
L'étranger et la vie économique : le cas québécois

Vilaysoun Loungnarath, jr.*

Cette étude s'intéresse aux principaux instruments juridiques qui singularisent l'étranger dans la vie économique québécoise. L'auteur se penche d'abord sur les principales limitations à la capacité des États fédéral et provincial d'établir des restrictions ou des différenciations à l'égard des étrangers dans la vie économique. Ces limitations tiennent à la fois du droit international et du droit interne. L'auteur est ainsi amené à commenter l'ampleur des contraintes posées par l'*Accord de libre-échange nord-américain* et par l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, rendu par la Cour suprême du Canada.

Dans un second temps, le texte décrit les principales restrictions et différenciations qui se retrouvent dans le droit en vigueur au Québec. L'accent est mis sur le rôle joué par la *Loi sur Investissement Canada*, un régime d'application générale relatif aux investissements étrangers. En conclusion, il est constaté que dans l'ensemble, le droit en vigueur au Québec est relativement ouvert à l'étranger qui cherche à s'intégrer à la vie économique.

This article is concerned with the principal judicial instruments regulating foreigners in the economic life of Quebec. The author begins by describing the most significant ways in which the federal and provincial levels of state are limited in their attempts to restrict or otherwise single out foreign actors in the local economy. These limitations, it is explained, flow at once from international and domestic law. Building on this conclusion, the author explores the scope of such limitations specifically posed by the *North American Free Trade Agreement* and the Supreme Court of Canada decision in *Andrews v. Law Society of British Columbia*.

With these constraints in mind, discussion shifts to consider the regulation of foreign economic actors under Quebec law. Particular attention is paid to the role played by the *Investment Canada Act*, an umbrella regime regulating foreign investments. The author concludes that, on the whole, the law in force in Quebec is relatively open to foreigners who are looking to establish themselves in the province's economic life.

* Professeur agrégé, Faculté de droit de l'Université de Montréal ; membre du Barreau du Québec et du Barreau de l'État de New York.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1998

Mode de référence : (1998) 43 R.D. McGill 143

To be cited as: (1998) 43 McGill L.J. 143

Introduction

- I. **Les limitations à la capacité des États d'établir des restrictions ou des différenciations à l'égard des étrangers dans la vie économique**
 - A. *Les contraintes découlant du droit international*
 - B. *Les contraintes découlant du droit interne*
 1. L'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* et le droit à l'égalité
 2. Les contraintes inhérentes à l'organisation fédérale du Canada
- II. **L'étranger et la vie économique : les principales restrictions et différenciations que l'on retrouve dans le droit en vigueur au Québec**
 - A. *Un régime d'application générale : la Loi sur Investissement Canada*
 1. Une procédure d'examen des investissements étrangers
 2. L'unité «non canadienne»
 - B. *Des restrictions et des différenciations qui portent sur des activités économiques spécifiques*
 1. Les services financiers
 2. La radiodiffusion
 3. Les télécommunications
 4. Autres secteurs
 - C. *Des restrictions et des différenciations transversales*
 1. La *Loi concernant les droits sur les transferts de terrain*
 2. Les privatisations
 3. Les sociétés par actions
 4. Les étrangers et l'accès à la justice
 5. La participation des étrangers aux marchés publics

Conclusion

Introduction

Depuis le milieu des années 1980, une forte tendance d'ouverture vis-à-vis les étrangers se dessine dans la vie économique canadienne. Trois principaux facteurs expliquent cette ouverture croissante. Premièrement, le Canada est aux prises depuis déjà quelques années avec un taux de chômage élevé, ce qui se traduit par un certain degré de convivialité à l'égard de l'investissement étranger créateur d'emplois. Deuxièmement, de plus en plus d'opérateurs économiques, canadiens ou autres, organisent la chaîne de valeur ajoutée à une échelle régionale ou mondiale plutôt que simplement nationale. Non seulement les gouvernants des pays industrialisés ont-ils pris acte de ce phénomène qui échappe dans une large mesure à leur contrôle, mais encore discerne-t-on chez eux des velléités de laisser la main invisible du marché organiser cette manifestation particulière de la mondialisation¹. Troisièmement, la signature de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*² en 1988, puis la conclusion de l'*Accord de libre-échange nord-américain*³ en 1992, et enfin, le déploiement des *Accords de l'Organisation mondiale du commerce*⁴ signés en avril de 1994, sont venus borner l'expression du nationalisme économique au Canada.

Les restrictions à l'égard des étrangers dans la vie économique qui se manifestent ici et là dans l'histoire du Canada découlent en grande partie d'une idéologie de nationalisme économique, axée sur l'objectif de contenir le géant américain et, il faut bien dire, alimentée par la crainte subliminale que la puissance américaine s'annexe, via les rouages du capitalisme, des pans entiers de l'économie canadienne. Ces appréhensions ne sont pas toutes dénuées de fondement : il est indéniable que l'économie canadienne dépend de façon significative de l'économie américaine et que les intérêts américains exercent une emprise considérable sur la vie économique canadienne. Quelques chiffres devraient suffire à illustrer ce propos : la valeur cumulative des investissements américains directs représente environ les deux tiers de tous les investissements étrangers directs au Canada⁵ ; à l'heure actuelle, plus de 80% des exporta-

¹ À ce sujet sont révélatrices les orientations qui ressortent des négociations entourant le projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement*, lesquelles se déroulent présentement sous l'égide de l'OCDE : voir OMC, «Dossier spécial : le commerce et l'investissement étranger direct» dans *Rapport annuel 1996*, vol. 1, Genève, Publications de l'OMC, 1996 aux pp. 78-79 ; L. Eggertson, «Treaty to Trim Ottawa's Power» *The [Toronto] Globe and Mail* (3 avril 1997) A1.

² 22 décembre 1987, R.T. Can. 1989 n° 3, 7 D.J.I. 209 (signé le 2 janvier 1988 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989) [ci-après ALÉ], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, *L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1988.

³ 7 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, 32 I.L.M. 289 [ci-après ALÉNA], publié par le Ministère des Affaires extérieures du Canada, *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992.

⁴ Voir Secrétariat du GATT, *Résultat des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay*, Genève, Secrétariat du GATT, 1994.

⁵ Voir Statistique Canada, *Bilan des investissements internationaux du Canada*, numéro 67-202-XPB, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1995 à la p. 21. À la fin de 1995, les investis-

tions canadiennes sont dirigées vers les États-Unis⁶ ; et le commerce intra-société entre les sociétés mères américaines et leurs filiales canadiennes représente environ 45% des échanges commerciaux canado-américains⁷.

S'il fallait résumer en une formule l'évolution des politiques canadiennes concernant l'étranger dans la vie économique, l'on dirait sans doute qu'elle reflète une ambivalence fondamentale — des caricaturistes suggéreraient sans doute l'image de la quasi-schizophrénie — entre d'une part ce nationalisme économique, auquel se greffe le projet toujours inachevé de construire une identité culturelle distincte de celle des États-Unis, et d'autre part, la tentation du libre-échange continental. L'ambivalence ne date pas d'hier, on la soupçonne dans la genèse même du pays. Les États-Unis et les colonies britanniques nord-américaines avaient conclu en 1854 un traité de réciprocité instituant le libre-échange pour la plupart des produits naturels. La dénonciation de ce traité par les Américains, douze ans plus tard, devait contribuer à la création de la fédération canadienne. En 1879, le premier ministre conservateur John A. Macdonald lance la *National Policy*⁸. Le label fait référence à un train de politiques économiques gérées par l'État central et axées sur le protectionnisme douanier (essentiellement dirigé contre les États-Unis), la substitution des importations et le soutien de l'appareil industriel national. L'esprit de la *National Policy* va mouler le paysage politico-économique canadien pendant plus d'un siècle, jusqu'au milieu des années 1980. Le nationalisme économique connaîtra passablement de vigueur sous le régime libéral de Pierre Elliott Trudeau (1968-84) pendant lequel seront notamment adoptées des mesures concernant l'investissement étranger⁹ et l'énergie¹⁰ qui irriteront au plus haut point les Américains. L'arrivée des conservateurs de Brian Mulroney en 1984 marque un tournant décisif. Malgré la filiation partisane qui le lie à John A. Macdonald, le gouvernement Mulroney prend ses distances vis-à-vis la *National Policy*. La méfiance à l'égard de l'intérêt américain se mue en préjugé favorable. Non seulement abolit-il le *Programme énergétique national*¹¹ et adoucit-il la réglementation fédérale sur l'investissement étranger¹², mais encore se fait-il un ardent promoteur de la conclusion d'un accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. Les efforts du

sements directs étrangers au Canada s'élevaient à 168 milliards de dollars canadiens ; la part des investissements directs au Canada en provenance des États-Unis s'établissait à 67% à la fin de 1995.

