La mobilité économique au Canada

une étude comparative

John A. Hayes

Canada

LA MOBILITÉ ÉCONOMIQUE AU CANADA

UNE ÉTUDE COMPARATIVE

John A. Hayes

Industry, Trade and Commerce
Industrie et Commerce
JAN 18 1983
Library
Bibliothèque

La présente étude a été rédigée par l'auteur pour le compte du ministère de l'Industrie et du Commerce, du ministère de la Justice et du Bureau des relations fédérales-provinciales du gouvernement du Canada. Les opinions exprimées sont toutefois celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du gouvernement.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1982

En vente au Canada par l'entremise de nos

agents libraires agréés
et autres librairies

ou par la poste au:

Centre d'édition du gouvernement du Canada
Approvisionnements et Services Canada
Ottawa, Canada, K1A 0S9

N° de catalogue CP 45-27/1982F
ISBN 0-660-90923-5

Canada: $14.50
à l'étranger: $17.40

Prix sujet à changement sans avis préalable

TABLE DES MATIÈRES

Page

Notes sur l'auteur v

Avant-propos vii

Remerciements ix

Première partie **La libre circulation: l'expérience d'autres pays et son intérêt pour le Canada** 1

Deuxième partie **Description détaillée des dispositions relatives à la libre circulation adoptées par d'autres fédérations et par la C.E.E.** 73

Introduction 75

Les États-Unis d'Amérique 77

La Suisse 135

L'Australie 173

La République fédérale d'Allemagne 235

La Communauté économique européenne 291

NOTES SUR L'AUTEUR

En abordant une telle étude sur la liberté de circulation au sein des fédérations, l'auteur profite d'une triple expérience: celle du commerce international; celle des relations fédérales-provinciales eu égard à la constitution et celle enfin du fédéralisme comparatif. Avant d'entrer au ministère fédéral des Finances, en 1958, monsieur Hayes avait travaillé dans le secteur privé, et il avait obtenu un baccalauréat avec spécialisation en économie et en politique de l'Université McGill. En 1964, il était secrétaire du Comité canadien sur le commerce et les tarifs douaniers dont le rôle était de recevoir les mémoires du public sur la position que devait prendre le gouvernement fédéral dans le «Kennedy Round» des négociations commerciales du GATT. Ensuite, il a été membre de l'équipe canadienne durant les négociations qui ont pris fin en 1967. Depuis 1968, il œuvre dans le secteur des relations fédérales-provinciales, surtout au Bureau des relations fédérales-provinciales du gouvernement fédéral.

Monsieur Hayes a collaboré de façon étroite à l'élaboration des ententes sur le Financement des programmes établis. Ces ententes ont entraîné des changements majeurs dans les paiements de transfert que le gouvernement fédéral fait aux provinces, et ce, dès avril 1977. Il a ensuite fait partie de l'équipe de hauts fonctionnaires fédéraux qui a préparé les propositions constitutionnelles de juin 1978, comprises dans le projet de loi C-60; dans le cadre de ses fonctions, monsieur Hayes devait agir à titre de secrétaire d'un comité du Cabinet chargé de revoir les propositions avant qu'elles ne soient rendues publiques. Depuis quelques années, il se spécialise dans l'étude des systèmes fédéraux des autres pays.

AVANT-PROPOS

Le présent rapport tente d'établir un parallèle entre l'expérience qu'ont connue les États-Unis, la Suisse, l'Australie, la République fédérale d'Allemagne et la Communauté économique européenne (C.E.E.) et la situation actuelle au Canada en ce qui concerne la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux.

En politique, l'expérience des autres pays ne revêt souvent qu'un intérêt limité. Dans le domaine de la libre circulation commerciale cependant, les problèmes se ressemblent. Les pays de la C.E.E., et diverses fédérations ont tous dû tenter de parvenir à un juste équilibre entre le maintien de la liberté de circulation et la préservation de l'autonomie provinciale, ou nationale, dans le cas de la C.E.E. Les dossiers sont remplis d'exemples définissant les frontières tarifaires qui sont acceptables et celles qui ne le sont pas. Il est vrai que les situations sont différentes: la Suisse, par exemple, est de taille relativement restreinte, ce qui détermine dans une certaine mesure où se situe le point d'équilibre entre l'autonomie et l'unité. Par ailleurs, il est, d'une certaine façon, plus important pour la Suisse d'être une fédération où les provinces bénéficient d'une grande autonomie que pour d'autres fédérations plus étendues comme l'Australie et les États-Unis.

Nous avions l'intention de consacrer relativement plus de temps et d'espace à l'Australie, à l'Allemagne et à la C.E.E., qui ont chacun un assez petit nombre d'États ou de provinces, comme le Canada, et moins aux États-Unis et à la Suisse, qui ont un plus grand nombre d'États, ainsi qu'un régime politique fondé sur la séparation des pouvoirs. La seule différence importante toutefois est que le chapitre consacré aux États-Unis ne tient pas compte des dispositions administratives.

Le corps du rapport, c'est-à-dire la deuxième partie, est consacré à une description des dispositions constitutionnelles de ces autres pays, à une analyse de la façon dont celles-ci ont été interprétées par les tribunaux, et à un examen des mécanismes administratifs mis en place par les gouvernements. Cette deuxième partie comprend également un aperçu des régimes fédéraux eux-mêmes et de la C.E.E.

La première partie tente de définir les divers problèmes que pose la libre circulation au Canada, et notamment ceux que les discussions intergouvernementales de 1980 ont mis en lumière, et d'en faire une analyse en s'inspirant de l'expérience des autres fédérations et de la C.E.E.

L'une des conclusions du présent rapport est que l'adoption par le Canada de nouvelles dispositions constitutionnelles concernant la liberté de circulation peut facilement se justifier. Étant donné la nouvelle formule de modification de la Constitution, en vertu de laquelle les provinces peuvent refuser d'appliquer les modifications qui affectent leurs pouvoirs, les visées séparatistes de l'actuel gouvernement québécois et le peu d'empressement que montrent la plupart des provinces à éliminer les obstacles à la libre circulation, les chances d'un changement constitutionnel dans ce domaine sont assez maigres. Toutefois, les gouvernements et les circonstances peuvent changer, et les renseignements contenus dans le présent rapport pourront contribuer à mettre en lumière les problèmes causés par les obstacles à la libre circulation et laisser entrevoir divers moyens de les minimiser, par la voie de dispositions constitutionnelles ou autrement.

John A. Hayes

REMERCIEMENTS

J'aimerais ici remercier tous les fonctionnaires, professeurs, hommes politiques et journalistes que j'ai interviewés ainsi que les auteurs des excellents documents que j'ai consultés. J'ai une dette de reconnaissance toute spéciale envers ceux et celles qui ont bien voulu lire l'ébauche du présent rapport et me communiquer leurs observations, tout spécialement Barbara Reed, du Bureau des relations fédérales-provinciales du gouvernement canadien, le professeur Alan Cairns, de l'Université de la Colombie-Britannique, le professeur Ken Lysyk, doyen de la faculté de droit de la même université, et enfin le professeur Russell Mathews de l'Université nationale d'Australie, à Canberra. Je remercie plus loin, dans la deuxième partie, tous ceux qui m'ont aidé pour les études des divers pays.

Le présent rapport a été commandé et financé par le Bureau des relations fédérales-provinciales, le ministère de la Justice et le ministère de l'Industrie et du Commerce. L'aide financière du *Centre for Research on Federal Financial Relations,* de l'Université nationale d'Australie à Canberra m'a permis de faire des entrevues dans ce pays. Le personnel du bureau de Vancouver du ministère de la Justice m'a fourni un appui logistique indispensable et chaleureux; je remercie particulièrement Alice Thompson, Margaret Taylor, Teresa Henderson, Mary Stevens et Elenore Walker. À Ottawa, je suis redevable à Margaret Lisinski et Bernadette Emond du B.R.F.P. pour leur aide matérielle, à Pauline Benoit pour la traduction et enfin à Ken Mason, qui a mené à bien et avec célérité la préparation du texte en vue de sa publication. John McLean s'est chargé de la révision.

La rédaction du rapport a été terminée au début de 1981. Certaines modifications lui ont été apportées pendant l'été et l'automne afin de tenir compte des plus récentes décisions des tribunaux et de divers autres facteurs, notamment des événements qui ont entouré le rapatriement de la constitution.

Les opinions exprimées ici sont les miennes propres.

John A. Hayes
Vancouver (Colombie-Britannique)
novembre 1981

PREMIÈRE PARTIE

LA LIBRE CIRCULATION: L'EXPÉRIENCE D'AUTRES PAYS ET SON INTÉRÊT POUR LE CANADA

LA LIBRE CIRCULATION: L'EXPÉRIENCE D'AUTRES PAYS ET SON INTÉRÊT POUR LE CANADA

Page

Résumé 5

Obstacles à la libre circulation au Canada 10

Positions adoptées par les gouvernements fédéral et provinciaux .. 13
Pouvoirs en matière économique 13
Propriété des ressources et commerce interprovincial 19

La libre circulation dans d'autres fédérations et au sein de la C.E.E. 21
Les États-Unis d'Amérique 21
La Suisse 21
L'Australie 22
La République fédérale d'Allemagne 22
La Communauté économique européenne 23
Comparaison avec le Canada 24

La libre circulation au Canada: principales interrogations 26

L'expérience d'autres pays et son intérêt pour le Canada 27

Conclusions 56

Annexe 1 Dispositions actuelles de l'A.A.N.B. 60

Annexe 2 Propositions déposées à la conférence fédérale-provinciale des premiers ministres de septembre 1980 61

Annexe 3 Extraits de la résolution concernant la Constitution du Canada adoptée par la Chambre des communes le 2 décembre 1981 65

Annexe 4 Liste de quelques ouvrages traitant de la question de la libre circulation au Canada 69

Notes de référence 71

RÉSUMÉ

La formule de modification de sa constitution qu'adopte une fédération est fonction du degré d'intégration politique de ses composantes et de la confiance qui règne entre elles. En novembre 1981, le gouvernement fédéral et les provinces convenaient d'une formule qui serait extraordinaire dans toute autre fédération, car elle permet à une province de ne pas être liée par la double majorité du nombre des provinces et de la population. On peut se demander si les citoyens des diverses provinces ne se feraient pas plus confiance que leurs gouvernements, mais l'accord intervenu ne leur a pas donné l'occasion de se faire entendre par la voie du vote populaire.

