervenants dans le processus d'évaluation et de décision.

Les fonctions exercées par l'Agence, le Ministre responsable et le Gouverneur en conseil leur ont été assignées par le Parlement du Canada dans la Loi. Il faut donc s'y référer pour en connaître la description et les limites.

Une fois reçu l'avis, du projet, l'Agence procède à son enquête que nous qualifions d'enquête-maison. Essentiellement, cette enquête est d'ordre juridique et l'Agence prend alors des décisions qui affectent les droits et intérêts des personnes, proposeurs et autres. En effet, sous la loi actuelle, elle interprète juridiquement des notions telles que "personne non admissible", "entreprise canadienne", "contrôle", etc...; selon le projet de loi C-15, elle sera appelée à interpréter d'autres notions telles que "action avec droit de vote", "intérêt avec droit de vote", "entreprise canadienne", etc... Elle applique donc des notions de droit à des faits et son appréciation entraîne des conséquences juridiques pour les personnes visées. Elle peut même fermer un dossier à ce moment-là si elle estime que la proposition n'est pas sujette à examen, sans que le Ministre en soit nécessairement mis au courant. Or, d'une part, cette décision pourrait causer un préjudice à une autre personne qui aurait intérêt à ce que cette proposition soit examinée, comme un compétiteur, par exemple. D'autre part, une telle décision résulterait de l'exercice d'un pouvoir non reconnu par le statut et, en même temps, elle résulterait du refus ou de la négligence d'exercer un pouvoir prévu par le statut car, en effet, en vertu de l'article 9 de la Loi l'Agence "doit" renvoyer au Ministre pour examen l'avis d'investissement qu'elle a reçu.

La même remarque s'impose lorsque l'Agence décide si les investisseurs étrangers ont réalisé leurs projets à sa satisfaction et si les termes et conditions de l'autorisation du Gouverneur en conseil de même que les engagements ont été respectés. Le Parlement du Canada ne lui a pas reconnu ce pouvoir discrétionnaire ²⁴⁷ pas plus qu'il ne lui a reconnu le pouvoir de négocier à nouveau les termes des engagements souscrits par les investisseurs.

L'Agence n'a que les pouvoirs de "conseiller" et "assister" le Ministre dans l'administration de la Loi. Si l'on veut soutenir que l'Agence s'acquitte justement de ses fonctions auprès du Ministre lorsqu'elle agit de la sorte, il faudrait que le travail de l'Agence soit soumis au Ministre pour décision. Or, en pratique, il semble que ce ne soit pas le cas; bien au contraire, le Commissaire de l'Agence, Gorse Howarth, admettait que l'Agence exerçait parfois de la discrétion dans l'exécution

²⁴⁷Ce pouvoir est réservé au Ministre:

"15(1) Le Ministre peut faire ouvrir une enquête lorsqu'il a des motifs sérieux et plausibles de croire qu'une personne non admissible ou qu'un groupe de personnes dont l'une est une personne non admissible

c) propose de mettre à exécution un investissement proposé ou a réalisé un investissement effectif que le gouverneur en conseil a, par décret, autorisé ou est réputé avoir autorisé, selon des modalités qui s'écartent sensiblement de celles qui sont révélées dans l'avis donné en vertu du paragraphe 8(1), (2) ou (3) et dans quelque autre renseignement ou preuve fournis à ce sujet."

de ses fonctions ²⁴⁸. A chaque fois qu'il en est ainsi, il nous semble qu'elle agit "ultra vires" ses pouvoirs.

Le Ministre aussi semble parfois outrepasser ses pouvoirs. En effet, lors de son examen de l'avis, il n'est pas habilité à consulter d'autres ministères et bureaux fédéraux ²⁴⁹, pas plus que l'Agence d'ailleurs, alors que les deux le font en pratique. De plus, lorsque le proposeur a soumis au Ministre des observations (art. 11(1)), le Ministre ne peut consulter que les personnes intéressées comme parties à l'investissement (art. 11(3)b)). Il n'est pas autorisé à consulter de nouveau les mêmes personnes. Or, en pratique, la consultation n'est pas effectuée de façon aussi restreinte. Les tribunaux n'ont pas hésité à intervenir pour annuler une décision administrative lorsque l'instance décisionnelle avait considéré de la

²⁴⁸"I would just comment that Dr. Philbrook used the expression, "discretion by FLRA". That is approached really in this way, that within that grey area, the lightest grey, that is to say where there is virtual certainty that the fault is not the company's fault, the applicant's fault, and where it is a very small and insignificant shortfall... in that sort of circumstance there is a disposition to be reasonable and for the Agency to take a reasonable stance. Then it gets a little bigger and it gets perhaps a little more doubtful as to whether it is the applicant's fault or not and it goes to the minister, and then, finally, it is quite significant and indeed there is a serious doubt, it goes to the Cabinet." C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des g.é., 3e session, 30e Législature, à 20:14-5. Voir aussi, au même effet: Id., 1ère session, 30e Législature, à 92:8.

²⁴⁹Article 9 a), b), c) et d) de la Loi. Le projet de loi C-15 veut remédier à cette lacune car il reconnaît au Ministre le pouvoir de consulter "toutes personnes intéressées" (art. 5(2)c)).

preuve, illégalement recueillie ²⁵⁰ et, lorsqu'elle avait tenu compte d'un facteur non prévu par la loi habilitante ²⁵¹.

Enfin, nulle part dans la Loi le Parlement du Canada n'a reconnu soit à l'Agence soit au Ministre soit au Gouverneur en conseil le pouvoir de négocier d'autres engagements ou le pouvoir de changer les termes des conditions sur des propositions d'investissement étranger déjà autorisées par décret. Si l'investisseur étranger ne respecte pas les termes de l'entente conclue avec Sa Majesté du chef du Canada, la Loi prévoit les recours mentionnés aux articles 19 à 27. Tant et aussi longtemps que ce pouvoir ne sera pas reconnu, ces intervenants agiront alors "ultra vires" leurs pouvoirs.

A ce titre, et nonobstant les distinctions savantes faites par la doctrine et la jurisprudence afin de connaître la nature de ces décisions, la classification des actes, pour fins de recevabilité de recours, semble devenir de moins en moins importante; les tribunaux semblant maintenant plus susceptibles de reconnaître la nécessité d'examiner les circonstances particulières à chaque affaire... plutôt que de simplement classer

²⁵⁰ Magnasonic Canada Ltd c. Anti-Dumping Tribunal, 1972 C.F. 1239.

Sarco Canada Ltd c. Anti-Dumping Tribunal (1979) 1 C.F. 247.

²⁵¹ Smith et Rhuland Ltd c. The Queen ex Rel Andrews et al (1953) 2 R.C.S. 95.

une décision dans une "catégorie" 252. A partir du moment où les droits et intérêts des justiciables peuvent être affectés par ces décisions, il importe peu d'en connaître la nature, l'importance devant porter sur leurs conséquences.

Par ailleurs, une autre situation reliée à l'exercice d'un pouvoir peut s'avérer problématique: en effet, l'Agence agit-elle légalement lorsqu'elle exerce un pouvoir dévolu au Ministre dans la Loi? Ceci nous amène à discuter de la possibilité pour le Ministre responsable de déléguer ses pouvoirs à l'Agence.

Section II -- La délégation de pouvoirs entre le Ministre responsable et l'Agence.

Comme le fait remarquer le professeur Garant, lorsqu'on veut analyser le rapport entre l'organisme habilité et l'acte administratif, deux principes fondamentaux en droit administratif doivent être retenus: 1) tout acte administratif est nécessairement fait en vertu d'un pouvoir délégué, 2) un acte administratif ne peut être posé que par l'autorité compétente

²⁵² Commission de réforme du droit du Canada, op. cit., supra n. 14, p. 161.
P. ROBARDET, Processus décisionnel, justice naturelle et équité procédurale dans la jurisprudence comparée de la Cour fédérale et des cours ontariennes et québécoises, (1982) 23 C. de D, 687, 737.

sélon le statut 253, à moins que le Législateur n'ait reconnu à l'autorité compétente le pouvoir de déléguer 254. Il s'agit de l'application de la maxime "delegatus non potest delegare", i.e. celui qui est délégué ne peut pas déléguer 255.

En ce qui concerne l'administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, la difficulté d'évaluer la légalité de certains gestes posés par l'Agence au lieu du Ministre responsable résulte de l'application de la théorie que certains juges et certains auteurs ont désignée comme la théorie de la délégation implicite. Elle a d'abord été appliquée au niveau municipal pour savoir s'il était possible à un conseil

²⁵³GARANT, Droit administratif, op. cit., supra n. 230, pp. 263-4, à la p. 264:

"Le problème de la délégation administrative est en fait celui de la sous-délégation. Dans notre droit, le terme même de délégation est susceptible d'évoquer deux réalités différentes. Dans un premier sens, il signifie le procédé par lequel le détenteur de tous les pouvoirs, le législateur, répartit des compétences entre les divers organes dans l'État par une disposition générale à caractère permanent, c'est-à-dire par la loi; dans un second sens il est synonyme de sous-délégation."

²⁵⁴DUSSAULT et BORGEAT, op. cit., supra n. 231, p. 529.
Minister of National Revenue c. Wright's Canadian Ropes Ltd.
1947 A.C. 109, 120.
Re Canadian Pacific Transport Co. (1980) 20 B.C.L.R. 127.

²⁵⁵Vic Restaurant Inc. c. City of Montreal 1959 R.C.S. 58.
P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis Inc. et Att. Gen. of Canada (1952) 2 R.C.S. 392.
Référence Re Regulations (Chemicals) Under War Measures Act 1943 R.C.S. 1.
Gilles PÉPIN, Les tribunaux administratifs et la constitution, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1969,
p. 317.
Brant Dairy Company Ltd. c. Milk Commission of Ontario 1973 R.C.S. 131.
Procureur Général du Canada c. Brent 1956 R.C.S. 318.

municipal de confier certains de ses pouvoirs à des fonctionnaires municipaux car il ne pouvait pas subvenir à toutes ses tâches ²⁵⁶. Les tribunaux n'y ont pas vu une cession de pouvoir si le conseil municipal gardait le contrôle et pouvait modifier ou révoquer les actes posés ²⁵⁷. La Cour Suprême du Canada suivit cette jurisprudence ²⁵⁸, mais elle précisa que l'absence de norme ou directive à laquelle le fonctionnaire pouvait se référer, équivalait à laisser celui-ci exercer une compétence exclusive du conseil municipal. Enfin, cette théorie de la délégation implicite a été appliquée au niveau gouvernemental par la suite.

En effet, ainsi en décida la House of Lords dans l'arrêt Carltona Ltd c. Commissioners of Works ²⁵⁹. La règle fut reprise par Lord Denning en ces termes:

(traduction) ... J'estime qu'il est maintenant tout à fait clair qu'un ministre chargé de fonctions administratives, par opposition à des fonctions législatives, a le droit d'agir par l'intermédiaire de tout fonctionnaire autorisé de son ministère. Le ministre n'est pas tenu de s'occuper personnellement de la question. Cela

²⁵⁶Montréal c. Savick (1939) 66 B.R. 124, 131 (Juge Barclay).

²⁵⁷paré c. Québec (1929) 67 C.S. 100.

²⁵⁸Bridge c. La Reine (1953) 1 R.C.S. 8.

Vic Restaurant Inc. c. City of Montreal, supra n. 255.

La Cour d'Appel a suivi cette jurisprudence dans l'affaire Roberge c. Ville de Québec 1975 C.A. 143.

Voir aussi: Prince c. Town of St-Lambert 1974 C.S. 536.

Bathropp c. West Vancouver (1979) 17 B.C.L.R. 202.

Re: Weir and R. (1980) 102 D.L.R. (3d) 273.

²⁵⁹1943 ALL E.R. 560.

est implicite dans les rouages modernes du gouvernement 260.

La Cour fédérale d'appel suit cette jurisprudence mais elle en a restreint l'application en précisant qu'il fallait tout de même attacher de l'importance à la lettre et à l'esprit de la loi habilitante pour s'assurer qu'il peut y avoir délégation implicite:

... C'est la raison d'être de l'organisation ministérielle et, à mon avis, il en découle nécessairement, en l'absence d'indication contraire expresse ou implicite, que les pouvoirs des ministres et des sous-ministres, dans la mesure où ils revêtent un caractère administratif, sont exercés en leur nom par les instances de leur ministère... 261.

Enfin, la même règle fut retenue par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt R. c. Harrison 262. Au nom de la Cour, M. le Juge Dickson affirmait à la page 245:

Lorsque l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est confié à un ministre du gouvernement, on peut alors supposer que les mesures nécessaires seront prises par les fonctionnaires responsables du ministère et non par le ministre lui-même: Carltona Ltd. c. Commissioners of Works

²⁶⁰ Metropolitan Borough and Town Clerk of Lewisham c. Roberts (1949) 2 K.B. 608.

Voir aussi: DE SMITH, op. cit., supra n. 235, p. 307.

Mungoni c. Att. Gen. of Northern Rhodesia 1960 A.C. 236.

Re Board of Education London and Fenn (1971) 2 O.R. 93, 101.

²⁶¹ Ahmad c. Commission de la fonction publique (1974) 2 C.F. 644, 651.

Voir aussi: Brooker c. Procureur Général du Canada 1973 C.F. 327, 335.

Succession Mancuso c. La Reine (1980) 1 C.F. 269, 279.

²⁶² (1977) 1 R.C.S. 238.

(décision de la House of Lords 1943 ALL.E.R. 560). De nos jours, les fonctions d'un ministre du gouvernement sont si nombreuses et variées qu'il serait exagéré de s'attendre à ce qu'il les remplisse personnellement. On doit présumer que le ministre nommera des sous-ministres et des fonctionnaires expérimentés et compétents et que ceux-ci, le ministre étant responsable de leurs actes devant la législature, s'acquitteront en son nom de fonctions ministérielles dans les limites des pouvoirs qui leur sont délégués. Toute autre solution n'aboutirait qu'au chaos administratif et à l'incurie (c'est nous qui soulignons).

Dans l'affaire Ramawad c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration ²⁶³, la même Cour réaffirmait la règle énoncée dans l'affaire Harrison, mais elle y apportait des limites en précisant qu'il fallait analyser les dispositions statutaires du texte de loi pour trouver l'intention du législateur et déterminer ainsi si le pouvoir de délégation est "implicite dans un programme qui donne au ministre le pouvoir d'agir":

L'existence de ce pouvoir ou, en d'autres termes, la présomption que l'acte sera posé non pas par le ministre mais par des fonctionnaires responsables de son ministère dépend toutefois de l'intention du législateur que l'on peut déterminer à partir du texte de la loi comme de l'objet du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre ²⁶⁴.

Selon ces dernières décisions, la délégation implicite sera permise s'il est impossible d'interpréter autrement ²⁶³(1978) 2 R.C.S. 375.

²⁶⁴Id., p. 381 (M. le Juge Pratte). La Cour suivait à ce sujet l'opinion émise par la Cour fédérale d'appel dans Ahmad (supra n. 261). Au même effet, voir la décision, non encore rapportée, de la Cour d'Appel fédérale dans l'affaire In the Matter of the Jurisdiction of the Tariff Board, A-1827-84, décision rendue le 22 février 1985.

l'intention du législateur dans la loi habilitante. Dans la Loi, la difficulté se pose lorsque l'Agence interprète juridiquement des notions telles que "personne non admissible", "entreprise commerciale canadienne", "acquisition du contrôle", entre autres, et décide si le mécanisme d'examen doit s'appliquer à une proposition d'investissement. L'interprétation juridique de ces termes ne pose pas de problème, en elle-même, mais son utilisation pour décider du sort d'une proposition suppose l'exercice d'une certaine discrétion. Or, l'Agence n'a pour fonctions que de "conseiller" et "assister le Ministre dans l'administration de la Loi" (art. 7(1)). Seul celui-ci aurait le pouvoir de se prononcer sur ces questions (art. 4, 9, 10 et 11 de la Loi) et la Loi ne prévoit pas qu'il puisse déléguer ce pouvoir à l'Agence.

Par ailleurs, l'énoncé de l'ord. Denning dans l'affaire Metropolitan Borough s'adressait aux fonctions administratives (entendues dans le sens de fonctions ministérielles) du Ministre et non pas à des fonctions législatives et réglementaires. En ce sens, la délégation implicite serait admissible si elle portait sur des actes non discrétionnaires, ce que la jurisprudence a qualifié d'actes purement ministériels, tels que: "le ministre peut planter des arbres, les entretenir, les émonder ou les abattre le long d'un chemin qu'il entretient"(264-A), le fait pour un acheteur municipal de faire un appel d'offre, une fois la résolution adoptée par le conseil municipal, de même que

le fait pour les préposés du ministère des loisirs, chasse et pêche de poser les affiches indiquant les emplacements de camping, etc... Mais, dans notre exemple, l'Agence poserait des actes à caractère décisionnel et réglementaire, et le principe établi par Lord Denning ne s'y appliquerait pas à ce titre-là.

La même remarque se fait lorsque l'Agence s'informe, auprès des investisseurs, de la réalisation de leurs projets et décide, d'elle-même, s'il y a matière à pousser plus loin l'examen et à négocier de nouveaux engagements pour modifier les ententes initiales. Ces pouvoirs d'enquête relevant du Ministre (art. 15 de la Loi), la délégation nous apparaît illégale pour deux raisons: d'abord, elle équivaut à un transfert de pouvoir discrétionnaire; ensuite, il n'existe pas dans le statut de normes suffisamment précises de fixées²⁶⁵ qui pourraient justifier une délégation implicite. Bref, ces deux pouvoirs qu'exerce l'Agence sont beaucoup plus des pouvoirs de nature réglementaire et législative; or, le législateur lui a reconnu expressément une fonction ministérielle, car l'article 9 de la Loi édicte que, sur réception de l'avis, l'Agence "doit le renvoyer au Ministre".

Enfin, il ressort clairement des dispositions de la Loi que le Parlement du Canada a eu l'intention de conférer au Ministre responsable de l'administration de la Loi un pouvoir

²⁶⁵GARANT, Droit administratif, op. cit., supra n. 230, p. 266.

discrétionnaire étendu, qu'il doit exercer personnellement: voici, par exemple, les nombreux articles où il est édicté que le Ministre "peut" (art. 4(2), 7(3), 8(3), 11(3)b), 15(i) et (2), 16(1)) et si le Ministre "est d'avis" (art. 10, 11(i)). Celui-ci a même le pouvoir discrétionnaire de décider s'il s'adressera au tribunal pour enjoindre un investisseur étranger de se conformer à son engagement (art. 21). A ce moment-là, la sous-délégation implicite du pouvoir discrétionnaire du Ministre aux fonctionnaires de l'Agence ne serait pas légale²⁶⁶, d'autant plus que la sous-délégation porterait sur l'exercice d'un pouvoir de réglementation de l'investissement étranger au Canada²⁶⁷. Evidemment le problème ne se poserait pas si l'Agence se contentait d'effectuer la vérification et soumettait son rapport au Ministre pour décision. Il s'agit là du processus suivi, selon la Loi, lorsque l'Agence soumet sa recommandation au Ministre et celui-ci soumet la sienne au Gouverneur en conseil pour décider si le projet d'investissement apporte ou est susceptible d'apporter des avantages appréciables au Canada.

²⁶⁶Id., p. 270. A notre avis, et en tout respect pour l'opinion contraire, l'énoncé prononcé dans la décision Harrison et qui s'appliquerait à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires d'un Ministre, ne se justifie plus, d'autant plus qu'il fut grandement mitigé par la décision ultérieure de la Cour Suprême du Canada dans Ramawad.

Voir aussi: Laneau c. Rivard (1978) 2 C.F. 319, 330, 335.

Wieckwoska c. Lanthier (1980) 1 C.F. 655.

Re Canadian Transport Co. Ltd. and Chairman of the Motor Carres Commission, (1980) 107 B.L.R. (3d) 384.

Canadian Javelin c. MacLellan (1981) 2 C.E. 78.

²⁶⁷Id., p. 272.

Att. Gen. of Canada c. Brent 1956 R.C.S. 318.

R. c. Sandler (1972) 21 D.L.R. (3d) 286.

Re Minto Const. Ltd. c. Gloucester 1979 O.R. (2d) 634.

Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario 1973 R.C.S. 131.

En somme, les tribunaux n'hésiteraient probablement pas à prononcer l'illégalité de l'exercice de ces pouvoirs tant au niveau de la procédure qu'au niveau du droit substantif si la question leur était soumise. Enfin, le Gouvernement aurait pu éviter plusieurs de ces iniquités et illégalités s'il s'était montré plus soucieux du respect du principe de la légalité.

Chapitre IV - Le principe de la légalité.

Le principe de la légalité (ou la règle de droit) évoque la nécessité de respecter les règles de droit que s'est donnée une société. En fait, il affirme la primauté du droit ²⁶⁸. En droit administratif, il vise à protéger les droits et intérêts des personnes contre l'exercice arbitraire des pouvoirs publics ²⁶⁹. A cette fin, il repose sur des principes qui permettent aux justiciables de prévoir, dans une certaine mesure, le contenu et les modalités de l'action des administrateurs. Afin de s'assurer de l'application de ces principes par l'Administration, le droit administratif en exige le contrôle.

²⁶⁸DUSSAULT et BORGÉAT, op. cit., supra n. 231, p. 296.

²⁶⁹GARANT, Droit administratif, op. cit., supra n. 230, pp. 12-13.

En pratique, le principe de la légalité signifie que les administrateurs doivent respecter non seulement les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982 et les lois habilitantes, mais ils doivent aussi respecter des principes et des règles ayant pour but d'assurer que les droits et intérêts des administrés n'ont pas été brimés par les décisions des administrateurs 270.

Le respect du principe de la légalité exige que l'Administration publique se soumette à l'application des règles de droit. La notion de la règle de droit et son application à l'Administration publique a évolué depuis les écrits du constitutionnaliste Dicey. En effet, celui-ci prônait que ce principe n'avait de sens que si l'Administration publique obéissait au système régissant les droits des citoyens en matière civile et pénale, celui-là même retenu par les tribunaux de droit commun dans leur exercice de l'application des lois. En conséquence, il écrivait en 1885 que le droit administratif n'existait pas comme tel:

... The words "administrative law", which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation 271.

²⁷⁰Voir supra n. 11, comment le professeur Gilles Pépin a défini ce principe.

²⁷¹A. V. DICEY, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10^e éd., London, MacMillan, 1965, p. 330.

Or, au fil des ans, l'administration des affaires publiques est devenue de plus en plus complexe: plusieurs lois furent adoptées par l'État afin de lui permettre de réglementer diverses activités de la vie en société. On assista à une prolifération d'organismes de toutes sortes créés par l'État afin de lui aider à effectuer cette administration publique. Devant ce phénomène contemporain, le principe de la légalité est apparu comme le moyen le plus efficace pour assurer aux membres de la société une protection contre le danger des décisions arbitraires de cette gigantesque Administration. De nos jours, elle fait partie intégrante de notre système démocratique; les tribunaux s'assurent que dans ses rapports avec les administrés, l'Administration respecte la règle de droit, définie par la Cour Suprême du Canada en ces termes:

La "règle de droit" [rule of law] est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire, d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale ²⁷².

Trop souvent l'autorité politique au Canada a vu dans le principe de la légalité un obstacle à l'efficacité et la rapidité du processus décisionnel dans l'administration publique: elle argumentait que la prééminence de ce principe assujettissait les administrateurs au contrôle de l'appareil judiciaire et

²⁷²Renvoi: résolution pour modifier la Constitution (1981) 1 R.C.S. 754, aux pp. 805-6.

elle tenait pour avérée la croyance en la lenteur du processus judiciaire. Or, plusieurs moyens de défense peuvent être avancés pour soutenir le processus judiciaire et même le préférer au processus suivi par l'exécutif.

D'abord, cette présomption de lenteur du processus judiciaire constituait l'un des reproches adressés par le Gouvernement, en 1972-1973, à l'idée de confier l'administration de la Loi à un tribunal administratif autonome. Le Gouvernement lui a préféré ce que l'expérience a révélé comme les méandres de la bureaucratie de l'Agence, l'enchevêtrement des différents ministères et bureaux fédéraux avec les nombreux Ministres de la Couronne fédérale et les provinces, ainsi que l'encombrement au Cabinet. D'ailleurs, l'expérience a démontré que certaines propositions ont été traitées douze et même quinze mois après avoir été soumises²⁷³. Cette lenteur bureaucratique constitue l'un des reproches les plus sérieux adressés au mécanisme actuel. Les craintes du Gouvernement disparaîtraient s'il était fixé un temps limite à l'organisme indépendant pour rendre sa décision, comme il est fait présentement avec la Commission du tarif et le Tribunal canadien des importations, par exemple.

Ensuite, la création d'un tribunal administratif autonome comme organisme responsable de l'administration de la

²⁷³Christopher C. Beckman, The Foreign Investment Review Agency: Images and Realities, op. cit., supra n. 157, p. 44.

politique canadienne sur l'investissement étranger constituerait un geste concret de la part du Gouvernement et du Parlement dans le but de rapprocher l'administration de cette Loi du respect de la primauté de la règle de droit: en effet, l'autorité politique s'assurait que l'organisme chargé d'appliquer la Loi s'acquitterait de son mandat de façon transparente et verrait à protéger les droits et intérêts des administrés en respectant les principes de justice naturelle dans l'exécution de son mandat tout en restant assujéti au contrôle judiciaire, le cas échéant. A ce titre, l'opinion de Sir Hadoworth semble à point:

... in so far as the jurisdiction of the courts is ousted, and officials are given a purely administrative discretion over questions of a justiciable kind, the rule of law is abrogated. But I do not think that it is abrogated if these officials are given judicial and quasi-judicial powers. No doubt these powers are not exercised by the courts; but because their exercise is strictly controlled by the courts, it is true to say the principle of the rule of law is not infringed 274.

Enfin, il est inquiétant de constater que les pouvoirs de l'exécutif d'administrer cette Loi sur une matière de préoccupation nationale pour tous les Canadiens risquent, lors de leur exercice, de créer des situations inéquitables où le Ministre responsable et le Gouverneur en conseil deviennent jugés et parties: en effet, ils sont appelés à appliquer la

²⁷⁴Sir William HADSWORTH, A History of English Law, GOODHART and HANBURY (eds), London, Methuen, 1964, vol. XIV, p. 203.

politique canadienne en cette matière au moment même où ils sont appelés à en déterminer le contenu. Ne serait-ce que pour éviter une telle situation injustifiable en droit, l'administration de la Loi devrait être confiée à un organisme indépendant de l'exécutif, exerçant des fonctions quasi-judiciaires, afin d'améliorer la qualité de l'administration de cette Loi et d'en assurer l'impartialité, comme le préconisait Corry au niveau de l'Administration publique:

On the whole, we should be relieved rather than alarmed when government submits to being judged on the facts and according to a fixed rule or reasonably objective standard even if we don't like the body that is to do the judging. The regular courts can always claim some surveillance over bodies exercising judicial power. Constant hammering at these tribunals can be expected to improve their constitutions, procedures and personnel. If they still do not earn sufficient respect, it is possible to set up an administrative court of appeals... 275.

En somme, la question en est une d'intérêt public. À notre avis, il s'agit de se demander où se situe l'équilibre des inconvénients lorsqu'on évalue les avantages et les désavantages de l'un et l'autre de ces deux moyens dans le but de s'assurer que les droits et intérêts des administrés n'ont pas été affectés par les décisions de l'Administration de façon arbitraire et

²⁷⁵J.A. CORRY, The Prospects for the Rule of Law, (1955) 21 The Canadian Journal of Economics and Political Science, pp. 408-9, à la p. 409.

purement discrétionnaire. Ceci nous amène à discuter des avantages de confier l'administration de la loi à un organisme administratif autonome ne serait-ce que pour donner plus d'ouverture à l'intervention des tribunaux comme mesure de contrôle sur l'efficacité de l'administration, car un tel organisme serait assujéti au respect de la règle de droit de façon beaucoup plus étendue que les titulaires du pouvoir exécutif.

Chapitre V - L'intervention des tribunaux.

Nous nous interrogeons maintenant sur les recours possibles aux tribunaux sous le mécanisme actuel afin de connaître s'ils sont suffisants pour assurer que les droits et intérêts des justiciables soient protégés contre les abus possibles de l'autorité chargée d'appliquer la loi. Cet examen nécessite au préalable la définition de certaines expressions telles que "les droits et intérêts des citoyens" et "l'obligation d'agir judiciairement". Nous verrons que la jurisprudence permet de distinguer entre le régime juridique propre au mode de fonctionnement des organismes administratifs autonomes et celui propre aux autres organismes administratifs n'exerçant pas de fonctions quasi-judiciaires. Les explications fournies par la jurisprudence nous permettront aussi de comparer la règle de l'équité aux principes de justice naturelle traditionnelle comme mesures de protection en droit administratif; nous aurons alors l'occasion d'évaluer laquelle de ces deux mesures répondrait le mieux

aux besoins créés par la mise en oeuvre quotidienne de la politique canadienne en matière d'investissements étrangers. Bref, une meilleure protection des droits et intérêts des administrés assurerait à cette politique plus de stabilité et plus de crédibilité. Dans cette perspective, il se peut que l'administration de la Loi devrait être confiée à un organisme de réglementation indépendant plutôt qu'aux détenteurs du pouvoir exécutif.

La décision anglaise de "Electricity Commissioners" constitue l'arrêt-type ayant énoncé les règles de base pour déterminer les conditions d'ouverture au contrôle judiciaire. Dans cet arrêt, le Lord Juge Atkin avait posé le test lorsqu'il écrivit:

Whenever any body of persons having legal authority to determine questions affecting the rights of subjects, and having the duty to act judicially, act in excess of their legal authority they are subject to the controlling jurisdiction of the King's Bench Division exercised in the writs (c'est nous qui soulignons), 276.

A plusieurs reprises, les tribunaux ont suivi ces règles juridiques pour protéger les droits individuels contre les abus des actes des administrateurs et pour s'assurer que ceux-ci respectaient les conditions d'exercice de leurs pouvoirs tels que définis dans leur loi habilitante. Cependant, plusieurs ques-

276R. c. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920) Limited. (1924) 1 K.B. 171, 205.

tions restaient sous-jacentes dans le célèbre "dictum" du Lord Juge Atkin et, comme le notait M. le Juge Dickson dans l'arrêt Martineau ²⁷⁷, l'énoncé a soulevé des difficultés d'interprétation, ce qui nous amène à l'analyser.

En somme, il reste à vérifier si ces règles juridiques permettent de soumettre au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures les faits et circonstances entourant l'administration de la Loi ainsi que les décisions prises au cours du processus. Dans l'affirmative, il y aurait peut-être avantage à confier le mandat d'administrer à un organisme indépendant de l'exécutif dans l'espoir d'atteindre un objectif double. D'une part, cet organisme exercerait des fonctions quasi-judiciaires et serait donc assujéti à respecter avec plus de rigueur les principes de justice naturelle. Il existerait alors moins de danger de commettre des iniquités et on devrait normalement réduire la possibilité de cas de révision par les tribunaux. D'autre part, le cas échéant, l'intervention des tribunaux serait facilitée car, ledit organisme étant astreint à un rigorisme juridique plus étendu, il serait plus facile pour les tribunaux de déterminer les cas d'ouverture à leur pouvoir de surveillance et de contrôle, les erreurs commises par l'organisme posant moins de difficulté d'interprétation.

²⁷⁷ Martineau c. Comité de discipline de Matsqui (1980) 1 R.C.S. 602, 618.

Section I - Les droits et intérêts des citoyens affectés par les décisions de l'Agence, du Ministre responsable et du Gouverneur en conseil.

Les décisions prises par l'autorité chargée d'administrer la Loi affectent les droits et intérêts des citoyens et peuvent même les compromettre sérieusement. Il peut s'agir d'intérêts économiques dans un investissement soit pour acquérir ou céder le contrôle d'une société existante soit pour établir une nouvelle entreprise. Ces transactions commerciales peuvent affecter des droits de propriété sur des fonds de commerce ou des actions de société. Dans un autre ordre d'idées, il peut s'agir de la jouissance de la "liberté d'association" (art. 2d) de la Charte) et du droit de "gagner (sa) vie dans toute province" (art. 6(2)b) de la Charte). La liberté d'association évoque la possibilité pour un citoyen de s'allier avec d'autres pour réaliser un investissement qui serait assujéti au mécanisme d'examen; le droit de gagner sa vie dans toute province, quant à lui, permettrait de choisir les lieux physiques où s'effectuera l'investissement.

Les droits des citoyens dont parlait le Lord Juge Atkin dans "Electricity Commissioners" ne doivent pas recevoir une interprétation trop étroite, comme le soulignait le Juge Dickson dans l'affaire Martineau, car, autrement, on se méprendrait sur l'objectif plus large du contrôle judiciaire sur

l'Administration publique 278. D'ailleurs, d'autres décisions 279 avaient retenu la même règle d'interprétation. La jurisprudence a déterminé que l'expression ne touche pas seulement les droits auxquels se rattachent des obligations juridiques, comme si, on distinguait entre le mot "droits" et le mot "privilèges", et que, plutôt, elle signifie "tout ce qui touche les citoyens" comme l'a noté le Juge Ashworth:

For my part, I doubt whether Atkin L.J. was propounding an all-embracing definition of the circumstances in which relief by way of certiorari will lie. In my judgment the words in question read in the context of what precedes and follows them, would be of no less value if they were altered by omitting "the rights of" so as to become "affecting subjects" 280.

On a même étendu la signification de cette expression pour inclure non seulement un droit et un intérêt, mais même un espoir légitime quelconque 281. Bref, il est évident que les faits et gestes de l'Agence, du Ministre responsable et du Gouverneur en conseil affectent les droits des citoyens, étrangers et Canadiens; à ce titre, la première condition d'ouverture à l'intervention des tribunaux est satisfaite.

²⁷⁸Id., p. 619.

²⁷⁹In re H.K. (1967) 2 Q.B. 617.

R. c. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd. (1974) 2 ALL E.R. 643.

Re: Liverpool Taxi Owners' Association (1972) 2 ALL E.R. 589.

²⁸⁰R. c. Criminal Injuries Compensation Board (1967) 2 Q.B. 864, 892.

²⁸¹Schmidt c. Secretary of State for Home Affairs (1969) 2 Ch. 149, 170.

Section II - L'obligation de l'Agence, du Ministre
responsable et du Gouverneur en conseil
d'agir judiciairement.

La jurisprudence a déterminé qu'il faut aussi donner une interprétation large à l'expression "l'obligation d'agir de façon judiciaire" employée par le Lord Juge Atkin dans "Electricity Commissioners". En effet, il ne faut pas donner à ces mots un sens tout simplement individuel et trop restreint, car ils ont un champ d'application étendu, a souligné M. le Juge Dickson:

On devrait, selon moi, partir de la prémisse que tout organisme public qui exerce un pouvoir sur des citoyens peut être assujéti au contrôle judiciaire ²⁸².