⁶ Voir Statistique Canada, *L'observateur économique canadien, aperçu statistique*, numéro 11-010-XPB, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, mars 1997 à la p. 31, tableau 18.

⁷ Voir M. Drohan, «Dependency on U.S. Leaves Canada 'Vulnerable' : WTO» *The [Toronto] Globe and Mail* (20 novembre 1996) B6.

⁸ Sur la *National Policy*, voir notamment J.L. Granatstein, «L'éternelle question du libre-échange entre le Canada et les États-Unis» dans D. Stairs et G.R. Winham, dir., *Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les États-Unis : Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, vol. 29, Toronto, University of Toronto Press, 1985 aux pp. 19-23.

⁹ Voir *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, L.C. 1973-74, c. 46, mod. par la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985 (1^{er} supp.), c. 28.

¹⁰ Sur le *Programme énergétique national*, voir notamment M. Duquette, *Énergie et fédéralisme au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1992 aux pp. 137-58.

¹¹ Voir *ibid.* aux pp. 158-94.

¹² Voir la partie II.A, ci-dessous.

gouvernement Mulroney se solderont d'ailleurs par la signature — en 1988, puis en 1992 — d'accords économiques régionaux, qui accorderont aux États-Unis certains traitements de faveur par rapport aux pays du GATT.

À cette opposition entre nationalisme économique «à la canadienne» et vision continentaliste se superpose un sentiment national propre à la société québécoise qu'il ne faudrait surtout pas négliger. Si le nationalisme québécois se manifeste dans la sphère économique, il ne s'y est pas véritablement exprimé par des restrictions visant l'accès des étrangers aux activités économiques ou par des traitements différenciés à leur égard. Plutôt, ce nationalisme a inspiré durant les années 1960 et 1970 le développement d'un État provincial massif de même que la mise en place de stratégies économiques où celui-ci est appelé à jouer un rôle majeur. Il reste que la structure fédérale du Canada fait que les restrictions ou différenciations à l'égard des étrangers peuvent émaner, en plus du gouvernement central, de l'État provincial. Celui-ci possède même la capacité d'établir des restrictions ou des différenciations visant les résidents canadiens d'autres provinces par le jeu de ses pratiques administratives, de ses politiques d'achat, voire de ses actes normatifs. Si ces mesures représentent encore aujourd'hui une réalité non négligeable, elles demeurent restreintes par des principes constitutionnels découlant de l'organisation fédérale du Canada et, depuis le 1^{er} juillet 1995, par une entente intergouvernementale liant les dix provinces et le gouvernement central. En effet, l'*Accord sur le commerce intérieur*¹³ impose aux provinces canadiennes certaines obligations de non-discrimination à l'égard des résidents des autres provinces, obligations dont la substance se rapproche de ce que l'on retrouve, d'ordinaire, dans les accords économiques internationaux.

Voilà pour la présentation de certains paramètres de la toile de fond. Pour la suite, il est proposé d'examiner, dans un premier temps, les plus importantes limitations à la capacité de l'État de restreindre l'accès aux activités économiques aux étrangers ou de les assujettir à un traitement différencié. Dans un second temps, il s'agira de mettre en relief les principales restrictions et différenciations qui existent à ce chapitre dans le droit en vigueur sur le territoire québécois.

¹³ Gouvernements du Canada, de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et du Territoire du Yukon, *Accord sur le commerce intérieur*, [Ottawa, Gouvernement du Canada, 1994]. Aussi publié dans Services gouvernementaux, *Accords de libéralisation des marchés publics conclus par le Québec*, Québec, Publications du Québec, 1995.

I. Les limitations à la capacité des États d'établir des restrictions ou des différenciations à l'égard des étrangers dans la vie économique

A. Les contraintes découlant du droit international¹⁴

Si des contraintes significatives apparaissent dans les *Accords de l'Organisation mondiale du commerce*, les plus importantes procèdent de l'ALÉNA. En particulier, le traitement national est érigé en principe dans l'ALÉNA en matière d'investissement et de commerce transfrontières des services. Dans ces deux secteurs, l'ALÉNA restreint donc davantage la souveraineté étatique que les *Accords de l'OMC*.

Le chapitre XI de l'ALÉNA, consacré à l'investissement, mérite quelques commentaires. En vertu de l'article 1102 de l'ALÉNA, l'État central canadien et les provinces ne peuvent pas faire de discrimination à l'égard des investisseurs des États-Unis et du Mexique, ou à l'égard des investissements effectués par ceux-ci. Cette obligation a une grande portée, d'abord par son objet puisqu'elle vise une vaste gamme d'opérations et d'activités, soit : «l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements»¹⁵. Le principe du traitement national s'étend aussi par les jeux respectifs des définitions d'«investissement» et d'«investisseur d'une Partie»¹⁶. En effet, le terme investissement est libéralement défini de manière à couvrir non seulement une entreprise ou les titres de participation d'une entreprise, mais aussi, dans certains cas, les titres de créance, les prêts, les biens immobiliers, les droits intellectuels, voire les contrats clé en main ou les contrats de construction¹⁷. Par ailleurs, la notion d'investissement considérée dans le chapitre XI englobe tant la mise de fonds procurant un intérêt majoritaire ou un intérêt de contrôle que la participation minoritaire ou le placement de portefeuille¹⁸. Quant à la notion d'investisseur, il est à noter que les entreprises constituées en vertu des lois d'une des Parties de l'ALÉNA bénéficient du régime du chapitre XI quelle que soit la nationalité de leurs actionnaires¹⁹.

La puissance de feu redoutable de l'article 1102 de l'ALÉNA a amené le Canada à aménager des zones d'exception, principalement au moyen de réserves inscrites dans l'annexe 1 de l'accord. Par exemple, l'essentiel de la *Loi sur l'investissement Canada* est maintenu, du moins au plan qualitatif. Le Canada a soustrait de l'application de l'article 1102 de l'ALÉNA certains secteurs jugés névralgiques : pétrole et gaz naturel, énergie nucléaire, pêcheries, transports aérien et maritime, télécommunications, services sociaux, industries culturelles. Aussi, les gouvernements fédéral et provinciaux ne sont pas assujettis aux règles de l'article 1102 de

¹⁴ Cette section est basée sur un article récent publié dans *Les Cahiers de droit* : V. Loungnarath, «L'incidence de l'ALÉNA sur la potentialité étatique du Canada» (1995) 36 C. de D. 883.

¹⁵ ALÉNA, *supra* note 3, art. 1102.

¹⁶ *Ibid.*, art. 1139.