Au même titre que la formule de modification, la liberté avec laquelle les personnes, les biens, les services et les capitaux peuvent circuler au sein d'une fédération réflète son degré d'intégration politique. Ce n'est pas un hasard si, depuis quinze ans, alors que l'unité politique du Canada connaît des soubresauts, on assiste à une multiplication des obstacles à la libre circulation. Ce phénomène, qui risque de se poursuivre, en a amené certains à se demander s'il n'y aurait pas lieu de protéger la libre circulation au moyen d'ententes constitutionnelles et autres. La cible principale de ces initiatives serait les barrières intérieures érigées par les gouvernements provinciaux.

Les quatre autres fédérations dont traite la présente étude, soit les États-Unis, la Suisse, l'Australie et l'Allemagne, jouissent toutes d'une meilleure protection que le Canada contre les barrières intérieures. Les provinces canadiennes, pour des raisons constitutionnelles et pour d'autres motifs, sont plus à même que les États des autres fédérations de prendre des initiatives économiques et sociales indépendantes, et par conséquent, de susciter des obstacles directs ou indirects à la libre circulation.

On constate également que les gouvernements fédéral et provinciaux ont plus tendance, comparativement à au moins deux autres fédérations, à intervenir dans des domaines qui sont habituellement laissés au secteur privé, ou à vouloir les contrôler.

Pour toutes ces raisons, et aussi à cause d'un taux de chômage généralement plus élevé, on constate au Canada l'existence d'un plus large éventail de mesures gouvernementales qui ont pour effet de réduire la libre circulation ou de la compliquer. La législation terre-neuvienne qui oblige certaines sociétés pétrolières à accorder la préférence aux résidents de longue date de la province, lorsqu'elles embauchent du personnel, ne serait pas possible aux États-Unis, ni même au sein de

la C.E.E. La décision prise par l'Alberta en 1981, qui a pour effet de réduire les expéditions de pétrole aux autres provinces n'a aucun parallèle dans les autres fédérations, pas plus que les initiatives de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Saskatchewan visant à restreindre l'achat de terrains par les citoyens d'autres provinces.

La possibilité d'une multiplication des barrières intérieures est également plus grande au Canada. Les contraintes politiques, qui découlent du sentiment qu'ont les Canadiens qu'ils forment une collectivité, limitent les possibilités de nouvelles barrières d'inspiration provinciale; toutefois, en raison du mouvement séparatiste qui agite le Québec et des tensions régionales, ces contraintes, autant que les contraintes légales, sont plus faibles au Canada que dans les autres fédérations.

Que les problèmes actuels et futurs soient assez sérieux pour justifier de nouvelles dispositions constitutionnelles et autres, comme le recommandent plusieurs économistes et groupes de travail chargés des questions constitutionnelles, est une question d'opinions, mais les arguments qui militent en faveur de telles initiatives sont loin d'être négligeables. Ils sont de trois ordres: l'économie, l'unité nationale et la politique.

À peu près tout le monde est d'accord pour dire que les obstacles à la libre circulation occasionnent des frais économiques, quelle que soit la taille du marché. Le Canada et l'Australie sont, parmi les cinq fédérations, celles qui peuvent le moins se permettre la balkanisation économique qui résulte des barrières internes, car leurs industries de fabrication desservent surtout un marché intérieur trop petit pour être fragmenté sans conséquences néfastes. En Australie, comme dans toutes les fédérations d'ailleurs, on constate l'existence d'un certain nombre de barrières, mais ce pays est mieux équipé que le Canada, au plan constitutionnel et autrement, pour empêcher qu'elles ne dégénèrent.

L'Australie connaît des tensions régionales, mais l'unité nationale n'est pas en danger. Dans les cinq fédérations, le Canada est le seul de son espèce à ce plan. Les barrières affaiblissent l'unité; les dispositions visant à interdire ces barrières ne peuvent pas garantir l'unité, mais elles peuvent contribuer à la préserver et à la promouvoir.

Enfin, toute protection supplémentaire de la libre circulation contribuerait probablement à imposer certaines limites salutaires aux interventions gouvernementales dans les domaines de la propriété et du contrôle des entreprises du secteur privé.

Chacun de son côté, le gouvernement fédéral et les administrations provinciales poursuivent des objectifs politiques visant à raffermir l'identité nationale ou provinciale, objectifs qui entrent fréquemment en conflit. Dans ce but, les gouvernements acquièrent le contrôle d'entreprises commerciales, favorisent les firmes locales, empêchent les prises de contrôle par les investissements extérieurs, etc. Les entreprises qui sont la propriété du gouvernement ou qui en subissent l'influence ne sont pas autant assujetties aux lois de la concurrence que les autres, ce qui n'est pas sans avoir des effets économiques. Cette situation a aussi des effets politiques car, lorsque les décisions relèvent du domaine politique et non plus du marché, le régime politique et les relations fédérales-provinciales sont soumis à des tensions accrues.

À supposer que l'on convienne que l'un ou l'autre de ces trois arguments milite en faveur d'une protection accrue de la libre circulation, celle-ci devrait-elle comprendre de nouvelles dispositions constitutionnelles ou se limiter à des arrangements administratifs négociés par les divers gouvernements?

De nouvelles dispositions constitutionnelles sont souhaitables pour deux raisons: d'abord, il est peu probable que des arrangements satisfaisants puissent découler de négociations intergouvernementales. La plupart des provinces (à l'exception de l'Ontario) sont peu disposées à abattre les barrières, comme on a pu s'en rendre compte à la Conférence des premiers ministres de septembre 1980. Les représailles que pourraient exercer les autres provinces ne les inquiètent pas trop, en raison de la nature particulière du commerce interne au Canada. Nombre d'entre elles, en effet, vivent plus des exportations de produits de base vers l'étranger que des expéditions vers les autres provinces de biens susceptibles de faire l'objet de barrières commerciales ou autres. Par ailleurs, les gouvernements provinciaux ne sont pas redevables envers les électeurs de l'extérieur de leurs frontières qui sont touchés par ces barrières.

En second lieu, même si les provinces manifestaient un intérêt suffisant, et s'il était possible de s'entendre sur les dispositions, ces accords seraient moins sûrs que des règles entérinées par la Constitution. On pourrait prétendre que des règles entérinées seraient moins souples. La question fondamentale est donc de savoir ce qui ne devrait pas faire l'objet de négociations continuelles. À ce sujet, les opinions diffèrent, comme cela a été le cas pour la Charte des droits et libertés, où cette question de la souplesse entrait aussi en jeu. L'expérience des autres fédérations laisse supposer que nous pourrions, au Canada, faire beaucoup plus pour consacrer les règles dans la Constitution, étant donné le caractère plus sérieux de nos problèmes de libre circulation.

Autre solution, l'adoption d'une disposition constitutionnelle que les gouvernements pourraient invoquer pour rendre obligatoires les accords intergouvernementaux intervenus. Cette solution suppose toutefois qu'il serait possible de négocier des ententes de base satisfaisantes.

Si de nouvelles dispositions constitutionnelles devaient être adoptées, elles pourraient, à juste titre, comprendre les éléments suivants: des droits à la libre circulation renforcés, de nouveaux pouvoirs fédéraux à l'égard du commerce interprovincial et des questions connexes, comme la politique de concurrence, et une meilleure garantie de la libre circulation des biens, des services et des capitaux aux termes de l'article 121. Il ne conviendrait probablement pas de confier aux provinces la responsabilité spécifique du commerce intra-provincial, comme certains l'ont recommandé, étant donné qu'il est souvent difficile de le distinguer des échanges inter-provinciaux. L'interprétation qu'ont donnée les tribunaux d'autres pouvoirs provinciaux limite déjà de façon sérieuse la portée des pouvoirs fédéraux en matière de commerce.

La clause dérogatoire agréée en novembre 1981 relativement aux droits à la libre circulation, dont les provinces aux prises avec un taux de chômage supérieur à la moyenne peuvent se prévaloir, est un phénomène inconnu dans les autres fédérations et dans la C.E.E. Elle pourra rendre respectables des mesures généralement considérées comme incompatibles avec la notion d'une nationalité commune.

La présente étude énonce les nombreuses raisons pour lesquelles les décisions que rendront les tribunaux au terme de l'article 121 renforcé ne devraient pas, comme l'ont suggéré certaines provinces, pouvoir être renversées par un quelconque organisme fédéral-provincial. Au besoin, pour plus de souplesse, on pourrait accorder au Parlement un pouvoir limité de légiférer à l'égard d'exceptions à l'application de la garantie.

Les autres fédérations, y compris celles où les ressources sont importantes, ne prévoient aucun pouvoir provincial particulier à l'égard du commerce des ressources naturelles. Les demandes provinciales en ce sens et l'acquiescement du gouvernement fédéral ne peuvent se comprendre que dans le contexte de la *realpolitik*.

L'autonomie provinciale est telle au Canada que les dispositions constitutionnelles qui, en pratique, pourront être négociées dans le cadre de la nouvelle formule d'amendement laisseront aux provinces une grande liberté de mener des politiques indépendantes, encore plus que dans les autres fédérations. Les provinces pourront continuer à se faire mutuellement concurrence pour offrir divers programmes propres

à attirer de nouveaux résidents et de nouvelles entreprises. Il demeure toutefois qu'il est peu probable qu'elles acceptent des changements rapides à la Constitution.