Sur ce point, le Juge Dickson reprenait ce que plusieurs décisions avaient déjà retenu, i.e. que l'on devait interpréter lar-

²⁸²Martineau, supra n. 277, p. 619.

gement les cas d'ouverture à l'intervention des tribunaux 283. La Cour Suprême du Canada reconnaissait l'évolution parallèle du droit administratif au Canada et en Angleterre où on avait assisté à l'extension du contrôle judiciaire sur l'Administration publique 284. La jurisprudence n'est pas unanime sur tous les points cependant, car certains juges font encore des distinctions entre la décision judiciaire, la décision quasi-judiciaire et la décision administrative; ces distinctions influent sur les cas d'ouverture à l'intervention des tribunaux, car plus la décision est administrative, moins les tribunaux sont portés à intervenir.

Pour les uns, la différence entre l'obligation d'agir judiciairement telle qu'exprimée par le Lord Juge Atkin dans l'arrêt-type et celle d'agir équitablement dépend de la nature de la décision attaquée, ou de la nature des fonctions exercées:

283 In re H.K., supra n. 279.

R. v. London of Hillingdon, supra n. 279.

Re: Liverpool Taxi Owners' Association, supra n. 279 où le

Lord Juge Roshill affirmait à la p. 596:

"The power of the court to intervene is not limited, as once was thought, to those cases where the function in question is judicial or quasi-judicial. The modern cases show that this court will intervene more widely than in the past. Even where the function is said to be administrative, the court will not hesitate to intervene in a suitable case if it is necessary in order to secure fairness".

Cette dernière décision constituait une réplique à ce qu'avait dit Lord Thankerton dans Franklin C. Minister of Town and Country Planning 1948 A.C. 87 où il avait jugé que le Ministre ne faisait que tenir des actes administratifs lorsqu'il tenait ses enquêtes prévues par la loi habilitante et n'exerçait pas de fonction judiciaire ni quasi-judiciaire. Aussi la Cour avait-elle refusé d'intervenir.

284 Martineau, supra n. 277, pp. 616-617.

... that in the sphere of, the so-called quas-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field, there is a general duty of fairness 285.

De Smith, fait la même distinction lorsqu'il définit la notion d'équité:

... In general it means a duty to observe the rudiments of natural justice for a limited purpose in the exercise of functions that are not analytically judicial but administrative. Given the flexibility of natural justice, it is not strictly necessary to use the term "duty to act fairly" at all 286.

Selon l'auteur, l'obligation d'agir judiciairement se traduirait par l'obligation de respecter les principes de justice naturelle, alors que l'obligation d'agir équitablement évoquerait la nécessité d'une protection procédurale incombant à l'autorité compétente. Cette école de pensée maintient qu'il incombe aux organismes exerçant des pouvoirs quasi-judiciaires d'agir judiciairement alors que seule l'obligation moins stricte d'agir équitablement est imposée à ceux qui exercent une fonction administrative ou une fonction exécutive. La distinction est substantielle car la notion d'équité n'astreint pas l'autorité compétente à respecter les exigences des principes de la justice naturelle traditionnelle sur la procédure et sur le fond. Elle est aussi lourde de conséquences, si elle doit être maintenue

²⁸⁵ Bates c. Lord Hailsham (1972) 1 W.L.R. 1373, 1378 (M. le Juge Megarry).

²⁸⁶ Judicial Review of Administrative Action, op. cit., supra n. 235, 3^e éd. 1973, p. 208.

pour être appliquée au mécanisme actuel: en effet, d'une part, l'autorité chargée d'administrer la Loi serait astreinte à traiter avec équité seulement les parties intéressées dans une proposition d'investissement, et, d'autre part, cette sorte de protection se révélerait une mesure de sauvegarde trop faible étant donné l'importance des effets des décisions prises.

Initialement, les tribunaux n'avaient pas hésité à intervenir lorsque les principes de justice naturelle n'étaient pas respectés, mais graduellement l'intervention judiciaire s'était justifiée en s'appuyant sur une autre notion, moins restreinte juridiquement, à savoir cette notion d'équité. De fait, on s'était déjà servi de la règle d'équité pour intervenir et on avait précisé que la compétence d'un tribunal devait s'exercer largement, lorsqu'il traitait de questions peut-être pas strictement judiciaires, mais portant ou pouvant porter atteinte aux droits et intérêts des citoyens. Le Lord Juge Brett l'avait expliqué en ces termes:

... my view of the power of prohibition at the present day is that the Court should not be chary of exercising it, and that wherever the legislature entrusts to any body of persons other than to the superior Courts the power of imposing an obligation upon individuals, the Courts ought to exercise as widely as they can the power of controlling those bodies of persons if those persons admittedly attempt to exercise powers beyond the powers given to them by Act of Parliament.

It certainly is not an appeal against a judicial decision; that is, the decisions... are

certainly not judicial decisions. Whether the decision of the Local Government Board is to be considered as judicial, I do not know that it is necessary to determine in the present case 287.

Suivant l'évolution du droit administratif anglais, la Cour Suprême du Canada a incorporé cette règle d'équité au droit administratif canadien de sorte qu'elle est devenue pour les tribunaux un élément à considérer dorénavant lorsqu'un acte de l'Administration publique est attaqué. L'arrêt-clé est l'affaire Nicholson 288. Ce fut une décision partagée (5-4) mais elle fut suivie par le même Tribunal dans les décisions ultérieures de Martineau 289, Inuit Tapirisat 290 et Quinn Truck Lines 291 de sorte qu'elle représente l'état actuel de la jurisprudence au Canada sur cette question. M. le Juge Dickson l'a d'ailleurs confirmé en ces termes:

... L'arrêt Nicholson en particulier dénote une évolution importante de notre droit administratif car il adopte la jurisprudence anglaise sur

287 R. c. Local Government Board (1882) 10 Q.B.D. 309, 321.

288 Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police (1979) 1 R.C.S. 311.

289 Martineau, supra n. 277.

290 Le Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et al. (1980) 2 R.C.S. 735.

291 Quinn Truck Lines c. Snow (1981) 2 R.C.S. 657.

la doctrine d'équité 292.

Nicholson était un agent de police. On l'avait congédié sans lui accorder une audition auparavant car le règlement prévoyait la tenue d'une audition avant de pouvoir congédier un agent en service, mais l'agent devait avoir plus de dix-huit mois de service, ce que Nicholson n'avait pas. Nicholson prétendait qu'il avait tout de même droit à une audition. La Cour a maintenu qu'il ne pouvait pas se prévaloir de ce motif, mais on a reconnu qu'il avait cependant le droit d'être traité avec équité. Le Juge en chef Laskin avait affirmé:

... on ne peut lui refuser toute protection. On doit le traiter équitablement et non arbitrairement 293.

La majorité en a décidé ainsi car elle acceptait, comme un principe de "common law", l'opinion émise par le Juge Megarry dans l'affaire Bates 294 sur le devoir de procéder avec équité lors d'une action de nature administrative ou exécutive. Selon le Juge en chef, la notion d'équité était née à partir de la difficulté à répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaires, quasi-judiciaires et administratives. La Cour décidait que le comité de police aurait dû informer l'agent des raisons de son renvoi et lui permettre de se défen-

²⁹² Martineau, supra n. 277, p. 611.

²⁹³ Nicholson, supra n. 288, p. 324.

²⁹⁴ Bates c. Lord Hailshaw, supra n. 285.

dre, le cas échéant, soit oralement soit par écrit, au choix du comité.

La règle posée par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire Nicholson fut approfondie et étendue par le même Tribunal dans l'affaire Martineau, comme le soulignait M. le Juge Dickson ²⁹⁵. Sans juger au fond, la Cour a décidé qu'il y avait ouverture au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures lorsqu'un organisme administratif adoptait une décision purement administrative sans agir équitablement. Martineau, un détenu, avait été accusé d'avoir commis des infractions à des règlements de l'institution. Les accusations avaient été soumises à l'appréciation d'un comité de discipline. Les règlements obligeaient le comité, entre autres, à fournir au détenu un sommaire des preuves recueillies contre lui, le faire comparaître en personne pour faire face à ces accusations et lui permettre de se défendre. Martineau disait qu'on ne lui avait pas permis d'assister à la déposition d'un témoin incriminant et qu'ainsi il n'avait pas été traité équitablement. M. le Juge Mahoney de la Cour fédérale, division de première instance, avait décidé qu'il y avait ouverture au recours ²⁹⁶.

²⁹⁵ Martineau, supra n. 277, p. 606.

²⁹⁶ (1978) 1 C.F. 312, pp. 318-9.

décision fut renversée par la Cour fédérale d'appel²⁹⁷ même si entre-temps elle avait été suivie dans l'affaire Magrath c. The Queen²⁹⁸, puis rétablie par la Cour Suprême du Canada.

Par ailleurs, pour les autres, il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre la décision judiciaire ou quasi-judiciaire et la décision administrative ou exécutive. Dans l'arrêt "Local Government"²⁹⁹, en 1882, on n'a pas fait cette distinction. Selon cette deuxième école de pensée, il n'est pas nécessaire que l'organisme administratif ait l'obligation d'agir de façon judiciaire avant de pouvoir exiger qu'il observe les principes de justice naturelle, bien que cette dernière obligation sera plus lourde pour un organisme ayant des pouvoirs quasi-judiciaires. On a même précisé qu'il n'importait plus que la décision attaquée soit de type administratif, quasi-judiciaire ou judiciaire, l'équité devant être respectée en tout état de cause d'abord et, ensuite, il fallait peser le sérieux et la gravité des conséquences pour les administrés afin de fixer l'ampleur que doit prendre l'obligation d'administrer avec

²⁹⁷(1978) 2 C.F. 637.

²⁹⁸(1977) 38 C.C.C. (2d) 67.

²⁹⁹Supra n. 287.

équité 300. Lord Morris of Borth-Y-Gest avait précisé la doctrine défendue par cette volumineuse jurisprudence en ces termes:

Natural justice is but fairness writ large and juridically. It has been described as "fair play in action". Nor is it a leaven to be associated only with judicial or quasi-judicial occasions" (c'est nous qui soulignons). 301.

Ces arrêts constituaient une réplique à l'ancienne décision Makkuda Ali c. Jayaraine 302 où l'on avait maintenu que, pour assujettir l'exercice d'un pouvoir judiciaire au respect des principes de justice naturelle, il fallait non seulement que la décision affecte les droits d'une personne mais aussi que l'instance décisionnelle ait l'obligation d'agir judiciairement. La décision Makkuda Ali n'a pas été suivie et on peut lui opposer aussi l'opinion de Lord Denning qui insistait sur la recherche non seulement de la nature de l'enquête et de la nature de la décision, mais surtout sur les conséquences des décisions pour les administrés:

300 Ridge c. Baldwin 1964 A.C. 40, Lord Reid à la p. 75.
Re: Liverpool Taxi Owners' Association, supra n. 279.
R. c. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd., supra n. 279 (le Lord Juge en chef Wiggery).
Furnell c. Whangarei High Schools Board 1973 A.C. 660.
Selvarajan c. Race Relations Board 1976 ALL E.R. 13.
Cette dernière décision fut suivie par M. le Juge Hughes de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire Nicholson en première instance: (1975) 2 O.R. (2d) 481.

301 Furnell c. Whangarei High School, supra n. 300, p. 619.

302 1951 A.C. 66.

The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it (c'est nous qui soulignons) ³⁰³.

Section III - Les détenteurs du pouvoir exécutif, leurs décisions dans l'administration de la Loi, et le pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures.

Sous la loi actuelle, la décision ultime tranchant le sort des propositions d'investissement étranger relève du Gouverneur en conseil dont les décrets non motivés sont finals. Certains maintiennent que les mesures de protection en droit administratif ne s'appliquent pas à ces décisions car elles seraient le résultat de l'exercice d'une prérogative royale et, à ce titre, seraient à l'abri de l'intervention judiciaire. Cette prétention n'est plus défendable depuis les décisions de la Cour Suprême du Canada dans Inuit Tapirisat ³⁰⁴ et Operation Dismantle ³⁰⁵. L'analyse de cette question se fera en deux volets: d'abord, il faut souligner que l'exercice du pouvoir décisionnel du Gouverneur en conseil est assujéti à des dispositions statutaires contenues dans la Loi; ensuite, lorsqu'il

³⁰³ Selvarajan, supra n. 300, p. 19.

³⁰⁴ Supra n. 290.

³⁰⁵ Operation Dismantle Inc. et al c. La Reine et al (1983) 1 C.F. 407, (1983) 1 C.F. 745, et (1985) 1 R.C.S. 441.

décide d'autoriser, ou non une proposition d'investissement, le Gouverneur en conseil agit au même titre qu'un office, une commission, ou un autre organisme administratif au sens de l'article 18 de la loi sur la Cour fédérale.

Deux ans avant l'adoption de la loi constitutionnelle de 1982, la Cour Suprême du Canada avait déjà eu à se pencher sur la question du régime juridique attribuable à certaines décisions prises par le Gouverneur en conseil dans l'affaire Inuit Tapirisat ³⁰⁶. Dans cette affaire, Bell Canada avait demandé au C.R.F.C. la permission d'augmenter certains de ses tarifs. Le C.R.F.C. avait tenu des audiences à ce sujet et les demanderesse-intimées (Inuit Tapirisat et d'autres) y avaient participé à titre d'intervenants. Le C.R.F.C. avait rendu une décision favorable, en partie, à Bell Canada. Les demanderesse-intimées portèrent en appel la décision devant le Gouverneur en conseil en vertu de l'article 64(1) de la loi nationale sur les transports, mais les deux appels furent rejetés. Les intimées s'adressèrent alors aux tribunaux en attaquant les décisions du Gouverneur en conseil. Elles soulevaient deux motifs d'appels; premièrement, elles plaidaient que le Gouverneur en conseil ne leur avait pas accordé d'audition en dérogation aux principes de justice naturelle: Bell Canada avait présenté sa réponse aux deux appels au Gouverneur en conseil qui avait décidé de leur sort sans attendre la réplique des intimées. Deuxièmement,

³⁰⁶Supra n. 290.

elles prétendaient que le Gouverneur en conseil, avant de rendre sa décision, avait recueilli des éléments de preuve auprès des tierces personnes et que cette preuve ne leur avait pas été communiquée, les privant alors de la faculté de les commenter.

Les intimées s'adressèrent à la Cour fédérale, division de première instance, afin d'obtenir la délivrance d'un bref de certiorari ou, subsidiairement, un jugement déclaratoire à l'effet que le Gouverneur en conseil ne leur avait accordé aucune audition ou, subsidiairement, que l'audition n'avait pas été complète ni équitable, contrairement aux exigences des principes de justice naturelle. En défense, le Procureur Général du Canada souleva un moyen préliminaire pour faire radier la déclaration de la demande car elle n'aurait révélé aucune cause raisonnable d'action, et demanda, en conséquence, le rejet de l'action. Le premier juge accueillit le moyen préliminaire et son jugement, infirmé par la Cour fédérale d'appel, fut rétabli par la Cour Suprême du Canada.

Devant les tribunaux, les intimées maintenaient que le Gouverneur en conseil agissait comme un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au sens de l'article 18 de la loi sur la Cour fédérale lorsqu'il décidait du sort d'un appel logé auprès de lui en vertu de l'article 64(1) de la loi nationale sur les transports. En conséquence, il devait alors

suivre une procédure équitable, conforme aux principes de justice naturelle, à défaut de quoi ses décisions étaient annulables par les tribunaux.

La question juridique à élucider consistait à déterminer à quel régime juridique en droit administratif était astreint le Gouverneur en conseil lorsqu'il agissait en vertu de cet article 64(1) et quelle était la compétence des Cours supérieures sur les décisions ainsi prises. M. le Juge Estey posait la problématique dans les termes suivants:

Le fond de la question soumise à la Cour dans ce pourvoi est de savoir si le gouverneur en conseil a l'obligation d'observer les règles de justice naturelle ou, du moins, l'obligation moindre d'agir équitablement lorsqu'il examine une requête que des parties comme les intimées ont présentée en vertu du par. 64(1) ³⁰⁷.

Traduite d'une autre façon, la question portait sur le rôle des tribunaux lorsqu'une décision, ou un acte, d'un représentant du pouvoir exécutif était attaquée. Soulignons immédiatement que, déjà, la Cour Suprême du Canada n'avait pas hésité à intervenir lorsqu'elle avait décidé qu'un Ministre de la Couronne était assujéti à l'intervention des tribunaux dans l'exécution de ses

³⁰⁷ Inuit Tapirisat, supra n. 290, p. 745.

fonctions et l'exercice de ses pouvoirs³⁰⁸. Il restait à déterminer s'il en était ainsi des faits et gestes posés par le Gouverneur en conseil. Certaines remarques préliminaires s'imposent au début de notre analyse de cette question.

En premier lieu, l'affaire Inuit Tapirisat traitait de décisions prises par le Gouverneur en conseil en vertu de l'article 64(1) de la loi nationale sur les transports. Lorsque le Gouverneur en conseil agit en vertu de cet article, il exerce une juridiction d'appel, soit "proprio motu" soit à la demande d'une partie, sur une décision déjà prise par un organisme administratif autonome, le C.R.I.C. La situation est différente lorsqu'il rend ses décrets en vertu des dispositions de l'article 12(1) de la Loi, car il exerce alors une juridiction de première instance. Toutefois sa décision n'est pas motivée et est finale, dans les deux cas. L'exercice d'un contrôle judiciaire est donc rendu difficile par le manque de transparence d'un tel type d'administration de justice.

En second lieu, et c'était un point fondamental retenu par la Cour, dans Inuit Tapirisat, pour justifier son refus

³⁰⁸Ministre de la main d'oeuvre et de l'immigration c. Hardyal (1978) 1 R.C.S. 470. A la p. 479, M. le Juge Spence avait précisé que le Ministre devait agir équitablement et pour des motifs légitimes. Ultérieurement, dans l'affaire Quinn Truck Lines, supra n. 291, la Cour Suprême du Canada avait affirmé que même si la présentation d'éléments de preuve posait des difficultés administratives, il ne s'agissait pas là d'un motif de refus de contrôle judiciaire sur les actions d'un Ministre de la Couronne.

d'intervenir, le Législateur n'avait pas imposé au Gouverneur en conseil de normes ni de règles applicables à l'exercice de sa juridiction d'appel dans l'article 64(1). Il ne lui avait pas imposé de règles de procédure, non plus ³⁰⁹. Au contraire, la Loi sur l'examen de l'investissement étranger a conditionné pour ainsi dire l'exercice du pouvoir décisionnel du Gouverneur en conseil ³¹⁰ car la décision ne peut être prise qu'après avoir évalué la proposition en regard des facteurs énumérés à l'article 2(2) de la Loi et qu'après avoir donné au proposeur l'opportunité de présenter des observations additionnelles (art. 11 de la Loi), le cas échéant. Cependant le problème vient du manque de transparence dans l'administration de la Loi qui ne permet pas de savoir si le Gouverneur en conseil s'est assuré que ces mesures de sauvegarde ont été respectées avant de prendre sa décision.

La Cour Suprême du Canada n'a pas cassé les décisions du Gouverneur en conseil dans Inuit Tapirisat, car l'instance décisionnelle n'était pas obligée de respecter des conditions statutaires et on n'avait pas pu prouver qu'elle n'avait pas suivi de règle procédurale minimale à laquelle elle était

³⁰⁹Rendant le jugement au nom de la Cour, l'Honorable Juge Estey dira: "... Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1), Inuit Tapirisat, supra n. 764, p. 745.

³¹⁰Une certaine procédure est prévue aux articles 11(1), (2), (3), (4), 12(2) de la Loi, de même que certaines règles aux articles 2(1), (2) et 12(1) de la Loi, par exemple.

astreinte, étant donné que l'exercice de sa juridiction d'appel conférée à l'article 64(1) était l'exercice d'un pouvoir purement discrétionnaire. Déjà, le Conseil privé avait décidé que la décision finale prise par l'exécutif dans l'exercice de ses fonctions n'était pas révisable par les tribunaux:

His (le lieutenant-gouverneur en conseil) decisions taken in the exercise of that discretion are, in their Lordships' opinion, final and not reviewable in legal proceedings ³¹¹.

Cependant, il est important de souligner que la Cour Suprême s'est dissociée de cette jurisprudence et que dorénavant ces décisions exécutives seraient soumises au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures:

... Cela ne veut pas dire que les tribunaux ne réagiront pas aujourd'hui comme dans l'arrêt Wilson, précité, si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir ainsi conféré à l'Exécutif n'ont pas été respectées ³¹².

En effet, la Cour n'a pas mis à l'écart les règles juridiques énoncées sur cette question par M. le Juge Pickup, Juge en chef de l'Ontario, à l'époque, dans les termes suivants:

I agree with the learned judge in Weekly Court, for the reasons stated by him, that the power conferred is conditional upon sufficient cause being shown, and that without giving the respondent an opportunity of being heard, or an opportunity to show cause why the letters patent

³¹¹ Wilson c. Esquimalt and Nanaimo Railway Company (1922) 1 A.C. 202, 213 (M. le Juge Duff).

³¹² Inuit Inpirisat, supra n. 290, p. 753 (M. le Juge Esley).

should not have jurisdiction under the statute to make the order complained of. In exercising the power referred to, the Lieutenant-Governor in Council is not, in my opinion, exercising a prerogative of the Crown, but a power conferred by statute, and such a statutory power can be validly exercised only by complying with statutory provisions which are, by law, conditions precedent to the exercise of such power (c'est nous qui soulignons) ³¹³.

Après avoir cité ce passage, M. le Juge Estey ne l'a pas appliqué à la cause dont la Cour était saisie, car, avait-il précisé, dans la cause Border Cities,³¹³ la loi prescrivait des conditions préalables à l'exercice des pouvoirs conférés par la Législature de l'Ontario au Lieutenant-Gouverneur en conseil, ce qui n'était pas le cas dans Inuit Tapirisat ³¹⁴.

Cette dernière mise au point du Juge Estey démontre clairement que la décision de la Cour dans Inuit Tapirisat aurait pu être totalement différente si le Gouverneur en conseil avait été statutairement astreint à respecter une condition préalable à l'exercice de son pouvoir et qu'il ne l'avait pas fait. En effet, la Cour a d'abord établi clairement que la simple attribution statutaire d'un pouvoir au Gouverneur en conseil ne signifiait plus que son exercice échappait à toute révision et que les Cours supérieures pouvaient intervenir et annuler la décision si le Gouverneur en conseil ne respectait pas une condition légale préalable à l'exercice de ce pou-

³¹³Border Cities Press Club c. Att. Gen. for Ontario (1955) 1 D.L.R. 404, 412.

³¹⁴Inuit Tapirisat, supra n. 290, pp. 749-50.

voir 315. Ensuite, le plus haut tribunal au pays a déterminé l'étendue des obligations du Gouverneur en conseil dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi en ces termes:

... Cependant, à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la législature. Y déroger déclenchera le rôle de surveillance de la Cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose (c'est nous qui soulignons).³¹⁶

Appliquant ces règles à la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ainsi qu'à la future loi découlant de l'adoption du projet de loi C-15, il en résulte que les décisions du Gouverneur en conseil et du Ministre responsable seront révisées si elles sont attaquées. Ces décisions seront annulables si l'instance décisionnelle ne respecte pas les conditions d'exercice de ses pouvoirs tel que prévu dans la loi habilitante. Les recours aux tribunaux constituent des moyens de se pourvoir juridiquement contre des actes posés par les détenteurs du pouvoir exécutif et ne doivent plus être considérés comme des moyens détournés de se pourvoir contre des décisions rendues seulement

³¹⁵Id., p. 748.

³¹⁶Id., p. 752.

) par la voie politique menant soit au Lieutenant-gouverneur en conseil ³¹⁷ soit au Gouverneur en conseil ³¹⁸.

Enfin, la situation est-elle plus claire depuis l'adoption de la loi constitutionnelle de 1982?

Les décrets du Gouverneur en conseil adoptés en vertu de l'article 12(1) de la Loi sont-ils soumis aux dispositions constitutionnelles de la Charte canadienne des droits et libertés en vertu des articles 52(1) et 32(1)(a) de la Constitution et y a-t-il ouverture à l'intervention judiciaire suivant l'article 24(1) et (2) de la Charte? Si l'on se fie à la décision de M. le Juge Cattanach de la division de première instance de la Cour fédérale rendue dans l'affaire Operation Dismantle les 15 et 27 septembre 1983 ainsi qu'à l'opinion de Messieurs les Juges Pratte, Ryan et Le Dain de la division d'appel de cette même Cour, et à la décision de la Cour Suprême du Canada ³¹⁹, même les décisions gouvernementales prises dans l'exercice d'une prérogative royale sont, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, soit depuis avril 1982, assujetties aux nouvelles dispositions constitutionnelles, donc à l'intervention des tribunaux, si besoin est, selon les articles suivants:

³¹⁷Re: Davisville Investment Co. Ltd. c. City of Toronto et al
(1977) 15 O.R.(2d) 553.

³¹⁸Inuit Tapirisat, supra n. 290.

³¹⁹Voir supra n. 305.

52(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

32(1) La présente charte s'applique:

(a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

24(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Même si la Cour d'Appel fédérale a accueilli le pourvoi et renversé le jugement de première instance, la majorité sur le banc ne s'est pas dissociée des propos du Juge Cattanach qui avait exprimé les observations suivantes sur ce point:

Ainsi, la règle fondamentale de la Constitution non écrite du Canada qui existait jusqu'à présent et qui reconnaissait la souveraineté du Parlement est atténuée dans la mesure où le Parlement et le gouvernement du Canada ne peuvent violer les droits et libertés garantis par la Charte.

Le Parlement est souverain et il lui est loisible de dire qu'il n'est pas souverain dans certains cas, comme il l'a fait à l'alinéa 32(1)(a) de la Charte, et de déclarer que le

gouvernement du Canada est également soumis à la Charte canadienne des droits et libertés.

Ainsi donc, l'alinéa 32(1)(a) rompt la séparation absolue des pouvoirs en ce que les décisions administratives du gouvernement du Canada sont soumises à la Charte canadienne des droits et libertés, et si ces décisions violent les droits et libertés qui y sont garantis, elles sont susceptibles de contrôle judiciaire.³²⁰

En dernier ressort, il appartenait à la Cour Suprême du Canada d'interpréter la Constitution, et la Charte et décider de leur application aux questions de prérogative royale et aux questions politiques.³²¹ Un éditorial d'un journal canadien avait souligné l'importance de la question en ces termes:

In fact, the outcome of this increasingly complex legal issue may prove to be one of the most significant post-Charter decisions. It should delineate the political powers of the Cabinet, and should establish a definition of that power within the context of section one of the Charter.

The issue that must first be resolved is whether the cabinet can be forced to submit its political decisions to a court test, given the fact that the government was elected to make those decisions.³²²

³²⁰Operation Dismantle, supra n. 305, pp. 434-5.

³²¹On peut lire à ce sujet l'analyse faite par Me Yves DE MONTIGNY: La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques (1984) 44 R. du B., pp. 156-172.

³²²Cruise Appeal Prudent, Ottawa Citizen, Ottawa, le 21 septembre 1983, p. 8.

Or, le 9 mai 1985, à l'unanimité (6-0), la Cour décidait que les décisions du Cabinet fédéral étaient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de la Charte. Il est maintenant établi que le fond de la décision peut faire l'objet d'un examen par les Cours supérieures et "a fortiori" la procédure suivie pour décider. M. le Juge Dickson énonçait à ce sujet:

Je conviens avec le juge Wilson que les décisions du cabinet relèvent de l'art. 32(1)(a) de la Charte et qu'elles sont donc assujetties au contrôle judiciaire et à l'examen des tribunaux aux fins de vérifier leur compatibilité avec la Constitution. Je ne doute pas que l'exécutif du gouvernement canadien ait l'obligation d'agir conformément aux préceptes de la Charte. Plus précisément, le Cabinet a l'obligation d'agir de manière à respecter le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et de manière à ne porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.³²³

Enfin, suite à cette décision, l'instance décisionnelle chargée de l'application de la politique canadienne en matière d'investissement étranger devra se montrer soucieuse du respect des principes de "justice fondamentale" dans l'exécution de ses fonctions; la justice fondamentale à laquelle la Cour a fait référence; a peut-être plus de chance d'être réalisée si le mandat est confié à un tribunal administratif autonome plutôt qu'à l'exécutif.

³²³Operation Dismantle, et al c. Sa Majesté la Reine et al, supra n. 305, p. 455.

Chapitre VI - Le processus judiciaire serait mieux servi si le mandat d'appliquer la Loi était confié à un organisme administratif autonome.

Enfin, les problèmes suscités par la pauvreté de l'application du principe de la légalité ne semblent pas appelés à disparaître si le contexte actuel de l'administration de la Loi ne subit pas des transformations substantielles. En effet, ils devraient continuer à subsister si le projet de loi C-15 n'est pas modifié dans la perspective de réserver au principe de la légalité un rôle plus important dans l'application de la réglementation à court et à long terme. Ce danger risque d'occasionner à l'Etat de nombreuses difficultés dans la mise en oeuvre de la politique canadienne en matière d'investissement étranger car l'appareil judiciaire est devenu de plus en plus intervenant dans les rapports entre l'Administration publique et les administrés. Le contrôle de la légalité, du partage des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les Législatures provinciales, entre le Parlement (ou les Législatures) et le Gouvernement, ainsi que le contrôle de l'exécution des pouvoirs exercés par le Gouvernement et tout l'appareil administratif auprès de la population incombe aux tribunaux. En accomplissant leurs devoirs les tribunaux doivent accorder la priorité à la règle de droit car cette exigence constitue une partie intégrante d'un système fédératif comme celui du Canada:

Federalism means legalism - the predominance of the judiciary in the constitution - the pre-

valence of a spirit of legality among the
people 324.

Aussi, les tribunaux n'hésiteront pas à intervenir s'il appa-
rait que le processus suivi pour mettre en oeuvre l'intervention
de l'Etat n'est pas conforme aux principes de droit administra-
tif ayant pour but d'assurer que les droits et intérêts de ceux
qui doivent subir cette intervention, n'ont pas été brimés.

La jurisprudence actuelle est unanime à reconnaître
que tout organisme, y inclus l'Agence, le Ministre responsable
et le Gouverneur en conseil, doit faire preuve d'équité lors-
qu'il adopte des décisions affectant ou susceptibles d'affecter
les droits et intérêts des administrés. Cependant elle n'a pas
encore défini les tenants et les aboutissants de la règle
d'équité de sorte que l'interprétation et l'application de cette
mesure de protection en droit administratif sont restées larges
et générales. Néanmoins il ne fait plus de doute maintenant que
les décisions du Gouverneur en conseil et du Ministre responsa-
ble sont assujetties au pouvoir de surveillance et de contrôle
des Cours supérieures. En conséquence, l'argument à l'effet
qu'il est préférable de confier l'administration de la politi-
que canadienne sur l'investissement étranger aux titulaires du
pouvoir exécutif car leurs actes seraient à l'abri de l'inter-
vention des tribunaux, ne tient plus.

324A. V. DICEY, The Law of the Constitution, op. cit., supra n.
271. p: 175.

La jurisprudence a aussi permis de dégager certaines règles de base servant à justifier l'intervention des tribunaux et l'étendue de leurs pouvoirs de révision en droit administratif. Entre autres, elles s'énoncent ainsi:

1) une interprétation large est réservée aux expressions "droits et intérêts des citoyens" et "l'obligation d'agir judiciairement";

2) les décisions de l'exécutif ne sont pas à l'abri du pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux;

3) le principe de la légalité régit, maintenant de façon constitutionnelle, les rapports entre l'Administration publique et les administrés;

4) pour savoir s'il y a ouverture au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures, et, si oui, pour déterminer la portée de l'examen judiciaire, il faut considérer non seulement la nature des décisions attaquées et la nature des fonctions exercées, mais aussi leurs conséquences sur les droits et intérêts des justiciables;

5) l'équité est une règle de protection procédurale et plus les décisions administratives affectent les droits et intérêts des administrés, plus les mesures d'équité doivent être nombreuses et exigeantes se rapprochant graduellement des principes de justice naturelle traditionnelle.

Appliqués au mécanisme d'examen actuel ainsi qu'au mécanisme proposé dans le projet de loi C-15, ces principes de droit administratif justifient que l'autorité chargée d'administrer la réglementation canadienne en cette matière respecte les règles de base suivantes:

1) les administrés doivent savoir ce qu'il leur faut respecter et à quoi ils sont assujettis;

2) les administrés doivent avoir accès à toute l'information susceptible d'être utilisée par l'instance décisionnelle;

3) les administrés doivent avoir la faculté de présenter et défendre leurs droits et intérêts;

4) les administrés doivent connaître les motifs des décisions qui les affectent;

5) les administrés doivent pouvoir avoir recours aux tribunaux de droit commun s'ils estiment qu'ils n'ont pas été traités avec équité par l'autorité chargée d'appliquer la Loi.

Il s'agit là de garanties minima. On pourrait prétendre que seule l'équité devrait être respectée dans le

processus suivi pour appliquer la loi, car l'Agence n'exécute-
rait que des fonctions administratives, et le Ministre et le
Cabinet, des fonctions exécutives. Cette prétention reposerait
sur les distinctions faites par le Juge Megarry dans l'arrêt
Bates 325, distinctions acceptées par la Cour Suprême du Canada
dans l'arrêt Nicholson 326 à titre de principes de "common law"
à l'effet qu'en matière d'exercice d'une fonction quasi-
judiciaire, les principes de justice naturelle s'appliquent
alors qu'en matière d'exercice d'une fonction administrative ou
exécutive, c'est la règle moins exigeante de l'équité qui doit
être respectée. En tout respect pour l'opinion contraire, ces
distinctions ne paraissent pas suffisantes pour nous inciter à
suivre cette école de pensée. Nous préférons suivre l'autre
école de pensée, celle qui découle des décisions rendues dans
les affaires Local Government 327, Ridge 328, Liverpool

³²⁵Bates, supra n. 285.

³²⁶Nicholson, supra n. 288.

³²⁷Local Government, supra n. 287.

³²⁸Ridge c. Baldwin, supra n. 300.

Taxi Owners' Association 329, London of Hillingdon 330, Furnell 331, Selvarajan 332. Appliquée au mécanisme suivi pour l'application de la loi, cette école de pensée mitigerait les distinctions faites par la première école de sorte que les critères à considérer pour déterminer si les règles de l'équité suffisent, ne consisteraient pas seulement en la nature des décisions prises ni seulement en la nature des fonctions exercées, mais, en plus, et surtout, en la gravité des conséquences de ces décisions sur les droits et intérêts des particuliers directement intéressés ainsi que sur ceux de la collectivité en général.