¹⁷ Voir *ibid.*

¹⁸ Voir *Énoncé canadien des mesures de mise en oeuvre de l'ALÉNA*, Gaz. C. 1994.I.147.

¹⁹ Voir ALÉNA, *supra* note 3, art. 1139 et 201.

l'ALÉNA dans le contexte de la privatisation totale ou partielle d'une société d'État ou d'une entité gouvernementale, ou d'une opération similaire comme la vente de leurs actifs. L'article 1102 ne s'applique pas non plus aux subventions et aides gouvernementales.

L'article 1106 de l'ALÉNA relativise lui aussi l'exercice de la souveraineté en interdisant certaines mesures par lesquelles l'administration subordonne l'autorisation d'un investissement étranger à des engagements commerciaux de la part de l'investisseur. Cette disposition pose ainsi une prohibition de principe à l'égard de l'exécution d'engagements et de prescriptions concernant l'exportation, le contenu national, l'approvisionnement en produits nationaux ou auprès de fournisseurs nationaux, le volume et la valeur des importations, le transfert de technologie ou l'exclusivité de la distribution des produits ou des services découlant de l'investissement²⁰.

L'article 1106 de l'ALÉNA va beaucoup plus loin que les règles du cadre multilatéral du GATT et de l'OMC. Dans l'affaire *Canada — Administration de la Loi sur l'examen des investissements étrangers*²¹, le Groupe spécial du GATT avait certes conclu que les engagements d'approvisionnement pris par des investisseurs étrangers en vertu de l'ancienne *Loi sur l'examen des investissements étrangers* étaient des prescriptions incompatibles avec le principe du traitement national, mais il avait aussi décidé que les engagements relatifs à la fabrication et au contenu national étaient hors de la compétence du GATT. En outre, le Groupe spécial avait statué que les engagements en matière d'exportation n'étaient frappés d'aucune incompatibilité avec le GATT. Quant à l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce*²² issu de l'*Uruguay Round*, il ne pose pas de principes beaucoup plus restrictifs que ceux énoncés dans la décision précitée. Pour l'essentiel, il cherche à imposer une discipline par des mesures relatives à l'approvisionnement en produits nationaux ou à l'importation. À cet égard, l'ALÉNA représente donc une percée significative pour les tenants du libéralisme.

Au chapitre du commerce transfrontières des services, un pays membre de l'ALÉNA, en plus de devoir offrir le traitement national, ne peut exiger d'un fournisseur de services d'un autre pays membre qu'il établisse ou maintienne sur son territoire un bureau de représentation ou toute autre forme d'entreprise, ou encore qu'il y soit résident pour la prestation transfrontières d'un service²³.

²⁰ Pour davantage de prévisions sur les implications de l'article 1106 de l'ALÉNA, voir Loungnarath, *supra* note 14 aux pp. 894-95.

²¹ (*États-Unis c. Canada*) (1983), GATT Doc. L/5504, Supp. n° 30 I.B.D.D. (rapport adopté le 7 février 1984) 147, disponible à <http://www.sice.oas.org/dispute/gatt/82fira.stm> (date d'accès : 18 novembre 1997).

²² Voir Secrétariat du GATT, *Résultat des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay*, *supra* note 4 aux pp. 172-76.

²³ Voir ALÉNA, *supra* note 3, art. 1205.

L'ALÉNA contient une clause d'exemption culturelle d'application générale²⁴. Trait saillant de l'ALÉNA, cette clause permet notamment à l'État de limiter l'accès des industries culturelles aux étrangers ou de les soumettre à un traitement différencié dans ce secteur. L'exemption des industries culturelles n'est cependant pas étanche puisqu'une Partie est autorisée à adopter unilatéralement des mesures compensatoires en réaction à des interventions dans le secteur de la culture qui seraient autrement incompatibles avec l'ALÉNA si ce n'était de la clause d'exemption culturelle.

L'ALÉNA ne constitue pas une source formelle du droit interne canadien. Il s'agit là d'une implication du modèle dualiste qui régit les rapports entre l'ordre juridique interne du Canada et l'ordre juridique international. Les contraintes que pose l'ALÉNA à la potentialité étatique — ce qui inclut les multiples visages du principe de traitement national — sont donc localisées à l'extérieur de l'ordre juridique interne. En principe, l'ALÉNA ne peut pas être invoqué devant les tribunaux domestiques du Canada.

La question de la place occupée par l'ALÉNA dans l'ordre juridique interne du Canada a fait l'objet de commentaires dans une décision récente de la Cour supérieure du Québec, *Entreprises de rebuts Sanipan c. Québec (P.G.)*²⁵. Dans cette affaire, une entreprise engagée dans le domaine de l'élimination des déchets solides contesta la validité d'un règlement provincial interdisant à l'exploitant d'un lieu d'élimination de déchets solides d'accepter des déchets générés à l'extérieur du Québec. Parmi les arguments invoqués, la requérante soutenait que ce règlement contrevenait aux dispositions de l'ALÉNA. Le tribunal écarta cette prétention en statuant que les dispositions de l'ALÉNA ne font pas partie du droit interne canadien. Par l'article 10 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*²⁶, le Parlement canadien approuve l'ALÉNA mais ne lui donne pas force de loi. Il faut en déduire que «le législateur a mis en oeuvre l'accord sans lui octroyer le droit de s'appliquer à l'intérieur du Canada»²⁷.

B. Les contraintes découlant du droit interne

1. L'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* et le droit à l'égalité

La décision de la Cour suprême dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*²⁸ portait principalement sur l'interprétation du paragraphe 15(1) de la *Charte ca-*

²⁴ En effet, l'art. 2106 de l'ALÉNA, *ibid.*, reconnaît par renvoi la clause d'exemption culturelle figurant à l'art. 2005 de l'ALÉ, *supra* note 2.

²⁵ [1995] R.J.Q. 821 [ci-après *Sanipan*].

²⁶ L.C. 1993, c. 44, art. 10 : «[l'] Accord est approuvé».

²⁷ *Sanipan*, *supra* note 25 à la p. 846.

²⁸ [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4^e) 1 [ci-après *Andrews* avec renvois aux R.C.S.].

*nadienne des droits et libertés*²⁹, qui élève le droit à l'égalité au rang de norme constitutionnelle :

15(1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'intimé, sujet britannique mais résident permanent du Canada, souhaitait s'inscrire au barreau de la province de la Colombie-Britannique. L'article 42 du *Barristers and Solicitors Act*³⁰ restreignait cependant l'admission à la pratique du droit dans la province aux seuls citoyens canadiens. Monsieur Andrews remplissait toutes les conditions d'admission au barreau de la province hormis cette exigence relative à la citoyenneté canadienne. La Cour suprême du Canada a statué que l'article 42 du *Barristers and Solicitors Act* était inconstitutionnelle, puisque contraire au droit à l'égalité consacré à l'article 15 de la *Charte*³¹. Par ailleurs cette atteinte au droit à l'égalité n'était pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*³².

À la faveur de cette affaire, la Cour suprême du Canada posa un principe à portée générale selon lequel «une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15»³³. Dans cette veine, le juge La Forest, dans une opinion individuelle, fit valoir que «[d]ans l'ensemble, l'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'article 15»³⁴.

Il ne faudrait pas exagérer l'importance du paragraphe 15(1) de la *Charte* comme contrainte à la capacité des États de restreindre l'accès aux étrangers dans la vie économique ou de les soumettre, dans cette sphère, à un traitement différencié. Premièrement, les motifs de discrimination expressément proscrits à l'article 15 sont propres aux personnes physiques, il peuvent difficilement être invoqués par les personnes morales. Deuxièmement, les tribunaux, de manière générale, sont peu portés à faire in-

²⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

³⁰ R.S.B.C. 1979, c. 26.

³¹ *Supra* note 29.