Même en l'absence de changements constitutionnels, beaucoup peut être fait. En Australie, où il est difficile de modifier la Constitution, le gouvernement fédéral et ceux des États ont conjointement mis au point un régime grâce auquel une législation unique en matière de titres et de sociétés pourra être appliquée dans tout le pays. Dans la C.E.E., de nombreuses questions font l'objet d'ententes intergouvernementales, bien que l'unanimité soit habituellement requise. Au Canada, pourvu qu'il y ait la volonté d'empêcher la création d'obstacles au commerce et celle de mener à bien la tâche ardue de conclure des accords intergouvernementaux, ces ententes, bien qu'elles soient moins stables que des règles constitutionnelles, pourraient être acceptables.

À court terme, il est possible que les gouvernements provinciaux, à l'exception possible de l'actuel gouvernement québécois, en viennent à s'inquiéter du coût de ces barrières, aux plans politique et économique. Le poids de l'opinion publique pourrait être déterminant, comme cela a été le cas à l'occasion du débat qui a entouré la question de la Charte des droits fondamentaux. Les gouvernements provinciaux et les Canadiens en général accorderont un plus grand appui à la libre circulation s'ils estiment que les politiques et les dépenses fédérales sont régionalement équitables et qu'elles permettent une diversification des occasions d'emploi dans les provinces contiguës. Les gouvernements provinciaux voudront probablement participer de plus près aux décisions fédérales en échange de mesures visant à réduire les barrières ou à en prévenir la création. Une meilleure performance de l'économie dans son ensemble pourra contribuer à éloigner la tentation d'ériger des frontières protectrices internes.

À long terme, la prévention des barrières devrait sensiblement progresser au même rythme que la promotion de l'unité politique nationale.

Ceux qui aspirent à un pays plus uni voudront travailler à l'avènement du jour où les Canadiens reviendront aux sentiments exprimés dans une décision de la Cour suprême américaine au moment de la grande dépression des années 30. La Cour statua alors qu'un État n'avait pas le droit de promouvoir son propre bien-être économique aux dépens du reste du pays, en restreignant le commerce entre États, car la Constitution «avait été rédigée en s'inspirant du principe que les citoyens des différents États doivent prospérer ou périr ensemble, et qu'à long terme, la prospérité et le salut résident dans l'unité et non dans la division.»

OBSTACLES À LA LIBRE CIRCULATION AU CANADA

La présente étude comparative porte surtout sur les dispositions des constitutions fédérales qui visent à protéger la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux entre les provinces. Peu de dispositions sont aussi importantes que celles-ci. La garantie relative à la liberté du commerce qui figure dans la Constitution australienne, l'article 92, est «perçue comme étant plus fondamentale que toute autre et illustrant le mieux la philosophie qui a présidé à la fédération»; c'est également la disposition qui a été la plus contestée devant les tribunaux. La clause de la Constitution américaine relative au commerce entre les États est «le fondement juridique principal des efforts visant à édifier et à préserver une économie nationale».

Ces dispositions sont importantes parce qu'elles ont un effet:

- sur le développement économique, la faculté de faire concurrence aux autres nations et la prospérité nationale;
- sur l'intégration politique;
- sur le partage équilibré des responsabilités entre le gouvernement fédéral et ceux des États;
- sur les droits fondamentaux des citoyens et la liberté commerciale des entreprises.

En 1980, le gouvernement fédéral et les provinces ont débattu l'opportunité de nouvelles dispositions visant à protéger la libre circulation contre les barrières dont les gouvernements sont la source principale. Quelles sont ces barrières?

Ces dernières années, les initiatives provinciales suivantes ont particulièrement attiré l'attention du pays:

- L'Île-du-Prince-Édouard a adopté une loi restreignant le droit des particuliers et des sociétés canadiennes de l'extérieur de la province d'être propriétaires de terrains dans la province.
- Une loi québécoise a imposé des restrictions à la libre circulation des travailleurs de la construction dans la province même et à l'entrée des travailleurs de l'extérieur.
- Une loi de Terre-Neuve exige que certaines sociétés pétrolières accordent la préférence aux résidents de Terre-Neuve lorsqu'elles embauchent du personnel, et qu'elles achètent des produits et des services.

- Une loi de la Nouvelle-Écosse autorise le gouvernement à exiger des sociétés pétrolières qu'elles accordent la préférence aux Néo-écossais lorsqu'elles recrutent du personnel.

- La Colombie-Britannique est intervenue pour bloquer la prise de contrôle d'une société locale de produits forestiers par une société de l'extérieur de la province; le Québec a fait de même à l'égard d'une société financière locale.

- En 1981, l'Alberta a diminué sa production de pétrole pour exercer des pressions sur le gouvernement fédéral lors des négociations relatives à la politique et au prix de l'énergie.

Outre ces mesures particulières qui empêchent la libre circulation et fragmentent le marché commun canadien, diverses politiques permanentes des gouvernements provinciaux ont le même effet. Elles comprennent notamment des régimes préférentiels à l'égard des biens et des services locaux, et des réglementations visant à rendre plus difficile l'exercice d'une profession, ou même d'un métier, par un particulier venant de l'extérieur de la province.

Certaines mesures du gouvernement fédéral ont également pour effet de fragmenter le marché. Citons entre autres le régime préférentiel dont jouissent les résidents du Nord du pays pour la construction du pipe-line du Yukon, la disposition exigeant que les bénéficiaires de subventions au développement régional emploient le plus grand nombre possible d'habitants de l'endroit, et les dégrèvements fiscaux en matière d'investissement et d'emploi, qui sont plus élevés pour les régions pauvres du pays.

Ces mesures provinciales et fédérales, ainsi que toutes les autres qui n'ont pas été mentionnées, constituent-elles un problème sérieux qui justifie de nouvelles dispositions constitutionnelles?

De récentes tendances inquiètent les observateurs. Dans son étude de 1973, le professeur Safarian concluait que:

> la réforme constitutionnelle est nécessaire pour faire en sorte que le marché commun et l'union économique soient de plus en plus les piliers de l'État fédéral. S'ils ne reposent pas sur des garanties solides, ils pourront être minés et ne pourront se réaliser pleinement, de sorte que ce seront tous les Canadiens qui en souffriront en fin de compte.[1]

Judith Maxwell et Caroline Pestieau, dans leur étude de 1980, ont noté que:

> dans toutes les provinces canadiennes, la politique économique a, au cours des années 1970, été marquée au coin de la concurrence. Comme on pouvait s'y attendre, cela a eu pour résultat qu'elles ont eu tendance à se neutraliser les unes les autres, ce qui n'a pas été sans nuire au bon fonctionnement du marché canadien dans son ensemble.[2]

Plusieurs études constitutionnelles menées récemment comprennent une revue de l'union économique. La majorité d'entre elles concluent que le maintien de l'union revêt une très grande importance et que les dispositions constitutionnelles existantes sont insuffisantes. De façon générale, elles recommandent le renforcement des pouvoirs fédéraux sur le commerce interprovincial et international, ainsi que de meilleures garanties constitutionnelles pour la libre circulation entre les provinces des personnes, des biens, des services et des capitaux. Le commerce intra-provincial relèverait des provinces.

En septembre 1980, à l'occasion d'une conférence réunissant le premier ministre fédéral et les premiers ministres des provinces, on a tenté sans succès d'en arriver à une entente sur un ensemble de modifications constitutionnelles qui aurait compris divers changements relatifs à l'union économique. Jetons maintenant un coup d'œil sur les positions adoptées à ce moment-là.

POSITIONS ADOPTÉES PAR LES GOUVERNEMENTS FÉDÉRAL ET PROVINCIAUX

Deux points figurant à l'ordre du jour portaient directement sur la libre circulation: «Pouvoirs en matière économique», discussion demandée par le gouvernement fédéral, et «Propriété des ressources et commerce interprovincial», question soulevée par les provinces. Le premier point était principalement axé sur les dispositions constitutionnelles visant à garantir la libre circulation au Canada des biens, des services, des personnes et des capitaux. Le second avait trait au contrôle de la production et du commerce des ressources naturelles par les provinces.

Le projet de Charte des droits mis de l'avant par le gouvernement fédéral, et qui constituait un élément distinct de l'ordre du jour de la conférence, mettait également en cause la libre circulation. Il comprenait un article sur le droit des personnes à se déplacer d'une province à l'autre, à acquérir des propriétés et à gagner leur vie dans toute province. Il portait également sur les droits linguistiques, lesquels pouvaient aussi avoir un effet sur la libre circulation. Toutefois, cette question a surtout été discutée dans le cadre des deux points déjà mentionnés, tout particulièrement le premier.

POUVOIRS EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE

Le gouvernement fédéral proposait le renforcement de la garantie déjà accordée par l'article 121 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, l'affirmation des pouvoirs fédéraux en matière de commerce en vertu de l'article 91(2), et une extension des pouvoirs fédéraux en ce qui concerne la concurrence et les normes des produits. Les propositions fédérales sont reproduites à l'annexe 2.

Le principal argument en faveur du renforcement de la garantie prévue par l'article 121 est que sa portée est très limitée. Il interdit le prélèvement de droits de douane aux limites provinciales sur les biens fabriqués dans les provinces canadiennes; passé ce seuil, son application est incertaine. Il ne s'applique pas à la circulation des personnes, des services ou des capitaux.

L'Ontario fut la seule province à appuyer en substance la position fédérale. Elle était en faveur du renforcement de la garantie accordée par l'article 121, mais elle sembla modifier sa position au cours des discussions. Les autres provinces se dirent généralement d'avis que les problèmes que posait actuellement la libre circulation, ou qu'elle pourrait éventuellement poser, n'étaient pas assez sérieux pour justifier de

nouvelles dispositions constitutionnelles, que les propositions fédérales augmenteraient indûment les pouvoirs fédéraux, que c'était par la voie de négociations intergouvernementales plutôt que par celle de l'interprétation des garanties constitutionnelles par les tribunaux qu'il convenait de s'attaquer à la plupart des barrières, et que l'augmentation des pouvoirs fédéraux et le renforcement des garanties auraient pour effet principal de réduire substantiellement leurs pouvoirs d'agir sur leur propre économie.