Or, il ne faut pas oublier que l'intervention de l'Etat dans le domaine des investissements étrangers met en jeu les droits et intérêts économiques non seulement des investisseurs étrangers et Canadiens, mais aussi de tous les Canadiens et du Canada entier, comme pays. La Loi ne dit-elle pas à l'article 2(1) qu'il importe pour les Canadiens de "conserver le contrôle effectif de leur milieu économique"? 333

329 Re: Liverpool Taxi Owners' Association, supra n. 279.

330 R. c. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd., supra n. 279.

331 Furnell c. Whangarei High Schools Board, supra n. 300.

332 Selvarajan c. Race Relations Board, supra n. 300.

333 Voir aussi sur ce point:

E. James ARNETT, Robert RUETER, Erroll P. MENDES, Fira and the Rule of Law, (1984) 62 Can. Bar. Rev., 121, 138.

projet de loi C-15 à l'article 2 reconnaît "qu'une augmentation du capital et que le développement de la technologie apporteraient des avantages au Canada" incitent à "encourager les investissements au Canada" et à "instaurer l'examen des investissements importants effectués au Canada ... afin de garantir ces avantages". Lorsque des intérêts économiques étaient en jeu, les tribunaux se sont montrés exigeants auprès des organismes administratifs qu'ils ont assujettis au respect du principe de la légalité:

Il est évident qu'on a pensé que le moyen le plus efficace d'atteindre une conclusion juste était de permettre aux parties opposées dont les intérêts économiques étaient en jeu d'exprimer leur point de vue, de sorte qu'ils puissent s'assurer en apportant des éléments de preuve et en présentant leurs prétentions, que la Commission prenait connaissance de tous les aspects de la question.

Nous ne trouvons pas de méthode garantissant plus sûrement que la Commission n'errerait pas par manque de renseignements ou défaut d'un exposé approprié du problème ³³⁴.

De plus, les décisions d'autoriser ou non les propositions d'investissement étranger sont finales sur le fond. Il s'agit là d'un élément très important à considérer pour déterminer l'étendue des mesures de protection que doit respecter

³³⁴ Magnasonic, supra n. 250 (M. le Juge en chef Jackett). Dans Quinn Truck Lines, supra n. 291, la Cour Suprême du Canada a précisé que les détenteurs du pouvoir exécutif n'échappaient pas à l'obligation d'agir légalement lorsque de tels intérêts étaient en jeu.

l'organisme administratif comme le faisait remarquer M. le Juge Dickson dans Inuit Tapirisat ³³⁵. Aucun droit d'appel sur le fond des décisions n'est prévu ni sous la Loi actuelle ni sous le projet de Loi C-15. L'instance décisionnelle elle-même devrait préférer qu'il existe des moyens pour assurer qu'elle ne commette aucune erreur dans l'exécution de ses fonctions, et les principes de justice naturelle pourraient répondre à ces attentes avec plus d'efficacité que la simple règle de l'équité.

Enfin, le but ultime du pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures n'est pas seulement d'assurer une protection contre l'injustice individuelle; il doit être aussi d'assurer que les organismes exerçant des pouvoirs affectant ou susceptibles d'affecter les droits et intérêts des citoyens, n'outrepassent pas leur compétence et soient soucieux de la protection de l'intérêt public. Dans Magnasonic, le Gouvernement avait fait valoir que le but de la loi antidumping était de protéger l'intérêt du public canadien contre les marchandises sous-évaluées et que le travail du Tribunal antidumping était essentiellement une recherche de faits et ne devait pas impliquer une confrontation entre des parties opposées ni être assujéti au respect des principes de justice naturelle en conséquence ³³⁶. Or, selon la Cour, il était manifeste que le Parlement avait créé le Tribunal non seulement pour protéger le

³³⁵ Inuit Tapirisat, supra n. 290, p. 609.

³³⁶ Magnasonic, supra n. 250, p. 1248.

pays contre l'importation de marchandises sous-évaluées, mais aussi pour ne pas empêcher l'importation de marchandises sous-évaluées lorsqu'il n'y avait pas de risque de causer un préjudice non seulement à des personnes bien spécifiques mais au Canada tout entier ³³⁷.

Les mêmes remarques s'adressent au mécanisme choisi pour réglementer la venue des investissements étrangers dans l'économie du Canada. Ces investissements ne sont pas prohibés de façon absolue. Il serait avantageux de permettre un débat ouvert pour en peser les avantages et les désavantages. Plusieurs raisons militent donc en faveur de l'attribution du mandat à un organisme administratif astreint à respecter les principes de justice naturelle décrits dans l'arrêt Nicholson comme l'obligation pour l'organisme d'assurer aux intéressés la délivrance d'un avis d'audition, avec l'occasion de présenter leurs points de vue, le tout assorti d'un recours possible contre la décision de l'organisme administratif. Il paraît nécessaire que toutes ces protections de droit administratif soient garanties par l'organisme chargé de mettre en oeuvre la politique du Canada sur les investissements étrangers. A cette fin la règle de l'équité ne suffit point et il est raisonnable de penser qu'un tribunal administratif autonome aurait plus de facilité à réaliser ces objectifs de protection.

³³⁷ Id., p. 1247: "En d'autres termes, si le Parlement ne se préoccupait pas du danger qu'il y a à se prémunir sans nécessité contre les marchandises sous-évaluées, la loi aurait simplement interdit toute importation de telles marchandises".

Il s'agit là de prérequis nécessaires à satisfaire avant de pouvoir espérer justifier d'abord le choix politique d'intervenir et ensuite le choix politique de l'instrument d'intervention. . . . Aucun amendement ni aucun changement ne corrigeront la situation si ces valeurs fondamentales en droit administratif ne sont pas respectées. Le respect de ces mesures de protection contre les abus possibles de l'Administration publique ne devrait pas être incompatible avec le choix du type de mécanisme pour tamiser l'investissement étranger. D'ailleurs la plupart des critiques, sinon toutes, visent non pas la décision de l'Etat d'intervenir dans ce domaine, mais plutôt l'absence de précision dans la législation et la réglementation, l'absence de principes directeurs permettant de savoir à quoi s'attendre de la part du Gouvernement, l'impossibilité d'avoir accès à toute l'information susceptible de servir à la prise des décisions, le manque de transparence dans l'administration de la loi, l'aspect trop politique de la prise des décisions par les titulaires du pouvoir exécutif, l'absence des motifs dans les décisions et l'impossibilité de se pourvoir contre la plupart des décisions prises, comme en font foi les critiques suivantes, par exemple:

Accordingly, it is perhaps not surprising that the administration of the Act has been subjected to intense scrutiny. Furthermore, it would appear that such administration does hold open the possibility of, and has in fact been subject

to, abuse of certain fundamental legal principles ³³⁸.

The foreign investment review process, as it currently exists, has resulted in a situation in which Cabinet has failed dismally to exploit the power of political control mechanisms for the primary purposes for which they were conferred. But it has resulted in a process for which they do not have to give an effective accounting for the actions and decisions they do take. Surely, it is the worst of all systems: political control without meaningful effect and decision-making, without answerability... True and meaningful accountability requires that all the participants, not just some, have the appropriate resources with which they can assess the behaviour of others. One of, if not, the most important resources is meaningful information. This is denied in the present FIRA process (c'est nous qui soulignons) ³³⁹.

... [they] (les incertitudes, l'absence de transparence et l'influence du monde politique) all cloud the future investment climate with unanswered questions... It is uncertainty, not reasonable regulations and restrictions, that could offer the strongest discouragement to desirable foreign investments ³⁴⁰.

En résumé, les problèmes d'ordre juridique occasionnés par l'application du mécanisme actuel se sont traduits par un manque flagrant de respect pour les mesures de protection administratives. En effet, l'organisme administratif chargé de mettre en oeuvre la politique canadienne en matière d'investis-

³³⁸ARNETT, RUETER et MENDES, loc. cit., supra n. 333, pp. 122-3.

³³⁹SCHULTZ, SWEDLOVE et SWINTON, op. cit., supra n. 8, pp. 158-9.

³⁴⁰ESPINOSA, loc. cit., supra n. 8, pp. 1037-1041.

Voir aussi au même effet:

Howard L. SHECTER, Fira: Experiences of a U.S. Lawyer, Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, op. cit., supra n. 238, p. 40.

séments étrangers a fait fi des sauvegardes reconnues par le principe de la légalité dans les relations entre l'Administration publique et les administrés. Or, les tribunaux ne sont plus aussi hésitants à intervenir pour contrôler la légalité des décisions prises par les organismes administratifs, en général, et par les titulaires du pouvoir exécutif, en particulier. De plus, les grands débats juridiques sur la compétence législative du fédéral en la matière et sur les modalités d'application de cette réglementation n'ont pas encore eu lieu. L'affaire du Pont de Détroit³⁴¹ constitue une première où l'intervention de l'Etat en cette matière sera évaluée en fonction des dispositions de l'acte constitutionnel de 1867 et celui de 1982.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés on peut maintenant s'attendre à une plus grande ouverture au pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures sur l'administration de la Loi. En effet, l'accès aux tribunaux étant plus facile, les Canadiens et même les

³⁴¹Supra n. 12.

étrangers ³⁴² devraient en profiter pour s'assurer qu'ils ne seront pas victimes d'abus de la part du Gouvernement et de ses aides, les organismes administratifs de toutes sortes. Comme le soulignait le Juge en chef de la Cour Suprême du Canada, Brian Dickson, les tribunaux sont les "gardiens de la Constitution" et, à ce titre, ils n'hésiteront pas à intervenir pour s'assurer que les droits et intérêts des justiciables ont été traités dans le respect des normes édictées par la Constitution et, de toute évidence, par le principe de la légalité aussi:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives ³⁴³.

Or, justement, il faudra s'interroger, plus loin, sur la portée des réformes proposées par le projet de loi C-15 afin de vérifier si le Législateur fédéral se propose d'adopter ces

³⁴²J.E. ARNETT, Canadian Regulation of Foreign Investment: the Legal Parameters, loc. cit., supra n. 37, p. 232: "When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them".
Voir aussi au même effet:

1) Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited 1 C.J. Rép. 1970, 32;
2) Singh et al c. Ministre de l'emploi et de l'immigration, (1985) 1 R.C.S. 177, 202.

³⁴³Lawson A.W. Hunter et al c. Southam Inc., supra n. 52, à la p. 36 du jugement.

"garanties appropriées". Sinon, on peut soupçonner que les Cours supérieures n'hésiteront pas à trancher contre l'Administration chargée de mettre en oeuvre la loi concernant l'investissement au Canada. Il pourrait en résulter un préjudice sérieux aux Canadiens car, ainsi, la réglementation risquerait de ne pas pouvoir s'effectuer efficacement ni à court ni à long terme. Le sérieux du risque est encore plus évident dans un domaine de préoccupation nationale comme celui de l'investissement étranger et les remarques de certains glossateurs sur l'importance de cette législation paraissent encore d'actualité:

Canada's economy over the past 107 years has been dominated by foreign investment, and there is no doubt that the economy will continue to be greatly affected by foreign investment, whether by foreign entities already operating in Canada or by new foreign entities allowed to operate here under the Foreign Investment Review Act. For this reason, the Act may well prove to be the most significant piece of legislation in Canadian history.³⁴⁴

Enfin, la création d'un organisme administratif indépendant du pouvoir exécutif pour assurer l'application quotidienne de cette loi assurerait plus de viabilité aux réformes voulues³⁴⁵. Il est vrai, cependant, que notre opinion se

³⁴⁴Peter R. HAYDEN, Jeffrey H. BURNS, John A. FOX, Foreign Investment in Canada: a Guide to the Law, Scarborough, Prentice-Hall Canada Inc., 1974, p. 2018.

³⁴⁵Perry S. MILLAR et Carl BAAR, Judicial Administration in Canada, Montréal, les Presses de l'Université McGill, 1981, pp. 382-3.

Voir aussi: Miliangos c. George Frank (Textiles) Ltd. (1975) 3 All.E.R. 801, 824.

heurte à plusieurs arguments avancés par le Gouvernement pour justifier son choix politique de confier cette tâche aux représentants du pouvoir exécutif. Nous allons maintenant faire l'analyse de ces arguments pour en vérifier le bien-fondé.



TROISIEME PARTIE: L'ANALYSE CRITIQUE DES ARGUMENTS DU
GOUVERNEMENT POUR JUSTIFIER SON CHOIX
POLITIQUE DU TYPE DE MECANISME
D'INTERVENTION.

Lorsqu'il a présenté ses deux projets de loi, le C-201 en 1972 et le C-132 en 1973, le Gouvernement avait mis de côté les recommandations du rapport Watkins et du rapport Wahn sur le statut de l'organisme dont la création était recommandée pour instaurer le contrôle souhaité. En effet, il préféra suivre la recommandation du rapport Gray qui acceptait que l'organisme pouvait être autonome, mais qui favorisait l'intervention directe du Cabinet pour des raisons invoquées de flexibilité et d'efficacité.

Plusieurs arguments furent avancés par le Gouvernement pour justifier cette préférence. Tout au long des débats parlementaires en 1972 et en 1973 ces arguments furent repris par les différents porte-parole du Gouvernement de sorte qu'ils constituent vraiment les assises de celui-ci pour expliquer et défendre le type de mécanisme choisi. Voici comment on peut les résumer.

En premier lieu, on souligna que les décisions à être rendues par l'organisme de réglementation seraient des décisions

d'ordre politique traitant, par exemple, de la participation canadienne à la structure corporative des sociétés contrôlées par des investisseurs étrangers ainsi que de la contribution aux objectifs fédéraux et provinciaux de politique économique. En second lieu, l'organisme de tamisage devait pouvoir négocier avec les proposeurs d'investissement. Il devait être assujéti à un contrôle rigide, direct et capable d'être exercé sur une base quotidienne. Enfin, il devait procéder à l'évaluation et à la disposition des propositions d'investissement dans un court laps de temps. On a donc préféré ne pas confier le mandat d'administrer la Loi à un organisme administratif autonome qui, croyait-on, ne satisfèrait guère à ces conditions: "sine qua non".

Or, nous discuterons de ces conditions en établissant une comparaison avec trois autres organismes de réglementation chargés d'administrer les politiques canadiennes dans d'autres secteurs de l'économie tels que la radiodiffusion et les télécommunications, l'énergie et le transport. D'abord, il faut souligner que ceux-ci furent créés par une loi adoptée par le Parlement, sur la recommandation du Gouvernement. Or, ces tribunaux administratifs autonomes ne prennent-ils pas des décisions d'ordre politique, chacun dans leur domaine respectif? Ne traitent-ils pas de thèmes tels que la participation canadienne et la contribution aux objectifs fédéraux et provinciaux en matière de développement économique? Non seulement participent-ils au développement des politiques canadiennes, mais, en plus,

ils exercent un certain pouvoir discrétionnaire; ils sont assujettis à un certain contrôle de la part de l'exécutif, du législatif et du judiciaire, et, tout de même, ils jouissent d'une certaine indépendance vis-à-vis chacun de ces trois ordres de pouvoir; enfin, ils exercent des pouvoirs quasi-judiciaires et se montrent plus soucieux du respect de la règle de droit. Cet exercice devrait donc nous permettre de vérifier le bien-fondé des arguments que le Gouvernement a énoncés en 1973 et qui ne semblent pas avoir changé en 1984. En effet, plus de dix années se sont écoulées depuis l'adoption de la Loi et l'on n'a pas manifesté l'intention d'opérer des changements sur la nature du mécanisme d'examen. Le Gouvernement avait-il raison de choisir ainsi en 1973? Si oui, a-t-il encore raison en 1984 de maintenir son choix? Les motifs invoqués en 1973 étaient-ils valables? Si oui, le sont-ils encore en 1984?

Comme nous l'avons souligné plus haut, la qualité de l'administration publique dépend intimement de la compétence des administrateurs et de leur souci à administrer pour la protection de l'intérêt public plutôt que pour la conservation des pouvoirs que la loi leur reconnaît. On doit être capable de bonifier un processus de réglementation si l'on s'aperçoit que l'intérêt public en serait mieux servi. A ce titre, la problématique traite d'une question d'intérêt public, à savoir la sélection de l'instance décisionnelle dans le domaine de la réglementation au Canada. Dans l'élaboration des critères devant servir à faire ce choix, il faut se demander où se situe

la balance des inconvénients pour la collectivité avant d'attribuer ce pouvoir à l'un plutôt qu'à l'autre des organismes possibles. L'analyse des arguments se fera donc en gardant à l'esprit cette problématique.

Chapitre I - Les décisions à prendre sont des décisions politiques importantes.

Selon le rapport Gray ³⁴⁶ et selon Gualtieri ³⁴⁷ le Parlement ne devait pas déléguer à un organisme indépendant des pouvoirs de décisions aussi importants qui ont une incidence considérable sur les politiques industrielle et commerciale du pays. Selon eux, les décisions à rendre sont d'ordre politique et, à ce titre, elles relèvent plutôt de personnes élues dont l'imputabilité se contrôle par les citoyens à l'époque des élections où la population est en mesure de juger le Gouvernement sur les décisions qu'il a prises et sur la façon qu'il a administré la Loi. L'argument est sérieux, mais il ne résiste pas à l'analyse.

Gualtieri a souligné à ce sujet que les cinq critères mentionnés à l'article 2(2) de la Loi qui définissent ce qui constitue des avantages appréciables pour le Canada, sont fonda-

³⁴⁶Op. cit., supra n. 15, aux pp. 535 et sq.

³⁴⁷Loc. cit., supra n. 237, p. 59.

mentalement influencés par la politique ³⁴⁸. Cet argument du Gouvernement doit-il être maintenu ou écarté? N'existe-t-il pas au Canada d'autres secteurs de la vie sociale, culturelle, économique où les décisions à prendre sont d'ordre politique et où, tout de même, le pouvoir de décider a été confié par le Parlement, sur la recommandation du Gouvernement, à des organismes administratifs autonomes exerçant des pouvoirs quasi-judiciaires? En effet, qu'en est-il de la politique canadienne en matière de radiodiffusion et de télécommunication? en matière d'énergie? en matière de transport? A ce que nous sachions, les I.A.A. chargés d'administrer les lois et règlements adoptés en vertu de ces politiques canadiennes rendent, à vrai dire, des décisions politiques ³⁴⁹ dans l'exécution de leurs fonctions. Il semble qu'on peut leur appliquer l'observation de certains auteurs:

³⁴⁸ Id., pp. 54-55-59. Le premier communiqué de presse émis par le Ministre de l'industrie et du commerce, l'Honorable Alastair Gillespie à l'époque, à sa sortie de la C. des C., après avoir déposé en première lecture le projet de loi C-132, le 24 janvier 1973, communiqué no. 5/73, l'indiquait clairement: "La Loi prévoit un droit de recours aux tribunaux à propos de toute décision du gouvernement, sauf sur la question des avantages appréciables, où l'on a affaire à une décision de politique plus qu'à un point d'interprétation juridique" (c'est nous qui soulignons). Quant à l'ambassade canadienne à Washington, E.-U., le même jour, elle faisait émettre un communiqué de presse où il était précisé que: "The Act provides for a right of appeal before the courts of any decision by the government, except on the question of significant benefit, which is a policy decision more than a matter of legal interpretation".

³⁴⁹ Les termes "décisions politiques" étant entendus comme "choices between competing social and economic values and competing alternatives for government-action decisions delegated to them by politically accountable officials". Voir: Lloyd D. CUTLER et David R. JOHNSON, Regulation and the Political Process, (1975), 84 Yale L.J., pp. 1395, 1399.

... there is an element of policy in every decision which applies rules to facts 350.

Leur mandat implique l'analyse et la prise de décisions de nature politique et reflète une conception de l'administration des affaires publiques qui n'est pas nouvelle, d'ailleurs 351.

En effet, déjà (1919-1932) le Ministre de la marine et des pêcheries était seul chargé de régler la radiodiffusion au Canada. L'octroi des permis et la réglementation des activités des titulaires faisaient l'objet d'une discrétion ministérielle étendue. A la lumière de l'expérience, le Gouvernement s'était rendu compte que ces fonctions seraient mieux remplies si elles étaient confiées à un organisme autonome à l'abri des interventions politiques directes. A ce sujet, en 1928, le Ministre canadien de la marine, l'Honorable Cardin à l'époque, se fondant sur l'expérience passée depuis 1919, soulignait en ces termes les difficultés que posait, pour le Ministre, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'administration et l'application de la loi:

³⁵⁰SCHULTZ, SWEDLOVE, SWINTON, op. cit., surpa n. 8, p. 93.

³⁵¹On retrouve le premier modèle d'un organisme de réglementation indépendant en 1903 lors de la création de la Commission des chemins de fer qui a remplacé un organisme politique, jugé inefficace, à savoir le Comité des chemins de fer du Conseil privé. Ce dernier était composé uniquement de Ministres du Cabinet. Voir: Richard J. SCHULTZ, Le fédéralisme et le processus de réglementation, Montréal, Institut de recherches politiques, 1979, p. 16.

Nous avons décidé d'apporter des changements relativement à la question d'irradiation au Canada. Nous en sommes rendus à un point où un membre du Cabinet, ou le Gouvernement lui-même, ne peut plus exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi... pour la simple raison que du moment que le ministre en charge exerce ce pouvoir discrétionnaire, on en fait une question politique dans tout le Canada... Nous devrions changer cet état de choses, et placer la question de la radiophonie à l'abri de toutes les influences que peuvent soulever les partis politiques ³⁵².

En 1932, le Parlement, sur la recommandation du Gouvernement, créa la Commission canadienne de radiodiffusion ³⁵³. Depuis lors, certains aspects de la politique en matière de radiocommunication, radiodiffusion et télécommunication relèverent d'un organisme autre que l'exécutif; cet organisme était chargé de prendre des décisions d'ordre politique telles que, par exemple, dresser des programmes et en assurer la transmission, acheter ou louer des stations existantes, en construire de nouvelles, en un mot contrôler la radiodiffusion ³⁵⁴. Il est vrai, cependant, qu'elle était "dotée d'une autonomie très limitée", car elle "ne bénéficia pas des crédits nécessaires à l'exécution de son mandat" ³⁵⁵.

³⁵²C. des C., session de 1928, vol. III, p. 3621.

³⁵³La Commission fut créée par la loi canadienne de la radiodiffusion, S.C. 1932, ch. 51, sanctionnée le 26 mai 1932.

³⁵⁴Id., aux art. 8 et 9. Voir aussi: C.C. JOHNSON, Le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1981, p. 6.

³⁵⁵Id., pp. 6-7.

Depuis, la réglementation de ces domaines est restée le mandat d'un organisme administratif autonome. En 1975, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (C.R.T.C.) fut créé par la loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ³⁵⁶. Le Conseil a pour mandat de contribuer à la réalisation de la politique canadienne par la réglementation de tout le système canadien de radiodiffusion, aussi bien les entreprises d'émission de radiodiffusion (les stations de radiocommunication et de télévision) que celles de réception de radiodiffusion (les systèmes de câblodistribution) ³⁵⁷. Depuis le 1er avril 1976, le mandat du Conseil a été élargi et comprend également la surveillance et la réglementation des entreprises de télécommunications soumises à la juridiction fédérale comme, par exemple, Bell Canada, Télésat Canada, Téléglobe, la division des télécommunications du C.N. et du C.P., etc...

Maintenant, à la lecture de la loi qui énonce la politique canadienne sur la radiodiffusion, on constate facilement qu'elle est énoncée en termes généraux et que le Conseil exerce donc de larges pouvoirs sur des questions d'ordre politique:

3. Il est, par les présentes, déclaré

(a) ...

³⁵⁶23-24 Elizabeth II, ch. 49, loi sanctionnée le 19 juin 1975.

³⁵⁷SCHULTZ, op. cit., supra n. 351, p. 31 et JOHNSTON, op. cit., supra n. ³⁵⁴, p. 21.

(b) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada;

(c) ...

(d) que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive ³⁵⁸.

Il nous apparaît donc que le Conseil est appelé à faire des choix politiques lorsqu'il prend certaines décisions ³⁵⁹. En ce sens, un précédent fut créé dès 1932 lorsqu'il fut confié à un organisme administratif autonome le mandat de prendre des décisions d'ordre politique. Le Conseil a encore le même mandat en 1984 et ce modèle d'administration fut suivie dans l'autres secteurs.

Par exemple, en 1959, suite aux propositions du Gouvernement, le Parlement du Canada a institué l'Office national de l'énergie (O.N.E.) ³⁶⁰. Il lui a reconnu un certain statut d'indépendance ³⁶¹. Ainsi, le Gouvernement confiait, encore

³⁵⁸Article 3 de la loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c.B-11.

³⁵⁹JOHNSTON, op. cit., supra n. 354, p. 24.

³⁶⁰Loi sur l'Office national de l'énergie, S.C. 1959, ch. 46; 1970 S.R.C., c.N-6.

³⁶¹Alastair R. LUCAS et Trevor BELL, L'Office national de l'énergie: ses politiques, sa procédure, ses pratiques, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1977, p. 23 et pp. 39-42.
SCHULTZ, op. cit., supra n. 351, pp. 42-43-45.

une fois, à un organisme autre que le Cabinet le mandat de prendre les décisions sur des sujets hautement influencés par la politique, tels que la délivrance, la révocation ou la suspension de licences concernant l'importation ou l'exportation de ressources naturelles comme le gaz et le pétrole, la construction et l'exploitation de pipe-lines et de lignes internationales de transmission de force motrice ³⁶². Cet organisme s'est même vu confier le mandat de prendre les mesures nécessaires à la réalisation du programme énergétique national annoncé en même temps que le budget, le 28 octobre 1980 ³⁶³.

En 1966-67, suite encore une fois aux propositions du Gouvernement, le Parlement fédéral confiait l'administration d'une partie importante de la politique nationale des transports au Canada à un autre organisme administratif autonome, la Commission canadienne des transport (C.C.T.) ³⁶⁴. La politique nationale des transports était définie à l'article 3 de la loi et la C.C.T. se voyait confier le mandat de mettre en oeuvre la politique du Gouvernement sur des questions d'ordre politique telles que le développement économique des moyens de transport

³⁶² Ibid.

³⁶³ C. des C., 11ère session, 32ième Législature, vol. IV, aux pp. 4186 et sq.

³⁶⁴ Loi nationale sur les transports, S.C. 1966-67, ch. 69; S.R.C. 1970, c.N-17.

et la répartition des investissements fédéraux entre ceux-ci, entre autres ³⁶⁵.

Bref, l'importance des décisions d'ordre politique prises par le C.R.T.C., l'O.N.E. et la C.C.I. nous apparaît aussi vraie que celle des décisions à prendre par l'instance décisionnelle chargée de faire appliquer la politique canadienne en matière d'investissement étranger. Pour justifier l'octroi du pouvoir de décision au Cabinet dans la Loi de 1973 et au Ministre selon le projet de loi C-15, il doit y avoir d'autres raisons parce que celle-ci, en soi, est clairement insuffisante.

Chapitre II - Les décisions à prendre traitent de la participation canadienne.

Au nom du Gouvernement, Gualtieri prétendait qu'étant donné la grande importance attribuée à l'élément de la participation canadienne dans le processus d'évaluation des propositions d'investissement, un tribunal administratif autonome éprouverait beaucoup de difficultés à en déterminer la portée, l'importance et les conséquences ³⁶⁶. Or, cette prétention ne tient pas lorsqu'on établit une comparaison entre le mandat confié au Gouverneur en conseil par la Loi de 1973 et les man-

³⁶⁵H.N. JANISCH, A.J. PIRIE et W. CHARLAND, Le processus de régulation de la Commission canadienne des transports, Ottawa, Commission de réforme du Droit du Canada, 1978, pp. 124-5.

³⁶⁶loc. cit., supra n. 237, p. 59.

dats confiés respectivement à l'O.N.E., au C.R.T.C. et à la C.C.T.

En effet, l'O.N.E., par exemple, dans les limites de son mandat, doit contribuer à la réalisation du programme énergétique national ³⁶⁷ qui a précisément pour objectifs d'assurer: 1) une participation canadienne d'au moins 50% dans la production de pétrole et de gaz d'ici 1990; 2) le contrôle canadien d'un nombre appréciable des plus grandes entreprises de pétrole et de gaz et 3) une augmentation rapide de la part du secteur pétrolier et gazier appartenant au Gouvernement du Canada. Le Gouvernement avait comme politique de favoriser la participation canadienne à l'avenir énergétique du Canada. Ce qui a fait dire au professeur Jean-Paul Lacasse que le but premier du programme énergétique national était probablement de rendre plus canadien le développement énergétique ³⁶⁸. Le même Gouvernement avait exprimé une préoccupation analogue en matière d'investissement étranger ³⁶⁹.

³⁶⁷ L'Honorable Allan J. MacEachen, alors vice-premier Ministre et Ministre des finances dans le Cabinet Trudeau, avait insisté grandement sur la participation canadienne alors qu'il dévoilait le programme énergétique national en même temps qu'il présentait le budget, le 28 octobre 1980. Voir: C. des C., 11^{ème} session; 32^{ème} Législature, Vol. IV, aux pp. 4184-4194.

³⁶⁸ Jean-Paul LACASSE, Legal Issues Relating to the Canadian National Energy Program, (1983) 16 Vanderbilt J. of Transnational L., à la p. 305: "Canadianization is arguably the principal purpose of the NEP".

³⁶⁹ Voir l'art. 2(1) de la Loi, supra n. 2.

En matière de radiodiffusion, le C.R.I.C. doit prendre en considération l'élément de la participation canadienne³⁷⁰ alors que la C.C.T. doit aussi en tenir compte en matière de politique nationale de transport, suivant l'esprit de l'article 3 de la loi qui l'a créée.

S'il a été bon de confier à ces I.A.A. le mandat d'évaluer l'importance et les conséquences de la participation canadienne et même d'en favoriser la croissance, chacun dans son domaine respectif, pourquoi un autre I.A.A. ne pourrait-il pas accomplir les mêmes tâches en matière d'investissement étranger? A moins que le Gouvernement veuille prétendre que le C.R.I.C., la C.C.T. et l'O.N.E. ne sont pas efficaces à faire observer et à réaliser la politique canadienne, chacun dans leur domaine; si telle est la prétention du Gouvernement, comment alors peut-il justifier qu'il n'a pas apporté de correctifs à ces organismes, voire qu'il ne les a pas fait abolir? En fait, leurs mandats ne sont-ils pas restés les mêmes sur cette question précise?

Bref, cet autre argument n'est pas plus convaincant que le premier. L'expérience n'a-t-elle pas démontré que l'élément de la participation canadienne est l'un des critères que doivent analyser d'autres organismes dans l'exercice de leur pouvoir décisionnel et que, par surcroît, le Gouvernement n'a

³⁷⁰ Voir l'art. 3b) de la loi sur la radiodiffusion; supra n. 358.

pas jugé bon de leur enlever ce mandat ni de se l'approprier de façon exclusive?

Chapitre III - Les décisions à prendre traitent de la contribution aux objectifs fédéraux et provinciaux de politique économique.

Dans un autre argument, Gualtieri, au nom du Gouvernement, soutient qu'il n'aurait pas été équitable de demander à un organisme administratif autonome de déterminer, sur un investissement étranger spécifique, la contribution de celui-ci aux objectifs fédéraux et provinciaux de politique économique. Il résume d'ailleurs son argument en ces termes:

The factors defining "significant benefit" are basically policy oriented. It would have been unfair to ask a quasi-judicial tribunal to determine, for example, the significance of Canadian participation or the contribution of a particular investment to federal and provincial economic policy objectives. These are policy determinations which can only be made by a politically-oriented body.³⁷¹

Quant au Ministre Gillespie, dans le premier communiqué de presse, le 24 janvier 1973³⁷², il abondait dans le même sens et précisait qu'il s'agissait là d'une décision de politique qui, à ce titre, devait relever de l'exécutif. Devant le Comité permanent de la Chambre, le Ministre expliqua sa position en ces termes:

³⁷¹ Loc. cit., supra n. 237, p. 59.

³⁷² Supra n. 348.

The test of significant benefit has been criticized as vesting in the government a degree of discretion which is unwarranted. However, the decisions must be based on considerations of economic and public policy. This is surely the basis of the bill, and it would not be appropriate to impose on the courts the duty of making decisions on those considerations. (c'est nous qui soulignons)-³⁷³.

Or, il ne semble pas que la nature des décisions soit telle qu'un organisme administratif éprouverait trop de difficultés à analyser le rôle et l'impact d'un investissement étranger dans l'économie du pays de même que sa contribution aux objectifs fédéraux et provinciaux de politique économique. Ce dernier élément ne fait-il pas partie intégrante de la réglementation économique? Comme le soulignait Schultz, il faut des experts impartiaux pour assurer une bonne réglementation économique:

Il est nécessaire, d'avoir des organismes de réglementation indépendants, car la réglementation économique, de par sa nature, exige des agents de réglementation spécialisés et impartiaux.³⁷⁴

De plus, à cet argument du Gouvernement, il faut répliquer, d'une part, qu'il s'agit beaucoup plus d'une question de compétence de la part des administrateurs et que le problème

³⁷³C. des C., Co. perm. des fi., du cam. et des q.é., 13^ere session, 29^{ième} Législature, à 38:8, le 5 juillet 1973.

³⁷⁴Op. cit.; supra n. 351, p. 17.

auquel fait allusion Guaitieri ne se pose pas si ceux-ci sont compétents dans leur domaine et, d'autre part, que d'autres organismes administratifs doivent tenir compte de l'élément de contribution aux objectifs économiques fédéraux et provinciaux, dans l'exécution de leur mandat. Ceux-ci semblent s'acquitter de leurs fonctions puisque le pouvoir politique n'intervient pas, directement du moins, et ils continuent à exécuter leur mandat.

En effet, selon nous, il s'agit plutôt d'une question de compétence dont doivent faire preuve les membres d'un tel organisme. La Commission de réforme du droit du Canada l'a souligné au Gouvernement en ces termes:

... des efforts plus grands soient faits pour élargir les horizons des organismes par la nomination, lorsque cela convient, de personnes avec des antécédents et une expérience variés qui correspondent aux intérêts qu'un organisme doit prendre en considération dans l'exercice de son activité ³⁷⁵.

Le doute que laissent planer les porte-parole du Gouvernement sur la capacité d'un tribunal administratif autonome de faire la part des choses en évaluant et en décidant si l'investissement projeté était conforme ou non aux objectifs de politique économique du Canada et des provinces ne témoignait-il pas plutôt d'une attitude fermée du Gouvernement entouré de secret et sou-

³⁷⁵ Les organismes administratifs autonomes, op. cit., supra n. 14, p. 177.

cieux de centraliser les pouvoirs entre les mains des Ministres? Ne paraît-il pas comme une reconnaissance implicite du Gouvernement que, parfois, le critère de compétence n'est pas si important parmi les critères de sélection dont il tient compte lorsqu'il procède à la nomination des membres de ces organismes? Par contre le Gouvernement n'hésite pas à se servir de ce critère de compétence lorsqu'il veut justifier son choix de personnel siégeant sur des organismes administratifs spécialisés 376. Doit-il y avoir deux poids, deux mesures?