³² Voici le libellé de l'art. 1 de la *Charte*, *ibid.* : «[I]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

³³ *Supra* note 28 à la p. 183.

³⁴ *Ibid.* aux pp. 196-97.

tervenir la *Charte* dans la sphère économique³⁵. Troisièmement, les lois à portée économique qui limitent les droits des étrangers ou les différencient ne sont pas strictement articulées autour du critère de la citoyenneté ; plutôt, des critères plus larges, celui de la résidence ou celui du contrôle par des résidents, ont été retenus. Or de telles bases de différenciation ne semblent pas, de prime abord, incompatibles avec le paragraphe 15(1) de la *Charte*³⁶. En tout état de cause, ces bases de différenciation pourraient être, nous semble-t-il, facilement justifiées en vertu du critère de proportionnalité de l'article premier de la *Charte*. En somme, le paragraphe 15(1) tel qu'interprété par l'arrêt *Andrews* n'a ni la nature, ni la portée du principe de traitement national, avec les géométries et les ramifications qui lui sont reconnues en droit international économique.

2. Les contraintes inhérentes à l'organisation fédérale du Canada

L'organisation fédérale du Canada n'impose pas de limitations significatives aux pouvoirs du palier fédéral de réglementer l'accès des étrangers à la vie économique ou de leur imposer des règles particulières dans cette sphère d'activité. Il en est cependant autrement pour le palier provincial. En effet, les dispositions constitutionnelles qui fondent le partage des compétences ne reconnaissent pas de pouvoir provincial d'adopter des lois dont l'objet est la naturalisation, la citoyenneté ou les étrangers, ces sujets étant de compétence fédérale exclusive. C'est sur cette base que dans l'affaire *Union Colliery Co. of B.C. Ltd. c. Bryden*³⁷, le Conseil privé a invalidé une loi de la Colombie-Britannique qui interdisait l'embauche d'immigrants chinois dans les mines. De plus, le commerce interprovincial et international relève exclusivement de la compétence fédérale. Une mesure provinciale différenciatrice à l'égard des étrangers serait contestable en vertu de ce principe, pour autant qu'elle puisse être rapportée à un exercice de réglementation du commerce interprovincial ou international. C'est du moins ce que suggèrent les arrêts *Manitoba (P.G.) c. Manitoba Egg Poultry*³⁸ et *Burns Foods Ltd. c. Manitoba (P.G.)*³⁹. Ces affaires mettaient en cause le commerce interprovincial, mais les principes qui y sont posés s'appliqueraient aussi à une politique discriminatoire affectant le commerce international. Dans la première affaire, la Cour suprême du Canada invalida une politique provinciale relative au contrôle des prix et à la mise en marché des oeufs, laquelle avantageait les producteurs locaux au détriment de ceux de l'extérieur de la province. Dans la seconde affaire, le plus haut tribu-

³⁵ Par exemple, les tribunaux canadiens ont refusé d'interpréter l'article 7 de la *Charte*, *supra* note 29 de manière à conférer une protection constitutionnelle à la liberté économique, aux droits inhérents à la propriété privée ou à des intérêts purement économiques. L'article 7 pose qu'il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Voir notamment P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd., Scarborough, Carswell, 1996 aux pp. 832-33, 835-37.

³⁶ Voir *R. c. Sheldon S.*, [1990] 2 R.C.S. 254, 77 C.R. (3^e) 273 ; *Peterson c. Canada (Ministre d'État, Céréales et oléagineux)* (1995), 124 D.L.R. (4^e) 96, 180 N.R. 338 (C.F.A.) ; *contra* H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1990 aux pp. 178-79.

³⁷ [1899] A.C. 580 (C.P.).

³⁸ [1971] 1 R.C.S. 689, 19 D.L.R. (3^e) 169.

³⁹ (1974), [1975] 1 R.C.S. 494, 2 W.W.R. 537.

nal du pays était d'opinion que le Manitoba réglementait de façon inconstitutionnelle le commerce interprovincial en interdisant aux abattoirs d'acheter des porcs de l'extérieur de la province, à moins de passer par l'intermédiaire d'un organisme provincial de mise en marché.

Ces contraintes qui pèsent sur les provinces canadiennes sont cependant atténuées par le principe fermement établi qu'une loi provinciale poursuivant des objectifs du ressort des provinces peut, accessoirement, produire des effets sur des matières de compétence fédérale exclusive. Ainsi, dans l'affaire *Morgan c. Ile-du-Prince-Édouard (P.G.)*⁴⁰, la Cour suprême a soutenu la constitutionnalité d'une loi de l'Ile-du-Prince-Édouard qui restreignait sévèrement le droit des non-résidents d'acquérir des terrains dans la province. Le tribunal était d'avis que, de par son essence, la loi se rapportait à une matière de compétence provinciale exclusive, la propriété et les droits civils, plutôt qu'aux étrangers ou à la citoyenneté⁴¹. En outre, le partage des compétences opéré par les lois constitutionnelles bornerait seulement les «activités normatives de l'État»⁴². C'est dire que les tribunaux ne pourraient pas se fonder sur le partage des compétences pour atteindre la province lorsque, par exemple, elle accorde des subventions à l'entreprise, elle mène des politiques préférentielles d'achat ou encore, lorsque des monopoles d'État se livrent à des pratiques discriminatoires.

II. L'étranger et la vie économique : les principales restrictions et différenciations que l'on retrouve dans le droit en vigueur au Québec

Il est de principe que les étrangers en territoire canadien jouissent des mêmes droits que les citoyens canadiens⁴³. Dans la sphère économique, une loi d'application générale (partie A) et des réglementations visant des secteurs spécifiques (partie B) ou à portée transversale (partie C) sont cependant venues relativiser, voire neutraliser ce principe.

⁴⁰ [1976] 2 R.C.S. 349, 7 Nfld. & P.E.I.R. 537.

⁴¹ Dans la même veine, voir *Ontario (Minister of Revenue) c. Hala* (1977), 18 O.R. (2^e) 88, 81 D.L.R. (3^e) 710 (H.C.J.) : le tribunal y endosse le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Morgan c. Ile-du-Prince-Édouard*, *ibid.* et conclut à la constitutionnalité d'une loi ontarienne cherchant à dissuader l'achat de certains terrains par des non-résidents par le biais d'une taxe prohibitive de 20%.

⁴² Brun et Tremblay, *supra* note 36 à la p. 95.

⁴³ Voir *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887 à la p. 920, 4 D.L.R. 529, inf. pour d'autres motifs par [1954] A.C. 541, 4 D.L.R. 657 (C.P.) ; selon l'article 34 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, c. C-29 et ses modifications, «les étrangers peuvent acquérir des biens meubles et immeubles de toute nature, les détenir et les aliéner de la même manière que les citoyens canadiens» ; Brun et Tremblay, *ibid.* à la p. 184. Voir aussi *Re Kvasnak* (1951), 2 W.W.R. 174, 3 D.L.R. 412 (C.A. Sask.) et *Hayzel c. Alberta (Public Trustee)* (1963), 44 W.W.R. 582, 40 D.L.R. (2^e) 120 (S.C. (T.D.)). L'article 18 du *Code civil du Bas-Canada* stipule que tout être humain, citoyen ou étranger «a pleine jouissance des droits civils, sous réserve des dispositions expresses de la loi.» L'article 1 du *Code civil du Québec* a succédé à l'article 18 du *Code civil du Bas-Canada*. Il énonce que tout être humain possède la personnalité juridique et a la pleine jouissance des droits civils.