Toutes les provinces étaient disposées à consentir à l'insertion dans la Constitution d'un énoncé de principes et d'une affirmation de coopération qui ne les lieraient pas. Le premier ministre, M. Trudeau, a affirmé que ce n'était pas la façon de résoudre le problème.

Les paragraphes qui suivent exposent de façon plus détaillée la position adoptée par les divers gouvernements et tentent de mettre en lumière les principaux problèmes.

Dans un document déposé à une réunion ministérielle qui a précédé la Conférence, le gouvernement fédéral exposait les raisons justifiant ses propositions[3]. Le document comprenait notamment ce passage:

> Les accords du GATT imposent souvent aux États souverains qui en font partie des obligations plus sévères que ne le fait la Constitution canadienne à l'égard des provinces. C'est également vrai dans le cas du Traité de Rome; ses dispositions relatives à la libre circulation [...] imposent des restrictions beaucoup plus rigoureuses aux États membres que ne le fait notre Constitution à nos deux ordres de gouvernement. Les autres constitutions fédérales étudiées dans le présent document garantissent toutes, sans exception, la mobilité économique sur tout le territoire de la fédération par le moyen de dispositions spécifiques [...] Nous croyons [...] que la Constitution du Canada doit garantir la mobilité économique au sein du pays par des dispositions au moins aussi efficaces que celles qui lient des États souverains, c'est-à-dire par des accords comme ceux du GATT et ceux du Traité de Rome.

À la conférence, le ministre de la Justice, M. Chrétien, souligna que les obstacles au commerce international étaient en train d'être éliminés. À son avis, il ne faudrait pas que le marché canadien, de taille déjà restreinte, soit fragmenté, car des entreprises incapables de se défendre contre les concurrents d'autres provinces auraient sûrement du mal à faire face à la concurrence internationale.

La position initiale de l'Ontario à la Conférence était énoncée dans un document et un projet de texte constitutionnel[4]. Le document soulignait que «presque tous les gouvernements ont pris des mesures

et la tendance s'est accélérée ces dernières années, qui ont eu pour effet combiné d'affaiblir et de balkaniser le système économique du Canada.» De l'avis de l'Ontario, «il semble plus logique et plus important de travailler à élargir l'article 121 [...] Nous croyons que les tribunaux doivent avoir un rôle à jouer, mais aussi qu'il faut établir un mécanisme de représentation de nos gouvernements.» Un tel mécanisme devrait comprendre des représentants des deux paliers de gouvernement[5]. «Nous ne croyons pas en effet que l'établissement d'un tel mécanisme soit suffisant pour protéger l'union économique et les droits des citoyens d'avoir recours aux tribunaux lorsqu'ils croient qu'il y a atteinte à leurs droits.»

À la Conférence, le premier ministre Davis sembla disposé à se contenter de beaucoup moins, et indiqua qu'une disposition constitutionnelle obligatoire ne serait peut-être pas nécessaire si les premiers ministres pouvaient convenir d'un mécanisme intergouvernemental régi par des principes directeurs bien définis. Par la suite, il parut disposé à se contenter de l'énoncé de principes.

Le ministre des Finances du Québec, M. Parizeau, fit deux interventions. Selon lui, les modifications que l'on se proposait d'apporter aux articles 121 et 91 étaient inutiles et inacceptables pour le Québec: elles aboliraient les pouvoirs économiques des provinces. Le droit des deux paliers de gouvernement de prendre des initiatives de développement économique devait être reconnu. Il prit la défense des mesures adoptées par le Québec qui accordaient une certaine préférence à l'égard de ses propres citoyens. «Gouverner, c'est faire des distinctions», dit-il. Il ne faudrait pas croire que la discrimination se traduit par la balkanisation parce qu'elle est le fait des provinces, et que ce n'est pas le cas lorsqu'elle provient d'Ottawa. Les initiatives provinciales visant à empêcher certaines prises de contrôle ont pour effet de prévenir une concentration économique peu souhaitable. Aux États-Unis et dans la C.E.E., le gouvernement accorde la préférence aux fournisseurs locaux. M. Parizeau reconnut l'existence de certains problèmes bien particuliers, notamment dans les secteurs de la politique de concurrence, de la réglementation des titres et des emprunts gouvernementaux sur les marchés étrangers. Il fallait tenter de résoudre ces problèmes bien particuliers et non chercher une solution générale et abstraite. Même la proposition de la Saskatchewan visant à interdire toutes les mesures de discrimination, sauf celles qui étaient nécessaires, l'inquiétait, a-t-il affirmé.

Le premier ministre du Nouveau-Brunswick, M. Hatfield, affirma que sa province avait levé peu de barrières à la libre circulation. L'achat préférentiel constituait une de ces frontières intérieures. Il se dit toutefois inquiet qu'à préconiser la libre circulation à outrance, on

risquait d'ébranler la fragile économie de la province. Il se dit prêt à œuvrer dans le sens de la libre circulation aussi longtemps qu'il pourrait être sûr que cela n'occasionnerait pas de pertes d'emplois.

Selon M. Bennet, premier ministre de la Colombie-Britannique, la libre circulation est un noble objectif, qu'il serait toutefois plus facile d'atteindre dans un pays moins étendu. Il ne faudrait pas qu'on se serve de ce principe pour empêcher sa province de jouer un rôle économique de premier plan au Canada. Les politiques fédérales ont toujours penché en faveur des industries du centre du Canada. Il serait peu réaliste de s'attendre à ce que les politiques nationales viennent en aide aux régions ayant déjà souffert de la négligence fédérale. Les initiatives prises par son gouvernement ont aidé les habitants de la province sans nuire aux autres Canadiens. Les mesures prises pour empêcher Canadian Pacific Investments de prendre le contrôle de MacMillan Bloedel, société de produits forestiers, avaient pour but d'empêcher la plus importante ressource de la province de passer sous le contrôle d'une compagnie unique. Par ailleurs, il est légitime d'inciter la population de la Colombie-Britannique à devenir propriétaire du secteur industriel de la province.

Selon le ministre de l'Éducation de l'Île-du-Prince-Édouard, M. Driscoll, les problèmes que connaissait la libre circulation n'étaient pas aussi sérieux que le prétendait le gouvernement fédéral. Le Canada n'a jamais vraiment eu une économie de marché totalement libre. Le gouvernement fédéral, qui avait lui-même restreint la libre circulation, affirmait maintenant que les provinces ne devraient pas intervenir. Sa province n'était pas disposée à céder aux tribunaux ou au Parlement, dans sa forme actuelle, son droit de prendre des initiatives économiques. Il défendit vigoureusement les restrictions imposées par le gouvernement de l'île-du-Prince-Édouard à l'achat de terrains par des étrangers et par des Canadiens n'habitant pas la province.

Le premier ministre de l'Alberta, M. Lougheed, indiqua que les problèmes actuels n'étaient pas assez sérieux pour justifier les propositions fédérales. Si les autres provinces étaient en faveur d'un énoncé de principes, comme le proposait la Saskatchewan, sa province serait disposée à l'accepter.

M. Buchanan, premier ministre de la Nouvelle-Écosse, affirma que la nécessité du développement régional devait être reconnue de façon sensible, de même que les différences économiques entre les provinces. Entre temps, la Nouvelle-Écosse maintiendrait sa préférence de 10 p. cent pour les fournisseurs locaux, et son gouvernement était «fier» du régime préférentiel accordé aux fournisseurs des Maritimes en général. Les mesures d'encouragement industriel étaient également importan-

tes. Un régime d'achat préférentiel constituait la seule manière de faire échec au «dumping» pratiqué par le centre du Canada; pour sa part, la Nouvelle-Écosse était peu intéressée par le marché ontarien, car il est trop éloigné.

Le premier ministre de Terre-Neuve, M. Peckford, dit qu'il n'était pas utile d'accorder des pouvoirs supplémentaires au gouvernement fédéral ou aux tribunaux. Terre-Neuve avait plutôt un problème de rattrapage qu'il lui fallait régler non seulement grâce aux programmes de développement régional, mais aussi par des initiatives positives en faveur de ses propres citoyens et au moyen de meilleurs prix pour ses ressources. L'entente intervenue entre le gouvernement fédéral et celui de la Nouvelle-Écosse au sujet des investissements de Michelin prévoyait une politique d'embauche préférentielle. Un emploi judicieux de mesures positives comme les régimes d'achat préférentiels devrait être compatible avec l'union économique. Terre-Neuve était disposée à ce qu'un énoncé de principes fasse partie de la Constitution. Le processus de renvoi des dérogations à un organe politique est assez lourd, mais son gouvernement était disposé à l'envisager.

Le gouvernement de la Saskatchewan avait déposé deux documents pour exposer sa position[6]. Il avait également proposé un projet d'article 121 qui, sans modifier les pouvoirs législatifs, engageait tous les gouvernements à maintenir et à améliorer l'union économique[7]. Le premier ministre Blakeney modifia sa position au cours des discussions. Elle est résumée dans les paragraphes qui suivent.

Selon la Saskatchewan, il est peu souhaitable d'entériner dans la Charte le droit des personnes à la libre circulation. Les dispositions proposées par le gouvernement fédéral invalideraient les restrictions imposées par la province sur la propriété des terres agricoles par des non-résidents, restrictions qui ont pour but d'aider à préserver le mode de vie de la Saskatchewan.

Les propositions fédérales, dans leur ensemble, auraient pour effet d'élargir la compétence fédérale au détriment des provinces. En ce qui concerne la concurrence, la Saskatchewan conservait certains doutes à l'égard de la proposition fédérale, mais elle n'y était pas opposée. Elle acceptait la primauté de la compétence fédérale en matière de normalisation des produits.