L'Agence, à ce titre-là, ne nous fournit-elle pas un exemple frappant qu'il s'agit beaucoup plus d'une question de compétence dans un domaine spécialisé? En effet, son Commissaire, Mr. Howarth à l'époque, a déjà admis que non seulement l'Agence connaissait et était capable d'identifier ce qu'étaient les politiques du Canada en matière de stratégie industrielle et commerciale, en l'absence d'une déclaration de politique par le Gouvernement, mais aussi qu'elle était en mesure parfois d'aider et de participer à définir et élaborer ces mêmes stratégies de politique 377.

376 Le Ministre Lloyd Axworthy, Ministre des transports, a ainsi justifié son choix du président du Bureau canadien de la sécurité aérienne (B.C.S.A.). Voir: Montréal hérite du Bureau canadien de la sécurité aérienne, Le Devoir, Montréal, le 11 février 1984. Ce bureau fut créé suite à l'adoption du projet de loi C-163, le 24 octobre 1983, celui-ci arrivant après le rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité aérienne (le rapport Dubin).

377 C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11ère session, 30ième Législature, à 107:17, le 13 mar 1976.

De toutes façons, d'autres organismes se prononcent déjà sur cette question et leur statut d'indépendance ne semble pas constituer d'obstacle majeur. Ils sont ce que Schuitz appelle les "agents de réglementation canadiens" ³⁷⁸. Et ils s'occupent principalement de la réglementation économique, à savoir l'intervention de l'Etat dans plusieurs domaines "traditionnellement réservés aux décisionnaires de l'entreprise privée", i.e. les producteurs et les consommateurs "au moyen d'instruments extérieurs au marché appliqués à une économie mixte qui est avant tout une économie de marché" ³⁷⁹. Or, justement, ces organismes que l'on peut qualifier de non ministériels, donc apolitiques, entretiennent des relations avec le processus politique ³⁸⁰. On a reconnu à ces organismes un rôle de surveillance, d'animation et de planification non seulement de l'activité économique, mais aussi de l'activité sociale et culturelle, chacun y contribuant dans son domaine respectif. Or, pour réaliser leur mandat, ils sont appelés naturellement à évaluer les politiques économiques du fédéral et des provinces, à chaque fois qu'ils sont appelés à déterminer une situation qui leur est soumise. C'est à ce moment qu'ils sont en mesure de décider si la situation contribue ou non à la réalisation de ces politiques.

³⁷⁸Op. cit., supra n. 351, p. 8.

³⁷⁹Ibid.

³⁸⁰Id., p. 18. Voir aussi CUTLER et JOHNSON, loc. cit., supra n. 349, p. 1399.

En matière de transport, par exemple, le Gouvernement du Canada a mandaté la C.C.T. pour s'assurer, dans l'exercice de ses fonctions, du maintien de la prospérité et du développement économique du Canada, en tenant compte des objectifs économiques des provinces.³⁸¹ N'est-ce pas ce que la Commission a dû faire, dans la célèbre affaire du colza³⁸², par exemple, où il y avait confrontation entre l'Alberta, la Saskatchewan et le Manitoba, d'une part, et l'Ontario et le Québec, d'autre part? En matière de radiodiffusion, le C.R.T.C. ne poursuit-il pas l'objectif de s'assurer qu'il y a un service national de radiodiffusion et que celui-ci doit contribuer au développement de l'unité nationale, du bilinguisme, de l'expression de la réalité canadienne? Comment le C.R.T.C. peut-il atteindre ces objectifs s'il ne prête pas attention à la contribution d'une situation aux objectifs des politiques provinciales et fédérales en matière sociale et culturelle, certes, mais aussi en matière économique? Quant à l'O.N.E., il lui est impossible de participer à s'assurer la réalisation du programme énergétique national s'il ne se fait pas un devoir de respecter ces mêmes objectifs du fédéral et des provinces. Par exemple, non seulement est-il soucieux des considérations écologiques³⁸³ et ses retombées

³⁸¹Voir les art. 3, 20, 21 et 22 de la loi nationale sur les transports. Voir aussi: H.N. JANISCH, A.J. PIRIE et W. CHARLAND, Le processus de régulation de la Commission canadienne des transports, op. cit., supra n. 365, p. 127.

³⁸²Ordonnance no. 13001 de la C.C.T. relative à la requête de la Saskatchewan Wheat Pool, le 2 novembre 1971.

³⁸³LUCAS et BELL, op. cit., supra n. 361, p. 106.

économiques régionales, mais aussi il doit tenir compte des priorités politiques des deux ordres de gouvernement au Canada. A titre d'exemple, on note que l'Office exige, lors d'une demande d'émission d'un certificat, que "l'autorisation provinciale ait été donnée d'acheminer hors de la province le gaz et le pétrole qui sera transporté au moyen de l'installation proposée" ³⁸⁴. Comme autre exemple, on peut mentionner le cas de la demande de prolongement d'un pipeline présentée par l'interprovincial Pipe Line Limited ³⁸⁵: au début de l'année 1973, le Canada tout entier était aux prises avec des problèmes d'approvisionnement et de prix du pétrole. L'O.N.E. avait réagi en adoptant diverses mesures ³⁸⁶ afin de stabiliser la situation. Entre autres, il dut tenir compte des politiques économiques fédérales et provinciales ainsi qu'évaluer la contribution de la demande au respect et à la réalisation de ces dernières. ³⁸⁷.

Il nous semble que cet argument ne tient pas plus que les précédents. A moins que l'on nous démontre que l'investissement étranger est un domaine si différent de ceux de la radio-diffusion, du transport et de l'énergie que le mécanisme d'examen de ceux-ci ne peut pas s'appliquer à celui-là. Or, cette

³⁸⁴Id., p. 200. Voir aussi à la p. 72.

³⁸⁵Id., p. 87.

³⁸⁶Ibid.

³⁸⁷Id., pp. 87-107.

démonstration n'a pas encore été faite, à ce que nous sachions. Maintenant, une fois analysés ces trois premiers arguments portant sur la nature des décisions à prendre, nous discuterons de deux autres arguments traitant de la nature du pouvoir que doit exercer l'organisme.

Chapitre IV - L'instance décisionnelle doit exercer un pouvoir discrétionnaire.

Un autre argument de base du Gouvernement a trait à la nature du pouvoir décisionnel. Pour le Parlement du Canada, se doter d'un mécanisme de réglementation sur l'investissement étranger devenait une question sensible au niveau des relations fédérales-provinciales et des relations avec la communauté internationale. Aussi, il n'est pas déraisonnable de penser que le Gouvernement a jugé bon que l'instance décisionnelle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, à l'abri de l'intervention judiciaire.

Gualtieri a énoncé les vues du Gouvernement en ces termes:

The final decision on whether a proposed investment is likely to significantly benefit Canada and hence allowed, is taken by Cabinet advised by the Minister of Industry, Trade and Commerce. As with other Cabinet decisions, the substance of this decision, as an exercise of discretion, is not reviewable by the Courts 388.

388 loc. cit., supra n. 237, p. 59.

Quant au Ministre Gillespie, il avait ainsi justifié la position du Gouvernement:

The test of significant benefit has been criticized as vesting in the government a degree of discretion which is unwarranted. However, the decisions to be made must be based on considerations of economic and public policy. This is surely the basis of the bill, and it would not be appropriate to impose on the courts the duty of making decisions on those considerations 389.

Un peu plus loin, il avait précisé sa pensée en se livrant à une attaque, semble-t-il, contre le processus judiciaire comme mécanisme de réglementation. Il avait alors saisi l'occasion fournie par le député Stevens lors d'une critique dirigée contre le tribunal anti-dumping:

I think you have made one of the best arguments there is for going the discretion route rather than the tribunal route. That is exactly what does happen when you set up a tribunal.

When you set up a tribunal you have no longer any influence over how that tribunal is going to find and they may well take recourses you have suggested. The tribunal did in the case of General Footwear. So I think by going the discretion route we have in fact avoided that kind of difficulty which I agree with you is a very real one. (c'est nous qui soulignons) 390.

389 C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11ère session, 29ième Législature, à 38:26, le 5 juillet 1973. Voir aussi le 7 juin 1973, à 27:33.

390 Id., le 7 juin, à 27:15.

Il faut souligner que cette position ne faisait pas l'unanimité en 1973. Nous avons vu aussi que le Cabinet Clark voulait la modifier en 1979. De plus, l'expérience a démontré que le Gouvernement n'a même pas été fidèle à ses engagements envers le peuple canadien sur les modalités d'exercice de cette discrétion.

En effet, en 1973, certains n'appuyaient pas les vues du Gouvernement sur cette question. Par exemple, le Premier Ministre du N.-B., l'Honorable Richard Hatfield, avait vertement critiqué la revendication du Gouvernement à ce sujet; il avait souligné que le Parlement du Canada ne pouvait pas prévoir ce que les Ministres de la Couronne prendraient en considération dans l'exercice de cette discrétion, et qu'il ne devrait donc pas adopter une loi qui aurait sanctionné des intentions, celles des Ministres du Cabinet, gardées secrètes et à l'abri des tribunaux.³⁹¹

Quant à lui, l'Honorable Louis-Philippe de Grandpré (il était alors président de l'Association du Barreau canadien (A.B.C.)), avait exprimé des craintes à ce sujet:

Deuxièmement, l'Association réaffirme ce qu'elle a déjà soumis à plusieurs reprises, à différents comités de la Chambre des Communes et du Sénat, que la discrétion ministérielle doit être utilisée avec beaucoup de retenue, qu'elle doit être restreinte le plus possible, et nous craignons

³⁹¹Id., le 12 juin 1973, à 28:11 et sq.

fort que le projet de loi dans sa formulation actuelle donne beaucoup trop de discrétion ministérielle aux responsables. Et nous soumettons de façon générale que cet aspect de la question devrait être réexaminé à fond³⁹².

Or, justement, le Gouvernement n'est même pas resté fidèle à l'engagement qu'il avait contracté devant le Parlement en 1973. En effet, la discrétion du Gouvernement ne devait s'exercer que sur l'appréciation de ce qui constituerait des avantages notables pour l'économie du Canada et, au cours des ans, l'organisme de réglementation, le Cabinet, devait graduellement se départir, en grande partie, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Le Ministre Gillespie avait souvent répété l'engagement du Gouvernement à publier des principes directeurs, sortes de signes avant-coureurs de décisions futures, destinés à amenuiser l'élément discrétionnaire. Par exemple, voici ce qu'il déclarait à ce sujet:

I think there will be a very high degree of judgment with respect to the question of significant benefit. The bill itself is designed so that each item, each proposed take-over, for example, each establishment of a new business can be considered on its merits against certain criteria. As the screening agency itself develops experience, I think a set of guidelines will become quite clear (c'est nous qui soulignons)³⁹³.

C'était en 1973. En 1980, le Gouvernement n'avait toujours pas encore respecté ses engagements: Schultz, Swedlove et Swinton soulignèrent cette faute en ces termes:

³⁹² Id., le 19 juin 1973, à 32:5.

³⁹³ Id., le 7 juin 1973, à 27:15.

Indeed many would agree with the assessment of one participant that the degree of public policy articulation, which was promised with experience, has to date been "abysmal" (c'est nous qui soulignons) ³⁹⁴.

En fait, il aura fallu attendre jusqu'en août 1982 pour voir l'Agence finalement publier six notes explicatives "en vue d'aider les investisseurs étrangers à déterminer si un investissement effectué ou proposé est sujet à examen". Ces notes fournissent l'interprétation que donne l'Agence à certaines dispositions de la Loi ³⁹⁵. Cependant, immédiatement après le communiqué de presse annonçant l'émission de ces notes explicatives, l'Agence s'est empressée de faire savoir qu'il ne fallait pas s'attendre à en recevoir d'autres de si tôt.

Le Gouvernement Clark, quant à lui, avait manifesté son intention de se pencher sur ce problème afin d'apporter les correctifs qui s'imposaient pour atténuer, sinon faire disparaître, cette discrétion, si l'on se fie aux propos tenus à la Chambre par l'Honorable Michael Wilson:

Le dernier point que j'entends aborder nous ramène au coeur du sujet et porte sur la façon dont le Cabinet doit entendre l'expression "avantages appréciables" qui figure à l'article 2 de la loi. Compte tenu du langage impersonnel de la loi, le gouvernement tout autant que l'Agence, a du mal à se faire une idée de la façon d'appliquer la loi. Nous songeons à

³⁹⁴Op. cit., supra n. 8, à la p. 61.

³⁹⁵On peut faire une comparaison avec les bulletins d'interprétation que le bureau de l'impôt émet de temps à autre.

expliquer plus largement comment il y a lieu d'interpréter les objectifs du développement économique du gouvernement au regard des cinq domaines d'avantages appréciables³⁹⁶.

Malheureusement, le comité spécial mis sur pied par le Gouvernement Clark en 1979 et qui était chargé d'étudier cette question, n'a pas vécu assez longtemps pour le faire.

Maintenant avant de poursuivre l'analyse de cet argument du Gouvernement, il faut laisser celui-ci préciser ce qu'il entendait au juste par ce pouvoir discrétionnaire. Une justice discrétionnaire est une justice qui reconnaît à l'autorité de décision, lorsqu'elle est rendue aux limites de son pouvoir que la loi lui reconnaît, la liberté de faire un choix entre plusieurs plans d'action, y compris même l'inaction, et la dispense de rendre compte de son choix³⁹⁷. Or, si on interprète bien les propos du Ministre Gillespie, la décision du Cabinet serait prise à la suite d'une analyse objective basée sur la valeur des faits propres à chaque proposition:

The factors are set out, as you know, in section 2.2; they are spelled out. I have indicated in my remarks that each application will be dealt with on a case basis. Each case is likely to be different. The application of those factors or the mix, if you like, of those factors will change from application to application just because each will have to be regarded on its own

³⁹⁶C. des C., 11^{ème} session, 31^{ème} législature, Vol. II, p. 1899.

³⁹⁷Kenneth Culp DAVIS, Discretionary Justice, Baton Rouge, E.-U. Louisiana State University Press, 1969, p. 4.

merits, and will be required to stand on its own merits (c'est nous qui soulignons) ³⁹⁸.

The question of significant benefit though is a different type of decision. It is concerned with the question of public policy and economic benefit, a judgment with respect to a particular transaction. I would say in that sense then it has to stand on its own merits. And, of course, it is only a judgment (c'est nous qui soulignons) ³⁹⁹.

Il semble donc que c'était l'absence de l'obligation de rendre compte qui importait, car la prise de décision ne consisterait pas en un exercice pur de discrétion ministérielle.

De toutes façons, il n'existe pas de pouvoir décisionnel discrétionnaire absolu, pas plus qu'il n'existe un pouvoir de décision où la discrétion n'a pas sa place, comme le remarquaient Schultz, Swedlove et Swinton:

... there will always be some discretion in finding facts and deciding whether the rules apply. ⁴⁰⁰

Plus spécifiquement, selon Ganz, il n'y a pas de distinction absolue, si ce n'est en théorie, entre le pouvoir de décision qui repose sur des règles fixes et celui qui repose sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Bien plus, décider en fonction de règles fixes implique à un moment donné l'exercice d'un

³⁹⁸C. des C. Co. perm. des fi., du com. et des a.é., 11ère session, 29ième législature, le 5 juin 1973, à 26:23.

³⁹⁹Id., le 5 juillet 1973, à 38:17.

⁴⁰⁰op. cit., supra n. 8, p. 93.

certain pouvoir de discrétion, par exemple lorsqu'il est question de choisir laquelle parmi les règles sera appliquée aux faits. Quant à la discrétion, en pratique, elle n'est jamais absolue, elle non plus, puisqu'elle fait normalement appel à des notions telles que raisonnable, juste, équitable, et l'intérêt public; ces notions doivent être définies à la suite de jugements de valeur qui reposeront sur des principes et règles, eux-mêmes plus souvent qu'autrement fixes, servant de critères d'évaluation. Ganz avait remarqué:

No clear lines can be drawn where the one activity stops and the other begins, as they shade off into one another imperceptibly. 401

Enfin, le pouvoir discrétionnaire revendiqué par le Ministre et le Cabinet est loin d'être discrétionnaire si la Loi et les règlements sont respectés, car, afin de prendre la décision, il faut évaluer selon les critères énumérés à l'article 2(2) de la Loi. Là où le pouvoir peut paraître discrétionnaire, c'est lorsqu'on fait face à des portes fermées à l'Agence, chez le Ministre et au Cabinet et que les Canadiens, les membres du Parlement et les étrangers doivent se satisfaire de décrets non motivés. Si c'était ce que le Gouvernement entendait par pouvoir discrétionnaire du Cabinet, une telle façon d'administrer n'a pas sa place dans une société démocratique comme celle du Canada.

401G. GANZ, Allocation of Decision-Making Functions, 1972, Public Law, pp. 215-6.

Cette façon d'administrer adoptée par le Gouvernement est le propre d'une justice discrétionnaire, véritable antithèse d'une justice fondée sur la reconnaissance de la primauté de la règle de droit, comme l'avait souligné Dicey ⁴⁰². Dans la même veine, Davis notera que si toutes les décisions impliquant l'administration de la justice à des individus étaient placées sur une échelle à l'horizontale, avec celles reposant sur l'application de règles précises à l'extrême gauche, celles reposant sur l'exercice de la discrétion à l'extrême droite, et celles reposant sur l'application mixte de règles, principes, normes et discrétion au milieu, c'est à l'extrême droite que l'on trouverait les exemples les plus fréquents et les plus sérieux de cas d'injustice:

... I believe that officers and judges do reasonably well at the rules end of the scale, because rules make for evenhandedness, because creation of rules usually is relatively unemotional, and because decision-makers seldom err in the discretion of excessive rigidity when individualization is needed. And probably injustice is almost as infrequent toward the middle of the scale, where principles and other guiders keep discretion limited or controlled. I think the greatest and most frequent injustice occurs at the discretion end of the scale where rules and principles provide little or no guidance, where emotions of deciding officers may affect what they do, where political or other favoritism may influence decisions, and where the imperfections of human nature are further reflected in the choices made (c'est nous qui soulignons) ⁴⁰³.

⁴⁰² Op. cit., supra n. 271, p. 193.

⁴⁰³ Op. cit., supra n. 397, p. V.

Dans un autre ordre d'idées, la persistance du Gouvernement à voir dans ce pouvoir décisionnel un pouvoir discrétionnaire a certes constitué une source de problèmes pour les administrés. Sans doute est-ce pourquoi le langage utilisé pour expliquer les cinq critères, surtout ce qu'il fallait entendre par l'expression "avantages appréciables"⁴⁰⁴, est resté général et vague. Le Gouvernement aurait ainsi voulu donner aux articles le plus d'application possible facilitant du même coup l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ceux qui administreraient la Loi. En ce sens, il s'agissait d'un projet de loi squelettique et la Loi éventuellement adoptée est restée squelettique, plus précisément à l'article 2(2). Cette pratique de présenter des projets de loi squelettiques est inquiétante, comme l'avait fait remarquer l'Honorable Walter Baker⁴⁰⁵, car le Gouvernement peut alors en profiter pour faire passer ses vues et objectifs par une quantité de règlements de toutes sortes qui échappent au contrôle du Parlement et ne lui sont même pas soumis pour discussion avant adoption en vertu d'un

⁴⁰⁴Ce que le premier Commissaire de l'Agence, Mons. J. Richard Murray a surnommé le "catchall test". Voir à ce sujet: J. Richard MURRAY, FIRA: Its Origin and Purpose, dans Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, op. cit., supra n. 238, p. 3.

⁴⁰⁵Il commentait alors la présentation du projet de loi C-119 qui tendait à abroger certaines lois qui n'étaient plus en vigueur ou qui étaient devenues inutiles. Voir: C. des C., 1^{ière} session, 32^{ième} Législature, Vol. XVIII, p. 20833.

article "omnibus" que l'on retrouve presque toujours dans la loi 406.

La position adoptée par le Gouvernement en 1973, et elle ne paraît pas avoir changé depuis, le Cabinet exerçant encore son pouvoir discrétionnaire dans une ambiance encore secrète, nous laisse perplexe sur le sérieux et l'importance que le Gouvernement attachait aux critères énoncés dans la Loi, ceux-là mêmes dont la Loi l'obligeait à tenir compte pour évaluer les propositions d'investissement étranger et pour en disposer. On peut comprendre qu'il fut relativement facile pour le Parlement d'être d'accord avec les objectifs de la Loi, mais l'impartialité et l'objectivité avec lesquelles l'administration de la Loi devait se faire, n'étaient pas si claires. La Loi ne stipule-t-elle pas que les reprises et les nouveaux investissements ne seront permis que lorsqu'il en résultera des avantages appréciables pour le Canada? Or, l'évaluation des avantages reste subjective dans une très large mesure, et, si le Cabinet, le Ministre responsable et l'Agence veulent prétendre le contraire et maintenir que l'application de la Loi est faite de façon objective, il ne nous est pas permis de le vérifier car le Gouvernement ne motive pas ses décisions et les recommandations de l'Agence au Ministre et du Ministre au Cabinet sont gardées dans le plus grand secret.

⁴⁰⁶Par exemple, voir l'article 28 de la Loi qui stipule que: "Le gouverneur en conseil peut établir des règlements prescrivant tout ce qui, en application des dispositions de la présente loi, doit être prescrit par les règlements". Voir, au même effet, l'article 35 du projet de loi C-15.

Certains soupçonnent même que l'évaluation peut dépendre beaucoup de l'attitude et du point de vue du Ministre et de ses collègues au Cabinet et de plusieurs facteurs qui n'auraient rien à voir avec les critères édictés par la Loi. Force nous est donc de croire que le type d'évaluation semble très variable, étant lui-même fonction des changements de ces attitudes et de ces points de vue. D'ailleurs, le Ministre Gillespie avait admis qu'il pouvait donner lieu à des résultats aléatoires:

Mr. Danson: ... the act could have considerable power or very little power depending on the philosophy of the Minister and the government of the day.

Mr. Gillespie: Wherever government discretion is involved, you are quite right, the philosophy of the government of the day can reflect in many different ways in many different bills ⁴⁰⁷.

Ne peut-on pas penser qu'au Cabinet c'est l'opinion des Ministres les plus influents qui dominera et déterminera la ligne à suivre? Et cette opinion serait peut-être beaucoup plus près des objectifs du ministère de ce membre du Cabinet que des besoins et des priorités de l'économie canadienne toute entière. Ce subjectivisme était susceptible de poser des problèmes au niveau de la stabilité et de l'uniformité de l'administration de la Loi et on avait exprimé des craintes à ce sujet à la Chambre:

⁴⁰⁷C. des C., - Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 1ière session, 29ième Législature, à 27:16, le 7 juin 1973.

.... If some of us at least have come to the conclusion that the way the criteria will be applied is highly subjective, it will depend very much on the attitude of the people making the assessments, and perhaps also on political pressures from time to time ⁴⁰⁸.

... Le degré de cette subjectivité inévitable m'effraie... Toute loi qui dépend autant que le bill C-132 de la personnalité et des attitudes de ceux qui l'appliquent est presque inévitablement mauvaise ⁴⁰⁹.

La question se pose donc: le Gouvernement a-t-il favorisé et favorise-t-il encore l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire parce qu'il ne veut pas se voir forcé de rendre compte de ses décisions, à chaque fois?

Sans admettre formellement que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est une source d'injustice, certains responsables de l'application de la Loi ont tout de même au moins admis qu'il créait parfois une zone grise où les propositions d'investissements se promenaient entre l'Agence, le Ministre et le Cabinet ⁴¹⁰. Quant aux investisseurs étrangers, et notamment nos partenaires commerciaux les plus importants, les Américains, ils ont reproché au Canada cette faiblesse dans la Loi. On a insisté sur le problème majeur causé par l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à savoir les investisseurs inté-

⁴⁰⁸Id., à 35:12, le 27 juin 1973 (Paul Hellyer).

⁴⁰⁹C. des C., 11^{ème} session, 29^{ème} Législature, Vol. III, pp. 2783-4. (Paul Hellyer).

⁴¹⁰Commentaires de M. Gorse Howarth. Voir: C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 31^{ème} session, 30^{ème} Législature, à 20:14-5, le 11 avril 1978.

ressés sont privés des renseignements qui normalement devraient leur aider à préparer efficacement leurs projets d'investissements au Canada:

The extent of discretion allowed the FIR agency in judging the acceptability of a potential investment under the Act has created problems for foreign investors. One major difficulty is that the Agency's operations are not public, exacerbating the lack of information concerning the factors which determine the acceptance or rejection of any given potential investment. Additionally, the Agency refuses to advise applicants on the acceptability of their proposals, especially in view of the admittedly political aspect of the final decision. Consequently, the applicant has little or no guidance on the best way to present his proposal so as to ensure its approval (c'est nous qui soulignons) ⁴¹¹.

Même les Canadiens se sont plaints de la situation:

As a matter of law the procedure is frighteningly discretionary. The hard, appealable law relates to the definition of a non-eligible person; control and acquisition of control. The main proceedings, however, are not amenable to judicial order. The Crown as the fount of justice is not liable to be impleaded by means of the prerogative writs such as certiorari, mandamus, prohibition or quo warranto which represent the basic techniques for the judicial control of administrative process at common law.

In effect, the government has said that the decision in each case represents an essentially subjective assessment for which the government must take responsibility and in connection with

⁴¹¹Dow Jones et Co. Inc. v. Attorney General of Canada: the Canadian Foreign Investment Review Act, (1982) 14 Law and Policy in International Business, 505, 510. Voir aussi Christopher C. BECKMAN, op. cit., supra n. 157, pp. 48-9.

which it must have power unfettered except by the political process ⁴¹².

The statute makes it clear that the decisions relating to the Act will be the decision of a politically-responsible person, whose decisions may be made upon policy grounds, need not be consistent, need not involve a fair hearing, and may be based upon material and submissions whose existence is unknown to the applicant ⁴¹³.

D'ailleurs on a erronément cru que les décrets du Gouverneur en conseil seraient à l'abri de l'intervention judiciaire car ils étaient l'oeuvre d'un pouvoir discrétionnaire exercé par le Cabinet. En effet, ce n'est pas parce que le pouvoir exercé par le Cabinet est discrétionnaire et que la décision est politique, qu'il est à l'abri de l'intervention judiciaire ⁴¹⁴. Cette ligne de pensée qui nous venait de l'attitude de tribunaux britanniques devant certaines décisions prises par les détenteurs du pouvoir exécutif en Angleterre ⁴¹⁵

⁴¹²J.A. LANGFORD, Canadian Foreign Investment Controls, 2e éd., C.C.H. Canadian Ltd, 1979, aux pp. 59-60.

⁴¹³Id., p. 79.

⁴¹⁴J.M. EVANS, De Smith's Judicial Review of Administrative Action, op. cit., supra n. 235, p. 286-7.
Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (1968) A.C. 997. Secretary of State for Education and Science c. Jameside Metropolitan Borough Council (1976) 3 W.L.R. 641.
In Re A Petition of Right (1915) 3 K.B. 649, Lord Warrington à la p. 666.

⁴¹⁵L'arrêt de principe semble être: China Navigation Company Limited c. Attorney-General (1932) 2 K.B. 197.
Voir aussi: Rex c. Hampden (1637) 3 State Tr. 826.
Ducan c. Theodore (1917) 23 C.L.R. 510.
De Freitas c. Benny 1976 A.C. 239.

n'a maintenant plus droit de cité au Canada, depuis que le Juge Estey, rendant jugement au nom de la Cour Suprême du Canada, déclarait à ce sujet :

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la Cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.⁴¹⁶

Bref, ce qui importe, c'est que la décision soit un acte d'administration. Il semble possible maintenant de définir les décisions du Cabinet comme des actes administratifs même si elles constituent une conduite gouvernementale en matière de propriété et/ou en matière commerciale, l'analyse portant d'abord et avant tout sur le terme "administratif" qui doit être interprété dans le sens que l'a fait la Cour d'Appel de l'Ontario :

... it is reasonable to interpret "administrative" as describing those functions of Government which are not performed by the Legislative Assembly and the Courts. Broadly speaking, it

⁴¹⁶ Le Procureur Général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et al, supra n. 290, p. 748.

Voir aussi: Laker Airways Ltd c. Department of Trade 1977 Q.B. 643 où Lord Denning disait à la p. 705: "The law... can set limits by defining the bounds of the activity; and it can intervene if the discretion is exercised improperly or mistakenly. This is a fundamental principle of our constitution".

Proclamations Case (1611) 12 Co. Rep. 74, à p. 76.

Burmak Oil Co. Ltd c. Lord Advocate 1965 A.C. 75, les commentaires du vicomte Radcliffe aux pp. 117-118.

Nissan c. Attorney Général 1970 A.C. 179.

describes that part of Government which administers the law and governmental policy.⁴¹⁷

L'Honorable Juge en chef Brian Dickson citera avec approbation ces propos du Juge Morden et les précisera en remarquant:

... la pierre de touche d'un acte administratif est l'adoption, la formulation ou l'application par le gouvernement d'une politique générale dans des situations particulières.⁴¹⁸

Enfin, cet autre argument du Gouvernement ne réussit pas plus lorsque l'on fait une comparaison avec les pouvoirs exercés par le C.R.T.C., la C.C.T. et l'O.N.E. En effet, nous avons vu que leurs pouvoirs étaient larges et qu'il leur était réservé une grande marge de manoeuvre. Par exemple, l'article 16 de la loi sur la radiodiffusion permet au C.R.T.C. de faire des règlements "concernant telles autres questions qu'il estime nécessaires à la poursuite de ses objets"; l'article 17 de la même loi confie au Conseil le mandat d'attribuer des licences sous réserve de conditions "que le comité de direction estime appropriées pour la mise en oeuvre de la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3". Bref, il jouit d'un vaste

⁴¹⁷ Re: Ombudsman of Ontario -and- Health Discipline Board of Ontario et al (1979) 104 D.L.R. 3d, 597.
Voir aussi au même effet: Booth c. Dillon (1977) 3 V.R. 143, à la p. 144.
Glenister c. Dillon 1976 V.R. 550, à la p. 558.

⁴¹⁸ British Columbia Development Corporation et al c. Karl A. Friedman, Ombudsman, et le Proc. Gen. de la province de la C. Br. et al, jugement non encore rapporté de la Cour Suprême du Canada, prononcé le 22 novembre 1984, aux pp. 37-38, rapporté depuis à (1984) 2 R.C.S. 447.

pouvoir discrétionnaire pour exécuter ses fonctions, 419 et ce fut confirmé par la jurisprudence 420. Le même commentaire s'adresse à l'O.N.E. 421 et à la C.C.T. 422.

En fait, la différence tient à ce que ces organismes administratifs autonomes rendent compte de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, car, après avoir procédé à une évaluation des faits et circonstances propres à chaque cas soumis, ils rendent leurs décisions, motivées et publiques, à la lumière des textes de loi en vigueur. En soi, l'argument du Gouvernement ne semble pas justifier le choix qu'il a posé, mais, s'il était maintenu, cette discrétion, aux yeux du Gouvernement, favoriserait un pouvoir de négociation.

Chapitre V - L'instance décisionnelle doit disposer d'un pouvoir de négociation.

419 Le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, op. cit., supra n. 354, pp. 22 et 109.

420 National Indian Brotherhood et al c. Juneau et al 1971 C.F. 498.

In re Capital Cities Communications Inc. 1975 C.F. 18.
CKOY Limited c. La Reine (1979) 1 R.C.S. 2.

421 Voir les articles 44 et 83, entre autres, de la loi sur l'Office national de l'énergie. Quant à LUCAS et BELL, op. cit., supra n. 353, ils remarquaient à ce sujet, à la p. 39: "Il est clair que la nature extrêmement générale de ces grandes politiques gouvernementales laisse beaucoup de latitude à l'Office dans l'établissement du cours de la politique énergétique, par le biais des décisions relatives à certaines demandes et de l'interprétation nécessaire à la mise en place de la procédure et de conditions normalisées..."

422 Le processus de régulation de la Commission canadienne des transports, op. cit., supra n. 365, aux pp. 43-44, 126, par exemple.

De sorte que l'organisme chargé de faire l'examen soit en mesure d'obtenir de meilleurs résultats, il devait pouvoir négocier les termes et conditions des propositions avec les investisseurs étrangers et/ou leurs représentants.⁴²³

Quels objectifs poursuivait au juste le Gouvernement? Certes, il n'était pas question d'éloigner les investissements étrangers car l'on restait persuadé que le Canada en avait besoin. Mais si les propositions étaient jugées telles que présentées sans possibilité d'en changer la teneur après un échange de vues et des transactions, le danger existait que certaines d'entre elles, dans leur forme originale, ne satisfieraient guère aux critères de l'article 2(2) de la Loi.

De plus, ce pouvoir de négociation devait permettre aux administrateurs de procéder à l'évaluation des propositions un cas à la fois, sans être tenus de suivre ce qui avait été entendu dans d'autres cas, et ainsi, à chaque fois, essayer de soutirer à chaque proposeur le plus d'engagements possible afin de réaliser les objectifs auxquels faisait référence l'article 2(2) de la Loi, chaque cas devenant un cas d'espèce, "sui generis".

⁴²³Le rapport Gray, op. cit., supra n. 15, à la p. 534.

Cette négociation devait aussi donner plus d'efficacité au pouvoir discrétionnaire de l'organisme. La décision étant politique, cette négociation serait à l'abri de l'intervention judiciaire. De plus, on avait décrit les critères de décision de façon vague et générale intentionnellement. Le pouvoir de négociation devenait essentiel car il permettrait d'interpréter différemment cette généralité afin d'en tirer profit au maximum pour l'économie du Canada et d'obtenir des investisseurs étrangers soit des concessions additionnelles soit des engagements écrits supplémentaires envers sa Majesté du Chef du Canada. 424

Maintenant, que faut-il entendre par négociation? A vrai dire, il peut se produire des négociations informelles entre le personnel de l'Agence et les investisseurs si ceux-ci demandent des renseignements avant même de soumettre leur avis d'investissement. Mais, c'est au stade de l'évaluation de la proposition une fois soumise qu'elle se répute, lorsqu'elle a lieu, et c'est à ce moment que le Gouvernement entendait pouvoir transiger, au besoin:

Negotiations between the investor and FIRA generally follow the format of a bargaining process. A FIRA officer, while reviewing a particular case, has a set of criteria that the investment must attain before it can be recommended for approval. The review-officer's responsibility is to attempt to attain the necessary commitments from the company to ensure that the

424 SCHULTZ, SWEDLÖVE et SWINTON, op. cit., supra n. 8, aux pp. 56 et sq.

investment meets the criteria established for it
(c'est nous qui soulignons) 425.