A. Un régime d'application générale : la Loi sur Investissement Canada

1. Une procédure d'examen des investissements étrangers

Les investissements étrangers effectués au Québec sont soumis à un seul régime d'application générale, celui de la *Loi sur Investissement Canada*⁴⁴. Aux termes de cette loi fédérale entrée en vigueur en 1985, un investissement réalisé par un non-Canadien dans le but de faire l'acquisition directe ou indirecte du contrôle⁴⁵ d'une entreprise canadienne d'envergure est assujettie, sauf exception, à une procédure d'examen. Une telle prise de contrôle sera autorisée par le ministre fédéral de l'industrie, chargé d'appliquer la loi, seulement s'il est démontré que l'investissement est «vraisemblablement à l'avantage net du Canada»⁴⁶. De plus, les investissements étrangers directs qui tombent dans le champ d'application de la loi sans toutefois être soumis à examen devront, en principe, être notifiés au gouvernement fédéral.

La *Loi sur Investissement Canada* succéda à une loi plus restrictive pour les capitalistes étrangers, la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*⁴⁷. Adoptée en 1974 par le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau, cette loi reflète les sensibilités d'une époque. Plus que les idéologies libre-échangistes, le nationalisme économique fait alors vibrer les élites politiques et intellectuelles. Le danger que des segments importants de l'industrie et du commerce canadiens passent sous la coupe des multinationales américaines inquiète davantage que la situation de l'emploi. La progression du chômage, son enracinement dès le début des années 1980 dans le paysage socio-économique, la profonde hostilité manifestée par les Américains tant vis-à-vis de la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* que de la philosophie qui l'inspirait, mais surtout, l'élection des conservateurs de Brian Mulroney en 1984 — partisans du continentalisme économique, voire politique — devaient conduire à l'abrogation de cette loi et à son remplacement par un régime plus ouvert à l'égard de l'investisseur étranger. Ainsi, la *Loi sur Investissement Canada* prévoit des seuils d'examen pour les acquisitions plus élevés que ceux de l'ancienne loi. Sont dispensés de la procédure d'examen les investissements qui se traduisent par la création de nouvelles entreprises. Aussi étonnant que cela puisse paraître, la promotion de l'investissement étranger

⁴⁴ *Supra* note 9.

⁴⁵ L'acquisition du contrôle est une notion qui fait l'objet d'une série de présomptions, toutes centrées sur la propriété d'intérêts avec droits de vote d'une unité (personne morale, société de personnes, fiducie ou coentreprise). Ces présomptions se trouvent énumérées à l'article 28(3) de la *Loi sur Investissement Canada*, *ibid.* En particulier, cet article prévoit que dans le cas d'une personne morale, l'acquisition de plus de 50% des intérêts avec droit de vote constitue l'acquisition du contrôle de l'unité. L'acquisition d'un tiers à la moitié des intérêts avec droit de vote donne pour sa part lieu à une présomption d'acquisition de contrôle, sauf si l'acquéreur peut faire la démonstration qu'il n'exerce pas, de fait, le contrôle de l'unité. Enfin, l'acquisition de moins d'un tiers des intérêts avec droit de vote est réputée ne pas constituer l'acquisition du contrôle de l'unité.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 21(1).

⁴⁷ *Supra* note 9.

devient un objectif du système de contrôle mis en place⁴⁸. Sous l'empire de l'ancienne loi, l'investissement étranger était autorisé s'il était susceptible d'apporter «des avantages appréciables au Canada»⁴⁹. La *Loi sur Investissement au Canada* écarte cette grille d'analyse au profit du critère de l'investissement à l'avantage net du Canada, moins sévère.

Le champ d'application de la procédure d'examen s'est vu restreint par la conclusion d'accords économiques internationaux. La signature de l'ALÉ allait permettre aux entreprises américaines de bénéficier d'un relèvement significatif des seuils d'application de l'examen et allait instaurer une situation paradoxale. À l'origine, la procédure d'examen avait été mise en place pour freiner l'expansionnisme des capitalistes américains et voilà que le voisin du sud en devenait la principale exception. Le Mexique allait se voir reconnaître les mêmes avantages que les États-Unis quelques années plus tard par la conclusion de l'ALÉNA en 1992. Dans la foulée des *Accords de l'OMC*, le Canada étendait en 1994 le traitement dont bénéficiaient les pays de l'ALÉNA à tous les investisseurs des pays membres de l'OMC.

On se retrouve ainsi avec une procédure d'examen dont les seuils d'application obéissent à deux logiques : celle du schéma général et celle du régime propre aux pays membres de l'OMC.

Parce que la plupart des investissements étrangers au Canada proviennent de pays membres de l'OMC, le schéma général reçoit une application restreinte. Selon ce schéma, l'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne est soumise à examen si les actifs de cette dernière sont évalués à cinq millions de dollars ou plus. Ce seuil, peu élevé, passe à cinquante millions de dollars dans le cas de l'acquisition indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne⁵⁰ pour autant que cette dernière ne soit pas le principal objet de l'opération.

La *Loi sur Investissement Canada* aménage une zone d'immunité considérable pour l'investisseur d'un pays membre de l'OMC⁵¹ ainsi que pour tout investisseur étranger à qui un investisseur d'un autre pays membre de l'OMC cède le contrôle d'une entreprise canadienne. Pour ce qui est de l'acquisition indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne, elle n'est pas, en principe, sujette à examen. Pour les autres types d'acquisition de contrôle, le seuil d'examen est fixé à cent cinquante mil-

⁴⁸ Voir *Loi sur Investissement Canada*, *supra* note 9, art. 2 :

[r]econnaissant qu'une augmentation du capital et que le développement de la technologie apporteraient des avantages au Canada, la présente loi vise 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 ainsi qu'à instaurer l'examen des investissements importants effectués au Canada par des non-Canadiens afin de garantir ces avantages.

⁴⁹ *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, *supra* note 9, art. 9.

⁵⁰ Est ici visée l'acquisition par un non-Canadien du contrôle d'une personne morale constituée ailleurs qu'au Canada qui contrôle, directement ou indirectement, une unité au Canada exploitant une entreprise canadienne. Voir *Loi sur Investissement Canada*, *supra* note 9, art. 14(4).

⁵¹ Voir *ibid.*, art. 14.1.

lions de dollars⁵², ce montant étant, après 1995, annuellement ajusté pour tenir compte de l'inflation. Ces seuils particuliers ne jouent cependant pas pour l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne exerçant des activités dans les secteurs de l'uranium, des services financiers, du transport et de la culture⁵³ ; il faut dans ces cas précis se replier sur les seuils du schéma général.

Par ailleurs, nonobstant les seuils autrement applicables, la loi donne au gouvernement le pouvoir d'examiner tout investissement étranger «lié au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale»⁵⁴, s'il juge qu'il y va de l'intérêt public.

2. L'unité «non canadienne»

Dans le système de la *Loi sur Investissement Canada*, «non-Canadien» fait notamment référence à une unité (personne morale, société de personnes, fiducie ou coentreprise) qui n'est pas sous contrôle canadien. Afin de déterminer si une unité est sous contrôle canadien ou non, la loi établit une séquence d'analyse complexe qui s'attache à l'identité des propriétaires des intérêts avec droit de vote. Les principales règles qui s'en dégagent se résument ainsi :

- a) une unité est sous contrôle canadien si un Canadien ou plusieurs membres d'un groupement de votants qui sont canadiens sont propriétaires de la majorité de ses intérêts avec droit de vote ;
- b) une unité n'est pas sous contrôle canadien si un non-Canadien ou plusieurs membres d'un groupement de votants qui sont non canadiens sont propriétaires de la majorité de ses intérêts avec droit de vote ;
- c) si les règles précédentes ne reçoivent pas application et si la majorité des intérêts avec droit de vote de l'unité appartient à des Canadiens, celle-ci est sous contrôle canadien s'il peut être démontré qu'elle n'est pas contrôlée en fait par un non-Canadien par la propriété de ses intérêts avec droit de vote ou par un groupement de votants dont les membres non canadiens possèdent la moitié ou plus de ses intérêts avec droit de vote possédés par le groupement ;
- d) si les règles précédentes ne s'appliquent pas et que des Canadiens détiennent moins que la majorité des intérêts avec droit de vote de l'unité, elle est réputée ne pas être sous contrôle canadien sauf s'il peut être démontré que, selon le cas :
 - (i) elle est contrôlée en fait par un Canadien propriétaire de ses intérêts avec droit de vote ou par un groupement de votants dont les membres canadiens sont propriétaires de la majorité de ses intérêts avec droit de vote possédés par le groupement,
 - (ii) s'agissant d'une personne morale ou d'une société en commandite, elle n'est pas contrôlée en fait par la propriété de ses intérêts avec

⁵² Voir *ibid.*, art. 14(4).