Les effets de l'élargissement de l'article 121 aux services et aux capitaux étaient incertains, mais ils pouvaient restreindre de façon sensible la capacité des gouvernements fédéral et provinciaux de régulariser l'économie. Une telle disposition aurait bien pu empêcher que la législation adoptée par la province en matière d'assurance-santé

et d'assurance-automobile ne voit le jour. La proposition fédérale, selon laquelle le Parlement serait autorisé à ne pas appliquer la garantie de l'article 121 dans tous les cas déclarés par lui d'intérêt national impératif, devrait être accompagnée d'une possibilité semblable pour les provinces, dans tous les cas d'intérêt provincial impératif.

La Saskatchewan se dit en désaccord avec l'accent mis sur les obstacles explicites dans les propositions fédérales.

> Les «grands» leviers économiques que sont les taux d'imposition, les tarifs et les politiques de transport ne seraient pas remis en question, alors que ce sont précisément eux qui influent le plus sur la libre circulation des ressources et des produits au Canada. En outre, les provinces les plus riches sont les plus en mesure d'utiliser des moyens de ce genre pour attirer les entreprises d'autres provinces. Le seul moyen de défense d'une petite province est peut-être alors de créer des barrières, de façon à protéger sa situation concurrentielle à l'intérieur de l'union économique ...

En conséquence, les gouvernements ne devraient pas tenter de résoudre le problème par une disposition constitutionnelle définie en termes de limites provinciales. Si on rendait certaines mesures plus difficiles d'application, les provinces auraient recours de plus en plus à celles qui ne sont pas interdites, notamment les stimulants fiscaux.

De l'avis de la Saskatchewan, la libre circulation du commerce est un secteur où les tribunaux sont mal préparés pour intervenir. Un gouvernement responsable ne peut pas abandonner aux tribunaux la tâche de gérer l'union économique. En conséquence, la Saskatchewan proposait une disposition constitutionnelle qui engagerait les gouvernements à assurer le bon fonctionnement de l'union économique, sans limiter les pouvoirs législatifs.

Le Manitoba, dans un document déposé à la Conférence[8] et dans des déclarations faites par le premier ministre, M. Lyon, et son ministre des Finances, M. Craik, a dit s'opposer, «pour le moment du moins», aux modifications proposées au paragraphe 91(2) et à l'article 121. L'augmentation formidable des pouvoirs fédéraux restreindrait la capacité des provinces d'agir de façon positive. Le Manitoba, par exemple, s'est efforcé «d'offrir à sa population des possibilités aussi vastes et variées que celles dont les habitants du Canada central jouissent depuis si longtemps». Le Manitoba était préoccupé par les soi-disant obstacles au commerce qui s'élevaient entre les provinces, mais ces barrières avaient vu le jour parce qu'il n'existait pas de mécanisme pour harmoniser les efforts de développement économique et industriel des onze gouvernements. Ce qu'il importait de faire, ce n'était pas tant de rendre illégales toutes ces barrières au commerce, mais bien d'en

éliminer la nécessité par la collaboration intergouvernementale, en ce qui concerne notamment les exigences relatives à l'achat de l'équipement nécessaire aux grands projets d'investissement. Le matériel hydro-électrique fabriqué au Manitoba devait faire face à une préférence «impossible» de 10 p. cent établie par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Le Manitoba serait disposé à étudier la proposition de la Saskatchewan relative à un engagement général envers l'union économique.

Vers la fin de la discussion de ce point de l'ordre du jour, le sénateur Olson, prenant la parole au nom du gouvernement fédéral, affirma qu'il semblait que les gouvernements étaient conscients qu'il y avait des problèmes dans ce secteur et que ceux-ci risquaient de s'aggraver. Il nota que le gouvernement fédéral était surtout préoccupé par les obstacles à la libre circulation là où les frontières d'une province sont utilisées pour des fins discriminatoires. Il demanda si tous les gouvernements seraient d'accord pour qu'une disposition constitutionnelle renvoie devant un tribunal quelconque les dérogations à la libre circulation, peut-être à une nouvelle deuxième Chambre. La seule réaction à cette proposition fut indirecte. M. Parizeau, du Québec, affirma que la discrimination provinciale n'était pas la cause de la perte de compétitivité du Canada au plan international, et que ce n'était pas avec un marteau qu'on tuait des mouches. Par ailleurs, le premier ministre de l'Ontario, M. Davis, demanda si les gouvernements pouvaient se mettre d'accord sur un simple engagement ou un énoncé de principe. Le premier ministre, M. Trudeau, a dit ne pouvoir accepter ce seul énoncé.

PROPRIÉTÉ DES RESSOURCES ET COMMERCE INTERPROVINCIAL

Cet article de l'ordre du jour a fait l'objet de discussions publiques assez limitées. Dans un document déposé à cette occasion, le Premier ministre passait en revue les positions adoptées par les divers gouvernements[9]:

1. Toutes les provinces veulent que la nouvelle Constitution prévoit clairement la reconnaissance de la propriété provinciale et de la compétence provinciale sur le développement et la gestion des ressources non renouvelables, des ressources forestières et de l'énergie électrique. En principe, le gouvernement fédéral est d'accord.

2. Sept provinces voudraient donner aux provinces une compétence concurrente sur les exportations aux autres pays, avec suprématie fédérale, et une compétence concurrente sur les

expéditions vers les autres régions du pays, sous réserve d'intervention fédérale dans les cas «d'intérêt national impératif» seulement. Au moins une des provinces limiterait encore plus l'attitude du gouvernement fédéral d'intervenir dans la libre circulation interprovinciale. Le gouvernement fédéral n'est pas d'accord pour dire que ce pouvoir concurrent devrait être étendu aux exportations, parce que cela pourrait signifier que le Canada ne pourrait plus s'exprimer d'une voix unique dans ses relations commerciales avec les pays étrangers. Il convient que les provinces devraient avoir une compétence concurrente en matière d'expéditions interprovinciales, sous réserve d'une suprématie fédérale qui ne soit pas assujettie à un quelconque critère «d'intérêt national impératif».

3. Huit provinces sont en faveur d'un pouvoir provincial permettant d'imposer des taxes indirectes sur les ressources, pourvu que de telles taxes n'établissent pas de distinction entre les ressources expédiées à l'extérieur de la province et les ressources qui y demeurent. Le gouvernement fédéral accepte cette proposition.

4. La définition de l'expression «production primaire» détermine l'étendue des ressources naturelles aux fins du nouveau texte constitutionnel. La plupart des provinces favorisent une définition qui incluerait les produits résultant d'un traitement ou d'une transformation simple, non pas du produit manufacturé. Le gouvernement fédéral se range de cet avis.

Et ainsi n'y eut-il qu'une entente partielle sur cet article de l'ordre du jour.

En général la conférence ne permit d'atteindre aucun consensus sur la substance de la plupart des questions abordées, pas plus que sur la façon d'aborder la révision constitutionnelle. En début d'octobre 1980, le gouvernement déposa devant le Parlement une résolution d'adresse de la Chambre des communes et du Sénat à la Reine concernant le rapatriement de la Constitution du Canada. Cette résolution contenait une Charte des droits et libertés, y compris la libre circulation et les droits linguistiques, ainsi que diverses autres dispositions devant être incluses dans la nouvelle Constitution, une formule de modification surtout.

Le gouvernement ajoutait plus tard au texte de la résolution un nouvel article 92A de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, lequel attribue aux provinces de nouveaux pouvoirs à l'égard des ressources. Le libellé était conforme avec ce que le premier ministre avait dit être disposé à accepter au moment de la Conférence.

Le texte d'une disposition relative au droit à la libre circulation, dans sa version modifiée par la suite, ainsi que celui de l'article 92A, adopté par la Chambre des communes le 2 décembre 1981, figurent à l'annexe 3 de la présente étude.

LA LIBRE CIRCULATION DANS D'AUTRES FÉDÉRATIONS ET AU SEIN DE LA C.E.E.

Les pages qui suivent sont un résumé de la Deuxième partie de l'étude.

LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Les États-Unis constituent, en termes de pouvoir d'achat, le marché le plus homogène du globe. Les énormes pouvoirs législatifs du Congrès ont beaucoup contribué à cette situation. C'est avant tout grâce à la clause constitutionnelle relative au commerce inter-États que les obstacles internes ont pu être limités; celle-ci sous-tend également la réglementation fédérale dans divers secteurs qui touchent à la libre circulation, notamment les relations de travail, le secteur des valeurs, la politique de concurrence et les communications. Le Congrès choisit de ne pas réglementer certains domaines et d'en laisser la responsabilité aux États, par exemple, certaines opérations bancaires. En général, toutefois, on peut dire que s'il décide d'intervenir, la Constitution l'autorise à s'attaquer à presque tous les obstacles à la liberté de mouvement entre les États, ce qui comprend probablement les régimes préférentiels en matière d'achats locaux et les incitations à l'implantation des entreprises mises en œuvre par la plupart des États.

LA SUISSE

Plus qu'au Canada, l'intervention de l'État dans l'économie est vue d'un assez mauvais œil. Pour cette raison, et à cause de certaines garanties constitutionnelles, les autorités fédérales et cantonales, ces dernières plus particulièrement, ont moins l'occasion qu'au Canada d'adopter des mesures qui nuisent à la libre circulation à l'intérieur du pays. De toute façon, il est plus difficile de dresser des frontières intérieures en Suisse, étant donné la petite taille du pays. Un nombre assez important de Suisses habitent un canton et travaillent dans un autre. On constate toutefois, surtout en période de récession économique, l'existence de régimes préférentiels pour l'achat de produits locaux et stimulants fournis par les administrations cantonales et municipales en vue de favoriser l'implantation chez elles d'entreprises.