Cette condition posée, le Gouvernement a eu tôt fait d'éliminer la possibilité de créer un tribunal administratif autonome comme organisme de réglementation car, selon lui, d'une part, il aurait été anormal d'investir un organisme, ayant des fonctions quasi-judiciaires, d'un pouvoir de négociation 426 et, d'autre part, un tribunal indépendant du Gouvernement n'aurait pas été en aussi bonne position que le Gouvernement lui-même pour négocier 427.

A notre avis, les avantages ne compensent pas les inconvénients de la négociation pour les raisons suivantes. Premièrement, il faut remarquer que le Parlement n'a pas reconnu comme tel, de façon expresse, ce pouvoir de négociation, ni à l'Agence, ni au Ministre responsable, ni au Cabinet. Cependant, le pouvoir de décision étant discrétionnaire et politique, il donnerait ouverture à la négociation de façon implicite. Il semble que ce soit confirmé par le pouvoir du Ministre d'informer, par l'entremise de l'Agence, la personne qui a donné l'avis d'investissement, de son droit de présenter, au sujet de l'affaire, les observations ou observations supplémentaires qu'elle

425 Christopher C. BECKMAN, op. cit., supra n. 157, p. 40.

426 GUALTIERI, loc. cit., supra n. 237, p. 59.

Le Ministre Gillespie à: C. des C., 1ière session, 29ième législature, Vol. III, p. 2781, le 30 mars 1973.

427 Le rapport Gray, op. cit., supra n. 15, p. 535.

estime à propos" ⁴²⁸ lorsqu'il est d'avis que les renseignements fournis "ne lui permettent pas de terminer l'appréciation ou de faire à cet égard une recommandation au gouverneur en conseil" ou que, après avoir terminé son appréciation, il n'est pas en mesure de recommander au gouverneur en conseil d'autoriser l'investissement.

Deuxièmement, la négociation n'est pas nécessaire dans tous les cas. D'ailleurs, l'expérience a démontré que dans 85% des cas, au moins, il n'y a pas de négociation. En effet, l'avis de la proposition d'investissement peut être fourni sur une formule standard ou sur une formule abrégée. C'est en mars 1977 que cette dernière fut adoptée ⁴²⁹ pour permettre de disposer de certaines propositions plus facilement et plus rapidement. Cette formule ne nécessite pas plus de deux ou trois pages d'informations et elle est destinée aux demandes qui

⁴²⁸Article 11(1) de la Loi "in fine". Voir aussi l'article 23 du projet de loi C-15, au même effet.

⁴²⁹SCHULIZ, SWEDLOVE et SWINION, *op. cit.*, supra n. 8, p. 58. Voir aussi le communiqué de presse du 11 mars 1977 émis par le Ministre responsable à l'époque, l'Honorable Jean Chrétien: "Les nouveaux règlements permettent aux petits investissements de fournir un premier avis sous forme de résumé. Le ministre étudiera alors la proposition sous forme de résumé et décidera s'il possède suffisamment de renseignements pour recommander au gouverneur-en-conseil d'approuver l'investissement dont il est question. Il compte pouvoir analyser la grande majorité des demandes en moins de 10 jours; cependant, si des renseignements additionnels étaient requis, il en informerait les requérants".

n'auraient pas un impact considérable sur l'économie, selon les critères établis par le Gouvernement 430.

Au début, en mars 1977, qu'il s'agisse de l'acquisition du contrôle d'une entreprise commerciale canadienne ou de la création d'une entreprise nouvelle au Canada, cette formule abrégée était utilisée si l'actif brut de l'entreprise visée était inférieur à \$2 millions et si le nombre d'employés visés était inférieur à cent (100) 431. Or, plusieurs propositions étaient ainsi présentées puisque, à la fin de 1977, 62 p. 100 des demandes d'acquisition de contrôle et 94 p. 100 des demandes pour la création d'entreprises nouvelles se qualifiaient selon les seuils alors en vigueur 432. Or, depuis le budget de juin 1982, ces seuils ont été respectivement haussés à \$5 millions et deux cent (200) employés; pour les prises de contrôle indirectes 433, les seuils sont de \$15 millions et de 600 employés. Fait très important à noter, depuis ces amendements, 95 p. 100 des demandes pour la création d'entreprises nouvelles et 80 p.

430 J. J. TENNIER, Conseils pratiques aux investisseurs étrangers, L'investisseur étranger, printemps 1981, vol. 4, no. 2, pp. 8-10, à la p. 9.

431 Voir l'art. 6(1) et (2) du règlement concernant l'acquisition d'entreprises commerciales canadiennes et la création de nouvelles entreprises au Canada.

432 C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 31ème session, 30ième Législature, à 20:5, le 11 avril 1978, statistiques dévoilées par M. Gorse Howarth.

433 On entend par cette expression le transfert du contrôle d'une société canadienne suite à une fusion étrangère ou à une prise de contrôle de sa société-mère étrangère.

100 des demandes d'acquisition, directe ou indirecte, de contrôle sont soumises sur ces formules abrégées 434.

En conséquence, suivant cette formule abrégée, le processus de consultation et de négociation fut modifié de sorte qu'il est devenu facile et rapide. Ici, très peu de temps est accordé à l'autorité pour autoriser ou non la proposition, et, maintenant, le Ministre n'a plus le pouvoir d'exiger que la proposition soit soumise sur la formule standard, pouvoir qu'il avait déjà, en vertu de l'art. 6(4) du règlement, lorsqu'il considérait que, nonobstant les seuils fixés, la proposition soulevait des questions importantes de politique. De fait, ici, le Ministre ne bénéficie que d'un délai de dix (10) jours, depuis la date de la réception par l'Agence de l'avis, pour décider si les renseignements soumis sont suffisants et lui permettent de recommander au Gouverneur en conseil de l'autoriser 435. A cause du très court délai de dix (10) jours, entre autres, il n'y a plus ici de véritable négociation qui s'effectue, ni par l'Agence, ni par le Ministre, selon Schultz, Swedlove et Swinton:

434 Voir L'investisseur étranger, automne 1982, vol. 6, no. 1, p. 4.

435 A ce sujet, voir l'art. 6(4) du règlement. Voir aussi un article écrit par le personnel de l'Agence: Entre la demande et la décision, l'Investisseur étranger, loc. cit., supra n. 236, p. 5: "Une fois que la demande soumise sur la formule abrégée est complète et qu'on en a certifié la réception, le Ministre n'a que dix jours pour décider si l'information fournie est suffisante pour lui permettre de recommander, sans délai, que l'investissement soit autorisé".

There are really no significant negotiations under this procedure. The Assessment Officer may contact the applicant for further information or may request obvious commitments if the investment is allowed. However, under this procedure, the Minister has only ten days to decide whether the information provided will be sufficient... and this effectively rules out negotiations (c'est nous qui soulignons)⁴³⁶.

Troisièmement, on ne devrait pas attacher autant d'importance à la négociation car elle doit toujours être recommencée, selon chaque cas où elle s'applique, et repose sur trop de facteurs impondérables. En d'autres termes, elle est responsable du manque de stabilité dans l'administration de la loi. On peut y opposer les commentaires de M. David Bates, président du Comité des sciences et du processus juridique, au président du Conseil des sciences du Canada, le dr Stuart L. Smith, à l'effet que les "Canadiens ne peuvent pas se permettre de traiter chaque problème isolément"⁴³⁷ lorsqu'il s'agit pour le Canada de se doter d'un pouvoir de réglementation et de le contrôler.

Quatrièmement, cette négociation se fait dans le secret et contribue à créer un climat d'insécurité et même de méfiance chez les investisseurs étrangers qui ne savent pas trop à quoi s'attendre et interprètent ce pouvoir du Gouvernement

⁴³⁶Op. cit., supra n. 8, à la p. 59.

⁴³⁷Le pouvoir de réglementation et son contrôle. Sciences, valeurs humaines et décisions. Rapport du Conseil des sciences du Canada. Ottawa, octobre 1982, à la p. 6.

comme un moyen de pression indû; ils préféreraient ne pas avoir à négocier, comme l'ont démontré les analyses du Conference Board:

... The investor, on the other hand, clearly would prefer to have the case processed along the lines spelled out in his application, without the need to provide additional commitments to the Agency ⁴³⁸.

Many investors remarked on their general sense that over the last ten years Canada has become a less congenial place for investment and that they were uncertain about its future attitude toward foreign investors. (c'est nous qui soulignons) ⁴³⁹.

Cinquièmement, même si le Gouvernement maintenait la négociation dans certains cas, pourquoi ne serait-il pas possible de soumettre les résultats de cette négociation à un tribunal administratif autonome, pour évaluation et appréciation suivant les critères prévus dans la Loi, par souci de rendre des décisions impartiales au profit d'une justice indépendante?

Enfin, le résultat final actuel démontre que 85 à 87% des propositions sujettes à examen se font suivant la formule abrégée et la négociation n'a lieu que dans un cas sur dix à peu près. On peut donc se demander ce qu'est devenue cette priorité du Gouvernement si on en juge, par exemple, par les commentaires de Lubor Drahotsky, directeur du bureau de l'application de la Loi à l'Agence, rapportés récemment dans un quotidien d'Ottawa:

⁴³⁸Christopher C. BECKMAN, op. cit., supra n. 157, p. 40.

⁴³⁹Duncan MCDOWALL, op. cit., supra n. 8, p. x.

... But Drahotsky said it would be wrong to assume that the agency would reject Social's application (Social = Standard Oil of California). FIRA, he noted, approved 97 per cent. of the applications before it last year, and the "significant benefits" test is not that onerous.⁴⁴⁰

On a décidé de créer une Agence distincte et on lui a demandé de participer à l'exercice du pouvoir de négociation, au besoin. Cette Agence ne pouvait pas être autonome car l'administration de la Loi était confiée au Ministre responsable et la décision à prendre serait politique et discrétionnaire, et elle relèverait du Gouverneur en conseil. Il fallait donc prévoir à quelle sorte de contrôle l'Agence serait soumise.

Chapitre VI - Le type de contrôle dont l'Agence doit faire l'objet.

L'Agence, comme toute agence administrative, doit être comptable de son mandat. Or, selon le rapport Gray, un organisme qui ne rend pas compte à un Ministre, n'est pas comptable au Parlement, ni à la population canadienne. Comme le pouvoir de décision devait être discrétionnaire et la décision, elle-même, de nature politique, l'Agence ne pouvait pas avoir le statut d'un T.A.A. puisque justement un tel tribunal ne rend pas compte de l'exercice de ses fonctions aux détenteurs du pouvoir exécutif.

⁴⁴⁰FIRA Will Give Social Time to Decide Course, Ottawa Citizen, Ottawa, le 8 mars 1984, p. 51.

Comme on l'a vu, le Gouverneur en conseil prend l'ultime décision sur les recommandations du Ministre responsable de l'administration de la Loi. Il fallait donc assurer aux détenteurs du pouvoir exécutif un contrôle direct sur le travail d'enquête, d'évaluation et de recommandation confié à l'Agence. Sur ce point, le Gouvernement n'avait pas changé, en 1973, la position qu'il avait adoptée en 1972. Lors des discussions sur le projet de loi C-132, en 1973, l'Honorable Mark MacGuigan (il n'était pas encore Ministre) avait ainsi résumé cette position:

Un organisme autonome ne serait pas approprié parce qu'il ne serait pas suffisamment comptable de ses actes ni au public, ni au Parlement. Les dispositions du bill (sic) ne changent en rien le fait que le gouvernement assume l'ultime responsabilité. Il est clairement stipulé que la décision appartient au ministre. Celui-ci est donc tenu de rendre compte de ses actes, bien qu'il puisse compter sur l'aide de l'agence d'examen de l'investissement étranger. Et c'est ainsi que l'agence contribue grandement à étendre la portée du projet de Loi" 441.

Si on interprète bien la position du Gouvernement, celui-ci, afin de se justifier, doit présumer que le niveau d'imputabilité d'un organisme administratif se mesure au degré de contrôle entre ce dernier et le pouvoir exécutif, soit le Ministre et, ultimement, le Cabinet. De plus, l'imputabilité du Ministre et du Cabinet se contrôle lors des élections générales au pays et, entre les périodes électorales, grâce au principe de la responsabilité ministérielle. Nous pensons qu'il faut distinguer.

441C. des C., 11ère session, 29ième Législature, Vol. III, p. 2911.

Dans un premier temps, que faut-il penser de la responsabilité ministérielle? Si on l'applique au Ministre responsable, on parle alors de la responsabilité ministérielle individuelle ⁴⁴²; si on l'applique à l'ensemble des Ministres formant le Cabinet, on parle alors de responsabilité ministérielle collective ⁴⁴³. Or, on sait que, d'une part, l'un des Ministres de la Couronne est responsable de l'administration de la Loi alors que, d'autre part, le Cabinet est responsable pour décider si une proposition d'investissement sera autorisée ou non. Il est vrai qu'en soi la responsabilité ministérielle pourrait servir d'instrument par lequel le Parlement et, indirectement,

⁴⁴²Voici comment elle est définie dans David BULLER, Parliamentary Affairs, 1973, vol. 26, no. 4, p. 403: (traduction)
"Considérons la responsabilité ministérielle individuelle. Le principe essentiel est le suivant: une ministre doit être responsable au Parlement de chaque acte public commis par un fonctionnaire. C'est une affirmation de la responsabilité démocratique. En conformité du cri ancestral "les griefs avant les subsides", il est nécessaire qu'un membre du gouvernement réponde de chaque acte ou omission mettant en cause, ou pouvant mettre en cause, les deniers publics obtenus du contribuable. Voir aussi: E.C.S. WADE and G. Godfrey PHILLIPS, Constitutional Law, 6e éd., London, Longmans, 1965; pp. 75 et sq.

⁴⁴³Nous entendons par la responsabilité ministérielle collective ce qu'en disait Lord Salisbury en 1878:
"For all that passes in Cabinet each member of it who does not resign is absolutely and irretrievably responsible, and has no right afterwards to say that he agreed in one case to a compromise, while in another he was persuaded by his colleagues... It is only on the principle that absolute responsibility is undertaken by every member of the Cabinet who, after a decision is arrived at, remains a member of it, that the joint responsibility of Ministers to Parliament can be upheld, and one of the most essential principles of parliamentary responsibility established". MARQUIS OF SALISBURY, Life of Robert, II, p. 219-20.

le public en général, contrôlèrent les décisions du Gouvernement, comme le laissent entrevoir les remarques de Robertson:

For what it (le Cabinet) does, it is responsible to Parliament. It would be entirely unrealistic to expect the larger body of politicians to be quiescent and, in fact, our democratic system would be failing if they were. Thus the desired freedom of ministers to consider and to decide is conditioned by a torrent of observations, questions, and advice all proclaimed publicly.
... 444.

Mais encore faut-il que cette responsabilité ministérielle satisfasse à deux conditions "sine qua non", à savoir: d'abord, il faut qu'elle soit respectée par un Gouvernement ouvert et, ensuite, il faut qu'elle puisse être contrôlée rapidement et régulièrement.

En effet, la responsabilité ministérielle du Ministre et du Cabinet n'a de valeur que si ceux-ci rendent compte de l'exécution de leur mandat lorsqu'on leur en fait la demande, soit à la Chambre soit dans le grand public en général. Les administrés doivent être capables de se faire communiquer par les administrateurs des informations sur l'exécution de leur mandat.

⁴⁴⁴Gordon ROBERTSON, The Changing Role of the Privy Council Office, (1971) 14 Canadian Public Administration, p. 507. L'auteur était alors Greffier au Conseil privé et secrétaire dans le Cabinet Trudeau. On peut voir aussi au même effet: Sir Ivor JENNINGS, Cabinet Government, 3rd ed., Cambridge, University Press, 1959, pp. 498-9, et ce qu'en disait Sir Robert L. Borden, un ancien Premier Ministre du Canada, alors qu'il était chef de l'opposition: C. des C., session 1909, Vol. IV, p. 6723.

Or, malgré le fait qu'il avait donné à la Chambre l'impression qu'elle allait être informée, tel qu'en font foi les remarques du député Jean-Jacques Blais (il n'était pas encore Ministre):

... Je constate maintenant, étant donné que la mesure prévoit une décision ministérielle, qu'il peut y avoir participation des députés à la prise des décisions et même si elle n'est pas officielle, elle pourra du moins être persuasive durant la période qui sépare l'annonce par l'investisseur étranger et la décision que prendra le Ministre par la suite.⁴⁴⁵

ainsi que les commentaires du député Hellyer où l'on voit clairement l'illusion que certains membres de la Chambre s'étaient fait notamment sur le contrôle de l'imputabilité du Ministre responsable et du Cabinet:

You really feel that it is not sufficient that the Minister has to account publicly for the decisions that have been taken and give reasons?⁴⁴⁶

le Gouvernement a failli à la tâche, les Ministres responsables, à tour de rôle, et les autres Ministres, comme parties intégrantes du Cabinet, refusant plus souvent qu'autrement à donner de l'information. Aussi, à plusieurs reprises, on déplorait l'absence de communication de renseignements sur les façons, pour le Ministre responsable et le Cabinet, d'administrer la politique canadienne en la matière comme en donne un exemple le député Ian Waddell en ces termes:

⁴⁴⁵C. des C., 11^{ème} session, 29^e Législature, Vol. III, pp. 2864-5, le 2 avril 1973.

⁴⁴⁶C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11^{ème} session, 29^e Législature, à 35:12, le 27 juin 1973.

... Je suis certain qu'il (l'Honorable Atkey, Ministre de l'emploi et de l'immigration dans le Cabinet Clark en 1979) regrette comme moi que la loi ne nous permet pas de nous renseigner sur les décisions, car comment alors peut-on les critiquer? (c'est nous qui soulignons) ⁴⁴⁷.

A titre de réplique, le Ministre et le Cabinet s'abritaient derrière le secret des délibérations au Cabinet et la règle de la confidentialité posée par l'article 14 de la Loi, tel qu'en fait preuve cette réponse du Ministre responsable à l'époque, l'Honorable Donald C. Jamieson:

Monsieur l'Orateur... les députés savent qu'il ne convient pas de parler des affaires soumises à l'Agence d'examen de l'investissement étranger.
... ⁴⁴⁸.

Or, l'absence d'information ne va-t-elle pas à l'encontre de toute signification du principe de la responsabilité ministérielle? Un organisme administratif qui se rapporte directement à un Ministre à qui il rend ainsi compte, ne rend pas nécessairement compte au Parlement, ni à la population. L'expérience n'a-t-elle pas démontré que l'Agence n'est pas imputable devant le Parlement et que le contrôle de l'exécutif sur l'Agence n'a peut-être pas été efficace? Il est raisonnable de s'interroger à ce sujet puisque ni le Ministre responsable ni le

⁴⁴⁷C. des C., 11^{ème} session, 31^{ème} législature, Vol. II, p. 1908.

⁴⁴⁸C. des C., 11^{ème} session, 30^{ème} législature, Vol. X, p. 10046, le 16 décembre 1975.

Cabinet n'ont respecté le principe de la responsabilité ministérielle devant la Chambre. En fait, le Gouvernement se glorifiait d'administrer suivant la Loi, tel que l'exprimait, par exemple, l'Honorable Allen J. MacEachen, alors Ministre des Finances, en ces termes:

La Loi sur l'examen de l'investissement étranger doit être appliquée en fonction des objectifs établis par le Parlement ⁴⁴⁹,

Mais dès que se soulevaient des questions en Chambre aux fins de savoir comment les mandataires du Parlement s'acquittaient de leur mandat, les réponses données ne livraient pas les informations demandées, le Gouvernement préférant demeurer vague et s'abritant derrière de vieux clichés tels que:

Madame le président, le gouvernement prendra une décision dans ce cas-ci comme dans tous les autres cas. Assurément, nous devons examiner consciencieusement toutes les circonstances, comme l'exige la loi. Nous allons certes nous acquitter de nos responsabilités à cet égard ⁴⁵⁰.

Par ailleurs, si le contrôle direct de l'exécutif sur l'Agence ne trouve pas sa justification dans l'efficacité du principe de la responsabilité ministérielle comme moyen de contrôle par le Parlement sur l'imputabilité des mandataires, le

⁴⁴⁹C. des C., 11^{ème} session, 32^{ème} Législature, Vol. XVI, p. 1880.

⁴⁵⁰Id., Vol. XVII, p. 19953. Réponse de M. Gray, Ministre responsable à l'époque.

Gouvernement peut-il justifier ce type de contrôle en maintenant qu'il revient, de plein droit, aux personnes élues chargées d'administrer les affaires du pays?

Il est certain que le contrôle direct par l'exécutif sur l'Agence assure que celle-ci est imputable à des personnes élues chargées de participer activement à l'administration des affaires publiques. Mais la position du Gouvernement signifie en plus qu'il ne peut pas y avoir de contrôle, pour rendre compte au Parlement et au public, si l'Agence ne relève pas directement de l'élite exécutive que MacCrimmon et Stanbury ont surnommé "the government establishment".⁴⁵¹ Elle suppose aussi que le contrôle de l'imputabilité du Ministre responsable et des autres membres du Cabinet sur leur administration quotidienne de la politique du Canada en matière d'investissement étranger ne pourra s'effectuer que lors de l'élection générale suivante au pays, car ils ne peuvent être forcés de rendre compte de leur administration avant, étant protégés par le secret et la confidentialité tel que vu ci-haut.

Le moindre que l'on puisse dire, c'est que cette position est loin de se conformer aux exigences des lois qui gouvernent le développement de la vie économique au Canada. Faut-il attendre à l'époque des élections générales pour s'assurer

⁴⁵¹ MacCRIMMON et STANBURY, The Reform of Canada's Merger Law and the Provisions of Bill C-13, dans Competition Policy in Canada, Toronto, Butterworths, 1978, p. 103.

que sont protégés les intérêts économiques du Canada, des Canadiens et des investisseurs étrangers? Le monde des affaires ne se développe-t-il pas sans cesse dans un contexte toujours en évolution? En effet, la loi de l'offre et de la demande a des répercussions continuelles, et souvent nouvelles, sur les besoins du Canada. Les données du marché sont appelées à changer; les conditions de l'investissement étranger aussi; les taux d'intérêts; les politiques des institutions financières, les changements technologiques, les politiques et objectifs des multinationales, etc... Bref, si l'on veut parler d'une époque où doit se contrôler l'imputabilité de l'autorité chargée de l'administration de la loi, la période électorale ne suffirait pas, et la décision rendue devrait plutôt être susceptible d'être questionnée à court terme, comme le faisaient remarquer MacCrimmon et Stanbury:

... business interests should be able to take the government to task immediately after any important decision has been rendered.⁴⁵²

⁴⁵² Ibid. Les auteurs en parlent ici en matière d'application des lois sur la concurrence car ils discutent des projets de loi C-42 et C-13. On sait que, dans le C-42, le Gouvernement avait prévu la création d'un Bureau de la concurrence qui aurait eu le statut d'un tribunal autonome, dont le contrôle judiciaire se serait limité aux cas d'application de l'article 28 de la loi sur la Cour fédérale, alors que dans le C-13, déposé ultérieurement, soit le 18 novembre 1977, le Gouvernement reconnaissait alors au Cabinet des pouvoirs étendus de réviser les décisions rendues par le Bureau. Nous estimons que les remarques de ces auteurs devraient s'appliquer au mécanisme d'application de la loi de 1973.

Enfin, même si on acceptait que ce type de contrôle soit justifié, encore faut-il l'exercer avec efficacité. Conscient des difficultés ci-haut énoncées, il nous apparaît justifiable de douter justement de son efficacité. Aussi, sur cette question du type de contrôle auquel l'Agence était assujettie, la position du Gouvernement s'expliquerait beaucoup plus comme étant une suite logique des efforts du Gouvernement dans le but de politiser l'administration de la réglementation au Canada comme le faisait remarquer le professeur Janisch:

These proposals appear to be part of a general trend towards "politicization" of regulation, in which it is envisioned that regulatory agencies will be held on much tighter political reins than they have been in the past. The establishment of the Foreign Investment Review Agency (FIRA) as a purely advisory body designated to operate very much within the political process constitutes an early manifestation of this trend away from reliance on independent bodies to make important policy decisions even where, as in the review of the desirability of foreign investments, the specific decisions have a direct impact on individual corporations. This is in spite of a strong argument in favour of an independent adjudicatory body, which would make its decisions on the evidence presented to it at an open hearing, give reasons for its decisions, and then follow them in an open and constant manner (c'est nous qui soulignons) 453.

D'ailleurs, le Gouvernement aura suivi cette tendance à au moins deux autres occasions, par après. D'abord, le 12 avril 1978, était sanctionnée la loi sur le pipeline du

453 H. W. JANISCH, Policy Making in Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada, loc. cit. supra n. 221, p. 89.

Nord 454. En dépit des fortes recommandations du rapport Lysyk 455, le Gouvernement du Canada a fait créer l'Administration du pipe-line du Nord 456, une agence à l'image d'un ministère où le contrôle est laissé entièrement à l'exécutif, car le Gouverneur en conseil désigne le Ministre responsable de la direction, la gestion et l'administration de l'agence. Tout comme ce fut le cas pour l'AEIE, il n'y a pas eu de vrai débat, lors de la présentation du projet de loi, sur la valeur de cette agence comme organisme autonome. Ensuite, le 24 octobre 1983, le Parlement adoptait le projet de loi C-163, déposé par le Gouvernement, et créait le Bureau canadien de la sécurité aérienne; nonobstant les recommandations du rapport Dubin à

454 S.C. 1977-78, ch. 20.

455 Enquête sur le pipe-line de la route de l'Alaska (le rapport Lysyk). Ministre des approvisionnements et services, Ottawa 1977. Le rapport recommandait fortement au Gouvernement du Canada de créer un organisme unique pour réglementer et contrôler tous les aspects techniques, environnementaux, sociaux et économiques du projet du pipeline. Le rapport s'était prononcé contre le droit d'examen laissé à des ministres car, autrement, y a-t-on soutenu, ça irait à l'encontre de la nécessité d'avoir un pouvoir de réglementation complet et intégré. De plus, les auteurs du rapport avaient reconnu la possibilité de faire contrôler et réviser les décisions prises: "... nous reconnaissons que l'on doit permettre la révision de ces décisions pour maintenir la responsabilité face au public et aux institutions politiques et pour fournir le moyen de faire entrer les intérêts nationaux et internationaux dans les décisions de cet organisme de réglementation. Cette révision doit se faire ouvertement et avec réserve, si l'on veut que le processus de réglementation conserve son intégrité et sa crédibilité. Tout système de révision ne permettant pas une discussion franche et la formulation des motifs de décision minerait fatalement la capacité de l'organisme de conserver la confiance des parties intéressées et des Yukonnais en général" (voir surtout aux pp. 145-156).

456 Supra n. 454, à l'art. 4.

l'effet que l'administration de cette loi soit confiée à un I.A.A., le Gouvernement s'était encore réservé les pouvoirs de décision.

En conclusion, ce type de contrôle n'a pas fait merveille si l'on en juge par les nombreuses critiques qu'il a suscitées depuis 1974-1975. Comme le mentionnait le président du Conference Board du Canada, M.J.R. Mininger, dans une allocution prononcée à Toronto le 5 octobre 1984, les investisseurs étrangers ont vivement reproché au mécanisme actuel d'être sous le contrôle du Ministre et du Cabinet:

Investors were concerned about the lack of clarity in the criteria, the shroud of secrecy surrounding the process, and the role of politicians in the decision-making process.

De toutes façons, le Gouvernement devrait être prudent, car à vouloir tout contrôler on risque de ne rien contrôler en fin de compte. En juillet 1984, le Gouvernement Turner avait allégé l'agenda du Cabinet en réduisant le nombre des Ministres et le nombre des comités du Cabinet. Au contraire, en septembre 1984, le Cabinet mis sur pied par le nouveau Gouvernement Mulroney comptait le plus grand nombre de Ministres dans l'histoire du Canada. A travers tant de ministères il est permis de se de-

mander que vaut ce contrôle de l'Agence par des ministres ⁴⁵⁷ accaparés par tant de questions différentes n'ayant pas, ou très peu, rapport avec la politique canadienne sur l'investissement étranger qu'ils ont très peu de temps à consacrer à l'Agence ainsi qu'à tout le mécanisme d'examen dans son ensemble. Ce handicap fut décrit par Robertson en ces termes:

From the standpoint of the cabinet minister, the complications start with the catalogue of complexities of existing policies, programs and activities ⁴⁵⁸.

Cet argument ne passe pas la rampe comme on vient de le voir. Il en reste un dernier que le Gouvernement considérait comme important, à savoir: la courte durée du délai accordé au mécanisme de tamisage pour disposer des propositions.

Chapitre VII - La sorte de délai que doit respecter l'organisme d'examen.

Comme l'avait mentionné l'Honorable Jean-Jacques Blais (il n'était pas encore Ministre), la loi ne devait pas être "enterrée" par la "bureaucratie" ni assujettie à des déci-

⁴⁵⁷ Selon le projet de loi C-15, l'administration de la loi relèvera du Ministre responsable qui exercera seul dorénavant le pouvoir de décision. Mais, enfin de compte, il est raisonnable de soupçonner qu'il sera tout de même influencé par ses collègues du Cabinet.

⁴⁵⁸ The Changing Role of the Privy Council Office, loc. cit., supra n. 444, p. 507.

sions de sous-ministres et sous-ministres adjoints pouvant entraîner des délais inacceptables 459.

4 Le 7 juin 1973, le Ministre Gillespie comparissait devant le Comité permanent de la Chambre sur les fi., le com. et les q.é. On y discutait du délai de 90 jours (il y eut amendement en troisième lecture et ce délai fut réduit à 60 jours), à l'expiration duquel une proposition d'investissement soumise à l'Agence était présumée avoir été autorisée par le Cabinet si ce dernier n'avait pas encore rendu sa décision, les autres conditions prévues par la loi ayant été remplies 460. Saussant l'occasion d'une référence au tribunal anti-dumping, le Ministre affirmait qu'une décision serait rendue par le Cabinet dans un délai beaucoup plus court que si elle était rendue par un T.A.A.:

Mr. Stevens: Are you suggesting that it will be even faster than the anti-dumping tribunal?

Mr. Gillespie: That is a very good example. There is no ministerial judgment or discretion at all in the anti-dumping tribunal. I am glad you brought that up because here is a very good example of going the tribunal route versus the ministerial discretion route. You can move fast with the ministerial discretion route, but when you put it all on the tribunal and give that tribunal independent authority, then you have to

459C. des C., 11ère session, 29ième Législature, Vol. III, p. 2866, le 12 avril 1973.

460Voir l'art. 13 de la Loi.

wait. You no longer have any kind of influence over the speed of operation 461.

Toutéfois, il ne paraissait pas si évident qu'il y aurait une importante économie de temps à confier le pouvoir de décision au Cabinet plutôt qu'à un organisme administratif autonome et, qui plus est, l'expérience a démontré le contraire. Premièrement, tout T.A.A., au même titre que l'Agence, le Ministre et le Cabinet, devrait respecter les délais prescrits par la Loi et les règlements, soit 10 ou 60 jours selon que la proposition est soumise sur une formule abrégée ou standard. Or, nous avons vu que, depuis l'automne 1982, le processus a été grandement simplifié de sorte qu'il est maintenant possible de disposer de 3 propositions sur 4 dans les 15 jours de leur réception, selon les renseignements obtenus du personnel de l'Agence. En conséquence, l'importance de la question du délai à respecter semble s'être atténuée, d'une part, et, d'autre part, on n'a pas démontré qu'un T.A.A. dont les membres seraient choisis selon leur compétence, formation et expérience, retarderait sérieusement le traitement des propositions, car il devrait respecter les délais impartis.

461 C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11ère session, 29ième législature, à 28:33. En vertu de l'art. 16(3) de la loi anti-dumping S.R.C. 1970, c.A-15, le Tribunal devait rendre sa décision dans les 90 jours à compter de la date de la réception d'un avis d'une détermination préliminaire de dumping.

De plus, dès le début, on avait soupçonné que le Ministre et le Cabinet pouvaient se servir des délais prévus par la Loi pour se chercher des faux-fuyants, au besoin, plutôt que pour protéger les droits et intérêts des investisseurs étrangers. Comme l'avait remarqué Espinosa, la question du délai pouvait devenir un couteau à deux tranchants, pour employer une expression commune:

... In the event 90 days (ce fut réduit à 60) transpire and either no Order-in-Council is issued by the Cabinet, or no notice of inadequate information or unfavorable consideration is sent to the investor, the acquisition will be deemed approved.

The Trudeau government has hailed this last provision as an important "safeguard" for the investor, but the time limitation that it appears to impose is probably an ineffectual one. It may easily be circumvented by the familiar device of unending requests for further information. In addition, the bill provides for a rather unclear resolution of the Cabinet's determination should it view the proposed investment unfavorably. Instead of simply expressing its disapproval, the Cabinet may order the Minister to proceed "as though... (he) had been of the opinion that he was not able to make a recommendation to the Governor in Council..." In this case, the investment would be remanded for further negotiations of apparently indefinite duration. Should any takeovers of new investments become controversial, the Government could understandably choose to resort to either or both of these methods for delaying final action indefinitely (c'est nous qui soulignons) 462.

Ces craintes se sont avérées bien fondées, semble-t-il, avec l'expérience, selon une mise au point faite en 1983:

⁴⁶²William H. ESPINOSA, The Canadian Foreign Investment Review Act: Red, White and Gray, loc. cit., supra n. 8, pp. 1032-1033.

Any calm inspection of the way FIRA was being run a very few years back would have suggested to an impartial observer that far more than concern for legitimate Canadian interests was at work - the element of hostility towards outsiders was glaringly conspicuous. That was the only possible explanation for the introduction of inordinate delays into its consideration of applications - delays of one to two years (c'est nous qui soulignons) 463.

De plus, une enquête scientifique menée par le Conference Board du Canada, en 1984, auprès d'investisseurs étrangers dont les propositions d'investissement avaient été traitées par le mécanisme actuel, démontra que le temps mis par celui-ci pour disposer des propositions pouvait atteindre 3 ans 464. Alors que le tamisage était terminé en moyenne au bout de 6 mois, il n'était pas rare pour les investisseurs étrangers d'attendre ensuite une autre année avant de recevoir la décision du Gouverneur en conseil 465. Si l'on en juge par cette étude impartiale, la position du Gouvernement ne semble-t-elle pas battue en brèche, comme on peut le soupçonner suite à des observations telles que celle-ci:

Delays can also be the result of the Agency's unique decision-making structure. Since the ultimate decision on any application is taken at the political level, the minister has considerable power to accelerate or to retard an application... The administration of the FIRA process is subject to shifts in the climate of national opinions... The minister's attitude will in

463 M.A. WILSON, GATT Ruling Dealt Blow to Destructive Nationalism, Ottawa Citizen, Ottawa, le 13 juillet 1983.

464 The Foreign Investment Review Agency: Images and Realities, op. cit., supra n. 157, p. 44.

465 Ibid.

turn affect the length of the negotiations between FIRA's staff and the investor... 466.