⁵³ Voir *ibid.*, art. 14.1(5).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 15.

droit de vote et que deux tiers de ses administrateurs ou, dans le cas d'une société en commandite, de ses associés gérants sont canadiens.

- e) en principe, les règles précédentes ne s'appliquent pas à une fiducie s'il peut être démontré qu'elle n'est pas contrôlée en fait par la propriété de ses intérêts avec droit de vote et elle est sous contrôle canadien si deux tiers de ses fiduciaires sont des Canadiens⁵⁵.

La loi définit «groupement de votants» comme des «[p]ersonnes qui, notamment par contrat, entente commerciale, rapports personnels ou contrôle commun en fait par la propriété d'intérêts avec droit de vote ou autrement, se sont associées de façon telle que l'on peut prévoir qu'elles exerceront ensemble de façon continue les droits attachés aux intérêts avec droit de vote qu'elles détiennent»⁵⁶.

Dans le cas particulier des entreprises liées au patrimoine culturel du Canada et à l'identité nationale, les autorités gouvernementales ont le pouvoir de décider que l'unité en cause n'est pas sous contrôle canadien même si elle remplit les conditions découlant de la séquence d'analyse, et cela dans la mesure où elles estiment que cette unité est contrôlée en fait par un ou plusieurs non-Canadiens.

Enfin, il faut souligner la présomption du paragraphe 26(3) de la loi qui vise tout spécialement la société ouverte dont la propriété du capital est relativement dispersée :

26(3) Aux fins des investissements visés au paragraphe 14(1), sauf s'il s'agit d'un investissement qui vise 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, une personne morale constituée au Canada, dont les actions avec droit de vote sont librement négociables, est réputée canadienne et en est avisée par le ministre si, après avoir examiné les renseignements et les éléments de preuve présentés par la personne morale ou en son nom, il est d'avis que :

- a) la majorité de ses actions avec droit de vote sont la propriété de Canadiens ;
- b) les quatre cinquièmes des membres de son conseil d'administration sont des citoyens canadiens qui résident normalement au Canada ;
- c) le premier dirigeant et trois des quatre autres dirigeants les mieux rémunérés sont des citoyens canadiens qui résident normalement au Canada ;
- d) le lieu de ses activités principales est situé au Canada ;
- e) le conseil d'administration gère les activités de la personne morale d'une façon autonome sans recevoir d'instructions d'un actionnaire sauf par l'intermédiaire de l'exercice normal du droit de vote lors des assemblées des actionnaires ;

⁵⁵ *Ibid.*, art. 26.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 3.

- f) les circonstances mentionnées aux alinéas a) à e) s'appliquent depuis au moins les douze mois qui précèdent la soumission des renseignements et éléments de preuve⁵⁷.

B. Des restrictions et des différenciations qui portent sur des activités économiques spécifiques

Au système de la *Loi sur Investissement Canada*, d'application générale, s'ajoutent des restrictions qui visent des activités économiques spécifiques. Nous survolons les plus importantes de ces restrictions, soit celles relatives aux services financiers, à la radiodiffusion, aux télécommunications, aux transports, à la pêche et à l'agriculture.

1. Les services financiers

Jusqu'à tout récemment, les non-résidents ne pouvaient détenir cumulativement des actions représentant plus de 25% des droits de vote d'une institution financière de régime fédéral, tandis que la limite individuelle s'appliquant aux non-résidents était fixée à 10% des actions d'une catégorie donnée⁵⁸. Les *Accords de l'OMC* ont conduit le Parlement fédéral à abolir ces restrictions à la propriété étrangère des institutions financières de régime fédéral. Toujours dans la veine des *Accords de l'OMC*, le Canada supprimait la limite de 12% du marché national imposée à l'ensemble des banques étrangères. En agissant de la sorte, le Canada étendait aux membres de l'OMC le traitement accordé aux États-Unis et au Mexique dans le cadre de l'ALÉNA.

Les *Accords de l'OMC* et l'ALÉNA n'ont cependant pas affecté les règles sur la propriété des institutions financières de régime provincial. Selon la *Loi sur les assurances*⁵⁹, les non-résidents ne peuvent pas, en principe, détenir un pourcentage de droits de vote supérieur à 30% dans une compagnie d'assurance constituée en vertu des lois du Québec. Dans le cas des sociétés de fiducie et d'épargne constituées sous l'empire d'une loi du Québec, il est de principe que les non-résidents sont soumis à une limite cumulative de 25% et à une limite individuelle de 10%, lesquelles sont calculées en fonction des droits de vote⁶⁰.

Dans les environnements OMC et ALÉNA, les conditions d'accès au marché canadien pour les banques étrangères reposent principalement sur deux exigences. Premièrement, une banque étrangère⁶¹ peut seulement exercer son activité au Canada par l'intermédiaire d'une filiale constituée en vertu de l'annexe 2 de la *Loi sur les*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Cette interdiction ne joue cependant pas pour la banque étrangère qui exerce son activité au Canada par l'entremise d'une filiale constituée en vertu de l'annexe II de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

⁵⁹ L.R.Q. c. A-32, art. 34.

⁶⁰ Voir *Loi sur les sociétés et fiducies du Québec*, L.R.Q. c. S-29.0, art. 72.

⁶¹ La définition de «banque étrangère» que l'on retrouve dans la *Loi sur les banques*, *supra* note 58, art. 2, couvre un domaine très vaste, soit toute entité qui fournit, directement ou indirectement, des services financiers.

*banques*⁶². Une banque étrangère n'est donc pas autorisée à s'implanter au Canada par le truchement de succursales. Le ministre des finances ne constituera pas une filiale de banque étrangère à moins d'être convaincu, d'une part, que cette institution financière «sera bénéfique pour le système financier canadien»⁶³ et, d'autre part, que le pays où la banque étrangère exerce principalement son activité accorde ou accordera aux banques canadiennes «un traitement aussi favorable»⁶⁴ que celui offert aux banques étrangères par le Canada. À ce chapitre il se dessine donc une exigence de réciprocité.

Deuxièmement, la filiale d'une banque étrangère est considérablement limitée dans ses opérations. En effet, elle ne peut ouvrir plus d'une succursale au Canada, outre son siège social, à moins d'obtenir une autorisation ministérielle. Cette restriction ne s'applique cependant pas à la filiale de banque étrangère contrôlée par un résident d'un pays membre de l'ALÉNA.

En principe, une banque étrangère ou la filiale d'une banque étrangère ne peut pas, à moins d'obtenir le consentement du gouvernement fédéral, acquérir le contrôle d'une institution financière canadienne (de régime fédéral ou provincial) ou créer une nouvelle entreprise canadienne dont l'activité principale consisterait à fournir des services financiers. Pour l'essentiel, l'acquisition du contrôle d'une institution financière par des intérêts étrangers est régie par la *Loi sur les banques* qui se substitue ainsi aux dispositions de la *Loi sur Investissement Canada*⁶⁵. Au chapitre du contrôle de l'investissement étranger, la *Loi sur les banques* est, dans l'ensemble, plus sévère que la *Loi sur Investissement Canada*.