La législation relative au commerce et à l'industrie est en grande partie fédérale. Dans divers autres domaines également, à l'exception de la fiscalité, les autorités fédérales ont, comparativement aux cantons, plus de pouvoirs qu'au Canada. Il en est ainsi dans les secteurs de la main-d'œuvre, de la sécurité sociale, de l'éducation, des routes et

du droit civil, secteurs qui ont tous un effet indirect sur la libre circulation.

L'AUSTRALIE

Parmi les fédérations, l'Australie est celle qui se rapproche le plus du Canada, mais le gouvernement fédéral (le Commonwealth) a relativement plus de pouvoirs que le nôtre, en raison surtout du fait qu'il domine financièrement les États. L'industrie de fabrication nationale dessert un marché restreint et protégé; les obstacles à la libre circulation interne sont donc potentiellement néfastes. Les tribunaux ont interprété l'article 92 de la Constitution, qui garantit la libre circulation, d'une manière qui empêche les États d'ériger facilement des barrières intérieures. Le même article interdit d'ailleurs au gouvernement du Commonwealth d'intervenir de diverses manières sur le marché commun australien.

Les États mettent en œuvre des régimes d'achats préférentiels, des stimulants à l'implantation d'entreprises et des tarifs ferroviaires discriminatoires, mais ils sont moins en mesure que les provinces canadiennes de s'ingérer dans le marché commun, en raison de l'article 92 et de la plus grande portée des pouvoirs fédéraux sur le commerce, les sociétés et les conflits du travail. Le Commonwealth peut invalider les subventions à la production ou à l'exportation offertes par les États. Il pourrait aussi, selon toute probabilité, se prévaloir de sa compétence exclusive en matière d'affaires étrangères pour légiférer à l'encontre des régimes préférentiels d'achat des États qui contreviennent au traité du GATT.

LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

Les problèmes de libre circulation sont en Allemagne moins insolubles qu'au Canada et la Constitution allemande prévoit de meilleurs moyens pour protéger la libre circulation. Quand on parle d'obstacles à la libre circulation, on fait plutôt allusion à la C.E.E. qu'au marché intérieur.

La libre circulation à l'intérieur du pays est un domaine de compétence presque exclusivement fédérale; la grande exception est celle du développement régional, où les mesures d'encouragement et les dépenses ont un certain effet sur la répartition des investissements. Même là, il existe un mécanisme fédéral-provincial qui fait qu'il ne peut y avoir de concurrence délétère entre les provinces que dans les secteurs où cet organisme n'intervient pas. De toute façon, la réparti-

tion générale des investissements industriels ne fait pas l'objet d'une controverse politique sérieuse, comme au Canada. Les pouvoirs fédéraux qui portent exclusivement sur la libre circulation se voient renforcés par le fait que la plupart des mesures législatives à caractère économique ou social émanent du gouvernement fédéral, limitant ainsi le champ d'action des provinces qui seraient tentées d'ériger des barrières susceptibles d'influer indirectement sur la libre circulation.

LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENE

La Communauté est un peu plus qu'une simple confédération ou une alliance, et un peu moins qu'une fédération dans le plein sens du terme. En l'absence d'une autorité fédérale et d'une monnaie commune, les États membres disposant en outre d'une large mesure d'autonomie, l'efficacité de la Communauté repose surtout sur la surveillance énergique qu'exerce la Commission sur l'adhérence des membres aux règles des traités, sur l'interprétation de ces mêmes règles par la Cour de justice et sur la collaboration et la bonne volonté des États membres.

Le droit des particuliers à travailler dans un autre État membre est protégé par les tribunaux. La libre circulation des marchandises est également protégée. Les entreprises nationalisées ou contrôlées par l'État sont astreintes à la réglementation communautaire et l'aide gouvernementale à l'industrie fait l'objet de la surveillance de la Commission.

Les divers traités et les décisions de la Cour de justice reflètent une même préoccupation, celle de préserver la concurrence au sein des États membres et entre eux. La Commission dispose d'amples pouvoirs dans le domaine de la politique de concurrence.

On recherche l'harmonisation des politiques et des législations nationales chaque fois qu'une différence influe sur le coût de fabrication. Ainsi, même si la législation communautaire autorise des distinctions, on tente d'éliminer celles qui nuisent au bon fonctionnement du marché commun. Étant donné que l'unanimité des membres est habituellement requise et qu'il est nécessaire de concilier de nombreux éléments, la Commission a fort à faire et doit déployer d'énormes efforts pour préserver les ententes existantes, sans parler de la négociation des nouveaux accords.

Si l'on considère les nombreux problèmes, il semble que l'on ait réussi, dans une grande mesure, à établir et à préserver la libre circulation au sein de la Communauté, mais tous reconnaissent que

certaines règles sont contournées. Comme les ressources que la Commission peut consacrer à la surveillance sont limitées et que le règlement des causes portées devant les tribunaux prend du temps, les États membres ont souvent la possibilité de se soustraire à certaines règles pour une brève période, ce qui leur suffit habituellement pour se tirer de leurs difficultés politiques du moment.

COMPARAISON AVEC LE CANADA

Le tableau qui suit compare les dispositions constitutionnelles canadiennes en matière de liberté de circulation avec celles des quatre autres fédérations. Ces dernières protègent toutes la libre circulation des personnes et ont des pouvoirs fédéraux plus étendus qu'au Canada, qu'ils touchent directement ou indirectement le principe de la mobilité.

Les autres fédérations ont adopté deux démarches principales. Aux États-Unis et en Allemagne, l'administration fédérale dispose de larges pouvoirs exclusifs qui ont pour effet de garantir la liberté du commerce, car les États ne peuvent ériger d'obstacles intérieurs de nature législative dans ce domaine de compétence exclusive. En Australie et en Suisse, le gouvernement fédéral exerce son autorité sur le commerce concurremment avec les provinces, tout en conservant la suprématie, et la Constitution prévoit de solides garanties.

COMPARAISON DES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

	Portée des droits à la libre circulation des particuliers	(1) portée de la garantie de la liberté du commerce (2) l'autorité fédérale est-elle liée par cette garantie?	Portée des pouvoirs qui touchent directement le commerce et la libre circulation	Portée des pouvoirs fédéraux qui touchent indirectement la libre circulation (1) par rapport au Canada (2) exemples
États-Unis	Modérée	L'autorité fédérale exclusive sur le commerce entre États équivaut à une garantie; seuls les États sont liés, toutefois	Les pouvoirs fédéraux exclusifs s'appliquent aussi en grande partie au commerce interne de chaque État. Pouvoirs des États largement limités au «pouvoir de police»	(1) Plus étendue (2) Main-d'œuvre, valeurs, subventions conditionnelles
Suisse	Grande	(1) Grande (2) En principe, oui; peut toutefois passer outre	Pas de distinction inter-intra. Pouvoirs concurrents, suprématie fédérale. Pouvoirs fédéraux plus étendus qu'au Canada. Pouvoirs provinciaux limités au «pouvoir de police»	(1) Plus étendue (2) Droit civil, main-d'œuvre, sécurité sociale
Australie	Modérée	(1) Grande (2) Oui, par ex. commercialisation des produits agricoles et nationalisations	Entre États: pouvoirs concurrents, primauté du fédéral; pouvoirs fédéraux plus étendus qu'au Canada. Intraprovincial: compétence exclusive des États	(1) Légèrement plus étendue (2) Sociétés, conflits du travail, traités, subventions conditionnelles
Allemagne	Grande	La compétence fédérale exclusive équivaut à une garantie; seuls les États sont liés, toutefois	Pas de distinction inter-intra. Pouvoir fédéral exclusif, beaucoup plus étendu qu'au Canada	(1) Beaucoup plus grande (2) Économie, main-d'œuvre, droit civil, valeurs
Canada	Droits de portée modérée envisagés	(1) Limitée, avec des pouvoirs fédéraux exclusifs restreints en matière de commerce (2) Oui	Exclusivement fédéraux, mais interprétés de façon limitative. Intraprovincial: selon les tribunaux, les provinces sont seules compétentes.	

LA LIBRE CIRCULATION AU CANADA: PRINCIPALES INTERROGATIONS

La question fondamentale qui a été posée à la conférence de septembre 1980 est la suivante: la libre circulation constitue-t-elle un problème sérieux au Canada et, si oui, quelle est la meilleure solution? La question elle-même peut se subdiviser en plusieurs éléments:

1. La libre circulation au Canada est-elle (ou risque-t-elle de devenir) un problème sérieux qui exige plus qu'un simple engagement volontaire envers la coopération intergouvernementale et justifie de nouvelles dispositions constitutionnelles?

2. Si oui, ces dispositions devraient-elles prendre la forme:

   a) d'un accroissement des pouvoirs fédéraux?

   b) de droits à la libre circulation pour les particuliers, ainsi qu'un article 121 renforcé garantissant la libre circulation?

   c) d'une formule mixte réunissant a) et b)?

   d) d'un nouveau mécanisme politique permettant aux gouvernements de contrevenir à la garantie renforcée de l'article 121?

3. L'application de la garantie de l'article 121 devrait-elle être régie par la discrimination ou un quelque autre critère?

4. La législation fédérale devrait-elle être assujettie aux droits à la libre circulation et à l'article 121?

5. Quelles sont les dérogations provinciales aux droits à la libre circulation et à l'article 121 qui devraient être admissibles?

6. Quelles sont les dispositions constitutionnelles ou administratives qui seraient nécessaires pour harmoniser les mesures législatives que n'interdisent pas les droits à la libre circulation ou l'article 121, mais qui nuisent au bon fonctionnement de l'union économique?

7. Le commerce interprovincial devrait-il faire l'objet de dispositions particulières afin de protéger l'autonomie des provinces sur le plan des richesses naturelles?

8. Une province désireuse de réduire les disparités régionales sur son territoire devrait-elle pouvoir gêner la libre circulation?

L'EXPÉRIENCE D'AUTRES PAYS ET SON INTÉRÊT POUR LE CANADA

L'expérience des autres pays en matière de libre circulation ne permet pas de trouver des solutions toutes faites à nos problèmes, mais elle peut nous ouvrir des perspectives et nous aider à découvrir la réponse juste.