Bref, n'est-il pas, raisonnable de soupçonner que l'exécutif s'est réservé le pouvoir d'administration et de décision pour une toute autre raison?

Enfin, que vaut encore l'argument du Gouvernement si on interprète bien les paroles du Sénateur Michael Pitfield qui fut secrétaire du Cabinet pendant longtemps, et qui, une fois ses fonctions terminées, aura souligné que l'un des résultats de l'attitude et de l'opération du Gouvernement, au sein du Cabinet, se traduisait parfois par le sacrifice des questions importantes au profit des questions urgentes; "... the urgent always suppresses the important" avait-il dit 467. Le Gouvernement a-t-il posé la bonne problématique? Est-ce une question de sauver du temps? d'écourter un délai?, de rendre plus expéditif l'exercice d'un pouvoir décisionnel? N'est-ce pas plutôt une question de s'assurer que les justiciables, Canadiens et étrangers, visés, directement ou indirectement par une proposition d'investissement étranger, puissent faire valoir et protéger leurs droits et intérêts? C'est un argument bien faible de soutenir que la prise de décision doit relever du Cabinet parce que le délai pour prendre cette décision sera plus court lorsqu'on le préfère à celui de s'assurer que les droits et intérêts des administrés soient respectés.

466 Id., p. 45.

467 Paddy SHERMAN, Epitaph of a Worried Man?, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 novembre 1983.

Tous ces arguments du Gouvernement ne justifient pas suffisamment la position du Gouvernement, ni son choix du type d'organisme de réglementation. Peut-être que le débat devrait maintenant porter sur les avantages et les désavantages de confier le mandat à un tribunal administratif autonome, puisque le Gouvernement ne l'a pas encore sérieusement analysé? Enfin, le projet de loi C-15, porteur de réformes pour répondre aux besoins économiques canadiens de l'heure, saura-t-il remédier aux problèmes juridiques posés par des mécanismes de réglementation assujettis au pouvoir omnipotent d'un Ministre de la Couronne? Une analyse des principales dispositions du projet de la loi sur ces questions nous permettra d'évaluer s'il est possible d'espérer que les problèmes analysés ne vont pas se répéter.

Chapitre VIII - L'efficacité des réformes proposées dans le projet de loi C-15

Section I - La disparition du principe de la collégialité au moment de la prise des décisions

Selon les dispositions du projet de loi C-15 le Ministre sera seul habilité à prendre les décisions pour déterminer si «l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada» (art. 21(1)). Lors des débats en deuxième

lecture sur le projet de loi, plusieurs députés ont déploré la disparition du Cabinet comme instance décisionnelle, car ils voyaient la disparition d'une mesure qui permettait de tenir compte de la diversité d'intérêts régionaux et de bénéficier d'approches différentes lors de l'évaluation et de la disposition des propositions d'investissements étrangers. Le Ministre répliquait, lors de sa première comparution devant le Comité permanent de la Chambre chargé de faire l'analyse du projet de loi, le 5 février 1985, que le Gouvernement actuel ne fonctionnait pas en laissant les Ministres agir isolément, et qu'il verrait à consulter ses collègues en temps et lieu. Or, cette situation créera de l'ambiguïté et appauvrira la valeur du processus décisionnel pour les raisons suivantes: a) premièrement, le projet de loi parle de la possibilité pour le Ministre de consulter (art. 5(2)), mais elle est laissée au bon vouloir du Ministre qui n'aura même pas à rendre compte de l'exercice ou non de cette discrétion; b) deuxièmement, le Ministre ne sera pas obligé de tenir compte du résultat de cette consultation et l'opinion du Ministre consulté pourra être totalement ignorée alors que, sous la loi actuelle, l'opinion de chaque Ministre, au Cabinet, a plus de poids; c) troisièmement, le Ministre actuel est probablement bien intentionné et consultera probablement, mais, étant donné que c'est facultatif, il est possible d'envisager que certains de ses successeurs pourront agir autrement. Pour ces motifs, la prise des décisions par le Gouverneur en conseil nous apparaît un moindre mal.

Section II.- Le manque de transparence dans
l'administration de la loi.

Par contre, avec le projet de loi C-15 disparaît la difficulté posée par le secret des délibérations au Cabinet et le secret de ses documents, lors des échanges entre l'Agence, le Ministre et le Cabinet et lors de la prise des décisions, à l'exception des cas d'application pour la prise du décret prévue à l'art. 15(b)(1) et de l'adoption des règlements (art. 35(1), (2)). Ce régime du secret nous provient d'une longue tradition parlementaire britannique, suivie au Canada⁴⁶⁸, et découle des termes de la loi canadienne sur les secrets officiels⁴⁶⁹. Cependant, l'administration de la loi sera encore effectuée dans le secret. En effet, le projet de loi édicte la confidentialité des renseignements et des informations ayant servi au cours de l'application de la loi (art. 36(1)), sauf que le Ministre

⁴⁶⁸G. Bruce DOERN, Canada, dans Itzhak GALNOOR (éd.), Government Secrecy in Democracies, New York, New-York University Press, 1977, pp. 143-45-6.

Voir aussi dans le même ouvrage: Colin SEYMOUR-URE, Great-Britain, pp. 157-175.

Voir aussi, au même effet:

D.C. ROWAT, How Much Administrative Secrecy (1965), 31 Canadian Journal of Economics and Political Science, pp. 477-498.

Report of the Royal Commission on Security, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

Maxwell COHEN, Secrecy law and Policy: the Canadian Experience and International Relations, dans Thomas M. FRANCK and E. WEISBAND (eds), Secrecy and Foreign Policy, New-York, Oxford, 1974, pp. 355-356.

Richard D. FRENCH, The Privy Council office: Support for Cabinet Decision Making, dans Richard SCHULTZ, Orest M. KRULAK, John C. TERRY (eds), The Canadian Political Process, Toronto, Holt Rinehart and Winston, 1979, p. 369: "Cabinet Documents are deemed to contain a confidence of the Queen's Privy Council and are thus internal to Cabinet".

⁴⁶⁹S.R.C. 1970, ch. 0-3 et amendements.

conserve son pouvoir discrétionnaire de dévoiler les renseignements contenus dans un engagement écrit souscrit par un investisseur envers sa Majesté du Chef du Canada (art. 36(4)b)). De plus, la loi sur l'accès à l'information continuera à ne pas s'appliquer à la prochaine loi sur Investissement Canada (art. 47).

Or, l'absence, dans la loi, de mécanismes précis permettant de faire voir les modalités de son administration crée inévitablement un climat d'incertitude et de soupçon pouvant mettre en jeu la crédibilité de l'instance décisionnelle. Il peut paraître difficile, voire impossible, de justifier ce régime de secret et de confidentialité lorsqu'il est réservé à un Ministre de la Couronne et au Gouverneur en conseil le droit et le pouvoir de faire l'application suivie d'une politique du pays sur une question telle que la création d'emplois et la croissance de l'économie, présentée comme un sujet de préoccupation nationale.

Au fond, l'article 36 du projet de loi a la même raison d'être que l'article 14 de la loi actuelle, à savoir: protéger les investisseurs étrangers de la curiosité de leurs concurrents en assurant la confidentialité de leurs projets. Comme il a été souligné, l'argument serait valable s'il était question de dévoiler tous les renseignements contenus dans l'avis, mais il ne serait pas nécessaire de tout révéler pour

assurer la transparence de l'administration ⁴⁷⁰. En effet, il serait suffisant de connaître en quoi consistent les engagements pris par les investisseurs étrangers et/ou les conditions exigées par le Ministre pour accorder son autorisation. On aurait alors une explication du Ministre sur son évaluation et l'application des facteurs énoncés à l'article 20 du projet de loi. La démonstration n'a pas été faite qu'il serait préjudiciable aux investisseurs étrangers que le public connaisse les grandes lignes des engagements souscrits et des conditions d'autorisation de leurs propositions d'investissement. Par exemple, si "l'avantage net du Canada" consiste en l'accroissement du développement technologique, il est peu probable que cette information puisse causer un préjudice au proposeur, étant donné que la plupart du temps la technologie est importée d'un pays où elle est déjà connue. La révélation des engagements visant la création d'emplois pourrait difficilement causer un préjudice au proposeur, semble-t-il, aussi.

De toutes façons, s'il y avait des cas où le fait de dévoiler la nature des avantages nets pour l'économie du Canada pourrait nuire à la réalisation de la proposition, le Ministre pourrait en faire état et l'expliquer. Et si, pour la même raison, il était nécessaire de retarder le dévoilement des motifs de décision qu'il a retenus, afin de prévenir un préjudice quelconque à l'investisseur, le Ministre pourrait en

⁴⁷⁰Peter R. HAYDEN, Jeffrey H. BURNS, John A. FOX, op. cit., supra n. 344, p. 2018.

différer la publication, quitte à les dévoiler ultérieurement. L'information est nécessaire non seulement pour faire connaître la nature et l'orientation de la politique canadienne en matière d'investissement étranger, mais aussi pour assurer un contrôle sur l'exécution du mandat sollicité par le Ministre et le Gouvernement auprès du Parlement ⁴⁷¹.

Enfin, la problématique repose sur une question d'intérêt public. Le Gouvernement maintient que la production de ces informations serait préjudiciable à la bonne administration du Ministre responsable et de l'Agence ainsi qu'aux intérêts commerciaux et industriels des proposeurs, et serait donc contraire à l'intérêt public. Mais l'intérêt public n'exige-t-il pas aussi que l'autorité laisse voir les modalités de son administration? Où se situe la balance des inconvénients? Cette problématique soulève d'autres observations sur les dispositions actuelles du projet de loi à l'effet qu'elles laisseront probablement persister le manque d'imputabilité de l'autorité chargée de l'administration de la loi.

Section III. Le manque d'imputabilité de l'instance décisionnelle.

⁴⁷¹ Id., p. 2019: "So much for the "competitive disadvantage" argument for maintaining secrecy. But even if that argument were convincing, would it not be overridden by Canadians' right to see clearly how the Foreign Investment Review Act operates to allow or not allow new foreign investments in Canada? (c'est nous qui soulignons).

La règle de l'imputabilité constitue l'un des éléments essentiels du système politique et du système parlementaire canadiens qui disposent d'une administration publique de type démocratique⁴⁷². Or, si l'on en juge par l'administration de la loi actuelle, trop souvent dans le passé les porte-parole du Gouvernement se sont abrités derrière cette règle de confidentialité pour refuser de dévoiler quelque renseignement que ce soit sur les propositions, les motifs de décision et les engagements. L'un des Ministres responsables a même affirmé en Chambre que les députés devraient savoir qu'il "ne convenait pas de parler des affaires soumises à l'Agence d'examen de l'investissement étranger"⁴⁷³. D'ailleurs, les critiques les plus sérieuses et les plus constantes adressées à l'ancien Gouvernement à ce sujet l'ont été par des députés qui aujourd'hui font partie du Gouvernement actuel. Ces reproches étaient bien fondés; aussi ne faudrait-il pas que ces problèmes se répètent sous la nouvelle Administration.

Le projet de loi ne prévoit aucune règle permettant au Parlement de contrôler l'administration de la loi par le Ministre si ce n'est qu'il doit déposer un rapport devant chaque Chambre du Parlement dans les six premiers mois de chaque exercice (art. 44). Un rapport donnant les mêmes informations

⁴⁷² Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité, op. cit., supra n. 211.

⁴⁷³ C. des C., 1^{ère} session, 30^e Législature, Vol. X, p. 10046, le 16 décembre 1975 (l'honorable Donald C. Jamieson).

que par le passé ne permettra pas de connaître le détail de l'administration quotidienne de la loi, ni le pourquoi des décisions prises ⁴⁷⁴. L'économie du Canada est une économie mixte de marchés où les participants ont besoin de connaître rapidement les raisons retenues par le Ministre dans l'application de la politique afin d'être en mesure de s'ajuster à court terme ⁴⁷⁵.

Il semblerait donc d'intérêt public que le Ministre rende compte de son administration, au moins lorsque demande lui en est faite, à la Chambre ou ailleurs, de sorte que soit maintenue la confiance du public en la démocratie parlementaire et en la justice, et que l'on sache, aussi précisément que possible, les exigences qu'il faut respecter afin de réaliser les objectifs de la loi. Le Conseil économique du Canada avait remarqué à ce sujet que si "les gens sont bien informés, la valeur de toute chose peut se mesurer à ce que les gens sont disposés à sacrifier pour l'obtenir ou la conserver" ⁴⁷⁶. D'ailleurs, lors des séances du Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques sur le projet de loi

⁴⁷⁴Voir le contenu des rapports annuels de l'Agence et de ses communiqués de presse.

⁴⁷⁵MacCRIMMON et STANBURY, The Reform of Canada's Merger Law and the Provisions of Bill C-13 dans Competition Policy in Canada, op. cit., supra n. 451, p. 103.

⁴⁷⁶Rationalisation de la réglementation publique, op. cit., supra n. 226, p. 30.

C-132, en 1973, certains représentants du milieu des affaires avaient souligné qu'ils trouvaient inacceptable qu'en démocratie l'autorité puisse prendre des décisions affectant l'avenir, les droits et intérêts non seulement des personnes directement concernées mais aussi du public en général sans dévoiler les motifs des décisions ⁴⁷⁷. La même remarque pourrait s'adresser au projet de loi C-15.

Enfin, l'imputabilité du Ministre et du Gouvernement doit être le gage de la protection de l'intérêt public reposant aussi sur la nécessité pour toutes personnes intéressées dans une proposition d'investissement, Canadiens et non-Canadiens, d'être assurées que si leurs droits et intérêts ont été affectés par une décision du Ministre, ils le furent dans le respect des principes de justice naturelle, et, sinon, qu'il y ait ouverture à l'intervention judiciaire pour corriger la situation.

Séction IV - La pauvreté des dispositions pour assurer la protection des droits des administrés.

Nous avons été en mesure de constater les faiblesses de la loi de 1973 à ce niveau. Et, qui plus est, il est évident que les administrateurs de cette loi n'ont pas su réserver au principe de la légalité le rôle primordial qui lui reviendrait.

⁴⁷⁷C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11ère session, 29e Législature, à 34:23-4, le 21 juin 1973.

pourtant afin d'assurer l'équilibre entre l'Administration et les administrés au moment de l'application de la réglementation canadienne sur les investissements étrangers. Il serait souhaitable que les réformes proposées remédient à cette pauvreté de mesures de sauvegarde.

Or, il n'existe que trois moyens de protection à la disposition des justiciables dans ce projet de loi. En premier lieu, s'il manque des renseignements dans l'avis d'investissement, l'Agence en avise "sans délai" l'investisseur et les précise (art. 13(2) et 18(2)). L'investisseur a donc l'opportunité de bonifier son avis et de respecter les exigences sans en subir de préjudice. En second lieu, si, à l'intérieur des délais impartis dans la loi, le Ministre "n'est pas d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada, il en avise le demandeur; cet avis informe le demandeur de son droit de présenter des observations au Ministre et de prendre des engagements" à l'intérieur des délais requis (art. 23(1)). A ce moment-là, l'investisseur peut "présenter des observations ou prendre des engagements" (art. 23(2)). En troisième lieu, tout comme la loi actuelle (art. 23), le projet de loi C-15 contient une clause "omnibus", à l'article 40(5) qui prévoit expressément un droit d'appel à l'égard des ordonnances susceptibles d'être rendues par la Cour supérieure saisie d'une demande du Ministre selon les dispositions des articles 40(1), (2), (3), (4), 41(1) et 42. Mais il n'existe aucune disposition prévoyant l'ouverture à un recours quelconque à l'égard de

plusieurs autres gestes et décisions que peuvent poser et prendre soit le Ministre soit le Gouverneur en conseil: en voici quelques exemples.

Premièrement, le projet de loi permet au Ministre de consulter "toutes personnes intéressées" dans l'exercice de ses attributions (art. 5(2)c)). Cette compétence illimitée pourra être exercée par le Ministre, par exemple lors de l'évaluation d'une proposition d'investissement, mais le projet de loi ne prévoit guère la possibilité pour les personnes concernées d'en être avisées, d'y participer et d'y faire des représentations pour la protection de leurs droits et intérêts. Deuxièmement, le projet de loi prévoit la possibilité pour l'Agence de recueillir et de transmettre au Ministre, à propos d'un investissement proposé, les observations d'une ou des provinces sur laquelle (lesquelles) l'investissement aura vraisemblablement des répercussions appréciables (art. 19 d)). Rien n'est prévu qui permettrait aux personnes concernées ou à leurs représentants de connaître ces observations et de pouvoir y répondre, le cas échéant. Pourtant, il s'agit là d'une lacune sérieuse, pouvant causer un tort irréparable à certains, car, en pratique, on sait combien sensibles sont les relations fédérales-provinciales, et, de plus, l'expérience a démontré qu'en matière d'investissement étranger, le Gouvernement fédéral n'a presque jamais outrepassé les souhaits des provinces sur une proposition donnée. Troisièmement, le projet de loi ne reconnaît à personne le droit de contester la recommandation du Ministre au Gouver-

neur en conseil pour inciter ce dernier à prendre un décret aux fins de soumettre un investissement à l'examen (art. 15 b)(1)).

Bref, le projet de loi accorde au Ministre des pouvoirs discrétionnaires très étendus sans prévoir pour autant un recours quelconque permettant aux justiciables de s'adresser aux Tribunaux, si nécessaire, pour assurer que le Ministre n'abuse pas de son exercice. Le 12 juin 1973, l'Honorable Louis-Philippe de Grandpré, alors qu'il était président de l'Association du Barreau canadien, comparaisait devant le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques alors saisi de l'étude du projet de loi C-132. A cette occasion, il avait prévenu les membres du Comité du danger, souligné par l'Association à plusieurs reprises devant différents Comités de la Chambre des Communes et du Sénat, que représente le mécanisme de la discrétion ministérielle. En conséquence, disait-il, cet instrument administratif devait être utilisé "avec beaucoup de retenue" et restreint "le plus possible". Il soumettait au Comité que cet aspect du projet de loi C-132 "devrait être réexaminé à fond"⁴⁷⁸. Les mêmes remarques peuvent s'appliquer au projet de loi C-15.

Trop d'informations susceptibles d'être prises en considération par le Ministre et le Gouverneur en conseil ne

⁴⁷⁸C. des C., Co. perm. des fi., du com. et des q.é., 11^{ère} session, 29^e Législature, à 32:5, le 19 juin 1973.

seront pas communiquées aux intéressés; en conséquence, il ne leur sera pas permis d'en discuter ni de présenter une preuve contraire, le cas échéant, par exemple. Or, l'autorité responsable de l'administration de la Loi a l'obligation d'agir légalement lorsqu'elle prend ses décisions qui affectent les droits et intérêts des administrés. La distinction entre les principes de justice naturelle traditionnelle et la règle de l'équité semble s'atténuer de plus en plus; il est donc à prévoir que les tribunaux interviendront plus facilement dorénavant à cause des récentes décisions de la Cour Suprême du Canada en droit administratif et des dispositions de la loi constitutionnelle de 1982 protégeant les droits et intérêts des justiciables contre les abus possibles de l'Administration publique.

En confiant l'administration de cette loi à un organisme administratif autonome, lié au respect du principe de la légalité, du moins en ce qui concerne les principes de justice naturelle, le Gouvernement et le Parlement auraient l'occasion rêvée de poser un geste concret fondé sur les dispositions fondamentales du préambule de la Charte canadienne des droits et libertés à l'effet que "le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit". Un tel organisme opérerait ouvertement et serait obligé de motiver ses décisions; par le fait même, il créerait une liste de précédents qui dévoileraient au public les tenants et les aboutissants de la politique canadienne en matière d'investissement étranger.

Section V - Les difficultés du mécanisme proposé à l'établissement d'une politique à long terme.

Les problèmes d'imputabilité et de manque de transparence qui ont marqué l'application de la loi actuelle depuis 1974-1975, risquent de se répéter sous le mécanisme proposé dans ce projet de loi. Or, ces problèmes n'ont certes pas contribué à doter le Canada d'une politique stable et continue en matière d'investissement étranger⁴⁷⁹. Pourtant, le principe de la légalité n'exige-t-il pas que l'intention du Législateur soit clairement établie, en des termes simples, mais précis, et que les moyens soient prévus afin de rendre publique cette intention de même que son interprétation. L'un des éléments essentiels de la liberté d'expression ne consiste-t-il pas en la faculté de pouvoir critiquer? Or, pour pouvoir critiquer, il faut pouvoir connaître⁴⁸⁰, et une politique nationale n'a de crédibilité que si le Législateur crée les moyens nécessaires pour la faire connaître.

S'il n'y a pas de modification au projet de loi actuel, le Ministre devra probablement continuer à inventer les règles au fur et à mesure du déboisement de l'application de la

⁴⁷⁹Brian DERRAH, op. cit., supra n. 8, p. 194.

⁴⁸⁰WELB c. The Times (1960) 2 Q.B. 535.

loi 481. Il est vrai que l'article 37 permettra au Ministre de fournir des opinions, sur demande, le texte précisant que s'il s'agit de décider si un "individu ou une unité est un Canadien", le Ministre remettra son opinion, en principe (37(1)) alors que, dans tous les autres cas, le Ministre n'a aucune obligation statutaire à respecter, son pouvoir de fournir ou non l'opinion écrite demandée étant discrétionnaire (37(2)). De plus, l'article 38 du projet de loi prévoit la possibilité de faire émettre "des principes directeurs et des notes explicatives sur l'application et l'administration d'une disposition de la présente loi ou des règlements", mais il s'agit, encore une fois, d'un pouvoir discrétionnaire, car, selon le texte, le "Ministre peut établir et publier de la façon qu'il estime indiquée".

Si l'on se fie sur l'expérience passée où des dispositions semblables existaient "mutatis mutandis" (voir les dispositions de l'article 4(1) et (2) de la loi actuelle), il est raisonnable de soupçonner qu'il n'y aura pas tellement de changement sous l'administration proposée, d'autant plus qu'au niveau du pouvoir exécutif, comme instance décisionnelle, l'expérience semble avoir démontré que plus la politique est vague et imprécise, plus le Ministre pourra trancher chaque cas soumis de façon subjective et discrétionnaire.

481 SCHULTZ, SWEDLOVE, SWINTON, op. cit., supra n. 8, p. 63.

Les recherches effectuées par le Conference Board du Canada ont aussi démontré que la préoccupation des investisseurs étrangers, se traduit, entre autres, par la crainte de voir la politique du Gouvernement sans cesse changer de direction au cours des ans, des mois, des semaines, et de se voir aux prises avec l'obligation de s'adapter sans cesse aux nouvelles règles du jeu ⁴⁸². On a donc reproché à la politique canadienne en cette matière son absence apparente de stabilité et de continuité ⁴⁸³.

De fait, le mécanisme d'évaluation et de décision, proposé dans le projet de loi, est loin d'assurer une continuité dans l'interprétation de la loi et la définition de la politique canadienne, au contraire des exemples fournis par des organismes indépendants tels que le C.R.I.C., l'O.N.E., et la C.C.I. En effet, le Ministre responsable et l'administrateur délégué de l'Agence sont tous deux des personnages amovibles soit de par la nature de leur rôle soit de par la durée même de leur mandat: l'administrateur est nommé par le Gouverneur en conseil "à titre

⁴⁸² Christopher C. BECKMAN, op. cit., supra n. 157, p. 57.
Dow Jones & Co. Inc. v. Attorney General of Canada: the Canadian Foreign Investment Review Act, loc. cit., supra n. 411, p. 509-10.
GINIGER et GRIVALES, Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, op. cit., supra n. 238.

⁴⁸³ DONALDSON, Foreign Investment Review and Canadianization, loc. cit., supra n. 8, p. 474.
DONALDSON et JACKSON, loc. cit., supra n. 8, p. 176.
SCHULTZ, SWEDLOVE, SWINTON, op. cit., supra n. 8, p. 62.

amovible" et le Ministre est toujours sujet à être remplacé lors d'un remaniement ministériel ou lors d'un changement de Gouvernement. De l'aveu même de certaines personnes consultées à l'Agence, l'expérience a démontré qu'un changement de Ministre oblige le personnel de l'Agence à s'ajuster, car les vues personnelles sur la politique canadienne de l'investissement étranger peuvent varier d'un Ministre à l'autre. Par exemple, on a dit que le ministre Jean Chrétien était beaucoup plus large dans l'application de la loi que le Ministre Herb Gray alors que chacun était ministre responsable à des époques différentes, de l'administration de la même loi.

Le régime serait tout autre si l'on confiait le mandat à un organisme administratif autonome dont les membres seraient nommés pour un terme d'office de sept ou dix ans, d'une part, et, d'autre part, devraient être des spécialistes sur les questions propres à l'investissement étranger au Canada. Le Cabinet pourrait toujours se réserver le droit d'émettre des directives à cet organisme afin d'orienter la politique canadienne sur des besoins actuels à court terme. Un tel organisme, muni de pouvoirs quasi-judiciaires, pourrait assurer la surveillance sur les investisseurs dont les propositions ont été autorisées ainsi que le respect des conditions d'autorisation et des engagements souscrits. On éviterait peut-être que se reproduisent les exemples trop nombreux de cas où certaines sociétés ont décidé subséquentment de fermer les portes d'entreprises dont elles avaient réussi à faire autoriser l'acquisition de contrôle

par le Gouvernement, ou de reporter indûment la réalisation d'engagements souscrits.

Section VI - L'absence d'un mécanisme efficace de contrôle et de surveillance sur les investisseurs étrangers dont les propositions ont été autorisées.

Une fois la proposition d'investissement étranger autorisée par le Ministre, est-elle sujette à un suivi quelconque décrit expressément dans le projet de loi? A-t-on prévu d'adopter les mesures nécessaires pour assurer le respect des termes et conditions de l'autorisation ainsi que des engagements des investisseurs étrangers? La valeur d'une loi se mesure à l'efficacité des moyens prévus pour en assurer le respect par les personnes qui y sont assujetties. Autrement, le parlement n'aurait pas l'assurance que sa volonté sera respectée. Il ne suffit pas de prévoir tout simplement des sanctions éventuelles, encore faut-il établir un mécanisme permettant d'enquêter pour déterminer s'il y a eu infraction à la loi et permettant de sévir, avec célérité, le cas échéant.

Or, si les termes et conditions de l'autorisation d'une proposition d'investissement étranger ne sont pas respectés, le projet de loi prévoit que le Ministre responsable pourra s'adresser aux Tribunaux afin d'obliger l'investisseur à remplir ses obligations envers le Canada (article 39(1)c), e), f), (2) et 40(1), (2), b), c)). Deux remarques s'imposent à propos de ces dispositions.

Premièrement, quelle est l'utilité d'un tel pouvoir de sanction si l'autorité ne surveille pas sérieusement les agissements des investisseurs étrangers dont les propositions ont été autorisées? A défaut, la mise en oeuvre de la politique canadienne ne devient-elle pas aléatoire, discrétionnaire et discriminatoire? A vrai dire, à quoi peut servir un mécanisme d'examen, d'évaluation et de décision en l'absence de moyens adéquats pour assurer le respect de ses décisions? Les discussions entourant le projet de loi C-132 avaient souligné l'importance de ce suivi pour protéger la crédibilité de la politique canadienne tant au pays qu'à l'étranger ⁴⁸⁴. Toutefois, la loi, telle qu'adoptée subséquemment, ne contenait aucune disposition expresse établissant un tel mécanisme mais laissait plutôt au Ministre responsable la discrétion d'effectuer cette surveillance et d'intervenir sans préciser de modalités. En pratique, le personnel de l'Agence, au premier anniversaire suivant l'autorisation d'une proposition ⁴⁸⁵, communique avec l'investisseur étranger pour s'enquérir brièvement des difficultés que ce dernier éprouverait à réaliser son projet. Lorsque la réponse ne mentionne aucune difficulté particulière, l'Agence ne pousse pas plus loin sa vérification. Dans le cas contraire, l'Agence a pour politique de reprendre les négociations avec

484C. des C., Cb. perm. des fi., du com. et des q.é., 1ière session, 29e législature, à 34:51, le 21 juin 1973, par exemple.

485C. des C., 1ière session, 30e législature, Vol. VIII, pp. 7750-1, le 21 juillet 1975.

l'investisseur pour modifier les termes et conditions de l'autorisation initiale. Cette question a souvent refait surface à la Chambre des Communes. Qu'il suffise de citer les affaires de "Cow & Gate Company", "Skil", "American Can Company", "Redpath" et "Iate and Lyle", "Marks & Spencer" et, plus récemment, "Black and Decker Canada Inc." et "Rayovac Canada Inc.", par exemple. Une lecture attentive du projet de loi C-15 ne permet pas d'espérer un changement de situation car on n'y retrouve pas encore de mécanisme de contrôle des termes du contrat intervenu entre l'investisseur et Sa Majesté du Chef du Canada.

Deuxièmement, il nous apparaît très difficile de justifier l'octroi au Ministre d'un pouvoir absolument discrétionnaire d'intervenir ou non. En effet, les articles 39 et 40 décrivent le processus introductif d'instance à suivre et édictent le pouvoir discrétionnaire du Ministre en ces termes: "Le Ministre peut faire émettre une mise en demeure à l'intention d'un non-Canadien" qui ne respecterait pas l'une quelconque des dispositions de la loi, des règlements ou des conditions d'autorisation de sa proposition (art. 39(1)), d'une part, alors que, d'autre part, cette mise en demeure mentionne la "nature des poursuites judiciaires qui peuvent être instituées (art. 39(2)), et qu'une demande d'intervention des Tribunaux n'aura jamais lieu à moins que le Ministre le veuille bien: "Une demande d'ordonnance judiciaire peut être présentée au nom du Ministre (art. 40(1)) (le souligné est ajouté ici au texte original des trois citations précédentes). Enfin, si l'on se

fié à la décision judiciaire rendue par la Cour fédérale du Canada, division de première instance, le 19 décembre 1984, il n'existerait aucun recours pour forcer le Ministre à intervenir contre un investisseur qui ne respecterait pas ses obligations. Il s'agit de l'affaire "Black and Decker Canada Inc." 486 où, pour la première fois, on a soumis à l'appréciation des tribunaux la question de savoir si le Ministre avait le devoir, de nature publique, de s'adresser aux tribunaux et d'obtenir une ordonnance contre qui de droit, en vertu des dispositions de la loi actuelle. L'Honorable Juge Barbara Reed ne reconnut pas l'existence d'un tel devoir et refusa d'émettre le bref de "mandamus" recherché contre le Ministre. Cette décision représente l'état actuel de la jurisprudence sur cette question et continuera de s'appliquer, à moins d'être renversée par un tribunal d'appel, car les pouvoirs du Ministre dans le projet de loi actuel sont encore discrétionnaires. Mais, si tel est le cas, il nous semble que la lettre (de la loi) ne sera pas conforme à l'esprit de la loi. Le projet de loi C-15 ne nous apparaît pas porteur des réformes nécessaires capables d'apporter des solutions à plusieurs difficultés soulevées par le type d'administration actuel dont l'essentiel se continuera sous le type d'administration proposé. Aussi nous formulons les recommandations suivantes en espérant qu'elles puissent remédier à certaines de ces difficultés.

486 James Hamilton and Stanley Steven Cripps c. The Att.-Gen. of Canada and The Minister of Regional and Industrial Expansion and Black and Decker Canada Inc., T-2862-84.

CONCLUSION

A - Le phénomène international de l'investissement direct étranger et l'intervention de l'État.

Etant donné, entre autres, l'évolution et les progrès de la technique moderne, la modernisation nécessaire des établissements et des équipements, la qualité et le perfectionnement de la main d'oeuvre, sans oublier l'évolution du commerce international vers une politique du libre échange et l'élimination prochaine de la plupart des barrières tarifaires, certes, des investissements considérables seront nécessaires pour assurer non seulement l'expansion et la croissance, mais aussi la survie même économique et industrielle de la société canadienne en lui permettant d'être concurrentielle tant sur les marchés domestiques que sur les marchés étrangers. Ce besoin de capitaux s'est manifesté graduellement depuis le début du vingtième siècle, et surtout depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, soit vers 1945-1950. L'impossibilité de trouver chez soi une suffisance de ces capitaux a obligé le Canada à les chercher ailleurs, chez les pays étrangers, sous forme d'investissements de portefeuille d'abord et ensuite sous forme d'investissements directs.

Cependant, ce besoin de capitaux étrangers n'est pas exclusif au Canada. En effet, la plupart des pays, sinon tous, ont ressenti ce besoin à un certain moment donné si bien que de

nos jours les capitaux étrangers se retrouvent tant dans les pays en voie de développement que dans les pays industrialisés. Il ne faut pas s'étonner, en conséquence, d'apprendre que même aux Etats-Unis il y a, depuis un certain temps, une augmentation notable des investissements en provenance de l'étranger. A ce titre, on peut affirmer que l'investissement étranger est devenu un fait accompli en tant que phénomène international.

Or, les investissements étrangers, obéissant souvent à des contraintes externes, peuvent créer certains problèmes aux pays hôtes notamment celui de ne pas nécessairement promouvoir ni respecter, en tout temps, les politiques économiques, industrielles, sociales et culturelles de ces derniers. En conséquence, la qualité de vie des citoyens peut en être sérieusement affectée. Afin de pallier à ce danger la plupart des pays ont adopté diverses espèces de mesures destinées à contrôler la nature, le nombre ou le volume de ces investissements ainsi que les fins auxquelles ils peuvent servir.

Cette initiative politique a reçu l'approbation de la communauté internationale. Après la signature de la Charte des Nations Unies à San Francisco, E.-U., le 26 juin 1945 (elle entra en vigueur le 24 octobre 1945), la communauté internationale adopta plusieurs mesures à cet effet. En effet, l'article 2(2)a) et b) de la Charte des Droits et des Devoirs économi-

ques des Etats ⁴⁸⁷, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 14 décembre 1974, ainsi que les dispositions de la déclaration du 21 juin 1976 adoptée par l'Organisation de Coopération et de Développement économiques (O.C.D.E.) ⁴⁸⁸ reconnaissent expressément le droit des Etats souverains de contrôler les investissements étrangers.

Le Canada ne s'était jamais doté d'une politique de contrôle sur l'investissement étranger, exception faite de certaines dispositions législatives et/ou réglementaires retrouvées ici et là dans certaines lois adoptées par le Parlement

⁴⁸⁷Article 2

1. ...