2. La radiodiffusion

La propriété et le contrôle canadiens s'imposent comme une des valeurs cardinales sous-jacentes à la réglementation fédérale de la radiodiffusion⁶⁶. La *Loi sur la radiodiffusion*⁶⁷ reconnaît au gouvernement le pouvoir de donner des instructions au *Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (CRTC) en ce qui a trait aux exigences à remplir pour pouvoir être titulaire d'une licence de radiodiffusion. Le 11 avril 1996, de nouvelles instructions concernant l'admissibilité des non-Canadiens dans ce secteur entraient en vigueur⁶⁸. Elles succédaient aux *Instructions au CRTC (Sociétés canadiennes habiles)*⁶⁹, en vigueur depuis 1968.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, art. 24.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ À toutes fins utiles, le seul cas régi par la *Loi sur Investissement Canada*, *supra* note 9, est celui de l'acquisition par un non-Canadien qui n'est pas une banque étrangère du contrôle d'une institution financière canadienne qui n'est pas une banque.

⁶⁶ Voir *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, c. 11, art. 3(1).

⁶⁷ *Ibid.*, art. 26.

⁶⁸ Voir *Instructions au CRTC (inadmissibilité de non-Canadiens)*, DORS/96-192.

⁶⁹ C.R.C., c. 376.

Selon ces instructions, le CRTC ne peut pas délivrer de licences de radiodiffusion, ni accorder de modification ou de renouvellement de telles licences à des non-Canadiens. Sera considérée comme canadienne une personne morale constituée sous le régime des lois fédérales ou provinciales qui remplit les conditions suivantes : (i) le premier dirigeant et au moins 80% des membres du conseil d'administration sont des Canadiens ; (ii) des Canadiens détiennent au moins 80% des actions avec droit de vote émises par la personne morale. Des exigences moins sévères s'appliquent cependant au cas du *holding*. Sera considérée canadienne une personne morale qui est la filiale d'une société-mère constituée ou prorogée sous le régime des lois fédérales ou provinciales pour autant que : (i) des Canadiens détiennent au moins deux tiers des actions avec droit de vote émises par la société-mère ; (ii) la société-mère et ses dirigeants ne contrôlent ni n'influencent les décisions du détenteur de la licence en matière de programmation. Ces normes particulières qui régissent le *holding* ont été introduites en 1996 et découlent de la volonté du gouvernement de favoriser «l'accès de l'industrie canadienne de la radiodiffusion à des capitaux d'investissement à travers le monde»⁷⁰. Nonobstant le respect de ces diverses conditions, le CRTC possède le pouvoir résiduel de refuser l'octroi d'une licence de radiodiffusion s'il évalue que le contrôle n'est pas réellement exercé par des Canadiens.

3. Les télécommunications

La *Loi sur les télécommunications*, un instrument fédéral, établit le principe que des Canadiens doivent être propriétaires et contrôler les entreprises de télécommunications oeuvrant au pays. Il y a propriété et contrôle canadiens si : (i) au moins 80% des membres du conseil d'administration de l'entreprise de télécommunications sont des Canadiens; (ii) des Canadiens détiennent pas moins de 80% des actions avec droit de vote de l'entreprise; et que (iii) le contrôle de l'entreprise n'est pas réellement exercé par des non-Canadiens⁷¹. Le *Règlement sur la propriété et le contrôle des entreprises de télécommunication canadiennes*⁷² introduit cependant des assouplissements au chapitre des pourcentages de propriété canadienne. Cela, en considérant comme canadienne une personne morale dont deux tiers ou plus des actions avec droit de vote sont détenues par des Canadiens. Il devient donc possible, par l'établissement d'un *holding*, de dépasser le plafond de 20% prévu dans la loi en ce qui a trait à la propriété étrangère. Cette ouverture face au capital étranger procède du constat que «les entreprises de télécommunication canadiennes, constituant une industrie de capital, doivent avoir accès aux capitaux et à la technologie tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale»⁷³.

⁷⁰ Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, Gaz. C. 1996.II.1299.

⁷¹ L.C. 1993, c. 38, art. 16(3).

⁷² DORS/94-667.

⁷³ Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, Gaz. C. 1994.II.3566.

4. Autres secteurs

Les non-Canadiens ne peuvent, en principe, détenir une participation supérieure à 49% dans une entreprise exploitant un gîte d'uranium⁷⁴. Des restrictions sévères à la propriété étrangère et des exigences de résidence existent aussi dans les secteurs des transports aérien, terrestre et par eau⁷⁵.

Dans le secteur de la pêche commerciale, le gouvernement fédéral jouit d'une discrétion étendue dans l'octroi des permis de pêche. Sa politique consiste à ne pas accorder à des non-résidents de tels permis. En outre, la *Loi sur la protection des pêches côtières*⁷⁶ pose que les bateaux étrangers ne peuvent pas pêcher dans les eaux canadiennes à moins d'avoir préalablement obtenu une autorisation spécifique.

Lorsqu'il s'agit des terres agricoles, l'Assemblée nationale du Québec a posé une interdiction de principe quant à l'acquisition des terres agricoles par des personnes physiques ou morales qui ne sont pas résidentes du Québec. Le non-résident ne peut contourner cette interdiction de principe qu'en obtenant une autorisation de la *Commission de protection des terres agricoles*⁷⁷.

C. Des restrictions et des différenciations transversales

Entre le régime d'application générale centré sur la finalité de réglementer l'investissement étranger au Canada et ces règles qui limitent l'accès des étrangers à des activités économiques spécifiques, apparaît un salmigondis de règles dites transversales. L'hétérogénéité de cet ensemble intermédiaire s'explique, en grande partie, par le fait que les règles y appartenant répondent à diverses préoccupations nationalistes distinctes et autonomes et que dans la plupart des cas, ces règles remplissent des fonctions accessoires à un dessein, une politique, un cadre juridique dont l'essence déborde amplement la problématique de l'étranger. Néanmoins, les restrictions et différenciations transversales présentent une caractéristique commune, celle d'affecter les étrangers dans plus d'un type d'activité économique ; ces mesures traversent, pour ainsi dire, une pluralité d'activités économiques. Dans l'ensemble des restrictions et différenciations transversales, on retrouve notamment des mesures relatives aux transferts de terrain, à la privatisation, à la résidence des administrateurs d'une société par actions, à l'accès au processus judiciaire et à la participation aux marchés publics.

⁷⁴ Voir Politique de 1987 sur la participation des non-résidents au capital d'entreprises exploitant des gîtes d'uranium adoptée en vertu de la *Loi sur l'investissement au Canada* et du *Règlement sur l'investissement au Canada*, DORS/85-611. La substance de cette politique est présentée dans l'annexe I de l'ALÉNA, *supra* note 3.

⁷⁵ Voir notamment la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10.

⁷⁶ L.R.C. 1985, c. C-33.

⁷⁷ Voir *Loi sur l'acquisition de terres agricoles par des non-résidents*, L.R.Q. c. A-4.1, art. 8.

1. La Loi concernant les droits sur les transferts de terrain

En vertu de la *Loi concernant les droits sur les transferts de terrains*, le transfert d'un terrain situé au Québec à une personne qui ne réside pas au Canada oblige le cessionnaire au paiement d'une taxe de 33% de la valeur de la contrepartie⁷⁸.