1. La libre circulation au Canada est-elle (ou risque-t-elle de devenir) un problème sérieux qui exige plus qu'un simple engagement volontaire envers la coopération intergouvernementale et justifie de nouvelles dispositions constitutionnelles?

La plupart des groupes de travail et des économistes qui ont étudié cette question ces dernières années ont conclu qu'effectivement, de nouvelles dispositions constitutionnelles devraient être adoptées. Le gouvernement fédéral et celui de l'Ontario sont également de cet avis, mais la plupart des provinces affirment que le problème n'est pas aussi sérieux.

La thèse que le présent document entend défendre a deux volets: d'une part, le problème des obstacles intérieurs est plus sérieux au Canada que dans les quatre autres fédérations, tant au plan économique que politique; d'autre part, bien qu'on ne puisse affirmer sans craindre de se tromper que les problèmes qui existent actuellement et ceux qui risquent de se présenter justifient pleinement l'adoption de nouvelles mesures constitutionnelles, tout semble indiquer que c'est le cas.

La présence de barrières à la libre circulation dans une fédération ne dépend pas seulement de dispositions constitutionnelles qui portent spécifiquement sur la mobilité, bien qu'elles soient assez importantes, mais aussi d'autres facteurs. Elle dépend notamment de l'étendue des pouvoirs législatifs, financiers et politiques dont jouissent les provinces ou États constituants, de la mesure où la société en général s'attend à une intervention d'un quelconque ordre de gouvernement dans l'économie, ou la tolère, de l'existence du régionalisme, de la présence de tensions, de la superficie des provinces constituantes, de la taille économique du marché accessible aux producteurs, de la mesure où les provinces constituantes dépendent du commerce interne.

Il arrive qu'au Canada, plus que dans les quatre autres fédérations étudiées dans la présente étude, la plupart de ces facteurs se combinent pour créer un milieu favorable à l'érection de diverses barrières. Par exemple, c'est au Canada que les dispositions constitutionnelles

portant spécifiquement sur la libre circulation offrent le moins de protection contre les obstacles intérieurs, qu'elles soient fédérales ou provinciales, et où les provinces sont le plus en mesure d'élaborer et de mener à bien leurs propres politiques économiques.

Dans les autres fédérations, les circonstances font qu'il a été et qu'il demeure difficile d'ériger des obstacles intérieurs. Aux États-Unis, cela s'explique par des droits fondamentaux à la libre circulation, par les pouvoirs énormes qu'a le Congrès sur le commerce inter-États, et par diverses autres armes fédérales, comme la capacité d'exercer des pressions sur les États en assujettissant l'octroi de subventions à pratiquement n'importe quelle condition. En outre, l'intervention de l'État est moins enracinée dans les mœurs. En Suisse, où les gouvernements tentent d'intervenir le moins possible dans l'économie, d'autres facteurs importants jouent, notamment celui des droits à la libre circulation, la portée des pouvoirs législatifs fédéraux et la petite taille du pays. En Australie, la garantie constitutionnelle relative à la libre circulation commerciale joue un rôle important et il existe divers pouvoirs fédéraux qui peuvent être employés directement ou indirectement pour la préserver. En Allemagne, l'administration fédérale a une compétence exclusive sur la liberté de mouvement; les provinces peuvent ériger certains obstacles afin d'encourager le développement régional, mais la plupart des stimulants à l'implantation offerts par les gouvernements provinciaux s'inscrivent dans le cadre d'un programme fédéral-provincial.

Il est vrai qu'il existe des obstacles dans les autres fédérations. Les stimulants à l'implantation des entreprises et les régimes préférentiels d'achat des gouvernements provinciaux qui favorisent les fournisseurs locaux se retrouvent partout, bien que ce dernier mécanisme n'existe presque pas en Allemagne. Les membres des professions libérales ont du mal, dans la plupart des fédérations, à se déplacer d'une province à l'autre, mais la difficulté est encore plus grande au Canada et aux États-Unis. Le Canada a cependant un plus large éventail d'obstacles intérieurs que les autres fédérations et certaines semblent même uniques à notre pays, notamment le régime de préférence à l'embauche de Terre-Neuve, qui privilégie les résidents de longue date, les mesures prises par l'Alberta en 1981 pour diminuer sa production de pétrole ainsi que ses expéditions, et les diverses restrictions provinciales sur l'achat de terrains par d'autres Canadiens. La possibilité d'ériger des barrières encore plus sérieuses est également plus grande au Canada.

La situation ne serait peut-être pas préoccupante si ce n'était deux facteurs. Le premier est économique, le second politique.

Voyons d'abord le facteur économique. Des cinq fédérations examinées dans la présente étude, seuls le Canada et l'Australie souffrent

d'un handicap de taille, celui d'avoir un marché intérieur restreint pour leurs produits fabriqués. Les États-Unis constituent à eux seuls un marché énorme. L'Allemagne jouit d'un marché beaucoup plus grand que le Canada, et elle appartient d'ailleurs à la C.E.E. La Suisse a conclu une entente avec la C.E.E. en vertu de laquelle ses produits fabriqués peuvent être exportés en franchise vers la Communauté; elle est également membre de l'Association européenne de libre échange. Si l'on devait assister à une fragmentation encore plus poussée des petits marchés canadien et australien par l'érection d'obstacles intérieurs, il est très probable que la compétitivité de leur industrie de fabrication en souffrirait énormément. En d'autres mots, il existe des barrières dans les cinq fédérations, mais le Canada et l'Australie sont économiquement les moins en mesure de s'en accommoder.

En Australie, contrairement au Canada, la Constitution contient une solide garantie en faveur de la libre circulation commerciale (l'article 92) ainsi que diverses dispositions qui protègent mieux la libre circulation. Les sociétés et les conflits industriels entre les États relèvent notamment de l'administration fédérale. Le Commonwealth a le pouvoir de déclarer illégales certaines subventions offertes par les États, et il a probablement celui de légiférer contre régime préférentiel d'achat institué par un État. En ce qui concerne les barrières élevées par les États à l'extérieur du champ des garanties relatives à la mobilité ou de la compétence fédérale, le gouvernement du Commonwealth dispose de divers moyens pour exercer des pressions sur les États, le cas échéant. Il a le monopole de l'impôt sur le revenu, domine financièrement les États et contrôle effectivement les emprunts des États par son influence sur l'*Australian Loan Council*. Il contrôle notamment les emprunts faits sur les marchés étrangers pour le financement de grands programmes d'exploitation des ressources. Par ailleurs, c'est le gouvernement du Commonwealth, plus que ceux des États, qui ferme habituellement le robinet. Il a déjà utilisé son autorité sur les exportations pour contrôler la mise en valeur des ressources des États.

En Australie, comme dans les trois autres fédérations, l'unité nationale ne fait pas l'objet de tensions aussi sévères qu'au Canada. Ce qui nous amène à la seconde raison pour laquelle nous croyons que le Canada a un problème plus sérieux, c'est-à-dire le facteur politique.

L'unité politique et l'unité économique vont de pair. L'union économique de la C.E.E. a expressément pour but d'accroître l'intégration politique de pays qui, dans le passé, étaient souvent en guerre. L'inverse peut également arriver: des pays peuvent s'unir pour former une fédération afin de jouir des avantages d'une union économique.

Le lien étroit qui existe entre les deux types d'unité est illustré par l'histoire des autres fédérations, ainsi que par l'expérience de la C.E.E.

Les dispositions constitutionnelles qui garantissent la liberté de mouvement sont perçues comme étant essentielles à la naissance d'un sentiment de citoyenneté commune. Cette citoyenneté commune devrait être accompagnée d'une égalité des possibilités économiques dans toutes les fédérations. La Cour de justice de la C.E.E. a indiqué que l'élimination des barrières au commerce au sein de la Communauté rendait les États membres plus dépendants les uns des autres, et que cette interdépendance supposait des obligations mutuelles. Ces obligations mutuelles sont encore plus présentes dans les fédérations intégrales comme le Canada. Les obstacles intérieurs affaiblissent le sentiment d'être une collectivité nationale et d'avoir des obligations mutuelles. Elles peuvent donc favoriser la désunion et la faiblesse politique autant qu'économique.

Nous sommes donc amenés à conclure que le problème que constitue actuellement, et que pourra constituer, la liberté de circulation est plus sérieux au Canada que dans les autres fédérations, tant au plan de l'unité économique qu'à celui de l'unité politique.

La question de savoir si le problème est assez sérieux au Canada pour justifier une protection constitutionnelle supplémentaire ne fait pas l'objet principal de la présente étude; il s'agit plutôt de déterminer quelles seraient les meilleures dispositions, en prenant comme hypothèse qu'une plus grande protection est nécessaire.

Néanmoins, la nécessité d'une protection accrue peut facilement se justifier par des motifs économiques, par l'unité nationale et peut-être aussi par de grandes considérations politiques; et diverses raisons d'ordre pratique militent en faveur de dispositions constitutionnelles.

L'argument économique a déjà été examiné par le professeur Safarian ainsi que par d'autres. Il serait peut-être nécessaire d'apporter de nouvelles preuves empiriques que les obstacles intérieurs ont eu des effets économiques néfastes, mais ceux-ci s'étendant souvent sur une longue période et se faisant sentir de façon diffuse, il est difficile d'en démontrer l'existence. Il demeure qu'ils ont un potentiel indéniable.

L'argument de l'unité nationale a déjà été relevé. Le degré d'autonomie dont jouissent les provinces est considérable et devrait continuer à l'être, en raison particulièrement de la formule d'amendement constitutionnel adoptée en novembre 1981 et du mouvement séparatiste québécois. Plus l'autonomie est grande, plus il est probable que des obstacles intérieurs seront érigés.