2. Chaque Etat a le droit:

- a) De réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers;
- b) De réglementer et de surveiller les activités des sociétés transnationales dans les limites de sa juridiction nationale et de prendre des mesures pour veiller à ce que ces activités se conforment à ses lois, règles et règlements et soient conformes à ses politiques économique et sociale. Les sociétés transnationales n'interviendront pas dans les affaires intérieures d'un Etat hôte. Chaque Etat devrait, compte dûment tenu de ses droits souverains, coopérer avec les autres Etats dans l'exercice du droit énoncé au présent alinéa;

⁴⁸⁸11.4 que la Déclaration ne concerne pas le droit de tout pays Membre de réglementer l'admission des investissements étrangers ou les conditions d'établissement des propriétés étrangères.

fédéral et certaines législatures provinciales 489. Aussi, en 1972, selon le rapport Gray, près de 60% de l'industrie manufacturière et près de 65% des industries extractives et de la

489 Voici, par exemple, certaines dispositions qui avaient été adoptées avant la Loi de 1973.

a) au fédéral:

1957: la loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques stipulait que la majorité des administrateurs devait se composer de citoyens canadiens résidant au Canada;

1958: la loi de 1958 sur la radiodiffusion limitait à 25% l'appartenance étrangère dans tout le domaine de la radiodiffusion, à l'exception de la télédiffusion par câble;

1960: conformément à la loi sur les terres territoriales et à la loi sur la concession des terres publiques, le Canada adopta le règlement sur les terres pétrolifères et gazifères du Canada et le règlement régissant l'exploitation minière au Canada. Selon ces dispositions, les concessions de terrains pétrolifères, gazifères et miniers n'étaient accordées qu'aux personnes qui étaient des citoyens canadiens, âgées de plus de 21 ans, ainsi qu'aux sociétés canadiennes dans lesquelles les Canadiens possédaient au moins 50 p. 100 des actions, etc..;

1962: le Parlement adopta la loi sur les déclarations des corporations et des syndicats ouvriers (CALURA), S.C. 1962, ch. 26, S.R.C. 1970, ch. C-31 qui permettait au Gouvernement de recueillir plusieurs informations financières et autres sur les sociétés et syndicats ouvriers oeuvrant au Canada;

1963: en vertu de la loi sur la réglementation aéronautique, si une société demande d'être propriétaire d'un aéronef canadien, au moins les deux-tiers de ses administrateurs doivent être citoyens canadiens;

1964: la loi sur les compagnies d'assurance, de prêt et de fiducie, prévoyait que les non-résidents ne pouvaient pas détenir plus de 25 p. 100 des actions et que les trois quarts au moins des administrateurs devaient être des citoyens canadiens résidant au Canada;

1970: en vertu de la loi sur les corporations canadiennes, les sociétés étrangères doivent soumettre des rapports annuels.

b) au provincial:

En général, ces dispositions édictaient des restrictions à l'acquisition de biens et propriétés, à la fourniture de services et à l'opération de commerces, à l'intérieur du territoire de la province. Ces restrictions étaient, la plupart du temps, destinées aux non-résidents de la province en question, et même parfois aux sociétés contrôlées par des étrangers et à des citoyens qui n'étaient pas canadiens.

sidérurgie étaient contrôlées de l'étranger⁴⁹⁰. Le Gouvernement de l'époque s'était déclaré préoccupé par le taux très élevé d'appartenance et de contrôle étrangers de l'économie du Canada et soupçonnait que les Canadiens ne tiraient peut-être pas de ces investissements étrangers autant d'avantages auxquels, par ailleurs, ils pouvaient s'attendre.

En 1982, selon des statistiques données par Gorse Howarth, alors Commissaire de l'Agence d'examen de l'investissement étranger, lors d'une allocution, le taux d'appartenance et de contrôle étrangers était encore très élevé⁴⁹¹. A ce niveau, la situation n'avait pas sensiblement changé à l'automne de 1984 lorsqu'un nouveau Gouvernement fut élu au Canada. Or, ce Gouvernement se déclare beaucoup plus préoccupé par les questions de la création d'emplois et de la croissance de l'économie, à savoir, entre autres, le développement de la technologie et le développement du commerce extérieur. Pour atteindre ces objectifs, le Gouvernement détermine, à titre de condition "sine qua non", une politique axée vers l'augmentation des capitaux et, par le fait même, favorise la venue des investissements étrangers. A cette fin, il décide d'abroger la loi sur l'examen de l'investissement étranger et d'abolir ainsi l'Agence; il dépose donc le projet de loi C-15 "Loi concernant

⁴⁹⁰Le rapport Gray, op. cit., supra n. 15, p. 5.

⁴⁹¹Cette allocution fut prononcée par M. Howarth lors d'un séminaire tenu sous le titre "Investment in Canada" à Londres, Angleterre, le 31 mars 1982.

l'investissement au Canada". Celui-ci reçoit sa première lecture le 7 décembre 1984, et sa deuxième lecture le 30 janvier 1985. Au moment d'écrire ces lignes, le projet de loi a été étudié par le Comité permanent sur l'expansion économique régionale et fait l'objet de sa troisième lecture devant la Chambre des Communes.

Il faut d'abord préciser que le Gouvernement a posé un choix politique lorsqu'il a ainsi décidé; ce choix politique relève de lui et devrait constituer dorénavant la politique du Canada en matière d'investissement étranger, sous réserve de faire adopter ce projet de loi par le Parlement du Canada. Son choix politique, le Gouvernement le traduit par toutes et chacune des dispositions du projet de loi C-15. Sans vouloir discuter du choix politique fondamental du Gouvernement d'encourager les investissements étrangers, nous analysons plutôt un certain nombre de dispositions du projet de loi destinées à mettre en oeuvre cette politique.

B - La problématique posée par le choix des mécanismes d'intervention de l'Etat.

On peut d'abord conclure que le choix politique du Parlement fédéral d'intervenir et de réglementer l'investissement étranger au Canada n'a pas posé de véritable problème, à date, au niveau de sa compétence législative analysée suivant le partage des pouvoirs effectué par l'Acte constitutionnel de

1867. Les provinces n'ont pas encore attaqué la constitutionnalité de la Loi de 1973 probablement parce qu'elles ont participé activement à l'administration de la Loi. En effet, d'une part, le texte de la Loi, à l'article 2(2)e), oblige les représentants fédéraux, responsables de l'application de la Loi, à tenir compte des "objectifs de politique économique et industrielle" énoncés par les provinces; d'autre part, en pratique, les provinces concernées sont toujours consultées et le Gouverneur en conseil outrepassé rarement, voire jamais, les positions qu'elles adoptent. Cependant, la constitutionnalité de la Loi a été attaquée par des justiciables: il s'agit de l'affaire du pont de Détroit pendant devant les tribunaux, comme on l'a vu ⁴⁹².

Sauf pour l'opinion émise par Mes Gordon F. Henderson et Emilio S. Binavince ⁴⁹³, la doctrine est unanime à reconnaître la compétence législative du Parlement fédéral sur cette matière ⁴⁹⁴ même si elle a précisé que ce champ de législation peut aussi être occupée par les législatures provinciales, à certaines conditions. Cependant la position adoptée par Henderson et Binavince consiste beaucoup plus à prétendre que certaines dispositions de la Loi seraient inopérantes, vu les garanties édictées par la Charte des droits et libertés, plutôt

⁴⁹²Supra n. 12.

⁴⁹³ Ils prétendent pouvoir attaquer la constitutionnalité de la Loi d'après le partage des compétences législatives énumérées aux articles 91 et 92 de l'A.A.N.B.

⁴⁹⁴Supra n. 8, 22, 39 et 40.

qu'à soutenir l'incompétence législative du fédéral⁴⁹⁵. Il reste encore aux tribunaux à se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi de 1973 et de celle qui sera adoptée suite au dépôt du projet de loi C-15. Nous estimons que ceux-ci reconnaîtront la compétence législative du Parlement fédéral en matière d'investissement étranger, sans trop de difficulté. Si l'exercice de cette compétence législative pose des problèmes, il faut chercher les explications dans les modalités suivies pour mettre en œuvre cette compétence législative.

La plupart des critiques énoncées depuis l'entrée en vigueur de la loi ont porté beaucoup plus sur le type d'administration de la politique canadienne en matière d'investissement étranger que sur la décision elle-même du Gouvernement et du Parlement d'intervenir et sur le champ d'application de cette décision, comme on l'a vu. De plus, selon une étude scientifique récente effectuée par le Conference Board du Canada, il semble que l'un des reproches les plus sérieux adressés par les Américains, nos partenaires commerciaux les plus importants, à la politique canadienne en matière d'investissement étranger consiste justement dans le rôle trop important joué par le contrôle politique dans le processus décisionnel⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵HENDERSON et BINA VINCE, loc. cit., supra n. 110, p. 23.

⁴⁹⁶Christopher C. BECKMAN, The Foreign Investment Review Agency: Images and Realities, op. cit., supra n. 157, pp. 50-52.

Bref, la problématique se traduit vraiment par la sélection que doivent faire le Gouvernement et le Parlement parmi les choix politiques suivants:

a) y aura-t-il intervention ou non? Il semble qu'il y aura intervention et nous n'avons pas l'intention d'analyser ce choix politique, d'autant plus qu'il s'agit d'une décision justifiée par le contexte économique;

b) s'il y a intervention, que doit-elle viser?, quel est son champ d'application? Le projet de loi C-15 prévoit que dorénavant les constitutions de nouvelles entreprises ne feront l'objet que d'un avis (art. 11 a)) et ne seront plus assujetties à un mécanisme d'examen (art. 14(1)a), b), c), d)), sauf si elles visent "un type précis d'activité commerciale désigné par règlement et qui, de l'avis du Gouverneur en conseil, est lié au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale" (art. 15 a) et 35(1) et (2)). Pour justifier ce changement, le Ministre responsable affirmait, dans son communiqué du 7 décembre 1984, qu'il était d'avis que la création de nouvelles entreprises était bénéfique pour le Canada. C'est la seule explication fournie par le Gouvernement, sauf qu'il était fait mention que par cette nouvelle mesure le Gouvernement réussirait, d'une part, à réduire le nombre de propositions d'investissements à examiner et, d'autre part, à éliminer "les barrières inutiles à l'entreprise au pays". Pour le moment, cette explication nous

apparaît laconique, et le choix du Gouvernement, dangereux, car cette décision restreint beaucoup trop le champ d'application de la politique canadienne. L'objet de la loi décrit à l'article 2 du projet de loi semble s'appliquer autant à la création de nouvelles entreprises qu'à l'acquisition du contrôle d'entreprises existantes;

c) une fois prise la décision d'intervenir et une fois délimité le champ d'application de l'intervention de l'Etat, un autre choix politique doit être fait, soit celui de déterminer le type du mécanisme de l'intervention. Le Gouvernement a posé ce choix dans son projet de loi et il demande au Parlement de confier au pouvoir exécutif le mandat d'administrer la loi, de gérer et diriger l'Agence et d'appliquer la politique canadienne en matière d'investissement étranger.

Or, le Canada compte plus de dix années d'expérience où la réglementation de l'investissement étranger au Canada s'est effectuée par le pouvoir exécutif. Elles ont servi à démontrer les nombreux problèmes suscités par une telle instance décisionnelle guidée dans l'exécution de ses fonctions réglementaires par un monde de secret et de confidentialité ainsi que par l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Ces derniers, réduits à leur plus simple expression, peuvent être interprétés comme de simples actes administratifs, donc à l'abri du droit de regard des Tribunaux de droit commun, sauf pour le respect de la

nouvelle règle de l'équité retenue par les décisions les plus récentes de la Cour Suprême du Canada en droit administratif.

L'analyse du projet de loi C-15 devrait se faire en tenant compte de l'un des objectifs poursuivis par le Gouvernement actuel qui se traduit par le souci de faire participer beaucoup plus le public à la prise des décisions dans l'Administration publique au Canada.

Le fait de contrôler l'investissement étranger afin d'établir une sélection et le fait de le canaliser afin d'atteindre les objectifs de nos politiques basés sur les besoins des Canadiens ne signifie pas, en soi, que l'on fait preuve de trop de nationalisme, pas plus, d'ailleurs, que le fait d'adopter des politiques plus flexibles afin d'attirer les investissements étrangers garantit, en soi, que ceux-ci sauront répondre aux besoins et aux attentes du Canada. Il est vrai toutefois que la politique canadienne sur l'investissement étranger doit permettre de suppléer aux manquements imputables à nos agents dans nos marchés. D'ailleurs, selon les mêmes recherches effectuées par le Conference Board du Canada il semble, que, en 1984 encore, peu de Canadiens questionnent le bien-fondé d'une continuation de contrôle sur les investissements étrangers au Canada 497.

497 Duncan MCDOWALL, Foreign Investment in Canada. A Fit Place for Investment?, op. cit., supra n. 8, p. vii.

La question posée en est une d'intérêt public. Pour y répondre, nous souhaitons que le Gouvernement et le Parlement se demandent où se situe la balance des inconvénients. Les administrateurs ont le choix: ou ils confieront le pouvoir d'évaluation et de décision à un Ministre de la Couronne et là ils créeront le danger que le Gouvernement puisse devenir juge et partie, car le Ministre serait appelé à prendre des décisions affectant ou susceptibles d'affecter les droits et intérêts des administrés au même moment qu'il serait appelé à décider du contenu de la politique du Canada sur la question; ou ils confieront le mandat d'administrer la loi et d'appliquer la politique canadienne dans ce domaine à un organisme administratif autonome guidé, dans l'exécution de ses fonctions, par le respect du principe de la légalité car il sera assujéti au respect des principes de justice naturelle et contrôlé par les Tribunaux de droit commun sur l'exercice de sa juridiction.

C - Les recommandations

Suite à l'analyse effectuée sur le type de mécanismes utilisés sous l'empire de la Loi de 1973 et du type de mécanismes proposés dans le projet de loi C-15, il appert que les problèmes fondamentaux dont il a été question, ne sont pas sur le point d'être solutionnés. Nonobstant cette constatation peu encourageante, nous tirons, de notre analyse, les conclusions suivantes, à savoir:

1) que des mesures soient adoptées afin de reprendre la publication de la revue trimestrielle "L'investisseur étranger" (ou sous un autre titre), qui fut publiée de l'automne 1977 jusqu'à l'automne 1982, afin d'aider à la réalisation des objectifs de la politique canadienne sur l'investissement étranger, tels que décrits à l'article 2 et à l'article 5 (1) du projet de loi;

2) que le champ d'application de la loi soit élargi pour couvrir la création d'entreprises nouvelles, quitte à fixer un montant minimum d'investissement pour que la proposition soit susceptible d'être examinée. En fait, il nous apparaît que l'objet de la loi, tel que décrit à l'article 2 du projet de

loi 498 s'applique autant à la création d'entreprises nouvelles qu'à l'acquisition du contrôle d'entreprises existantes;

3) que l'administration de la loi sur Investissement Canada soit confiée à un organisme administratif autonome, jouissant d'une certaine indépendance du Gouvernement et du Parlement. Comme l'observait le professeur H.N. Janisch, aucun organisme de réglementation, quel qu'il soit, ne jouit d'une indépendance absolue. En effet, ces organismes sont créés par le Parlement dans une loi habilitante, celui-ci pouvant toujours modifier leur mandat et même les abolir. Ensuite, ils doivent demander au Parlement les subsides nécessaires à leur fonctionnement. De plus, leurs membres sont nommés par le Gouverneur en conseil qui détermine la durée de leur terme d'office, le renouvellement ou la prolongation de ce terme ainsi que leur rémunération. Enfin, le Gouvernement se réserve parfois soit le droit de réviser en appel leurs décisions soit le droit de leur émettre des directives et il arrive qu'il se réserve ces deux pouvoirs à la fois. La plupart de ces mesures se justifient, car il est normal que les personnes élues par la population pour s'occuper de l'administration des affaires publiques aient un

⁴⁹⁸Reconnaissant qu'une augmentation du capital et que le développement de la technologie apporteront des avantages au Canada, la présente loi vise, d'une part, à encourager les investissements au Canada par des Canadiens et des non-Canadiens qui contribueront à la croissance de l'économie et à la création d'emplois et, d'autre part, à instaurer l'examen des investissements importants effectués au Canada par des non-Canadiens afin de garantir ces avantages.

certain contrôle sur ces organismes qui, en définitive, en sont les mandataires.

Exerçant des fonctions quasi-judiciaires, l'organisme recommandé serait astreint à opérer ouvertement, verrait à accorder à tout intéressé le droit d'y avoir accès, assurerait aux administrés que leurs droits et intérêts seraient protégés par l'application du principe de la légalité lors du processus d'enquête et d'audition et garantirait le respect de sa juridiction en étant assujetti au droit de regard des tribunaux de droit commun. Il s'agirait alors d'une mesure concrète prise par le Gouvernement pour faciliter la participation du public à l'administration des affaires du pays.

De plus, nos partenaires commerciaux les plus importants, les Américains, seraient beaucoup plus à l'aise avec un type de mécanisme de réglementation qui leur est familier, comme, par exemple, l'International Trade Commission, le Federal Trade Commission, l'Interstate Commerce Commission, etc... qui sont des organismes de réglementation assez indépendants du Congrès et du Président américains. D'ailleurs, les études du conference Board du Canada ont révélé que les Américains n'appréciaient guère de se voir obligés de transiger avec le monde politique dans le domaine des affaires commerciales, insistant sur la nécessité d'avoir une séparation de pouvoirs et de fonctions entre le monde politique et le monde des affaires;

4) qu'il soit réservé au Gouverneur en conseil le pouvoir d'émettre des directives à cet organisme, au besoin, dans le but de lui aider à identifier les priorités et les politiques du Gouvernement en matière d'investissement étranger au Canada;

5) subsidiairement, que les modifications suivantes soient apportées aux dispositions du projet de loi C-15;

a) qu'une ou plusieurs dispositions soit(ent) ajoutée(s) afin de garantir aux intéressés la communication de toutes les informations et tous les renseignements servant ou susceptibles de servir aux administrateurs pour disposer des propositions d'investissement, et l'opportunité d'y répondre;

b) qu'une ou des dispositions soit(ent) ajoutée(s) afin d'édicter que le Ministre a le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les dispositions de la loi et les engagements fournis soient respectés.

Enfin, il faut se réjouir de l'initiative du Gouvernement de repenser la politique canadienne sur l'investissement étranger à la lumière des besoins actuels de la société cana-

dienne. D'ailleurs il relève du Gouvernement d'être l'instigateur des politiques du Canada, politiques qu'il faut avoir le courage de changer lorsqu'elles se révèlent désuètes, même si l'on prévoit que ces changements susciteront de la controverse. A cette fin, il est normal pour les administrateurs d'être aux écoutes des désirs et souhaits de la population et de vouloir y répondre. Cette situation est propre à l'administration publique des affaires d'un pays tel que le Canada.

Cependant, pour y arriver, il y a des valeurs fondamentales qu'il ne faut jamais sacrifier lorsqu'on établit la relation qui s'appliquera dans les rapports entre les administrateurs et les administrés. L'une de ces valeurs, et probablement la plus importante, consiste à s'assurer que les droits et intérêts des administrés n'ont pas été brimés par l'Etat. Le moyen le plus efficace de respecter cet objectif n'est-il pas de reconnaître la prééminence du principe de la légalité dans ces relations?

En 1973, le Gouvernement avait favorisé l'intervention directe du Ministre et du Cabinet pour des raisons invoquées de flexibilité et d'efficacité. En 1984-1985, malgré les nombreuses défaillances de ce mécanisme, le nouveau Gouvernement semble penser de la même façon. Nous n'affirmons pas que les raisons invoquées par le Gouvernement n'ont pas une certaine valeur, mais nous persistons à nous demander où se situe la

balance des inconvénients? Il nous apparaît qu'il y a plus d'inconvénients à confier l'administration d'une des lois les plus importantes pour assurer la qualité de vie de tous les Canadiens à un Ministre de la Couronne, nanti de pouvoirs discrétionnaires très étendus; non seulement les Canadiens, de même que la communauté internationale, ne pourront pas obliger ce Ministre à rendre compte de l'exécution de son mandat, mais, qui plus est, on ne pourra même pas le forcer à intervenir pour assurer que la volonté du Parlement du Canada a été respectée.

Or, selon nous, l'importance des décisions prises par les trois organismes administratifs autonomes que sont le C.R.I.C., l'O.N.E. et la C.C.I.; nous apparaît aussi vraie que celle des décisions à prendre par l'instance décisionnelle chargée de faire appliquer la politique canadienne en matière d'investissement étranger. Cette question est un sujet de préoccupation et de dimension nationales. Il serait dans l'intérêt public qu'elle ne devienne jamais la panacée d'un Ministre de la Couronne.

B I B L I O G R A P H I E

1. LES ARTICLES:

- ARNEIT James E., Canadian Regulation of Foreign Investment: the Legal Parameters, (1972) 50 Can. Bar. Rev. 213-247.
- ARNEIT James E., RUEYER Robert, MENDES Erroll P., Firm and the Rule of Law, (1984) 62 Can. Bar. Rev. 121-145.
- ARTHURS H.W., Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business, (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 1-45.
- BAUM Daniel Jay, Broadcasting Regulation in Canada: the Power of Decision, (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 693-733.
- BEAUDOIN Gérald A. et BOULANGER Claude, Le contrôle de l'investissement étranger au Canada: Commentaires, (1978) 32 Rev. jur. et pol. 283-291.
- BECK David, Law and Policy in the Operations of Canada's Foreign Investment Review Agency, (1980-81) 45 Sask. L. Review 183-201.
- BERGERON V., La crise de la justice, (1978) 38 R. du B. 536-542.
- BLYTH C.D. and CARTY E.B., Non Resident Ownership of Canadian Industry, (1956) 22 Canadian Journal of Economics and Political Science 449-460.
- BYRON Charles, L'expérience canadienne de Marks and Spencer, L'investisseur étranger, été 1978, Vol. 1, no. 4, 7-9.
- CHEVRETTE François et MARX Herbert, Anti-inflation Act-Constitutionality - National Emergency - Peace, Order and Good Government Buried, (1976) 54 Can. Bar. Rev.
- COHEN Stanley A., Freedom of Information and the Official Secrets Act, (1979-80) 25 McGill L.J. 99-110.
- COOPER Robert M., Administrative Justice and the Role of Discretion, (1937-38) 47 Yale Law Journal 577-602.
- CORCORAN James Irvine Whitcomb, The Trading with the Enemy Act and the Controlled Canadian Corporation (1968) 14 McGill L.J. 174-208.
- CORRY J.A., The Prospects for the Rule of Law, (1955) 21 The Canadian Journal of Economics and Political Science 405-419.
- CRANSTON Ross, Foreign Investment Restrictions: Defending Economic Sovereignty in Canada and Australia, (1975) 14 Harvard International Law Journal 345-367.

- CUTLER Lloyd N. and JOHNSON David R., Regulation and the Political Process, (1975) 84 Yale L.J. 1395-1418.
- D'AQUINO Thomas, Prime Minister's Office: Catalyst or Cabal? Aspects of the Development of the Office in Canada and Some Thoughts About its Future, (1974) 17 Can. Pub. Adm. 55-79.
- DE MONTIGNY Yves, La Charte des droits et libertés, la prérogative royale et les questions politiques, (1984) 44 R. du B. 156-172.
- DERRAH Brian, Canada and the Challenge of Foreign Investment: the First Decade of Foreign Investment Review, (1982-83) 7 Dalhousie L.J. 194-234.
- DOERN G. Bruce, HUNTER Ian A., SWARTZ Donald, WILSON V. Seymour, The Structure and Behaviour of Canadian Regulatory Boards and Commissions; Multidisciplinary Perspectives, (1975) 18 Can. Pub. Adm. 189-215.
- DONALDSON R.A., Foreign Investment Review and Canadianization 1982 Special Lectures L.S.U.C. 461-577.
- DONALDSON R.A. and JACKSON J.D.A., The Foreign Investment Review Act: An analysis of the Legislation, (1975) 53 Can. Bar. Rev. 171-236.
- ESPINOSA William H., The Canadian Foreign Investment Review Act: Red, White and Gray, (1973) 5 Law and Policy in International Business 1018-1041.
- FARMER, Law and Industrial Relations: the Influence of the Courts, (1969-1972) Otago Law Review
- FRANCK Thomas M. and GUDGEON K. Scott, Canada's Foreign Investment Control Experiment: the Law, the Context and the Practice, (1975) 50 New-York University Law Review 76-146.
- FRIEDRICH Carl J., Prise de décision, politique et planification (1971) 14 Can. Pub. Adm. 16-31.
- GANZ G., Allocation of Decision-Making Functions, (1972) Public Law, part I: 215-231, part II: 299-308.
- GELINAS André, Le cadre général des institutions administratives et la déconcentration territoriale, (1975) 18 Can. Pub. Adm. 253-268.
- GREY J.H., Discretion in Administrative Law, (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 107-132.

- GUALTIERI Roberto D., Canada's New Foreign Investment Policy, (1975) 10 Texas International L.J. 46-66.
- HEENEY A.D.P., Mackenzie King and the Cabinet Secretariat, (1967) 10 Can. Pub. Adm. 366-375.
- HENDERSON Gordon F. and BINAVINCE Emilio S., Doing Business in Canada and the Judicial Review of Wrongful Government Statutory and Regulatory Action, (1984) 7 Canada U.S. L.J. 1-60.
- JANISCH H.N., Administrative Law of the Seventies, (1977-78) 4 Dalhousie L.J. 824-844.
The Role of the Independent Regulatory Agency in Canada, (1978) 27 University of New-Brunswick L.J. 83-120.
Policy-Making in Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada, (1979) 17 Osgoode Hall-L.J. 46-106.
- JOHNSON A.W., Management Theory and Cabinet Government, (1971) 14 Can. Pub. Adm. 73-81.
- KNIEWASSER Andrew G., Programme d'investissement au Canada 1981-2000; L'investisseur étranger, automne 1981, Vol.5, no. 1, 13-16.
- LACASSE Jean-Paul, Legal Issues Relating to the Canadian National Energy Program, (1983) 16 Vanderbilt J. of Transnational L. 301-351.
- LALONDE Marc, The Changing Role of the Prime Minister's Office, (1971) 14 Can. Pub. Adm. 509-537.
- LAMONTAGNE Maurice, The Influence of the Politician, (1968) 11 Can. Pub. Adm. 263-271.
- LEVY Thomas A., Provincial International Status Revisited, (1976-77) 3 Dalhousie L.J. 70-103.
- MACNAB Charles T.A., Constitutionality of Federal Control of Foreign Investment, (1965) 23 Fac. of Law Rev. U. of T. 95-106.
- O'CONNELL D.P., State Succession and the Effect Upon Treaties of Entry Into a Composite Relationship, (1963) 39 N.Y.I.L. 54-132.
- PEPIN Gilles, L'Administration publique et le principe de la légalité, (1984) 44 R. du B. 137-148.
- ROBARDET P., Processus décisionnel, justice naturelle et équité procédurale dans la jurisprudence comparée de la Cour fédérale et des cours ontariennes et québécoises, (1982) 23 C. de D. 687-771.

ROBERTSON Gordon, The Changing Role of the Privy Council Office, (1971) 14 Can. Pub. Adm. 487-508.

ROWAT Donald C., An Ombudsman Scheme for Canada, (1962) 28 Canadian Journal of Economics and Political Science 543-556.

How Much Administrative Secrecy, (1965) 31 Canadian Journal of Economics and Political Science 477-498.

SEXTON Michael, Regulation of Direct Foreign Investment: A case of Delayed Reaction in Australia and Canada, (1974) 2 Australian Business Law Review 241-269.

SMITH Denis, Comments on the Prime Minister's Office: Catalyst or Cabal?, (1974) 17 Can. Pub. Adm. 80-84.

SMITH Malcolm D.H., Administrative Discretion in Foreign Trade Control. The Regulatory Patterns in Australia, Japan and the United States, (1974) 2 Australian Business Law Review, part I; 180-186, part II: 270-287.

TENNIER J.J., Conseils pratiques aux investisseurs étrangers, L'investisseur étranger, printemps 1981, Vol. 4, no. 2, 8-10.

THOM Stuart, Abuse of Power by the Department of National Revenue and the Role of an Independent Judicial System in its Regulation and Control, dans Special Lectures of the L.S.U.C., 1979, 531-555.

TURNER Jeff, Canadian Regulation of Foreign Direct Investment, (1982-83) 23 Harvard International Law Journal 333-356.

WILLIS John, Delegatus non Potest Delegare, (1943) 21 Can. Bar. Rev. 257-264.

WRIGHT of DURLEY (Lord), Rt Hon. Sir Lyman Poore Duff, G.C.M.G., (1955) 33 Can. Bar. Rev. 1113-1129.

ZAHAVICH Ted, Curiosité statistique de la hausse de l'investissement étranger direct, L'investisseur étranger, automne 1981, Vol. 5, no. 1, 11-12.

2. LES ARTICLES SANS AUTEUR DESIGNÉ:

Dow Jones & Co. Inc. v. Attorney General of Canada: the Canadian Foreign Investment Review Act, (1982) 14 Law and Policy in International Business 503-519.

Entre la demande et la décision, L'investisseur étranger, automne 1982, Vol. 6, no. 1, 5-6.

3. LES MONOGRAPHIES:

BARCLAY Elizabeth, Freedom of Information: an Appraisal of Proposed Legislation, Ottawa, University of Ottawa, 1981, 174 p.

BARRETT Charles A., BECKMAN Christopher and McDOWALL Duncan, The Future of Foreign Investment in Canada, Ottawa, The Conference Board of Canada, Study no. 85, January 1985, 93 p.

BEAUDOIN Gérald A., Le partage des pouvoirs, 3^e édition, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1983, 634 p.

BECKMAN Christopher C., The Foreign Investment Review Agency: Images and Realities, Ottawa, The Conference Board of Canada, Study no. 84, November 1984, 75 p.

BERGER Raoul, Government by Judiciary, Massachusetts, U.S., Harvard University Press, 1977, 483 p.

BERNIER Ivan, International Legal Aspects of Federalism, London, Longman Group Limited, 1973, 308 p.

BERNSTEIN Marver H., Regulating Business by Independent Commissions, Westport, Connecticut, U.S., Greenwood Press, 1977, 306 p.

BLACKLY Frederick F. and OATMAN Miriam E., Administrative Legislation and Adjudication, Washington D.C., U.S., The Brookings Institution, 1934, 296 p.

Federal Regulatory Action and Control, Washington D.C., U.S., The Brookings Institution, 1940, 356 p.

BONIN Bernard, L'investissement étranger à long terme au Canada, Montréal, Les Presses de l'école des Hautes études commerciales, 1967, 462 p.

BROWN-JOHN C. Lloyd, Canadian Regulatory Agencies, Toronto, Butterworths, 1981, 268 p.

CARREAU Dominique, JUILIARD Patrick, FLORY Thiébaud, Droit international économique, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 631 p.

CHEFFINS R.I. and TUCKER R.N., The Constitutional Process in Canada, 2nd ed., Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1976, 148 p.

DAVIS Kenneth Culp, Discretionary Justice, Baton-Rouge, U.S., Louisiana State University Press, 1969, 233 p.
Discretionary Justice in Europe and America, Chicago, U.S., University of Illinois Press, 1976, 203 p.

Administrative Law of the Seventies, Rochester, New-York, U.S., The Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1976, 753 p.

- DAWSON R.M., The Government of Canada, 5th ed., Toronto, University of Toronto Press, 1970, 569 p.
- DICEY A.V., An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed., London, MacMillan, 1965, 535 p.
- DOERN G. Bruce, La commission de contrôle de l'énergie atomique, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1976, 95 p.
- DOYLE Wilson K., Independent Commissions in the Federal Government, Chapel Hill, North Carolina, U.S., The University of North Carolina Press, 1939, 106 p.
- DUSSAULT René et BERGEAT Louis, Traité de droit administratif, 2e éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, 955 p.
- EVANS J.M., De Smith's Judicial Review of Administrative Action, 4th ed., London, Stevens & Sons Limited, 1980, 626 p.
- FAYERWEATHER John, Foreign Investment in Canada, New York U.S., International Arts and Sciences Press Inc., 1973.
- FOX David, La participation du public au mécanisme administratif, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1979, 194 p.
- FRANSON Robert T., L'accès à l'information, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1979, 93 p.
- GARANT Patrice, Droit administratif, 2e éd., Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1985, 1032 p.
- GREEN Christopher, Canadian Industrial Organization and Policy, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1980, 331 p.
- HAMSON C.J., Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958, 237 p.
- HARTLE D.G., Public Policy Decision Making and Regulation, Montréal, Institut de recherches politiques, 1979, 218 p.
- HAYDEN Peter R., BURNS Jeffrey H., FOX John A., Foreign Investment in Canada: a Guide to the Law, Scarborough, Prentice-Hall Canada Inc., 1974, Volumes 1 et 2, feuilles mobiles, service de mise à jour.
- HAYDEN Peter R. and BURNS Jeffrey H., The Regulation of Foreign Investment in Canada, Scarborough, Prentice-Hall Canada Inc., 1976, 220 p.

- HUGHES Graeme C., Foreign Investment in Canada, Toronto, Carswell, 1983, 248 p.
- JACKSON Robert J. and ATKINSON Michael M., The Canadian Legislative System, 2nd ed., Toronto, Gage Publishing Ltd, 1980, 222 p.
- JANISCH H.N., PIRIE A.J., CHARLAND W., Le processus de régulation de la Commission canadienne des transports, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978, 174 p.
- JENNINGS Sir Ivor, Cabinet Government, 3rd ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1959, 587 p.
- JOHNSTON C.C., Le conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1981, 164 p.
- LANGFORD J.A., Canadian Foreign Investment Controls, 2nd ed., Don Mills, Ontario, C.C.H. Canadian Ltd, 1979, 226 p.
- LASKIN Bora, Canadian Constitutional Law, 3rd ed., Toronto, Carswell, 1969, 1104 p.
- LEADBEATER Alan, Conseil sur l'administration publique, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1980, 97 p.
- LEBEL Michel, RIGALDIES Francis, WOEHLING José, Droit international public, Tomes 1 et 2, Montréal, Éditions Thémis, 1978, 930 p.
- LUCAS Alastair R. and BELL Trevor, L'office national de l'énergie: ses politiques, sa procédure, ses pratiques, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1977, 239 p.
- MARSH Norman S., Le principe de la légalité dans une société libre, Genève, La Commission internationale des juristes, 1959, 374 p.
- MCDONALD John G., Foreign Investment and International Transactions, Toronto, Butterworths, 1967, 32 p.
- MCDOWALL Duncan, Foreign Investment in Canada. A Fit Place for Investment?, Ottawa, The Conference Board of Canada, Study no. 81, April 1984, 68 p.
- MEYNAUD Jean, Les pouvoirs de décision dans l'Etat moderne, Paris, UNESCO, 1967, 301 p.
- MILLARD Perry S. and BAAR Carl, Judicial Administration in Canada, Montréal, les Presses de l'Université McGill, 1981, 452 p.