2. Les privatisations

Des restrictions à la propriété étrangère ont aussi été posées dans le cadre des privatisations de certaines sociétés d'État fédérales. Ainsi la *Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada*⁷⁹ de même que la *Loi sur la participation publique au capital de Péro-Canada*⁸⁰ empêchent les non-résidents de détenir cumulativement plus de 25% des actions avec droit de vote, alors que la limite individuelle est fixée à 10%. Par contre, la loi qui a entraîné la privatisation récente de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada⁸¹ ne contient pas de telles restrictions à l'égard des étrangers. Rappelons que, dans le contexte d'une opération de privatisation, un traitement différencié à l'égard des résidents américains ou mexicains ne seraient pas incompatible avec l'ALÉNA. En effet, les opérations de privatisation — fédérales ou provinciales — sont soustraites du champ d'application de l'article 1102 de l'ALÉNA, lequel impose au Canada une obligation de non-discrimination à l'égard des investisseurs des États-Unis et du Mexique⁸².

3. Les sociétés par actions

Le lieu de résidence des administrateurs de sociétés par actions est aussi source de restrictions face à l'étranger. Ainsi, le paragraphe 105(3) de la *Loi sur les sociétés par actions*⁸³ stipule que la majorité des administrateurs d'une société par actions constituée en vertu de cette loi doivent être des résidents canadiens. De plus, une réunion du conseil d'administration ne peut se tenir à moins que la majorité des administrateurs présents ne soient des résidents canadiens⁸⁴. On ne retrouve toutefois pas d'exigences similaires pour les compagnies constituées sous l'empire de la *Loi sur les compagnies du Québec*⁸⁵.

⁷⁸ L.R.Q. c. D-17, art. 4.

⁷⁹ L.R.C. 1985, c. 35 (4^e supp.), art. 6.

⁸⁰ L.C. 1991, c. 10, art. 9.

⁸¹ Voir *Loi sur la commercialisation du CN*, L.C. 1995, c. 24.

⁸² Voir ALÉNA, *supra* note 3.

⁸³ L.R.C. 1985, c. C-44.

⁸⁴ Voir *ibid.*, art. 114(3).

⁸⁵ L.R.Q. c. C-38.

4. Les étrangers et l'accès à la justice

De manière générale, les étrangers ne font pas l'objet d'un traitement distinct en ce qui concerne la procédure civile et l'accès au système judiciaire⁸⁶. La personne morale étrangère à qui le pays d'origine reconnaît la capacité d'ester en justice peut aussi exercer cette faculté au Québec⁸⁷. Toutefois, le *Code de procédure civile du Québec* impose au demandeur qui ne réside pas au Québec l'obligation de fournir un cautionnement, lequel devra couvrir les frais qu'entraînerait le rejet de la demande en justice⁸⁸. La personne morale dont le siège social est situé à l'extérieur du Québec sera tenue de fournir caution.

5. La participation des étrangers aux marchés publics

Au chapitre des marchés publics, le Canada est lié par le chapitre 10 de l'ALÉNA et par l'*Accord commercial plurilatéral sur les marchés publics* conclu sous l'égide de l'OMC⁸⁹. Outre les achats de biens, les deux accords couvrent les marchés publics de services et de services de construction. De manière générale, l'ALÉNA fixe des seuils d'application plus bas que ceux de l'OMC.

En vertu de ces deux accords, les ministères et organismes fédéraux doivent, dans le cadre des marchés publics visés par lesdits accords, traiter les fournisseurs étrangers sans discrimination, conformément au principe du traitement national et selon des processus transparents, accessibles et équitables. En ce qui concerne la sphère fédérale, un non-résident qui bénéficie de la couverture d'un de ces deux accords peut contester le processus d'adjudication des marchés ou le résultat qui en découle au moyen d'une procédure administrative gérée par le *Tribunal canadien du commerce extérieur*⁹⁰.

Les provinces canadiennes, et le Québec en particulier, ne sont pas soumises aux exigences sur les marchés publics découlant tant de l'ALÉNA que des *Accords de l'OMC*. Dans l'ensemble, le gouvernement du Québec, de même que les organismes et sociétés d'État qui relèvent de celui-ci, pratiquent des politiques d'achat préférentielles tant pour les biens que pour les services et les contrats de construction⁹¹. Selon le schéma général, pour être admissible à un marché public provincial, un fournisseur doit avoir son principal établissement au Québec. Dans les cas, toutefois, où aucune entreprise québécoise n'est en mesure de fournir les biens ou le service requis, il sera

⁸⁶ Voir l'article 39 de la *Loi sur la citoyenneté*, *supra* note 43, qui pose que le «non-citoyen est justiciable des tribunaux au même titre que le citoyen.»

⁸⁷ Voir l'art. 57 C.p.c.

⁸⁸ Voir l'art. 65 C.p.c.

⁸⁹ Annexe 4 du GATT 1994, *supra* note 4.

⁹⁰ Voir *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. 1985, c. 47 (4^e supp.).

⁹¹ Voir notamment : *Règlement sur les contrats de construction des ministères et organismes publics*, 1^{er} septembre 1993, G.O.Q. 1993.II.6208, art. 10, 86 ; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des ministères et organismes publics*, 1^{er} septembre 1993, G.O.Q. 1993.II.6198, art. 12, 22, 50 ; *Règlement sur les contrats de services des ministères et organismes publics*, 1^{er} septembre 1993, G.O.Q. 1993.II.6222, art. 10.

possible de faire appel à un fournisseur dont le principal établissement est situé à l'extérieur de la province. Signalons aussi que suite à la conclusion d'accords intergouvernementaux⁹², des exceptions à ce schéma général ont été aménagées de manière à ce que des entreprises des autres provinces canadiennes aient accès aux marchés publics québécois et vice versa.

Conclusion

Somme toute, le droit en vigueur au Québec est plutôt convivial à l'égard de l'étranger qui cherche à s'intégrer à la vie économique. On peut voir là une manifestation spécifique de l'adhésion des pouvoirs politiques à la dynamique de la mondialisation de l'économie, dynamique à laquelle peut difficilement échapper une société comme le Québec, tributaire comme elle l'est du commerce extérieur et du capital étranger. Le régime d'application générale, centré sur la *Loi sur Investissement Canada*, se présente rarement comme un obstacle à une opération mettant en cause le capital étranger : cela tient, d'abord, au relèvement des seuils quantitatifs d'application de cette loi, imputable à l'ALÉNA et aux *Accords de l'OMC* ; ensuite, au fait que l'administration de la loi est marquée par le pragmatisme, pour le moins qu'on puisse dire⁹³. En définitive, les principales restrictions à l'égard de l'étranger dans la vie économique gravitent autour de deux pôles : (i) une série de lois fédérales visant à empêcher des personnes qui ne résident pas au Canada de prendre le contrôle d'entreprises considérées névralgiques ; (ii) les politiques d'achat local de l'État québécois, dont les activités représentent tout de même près du quart du produit intérieur brut de la province. Reste à voir si ces restrictions, et les quelques autres examinées dans ce rapport, résisteront longtemps aux rhétoriques du libéralisme et de la mondialisation, dont la toute-puissance en cette fin de siècle fait parfois craindre le régime de la pensée unique.

⁹² Voir *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et du Nouveau-Brunswick* ; *Accord de libéralisation des marchés publics du Québec et de l'Ontario* ; *Accord sur le commerce intérieur*, publiés dans *Accords de libéralisation des marchés publics conclus par le Québec*, *supra* note 13 au c. 5.

⁹³ Ainsi, si sept cent dix examens d'investissements américains d'envergure ont été effectués en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* en 1995, aucun d'entre eux n'a conduit à un refus. Voir M. Campbell, «Nationalism Dips at Dawn of Global Era» *The [Toronto] Globe and Mail* (1^{er} juillet 1997) A1, 5.