- NEELY Richard, How Courts Govern America, New Haven, U.S., Yale University Press, 1981, 233 p.
- OLLIVIER Maurice, Actes de l'Amérique du nord britannique et Statuts Connexes, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, 675 p.
- PATRY André, La capacité internationale des Etats, Québec, les Presses de l'Université du Québec, 1983, 78 p.
- PEPIN G. et QUELLETTE Y., Principes de contentieux administratif, 2e éd., Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1982, 666 p.
- PRIEST Margot, Provision of Information in the Context of Regulation, Ottawa, Conseil économique du Canada, Rapport technique no. 22, Janvier 1982, 87 p.
- RANKIN T. Murray, Freedom of Information in Canada, 4th ed., Ottawa, Canadian Bar Association, August 1977, 155 p.
- REMILLARD Gil, Le fédéralisme canadien, Montréal, Québec/Amérique, 1980, 553 p.
- RIGALDIES Francis, TURP Daniel, WOEHLING José, Droit international public, tome 3, Montréal, Editions Thémis, 334 p.
- ROBSON William Alexander, Justice and Administrative Law, London, Stevens & Sons Ltd., 1951, 674 p.
- ROWAT Donald C., Administrative Secrecy in Developed Countries, New-York, Columbia University Press, 1979, 364 p.
- SCHINDELER F.F., Responsible Government in Ontario, Toronto, University of Toronto Press, 1969, 295 p.
- SCHULTZ Richard J., Le fédéralisme et le processus de réglementation, Montréal, Institut de recherches politiques, 1979, 99 p.
- SCHULTZ Richard, SWEDLOVE Frank, SWINTON Katherine, The Cabinet as a Regulatory Body: the Case of the Foreign Investment Review Act, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, Septembre 1980, 174 p.
- SCHWATZ Bernard, Administrative Law, Toronto, Little, Brown and Company, 1976, 730 p.
- SCHWARZENBERGER Georg, Foreign Investments and International Law, New-York, Frederick A. Praeger, 1969, 237 p.

- SIMON Herbert A., Administrative Behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization, New-York, U.S., The Free Press, 1976, 364 p.
- SLATTER Frans F., Le Parlement et les organismes administratifs, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1982, 175 p.
- SPIRO Herbert J., Responsibility in Government: Theory and Practice, New-York, U.S., Van Nostrand Reinhold Company, 1969, 179 p.
- STANBURY W.T., Studies on Regulation in Canada, Montréal, Institut de recherches politiques, 1978,
- STANBURY W.T. and THOMPSON Fred, Regulatory Reform in Canada, Montréal, Institut de recherches politiques, 1982, 139 p.
- TREBILCOCK M.J., PRICHARD R.S., HARTLE D.G., DEWEES D.N., Le choix des instruments d'intervention, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1982, 133 p.
- TUCKER Edwin Wallace, Text-Cases-Problems on Administrative Law, Regulation of Enterprise and Individual Liberties, St-Paul, Minnesota, U.S., West Publishing Co., 1975, 268 p.
- VANDERVORT Lucinda, Le contrôle politique des organismes administratifs autonomes, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1979, 212 p.
- VENEZIA Jean-Claude, Le pouvoir discrétionnaire, Paris, Bibliothèque de Droit public, 1959, 175 p.
- WADE E.C.S. and BRADLEY A.W., Constitutional Law, 8th ed., London, Longman, 1970, 767 p.
- WADE E.C.S. and BRADLEY A.W., Constitutional and Administrative Law, 9th ed., New-York, U.S., 1977, 686 p.
- WADE H.W.R., Administrative Law, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1982, 892 p.
- WELBORN David M., Governance of Federal Regulatory Agencies, Knoxville, U.S., University of Tennessee Press, 1977, 179 p.

4. LES COLLECTIONS DE TEXTES PUBLIES SOUS LA RESPONSABILITE D'UN OU DE PLUSIEURS AUTEUR(S):

- AITKEN H.G.J., Defensive Expansionism: the State and Economic Growth in Canada, dans EASTERBROOK W.T. and WATKINS M.H., (eds), Approaches to Canadian Economic History, Toronto, McClelland & Stewart, 1969, 292 p., aux pp. 183-236.

- CASTEL J.G. and DE MESTRAL (eds); Legal Problems in Foreign Direct Investment, Montreal, Institute of Comparative Law, McGill University, 1978, part I: 258 p., part II: 397 p., part III: 111 p.
- COHEN Maxwell, Secrecy in Law and Policy: the Canadian Experience and International Relations, dans FRANCK Thomas M. and WEISBAND E. (eds), Secrecy and Foreign Policy, New-York, U.S., Oxford University Press, 1974, 453 p., aux pp. 355-376.
- DENTON T.M., Ministerial Responsibility: a Contemporary Perspective, dans SCHULIZ Richard, KRULAK Orest M., TERRY John C. (eds), The Canadian Political Process (3rd ed.), Toronto, Holt, Rinehart, Winston, 1979, 416 p., aux pp. 344-362.
- DOERN G. Bruce, The Development of Policy Organizations in the Executive Arena, dans DOERN G. Bruce and AUCCIN Peter (eds), The Structures of Policy-Making in Canada, Toronto, MacMillan of Canada, 1971, 294 p., aux pp. 39-78.
- DOERN G. Bruce, Canada, dans GALNOOR Itzhak (ed.), Government Secrecy in Democracies, New-York, U.S., New-York University Press, 1977, 317 p., aux pp. 143-156.
- DOERN G. Bruce (ed), The Regulatory Process in Canada, Toronto, MacMillan of Canada, 1978, 365 p.
- FRENCH Richard D., The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making, dans SCHULIZ Richard, KRULAK Orest M., TERRY John C. (eds), The Canadian Political Process, Toronto, Holt, Rinehart and Winston, 1979, 416 p., aux pp. 363-394.
- GODFREY D. and WATKINS M. (eds), Gordon to Watkins to You, Toronto, New Press, 1970, 261 p.
- GROVER Warren G., FIRA in a Nutshell, dans Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, Chicago, Illinois, U.S., American Bar Association, 1976, 83 p., aux pp. 10-15.
- HODGETTS J.E. and CORBETT D.C. (eds), Canadian Public Administration, Toronto, MacMillan, 1960 (réédité en 1966 et 1968), 575 p.
- KENNIFF Patrick, Political Control of Independent Regulatory Agencies, dans GARANT Patrice (éd.), Aspects of Anglo-Canadian and Quebec Administrative Law, Québec, Université Laval, Faculté de Droit, Mars 1979, 412 p., aux pp. 66-95.

MCCAMUS, John D., (ed.), Freedom of Information and Commercial Confidentiality, dans Freedom of Information: Canadian Perspectives, Toronto, Butterworths, 1981; 327 p., aux pp. 97 et sq.

MCCRIMMON, W.I. and STANBURY W.I., The Reform of Canada's Merger Law and the Provisions of Bill C-13, dans ROWLEY J.W. and STANBURY W.I. (eds), Competition Policy in Canada, Stage II, Bill C-13, Toronto, Butterworths, 1978, 311 p., aux pp. 65-107.

MURRAY Richard J., FIRA: Its Origin and Purpose, dans Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, Chicago, Illinois, U.S., American Bar Association, 1976, 83 p., aux pp. 3-9.

NEILSON W.A.W. and MACPHERSON J.C. (eds), The Legislative Process in Canada. The Need for Reform, Toronto, Butterworths, 1978, 328 p.

ROWAT Donald C. (ed.), (3rd ed.), The Right to Know: Essays on Governmental Publicity and Public Access to Information, Ottawa, Carleton University, Department of Political Science, 1981, 544 p.

SCHULIZ Richard, Regulatory Agencies and the Canadian Political System, dans KERNAGHAN (ed.), Public Administration in Canada, (3rd ed.), Toronto, Methuen, 1977, aux pp. 333-343.

SHECTER Howard L., FIRA: Experiences of a U.S. Lawyer, dans Current Legal Aspects of Doing Business in Canada, Chicago, Illinois, U.S., American Bar Association, 1976, 83 p., aux pp. 38-55.

SMITH Gordon S., Relationship to the Privy Council Office and the Cabinet, dans Seminar for Members of Federal Administrative Tribunals, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1978.

TUPPER Allan and DOERN G. Bruce (eds), Public Corporations and Public Policy in Canada, Montréal, Institut de recherches politiques, 1981, 398 p.

WRAITH R.E. and HUTCHESON P.G. (eds), Administrative Tribunals, London, George Allen & Urwin Ltd, 1973, 376 p.

5. LES PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES:

Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada (le rapport Gordon), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1958, 521 p.

Commission royale d'enquête sur l'organisation du Gouvernement (la Commission Glassco), tome 1: la gestion de la fonction publique, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962, 691 p.

Propriété étrangère et structure de l'industrie canadienne (le rapport Watkins), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, 444 p.

TO KNOW AND BE KNOWN, The Report of the Task Force on Government Information, 2 vol., Ottawa, Queen's Printer, 1969, vol I: 75 p.

Royal Commission Inquiry into Civil Rights (the McRuer Report), 5 vol., Queen's Printer, 1968 to 1971, 2281 p.

Investissements étrangers directs au Canada (le rapport Gray), Ottawa, Gouvernement du Canada, 1972, 584 p.

La législation sur l'accès aux documents du Gouvernement (le livre vert), Ottawa, Secrétariat d'Etat, Juin 1977, 39 p.

Enquête sur le pipeline de la route de l'Alaska (le rapport Lysyk), Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1977, 187 p.

Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1978, 500 p.

Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (la Commission Lambert), Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, 1979, 646 p.

Comité mixte spécial sur la réforme du Sénat, Ottawa, Ministre des approvisionnements et services, janvier 1984, 65 p.

United States Senate Committee on Governmental Affairs, Vol. V, Regulatory Organization; Study on Federal Regulations, 95th Congress, 2nd session, Washington D.C., U.S.A., Government's Printing Office, 1977.

Foreign Direct Investment in the United States - The Federal Role, General Accounting Office, United States, June 3rd 1980.

U.S. Report of the President's Committee on Administrative Management in the Federal Government (The Bronlow Committee on Administrative Management) U.S. Government Printing Office, Washington U.S., 1937.

6. DIVERSES PUBLICATIONS D'ORGANISMES:

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN:

Brief to the Honourable Herb Gray, Minister of Industry, Trade and Commerce, on the Foreign Investment Review Act, Ottawa, le 24 septembre 1981, 127 p. (avec les annexes).

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA:

Les organismes administratifs autonomes, Ottawa, document de travail no. 25, 1980, 231 p.

L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire - commission d'appel de l'immigration, Ottawa, novembre 1982, 25 p.

CONSEIL ECONOMIQUE DU CANADA:

L'Etat et la prise des décisions, 8e exposé annuel, Ottawa, Septembre 1971, 281 p.

Rationalisation de la réglementation publique, Rapport provisoire du Conseil Economique du Canada, Ottawa, novembre 1979, 151 p.

Pour une réforme de la réglementation, Ottawa, 1981, 197 p.

7. LES ARTICLES DE JOURNAUX AVEC AUTEURS DESIGNES:

BEAUCHESNE Eric, Investment Agency Awaits Mulroney's Rule Book, Ottawa Citizen, Ottawa, le 27 septembre 1984, p. A10.

CALAMAI Peter, Federal Chest of Secrets Remains Securely Locked, Ottawa Citizen, Ottawa, le 28 février 1984, pp. 1 et 10.

CARRUTHERS Jeff, Fira Review of GSW-CGE Appliance Unit Merger Unlikely, Globe and Mail, Toronto, le 5 février 1977, p. B-5.

COLLINS Carl, Canada Violated Trade Pact, International Panel Finds, Ottawa Citizen, Ottawa, le 13 juillet 1983, p. 5.

ELLMEN Eugène, Tories Open Door to More Foreign Investment, Ottawa Citizen, Ottawa, le 26 septembre 1984, p. A3.

GINIGER Henry, Canada's Scrutiny of Foreign Investors, New-York Times, New-York, le 8 juin 1981, D.1 col. 1 et D.7 col. 1.

LESSARD Denis, Fox dépose son projet de loi ... Ottawa pourra donner des directives au C.R.I.C., Le Droit, Ottawa, le 9 février 1984, p. 3.

MASER Peter, Pitfield urges Reforms for PS Accountability et Pitfield's Plan Includes New Committees System, Ottawa Citizen, Ottawa, le 26 février 1984, pp. 1 et 4.

MOLLINS Carl, Canada Violated Trade Pact, International Panel Finds, Ottawa Citizen, Ottawa, le 13 juillet 1984, p. 5.

MONRO Margaret et CALAMAI Peter, Arbitrary Censorship Undermines Access-to-Information, Ottawa Citizen, Ottawa, le 28 février 1984, pp. 1 et 11.

SHERMAN Paddy, Epitaph of a Worried Man?, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 novembre 1983, p. 12.

SISKIND Jacob, C.R.I.C. Must Combine Idealism, Realism: Retiring Chief, Ottawa Citizen, Ottawa, le 1er octobre 1983, p. 20.

TEASDALE Philip, Fira and Chretien Clash Over Appliance Merger, Financial Post, le 29 janvier 1977.

WILSON M.A., GATT Ruling Dealt Blow to Destructive Nationalism, Ottawa Citizen, Ottawa, le 13 juillet 1983.

8. LES ARTICLES DE JOURNAUX SANS AUTEUR DESIGNÉ:

LE DEVOIR:

Montréal hérite du Bureau canadien de la sécurité aérienne, Le Devoir, Montréal, le 11 février 1984.

LE DROIT:

Sociétés de la Couronne: Bientôt des comptes à rendre, Le Droit, Ottawa, le 17 décembre 1983.

ONTARIO LAWYERS WEEKLY:

A Free Press, Ontario Lawyers Weekly, Vol. 2, no. 20, le 23 mars 1984.

OTTAWA CITIZEN:

Fira Okays 99 per cent of April-June Take-Overs, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 août 1983.

Cruise Appeal Prudent, Ottawa Citizen, Ottawa, le 21 septembre 1983, p. 8.

Fira Had Better Elaborate, Ottawa Citizen, Ottawa, le 28 septembre 1983, p. 8.

Rights Charter Keeping Government Laws in Line: Lawyer, Ottawa Citizen, Ottawa, le 2 mars 1984, p. 5.

Fira Will Give Social Time to Decide Course, Ottawa Citizen, Ottawa le 8 mars 1984, p. 51.

Reining-in the Crowns, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 mars 1984, p. 8.

PC Govt Would Revamp Fira, Says Tory MP, Ottawa Citizen, Ottawa, le 19 juillet 1984, p. 3.

Tories Would Restrict Fira Reviews: Wilson, Ottawa Citizen, Ottawa, le 10 août 1984, p. 4.

PCs Pledge to Revamp Fira, Welcome Foreign Investment, Ottawa Citizen, Ottawa, le 23 août 1984, p. 3.

Opposition to U.S. Investment Drops, Ottawa Citizen, Ottawa, le 4 octobre 1984, p. A16.

9. LES THESEES NON PUBLIEES:

CLICHE Denis, Cadre juridique de l'investissement étranger au Canada, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, 1975, 142 p.

LAYTON Jack G., Capital and the Canadian State: Foreign Investment Policy 1957-1982, thèse de doctorat en sciences politiques, Université York, 1983, 556 p.

TABLE DES ARRÊTS CITES*

| | |
|--|----------------|
| Ahmad c. Commission de la fonction publique (1974) 2 C.F. 644 | 150, 151. |
| Attorney General for British Columbia c. Attorney General for Canada et al 1937 A.C. 377 | 46, 47. |
| Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario 1937 A.C. 326 | 103, 107, 108. |
| Attorney General for Canada c. Canadian National Transportation Ltd (1984) 1 W.W.R. 193 | 51, 94. |
| Attorney General for Ontario c. Attorney General for the Dominion 1896 A.C. 348 | 73, 81. |
| Attorney General for Ontario and Reciprocal Insurers et al c. Attorney General of Canada 1924 A.C. 328 | 68. |
| Attorney General for Ontario et al c. Canada Temperance Federa- tion et al 1946 A.C. 193 | 78, 83. |
| Attorney General for the Dominion of Canada c. Everett E. Cain et al 1906 A.C. 542 | 54. |
| Attorney General of British-Columbia c. Attorney-General of Canada (1923) 63 R.C.S. 293 conf. par 1924 A.C. 203 | 61, 108, 109. |
| Attorney General of Canada c. Fallbridge Holdings Limited et al (1979) 7 B.L.R. 275 | |
| Bates c. Lord Hailshaw (1972) 1 W.L.R. 1373 | 168, 171, 192. |
| Bathropp c. West Vancouver (1979) 17 B.C.L.R. 202 | 149. |
| Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King (1916) 1 A.C. 566 | 14. |
| Booth c. Dillon (1977) 3 V.R. 143 | 239. |

* Les chiffres mentionnés à droite renvoient aux pages de notre
thèse où nous avons fait référence à ces arrêts.

| | |
|---|-----------------|
| Border Cities Press Club c. Attorney-General for Ontario (1955) 1 D.L.R. 404 | 182. |
| Brant Dairy Company Ltd c. Milk Commission of Ontario 1973 R.C.S. 131 | 148, 267. |
| Bridge c. La Reine (1953) 1 R.C.S. 8 | 149. |
| British Columbia Development Corporation et al c. Karl A. Friedman Ombudsman et le Procureur Général de la province de la Colombie Britannique et al (1984) 2 R.C.S. 447 | 239. |
| Brooker c. Procureur Général du Canada 1973 C.F. 327 | 150. |
| Brooks-Bidlake and Whittall Ltd c. Attorney General for British Columbia 1923 A.C. 450 | 60, 61. |
| Burmak Oil Co. Ltd c. Lord Advocate 1965 A.C. 75 | 238. |
| Canadian Javelin c. MacLellan (1981) 2 C.F. 78 | 154. |
| Carltona Ltd c. Commissioners of Works 1943 All E.R. 560 | 149. |
| Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited 1 C.J. Rép. 1970, 32 | 200. |
| China Navigation Company Limited c. Attorney-General (1932) 2 K.B. 197 | 237. |
| CKOY Limited c. La Reine (1979) 1 R.C.S. 2 | 240. |
| Co-Operative Committee on Japanese Canadians c. Attorney-General of Canada 1947 A.C. 87 | 75, 76, 77, 78. |
| Croft c. Dunphy 1933 A.C. 156 | 103. |
| Cunningham and Attorney-General for British Columbia c. Tomey Homma and Attorney-General for Canada 1903 A.C. 151 | 55, 56, 57. |

Dans l'affaire des questions soumises par le gouverneur en conseil sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute formulées dans le décret C.P. 1978-3581 en date du 23 novembre 1978

| | |
|---|-------------|
| (1980) 1 R.C.S. 54 | 14. |
| De Freitas c. Benny 1976 A.C. 239 | 237. |
| Dominion Stores Ltd c. The Queen (1980) 1 R.C.S. 914 | 48. |
| Dow Jones & Company Inc. c. Attorney-General of Canada (1981) 1 C.F. 428, 113 D.L.R.(3d) 395 conf. par 122 D.L.R.(3d) 731 | 30, 40. |
| Ducan c. Theodore (1917) 23 C.L.R. 510 | 237. |
| Edwards c. Attorney-General for Canada 1930 A.C. 124 | 85. |
| Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd c. Manitoba Free Press Ltd et al 1923 A.C. 695 | 75, 76, 82. |
| Franklin c. Minister of Town and Country Planning 1948 A.C. 87 | 167. |
| Furnell c. Whangerei High Schools Board 1973 A.C. 660 | 174, 193. |
| Glenister c. Dillon 1976 V.R. 550 | 239. |
| Gold Seal Ltd c. Dominion Express Co. (1921) 62 R.C.S. 424 | 98. |
| Gregory & Company Inc. c. The Quebec Securities Commission et al 1961 R.C.S. 584 | 48, 49. |
| In re A Petition of Right (1915) 3 K.B. 649 | 237. |
| In re Board of Commerce Act (1922) 1 A.C. 191 | 82. |
| In re Capital Cities Communications Inc. 1975 C.F. 18 | 240. |
| In re H.K. (1967) 2 Q.B. 617 | 165, 167. |

| | |
|--|---|
| In re Natural Products Marketing Act 1936 R.C.S. 398 | 46. |
| In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada 1932 A.C. 54 | 82, 84. |
| In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada 1932 A.C. 304 | 82, 84, 103. |
| In re the Coal Mines Regulation Act and Amendment Act, 1903 (1904) 10 B.C.R. 408 | 57, 58, 59, 62. |
| In re the Farm Products Marketing Act 1957 R.C.S. 198 | 46, 47. |
| In re the Insurance Act of Canada 1932 A.C. 41 | 68. |
| In the Matter of the Jurisdiction of the Tariff Board Cour fédérale d'appel, no. A-1827-84 | 151. |
| James Hamilton and Stanley Steven Cripps c. The Attorney-General of Canada and The Minister of Regional and Industrial Expansion and Black and Decker Canada Inc. Cour fédérale, 1ère instance, no. T-2862-84 | 299. |
| John Deere Plan Co. c. Wharton 1915 A.C. 330 | 45. |
| Labatt Breweries of Canada Ltd c. Attorney-General of Canada (1980) 1 R.C.S. 914 | 88. |
| Laker Airways Ltd c. Department of Trade 1977 Q.B. 643 | 238. |
| Laneau c. Rivard (1978) 2 C.F. 319 | 154. |
| La Reine c. Drybones 1970 R.C.S. 282 | 24. |
| Lawson A.W. Hunter et al c. Southam Inc. (1984) 2 R.C.S. 145 | 40, 85, 200. |
| Lovibond c. Grand Trunk Railway Company of Canada and Canadian National Railway Company 1939 O.R. 305 | 76. |
| Le Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et al (1980) 2 R.C.S. 735 | 170, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 195, 238. |

| | |
|---|--|
| Lymburn c. Mayland 1932 A.C. 318 | 67. |
| MacDonald c. Vapor Canada Ltd (1977) 2 R.C.S. 134 | 51. |
| Magnasonic Canada Ltd c. Anti-Dumping Tribunal 1972 C.F. 1239 | 146, 194, 195, 196. |
| Magrath c. The Queen (1977) 38 C.C.C.(2d) 67 | 173. |
| Makkuda Ali. c. Jayarātne 1951 A.C. 66 | 174. |
| Martineau c. Comité de discipline de Matsqui (1980) 1 R.C.S. 602 (1978) 1 C.F. 312, (1978) 2 C.F. 637 | 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 172, 173. |
| Metropolitan Borough and Town Clerk of Lewisham c. Roberts (1949) 2 K.B. 608 | 150. |
| Miliangos c. George Frank (Textiles) Ltd (1975) 3 All E.R. 801 | 201. |
| Minister of National Revenue c. Wright's Canadian Ropes Ltd 1947 A.C. 109 | 148. |
| Ministre de la Main D'oeuvre et de l'Immigration c. Hardayal (1978) 1 R.C.S. 470 | 179. |
| Montreal c. Savick (1939) 66 B.R. 124 | 149. |
| Morgan and Jacobson c. Le procureur-général de la province de l'île du Prince Edouard et al (1976) 2 R.C.S. 349 (1974) 5 Nfld & P.E.I.R. 129 | 61, 63, 64, 65, 66. |
| Mungoni c. Attorney-General of Northern Rhodesia 1960 A.C. 236 | 150. |
| Munro c. N.C.C. 1966 R.C.S. 663 | 98. |
| Murphy c. C.P.R. et Attorney-General of Canada 1958 R.C.S. 626 | 49, 98. |
| National Indian Brotherhood et al c. Juneau et al 1971 C.F. 498 | 240. |

| | |
|---|----------------|
| Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police (1979) 1 R.C.S. 311 | 170, 171, |
| (1975) 2 O.R. (2d) 481 | 172, 192, 196. |
| Nissan c. Attorney-General 1970 A.C. 179 | 238. |
| Operation Dismantle Inc. et al c. Sa Majesté la Reine et al C.S.C. le 9 mai 1985 | |
| (1983) 1 C.F. 407 | 13, 175, 184, |
| (1983) 1 C.F. 745 | 185, 186, 187. |
| Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food 1968 A.C. 997 | 237. |
| Paré c. Quebec (1929) 67 C.S. 100 | 149. |
| P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis Inc. et Attorney-General of Canada (1952) 2 R.C.S. 392 | 148. |
| Prince c. Town of St-Lambert 1974 C.S. 536 | 149. |
| Proclamations Case (1611) 12 Co. Rep. 74 | 238. |
| Procureur Général du Canada c. Brent 1956 R.C.S. 318 | 148, 154. |
| Pronto Uranium Mines Ltd and Algom Uranium Mines Ltd c. Ontario Labour Relations Board 1956 O.R. 862 | 96. |
| Pure Spring Co. Ltd c. Minister of National Revenue (1947) 1 D.L.R. 501 | 140. |
| Quinn Truck Lines c. Snow (1981) 2 R.C.S. 657 | 170, 179, 194. |
| Quong-Wing c. The King (1914) 49 R.C.S. 440 | 59, 60. |
| R. c. Local Government Board (1882) 10 Q.B.D. 309 | 170, 173, 192. |
| R. c. Electricity Commissioners, Ex p. London Electricity Joint Committee Company (1920) Limited (1924) 1 K.B. 171 | 162, 164, 166. |
| R. c. Criminal Injuries Compensation Board (1967) 2 Q.B. 864 | 165. |

| | |
|---|----------------------------|
| R. c. Sandler (1972) 21 D.L.R.(3d) 286 | 154. |
| R. c. Harrison (1977) 1 R.C.S. 238 | 150, 151, 154. |
| R. c. London of Hillingdon, Ex p. Royco Homes Ltd (1974) 2 All E.R. 643 | 165, 167, 174, 193. |
| Ramawad c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration (1978) 2 R.C.S. 375 | 151, 154. |
| Re Board of Education London and Fenn (1971) 2 O.R. 93 | 150. |
| Re Canadian Pacific Transport Co. (1980) 20 B.C.L.R. 127 | 148. |
| Re Canadian Transport Co. Ltd and Chairman of the Motor Carres Commission (1980) 107 B.L.R.(3d) 384 | 154. |
| Re Davisville Investment Co. Ltd c. City of Toronto et al (1977) 15 O.R.(2d) 553 | 184. |
| Re Liverpool Taxi Owners' Association (1972) 2 All E.R. 589 | 165, 167, 174, 193. |
| Re Minto Construction Ltd c. Gloucester 1979 G.R.(2d) 634 | 154. |
| Re Ombudsman of Ontario c. Health Discipline Board of Ontario et al (1979) 104 D.L.R.(3d) 597 | 239. |
| Re Weir and R. (1980) 102 D.L.R.(3d) 273 | 149. |
| Reference Re Regulations (Chemicals) Under War Measures Act 1943 R.C.S. 1 | 148. |
| References Re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, The Minimum Wages Act and The Limitation of Hours of Work Act 1936 R.C.S. 461 | 106. |
| Regina c. Klassen (1960) 20 D.L.R.(2d) 406 | 49, 50. |
| Regina c. Hoffman-Laroche Ltd (1982) 48 C.P.R.(2d) 145 (1982) 58 C.P.R.(2d) 1 | 93, 94, 95, 96. |
| Renvoi: Loi anti-inflation (1976) 2 R.C.S. 373 | 50, 73, 77, 79, 85, 87. |

| | |
|--|----------------|
| Renvoi relatif à la validité des Règlements sur les baux en temps de guerre 1950 R.C.S. 124 | 75, 76, 77. |
| Renvoi: résolution pour modifier la Constitution (1981) 1 R.C.S. 754 | 157. |
| Rex c. Hampden (1637) 3 State Tr. 826 | 237. |
| Rex c. Sussex J.J. Ex parte McCarthy 1924 L.K.B. 256 | 127. |
| Ridge c. Baldwin 1964 A.C. 40 | 174, 192. |
| Roberge c. Ville de Québec 1975 C.A. 143 | 149. |
| Russell c. The Queen (1882) 7 A.C. 829 | 73, 80, 81. |
| Sarco Canada Ltd c. Anti-Dumping Tribunal (1979) 1 C.F. 247 | 146. |
| Schmidt c. Secretary of State for Home Affairs (1969) 2 Ch. 149 | 165. |
| Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council (1976) 3 W.L.R. 641 | 237. |
| Selvarajan c. Race Relations Board 1976 All E.R. 13 | 174, 175, 193. |
| Singh et al c. Ministre de l'emploi et de l'immigration C.S.C. le 4 avril 1985 | 200. |
| Smith et Rhuland Ltd c. The Queen ex Rel Andrews et al (1953) 2 R.C.S. 95 | 146. |
| Spitz c. Secretary of State of Canada 1939 Ex. CR. 162 | 75. |
| Succession Mancuso c. La Reine (1980) 1 C.F. 269 | 150. |
| Switzman c. Elbling 1957 R.C.S. 285 | 98. |
| Tennant c. Union Bank of Canada 1894 A.C. 31 | 98. |

| | |
|--|-----------|
| The Citizens Insurance Company of Canada and William Parsons c. The Queen Insurance Company and William Parsons (1881) 7 A.C. 96 | 43, 52. |
| The Schooner Exchange c. McFaddon (1812) 7 Cranch. 16 | 13. |
| Toronto Electric Commissioners c. Snider 1925 A.C. 396 | 82. |
| Union Colliery Company of British Columbia Ltd et al c. Bryden and Attorney-General for British Columbia 1899 A.C. 580 | 54, 60. |
| Vic Restaurant Inc. c. City of Montreal 1959 R.C.S. 58 | 148, 149. |
| Walter c. Attorney-General for Alberta 1969 R.C.S. 383 | 64. |
| Welb c. The Times (1960) 2 Q.B. 535 | 292. |
| Wieckwoska c. Lanthier (1980) 1 C.F. 655 | 154. |
| Wilson c. Esquimalt and Nanaimo Railway Company (1922) 1 A.C. 202 | 181. |

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----|
| INTRODUCTION..... | 1 |
| PREMIERE PARTIE: LA COMPETENCE CONSTITUTIONNELLE EN Matiere d'investissement étranger..... | 11 |
| Chapitre I - La compétence législative intérieure en matière d'investissement étranger..... | 12 |
| Section I - La problématique..... | 12 |
| Paragraphe 1 - La souveraineté de l'Etat et le fédé- ralisme canadien..... | 12 |
| Paragraphe 2 - La réaction des provinces..... | 15 |
| Paragraphe 3 - La réaction de certains milieux d'af- faires et de certains milieux juridi- ques..... | 21 |
| Paragraphe 4 - La position du Gouvernement..... | 25 |
| Section II - Les points de vue adoptés par la doctrine et la jurisprudence..... | 27 |
| Paragraphe 1 - La doctrine..... | 27 |
| Paragraphe 2 - La jurisprudence..... | 30 |
| Section III - Les dispositions de l'A.A.N.B..... | 41 |
| Paragraphe 1 - La réglementation des échanges et du commerce..... | 43 |
| Paragraphe 2 - La naturalisation et les aubains..... | 53 |
| Paragraphe 3 - La paix, l'ordre et le bon gouverne- ment..... | 72 |
| Chapitre II - La compétence législative extérieure ou internationale en matière d'investissement étranger..... | 100 |
| Section I - L'attribution de la personnalité juridique internationale dans un Etat fédéral tel que le Canada..... | 100 |
| Section II - Les effets de l'attribution de la person- nalité juridique au sein des relations internationales..... | 104 |

| | |
|---|-----|
| DEUXIEME PARTIE: LES PROBLEMES JURIDIQUES SOULEVES PAR LES MECANISMES D'EXAMEN DE L'INVESTIS- SEMENT ETRANGER..... | 115 |
| Chapitre I - La problématique..... | 115 |
| Chapitre II - L'aspect procédural du mécanisme d'examen. | 133 |
| Section I - La recherche et l'obtention de l'informa- tion servant ou susceptible de servir à l'instance décisionnelle..... | 134 |
| Section II - L'absence des intéressés aux diverses consultations effectuées par les adminis- trateurs..... | 137 |
| Section III - L'incapacité des intéressés de contester les recommandations soumises à l'instance décisionnelle..... | 137 |
| Chapitre III - L'aspect substantif du mécanisme d'examen. | 138 |
| Section I - Les compétences statutaires des trois principaux intervenants dans le processus d'évaluation et de décision..... | 142 |
| Section II - La délégation de pouvoirs entre le Ministre responsable et l'Agence..... | 147 |
| Chapitre IV - Le principe de la légalité..... | 155 |
| Chapitre V - L'intervention des tribunaux..... | 161 |
| Section I - Les droits et intérêts des citoyens affec- tés par les décisions de l'Agence, du Ministre et du Gouverneur en conseil..... | 164 |
| Section II - L'obligation de l'Agence, du Ministre et du Gouverneur en conseil d'agir judiciairement..... | 166 |
| Section III - Les détenteurs du pouvoir exécutif, leurs décisions dans l'administration de la Loi, et le pouvoir de surveillance et de contrôle des Cours supérieures..... | 175 |
| Chapitre VI - Le processus judiciaire serait mieux servi si le mandat d'appliquer la Loi était con- fié à un organisme administratif autonome. | 188 |
| TROISIEME PARTIE: L'ANALYSE CRITIQUE DES ARGUMENTS DU GOUVERNEMENT POUR JUSTIFIER SON CHOIX POLITIQUE DU TYPE DE MECANISME D'INTERVENTION..... | 203 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre I - Les décisions à prendre sont des décisions politiques importantes..... | 206 |
| Chapitre II - Les décisions à prendre traitent de la participation canadienne..... | 213 |
| Chapitre III - Les décisions à prendre traitent de la contribution aux objectifs fédéraux et provinciaux de politique économique..... | 216 |
| Chapitre IV - L'instance décisionnelle doit exercer un pouvoir discrétionnaire..... | 223 |
| Chapitre V - L'instance décisionnelle doit disposer d'un pouvoir de négociation..... | 240 |
| Chapitre VI - Le type de contrôle dont l'Agence doit faire l'objet..... | 249 |
| Chapitre VII - La sorte de délai que doit respecter l'organisme d'examen..... | 261 |
| Chapitre VIII - L'efficacité des réformes proposées dans le projet de loi C-15..... | 268 |
| Section I - La disparition du principe de la collégialité au moment de la prise des décisions... | 268 |
| Section II - Le manque de transparence dans l'administration de la Loi..... | 270 |
| Section III - Le manque d'imputabilité de l'instance décisionnelle..... | 273 |
| Section IV - La pauvreté des dispositions pour assurer la protection des droits des administrés.. | 276 |
| Section V - Les difficultés du mécanisme proposé à l'établissement d'une politique à long terme.. | 281 |
| Section VI - L'absence d'un mécanisme efficace de contrôle et de surveillance sur les investisseurs étrangers dont les propositions ont été autorisées..... | 285 |
| CONCLUSION | |
| A - Le phénomène international de l'investissement direct étranger et l'intervention de l'Etat..... | 289 |
| B - La problématique posée par le choix des mécanismes d'intervention de l'Etat..... | 294 |
| C - Les recommandations..... | 301 |