La nécessité d'une protection accrue peut enfin se justifier par des motifs politiques. Le contrôle important, et qui va croissant, semble-t-il,

qu'exercent les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, sur l'économie a des conséquences probablement malheureuses pour notre régime politique. Les entreprises commerciales contrôlées par l'État ou qui lui appartiennent sont moins sujettes aux forces du marché, ce qui a pour effet probable de diminuer la concurrence ainsi que la libre circulation des biens et des capitaux.

Plusieurs provinces ont décidé qu'elles devraient posséder ou contrôler non seulement leurs monopoles naturels, mais aussi leurs industries les plus importantes. Terre-Neuve veut avoir le contrôle des pêches; en 1980, l'Alberta a revendiqué le plein contrôle du pétrole et du gaz, y compris celui du commerce interprovincial et international de ces ressources. La Saskatchewan a acheté des parts dans l'industrie de la potasse. Le Québec a fait l'acquisition d'un grand producteur d'amiante et la Colombie-Britannique s'est opposée avec succès à la prise de contrôle de sa plus grande société forestière par une entreprise de l'extérieur. Elle a par ailleurs créer la *B.C. Resources Investment Corporation*, qui semble avoir pour politique de se porter acquéreur de sociétés ou de ressources provinciales. L'Île-du-Prince-Édouard empêche les résidents d'autres provinces d'acheter plus de terrains qu'ils n'en ont besoin pour leurs besoins propres.

Ce processus d'affirmation des provinces s'accompagne d'un processus d'édification d'une nation. La nouvelle politique énergétique nationale en est un exemple. Un élément de concurrence fédéral-provincial était très probablement présent dans certaines acquisitions effectuées par le gouvernement fédéral et les provinces.

Lorsque les décisions concernant l'attribution des ressources économiques ne dépendent plus du marché, mais relèvent de la politique, le système dans son ensemble s'en ressent. Le régime fédéral connaît déjà des tensions. Toute augmentation du contrôle gouvernemental, quels que soient ses effets bénéfiques par ailleurs, ne peut que les exacerber[10]. L'une des raisons pour lesquelles le régime fédéral suisse fonctionne si bien est peut-être le faible niveau d'intervention gouvernementale dans les décisions en matière d'investissement.

Une meilleure protection de la libre circulation n'est pas le seul moyen de résoudre ce problème politique, mais cela peut y contribuer. La garantie australienne à l'égard de la libre circulation commerciale ne constitue peut-être pas le modèle idéal, mais elle a empêché les nationalisations et il se peut qu'elle rende impossible la création d'organismes de commercialisation des produits agricoles auxquels les agriculteurs seraient tenus d'adhérer. Les dispositions du Traité de la C.E.E., qui sont moins controversées, n'ont pour objet que de faire en

sorte que les entreprises contrôlées par l'État se plient aux règles générales.

Plusieurs raisons pratiques militent en faveur d'une protection constitutionnelle. Les provinces, toutes les constitutions fédérales le reconnaissent d'ailleurs, ont plus intérêt à ériger des frontières intérieures qu'à les empêcher. Elles ne sont pas comptables devant les électeurs de l'extérieur de leurs frontières. Au Canada, le peu d'enthousiasme à éliminer les barrières manifesté par les provinces s'explique par un autre facteur: nombre d'entre elles dépendent plus des exportations de produits de base vers les pays étrangers que des expéditions vers les autres provinces de marchandises vulnérables aux obstacles. Elles font donc relativement peu de cas des représailles que les autres provinces pourraient exercer, sauf peut-être dans le secteur de la libre circulation des personnes.

Le Québec et l'Ontario, par ailleurs, dépendent énormément du commerce interprovincial des produits fabriqués. Le Parti québécois, qui dirige actuellement le Québec, se montre plus intéressé à renforcer l'autonomie provinciale qu'à consolider l'intégration économique et politique du Canada. Le gouvernement ontarien est le seul à manifester un intérêt marqué pour la libre circulation entre les provinces. En conséquence, ce n'est probablement que par des dispositions constitutionnelles que l'on réussira à limiter efficacement les barrières érigées par les provinces. La question de l'opportunité de restrictions constitutionnelles en ce qui concerne les barrières élevées par le gouvernement fédéral est étudiée plus loin dans le chapitre consacré à la garantie de la libre circulation commerciale.

2. (a) Les dispositions constitutionnelles jugées nécessaires devraient-elles prendre la forme d'un accroissement des pouvoirs fédéraux?

Le gouvernement fédéral proposait au cours des discussions constitutionnelles de 1980 de procéder à une clarification de sa compétence exclusive sur le commerce et les échanges, et préconisait des pouvoirs concurrents, avec primauté du gouvernement fédéral, dans les secteurs de la concurrence et de la normalisation des produits dans tout le Canada (voir l'annexe 2). Aucune province n'était disposée à appuyer l'idée de la clarification, mais certaines acceptaient les propositions relatives à la concurrence et à la normalisation des produits.

Il est difficile de dire si cette clarification aurait eu pour effet d'étendre les pouvoirs fédéraux. C'est une question d'interprétation judiciaire. La question que nous examinerons maintenant est celle de savoir s'il devrait y avoir une telle expansion.

Les autorités fédérales des quatre autres fédérations ont plus de pouvoirs que le gouvernement fédéral canadien en ce qui concerne la libre circulation. Ce seul fait ne suffit pas pour justifier un accroissement des pouvoirs fédéraux, mais il laisse sous-entendre que cette solution mérite d'être examinée de près.

Toute expansion des pouvoirs fédéraux prendrait probablement l'une des deux formes envisagées dans les propositions du gouvernement: une interprétation judiciaire plus large des pouvoirs exclusifs actuels du gouvernement fédéral, ou de nouvelles dispositions constitutionnelles qui attribueraient au Parlement des pouvoirs concurrents dans divers domaines et qui pourraient comprendre, outre la concurrence et la normalisation des produits, les régimes préférentiels d'achat, les stimulants à l'implantation d'entreprises, etc.

Les tribunaux ont donné une interprétation relativement étroite des pouvoirs exclusifs dont disposait le gouvernement fédéral sur le commerce et les échanges, en partie parce qu'ils ont tenu que le commerce intraprovincial était un domaine de compétence provinciale.

Cette distinction entre le commerce interprovincial et le commerce intraprovincial pouvait autrefois se défendre dans le cas des fédérations très étendues géographiquement, mais elle présente aujourd'hui des difficultés d'application pour les tribunaux[11]. Le professeur Nygh l'a qualifiée de tentative de diviser l'indivisible, génératrice de frictions juridiques. La Cour suprême des États-Unis a depuis longtemps renoncé à faire une telle distinction ou à exclure, par définition, certains procédés comme la production du champ du commerce inter-États. Dans *Wickard v. Filburn* (1942), la Cour a dit reconnaître que la clause du commerce avait une telle portée que l'application mécanique de formules légales devenait impossible[12]. De nos jours, tout ce qui, de l'avis du tribunal, concerne le commerce inter-États, ce qui, en pratique, peut comprendre presque n'importe quoi qui relève de la clause relative au commerce. Il n'a pas besoin pour cela de définir en quoi consiste le commerce intraprovincial.

Devant l'extension énorme qu'ont donnée les tribunaux américains à la clause relative au commerce, il est possible que les gouvernements des provinces canadiennes voient avec appréhension une interprétation plus large des pouvoirs fédéraux en matière d'échanges et de commerce. Cette démarche est toutefois plus aisée aux États-Unis, ainsi qu'en Australie, car les tribunaux n'ont pas à tenir compte d'une liste de pouvoirs provinciaux exclusifs comme on en retrouve à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Aux États-Unis, les pouvoirs de réserve des États sont maintenant négligeables. En 1937, la Cour suprême s'est en pratique retirée du débat entourant l'étendue

des pouvoirs fédéraux dans les États, laissant la tâche de protéger l'autonomie des États au pouvoir législatif, c'est-à-dire au Congrès, et au pouvoir exécutif. En Australie, l'étendue des pouvoirs fédéraux n'est limitée que par l'interprétation qu'en font les tribunaux. Les pouvoirs résiduels des États comptent toujours pour beaucoup, mais l'interprétation judiciaire a eu pour effet de les diminuer graduellement, et le processus devrait se poursuivre.

En ce qui concerne la politique de concurrence, les autorités fédérales des quatre autres fédérations ont de toute évidence des pouvoirs plus importants que le gouvernement canadien, comme on l'indique dans la deuxième partie. Certaines provinces canadiennes ont dit s'inquiéter que la réglementation provinciale des professions puisse être menacée si le Parlement disposait de pouvoirs accrus en matière de concurrence. Aux États-Unis, le Congrès exempte de la législation anti-trust les initiatives prises par les États en vue de réglementer les professions. La Cour suprême a déjà rejeté un barème d'honoraires applicable aux avocats, mais il ne s'agissait pas d'une mesure législative de l'État en cause. La législation sur les pratiques commerciales de l'Australie (Trade Practices Act) exempte également les activités autorisées par la législation des États. Le Canada pourrait adopter un arrangement semblable si l'on décidait d'augmenter les pouvoirs fédéraux en matière de concurrence.

Les dispositions relatives à la concurrence des traités de la Communauté européenne du charbon et de l'acier et de la C.E.E. sont à la base même des marchés communs que ceux-ci ont créés, et s'appliquent à la fois aux entreprises privées et aux entreprises publiques, ainsi qu'aux aides accordées par les États qui ont des répercussions sur le commerce entre États. Non seulement le Traité de la C.E.E. consacre-t-il un chapitre spécial aux règles de la concurrence, mais il contient de nombreux autres articles visant à empêcher la discrimination entre les sociétés ou les circuits commerciaux, notamment l'article 80 relatif aux transports.

La politique de concurrence est un phénomène assez unique dans la Communauté en ce que la Commission européenne est appelée à jouer un rôle direct dans l'application des dispositions du traité. Certains avocats se plaignent que la Commission est à la fois procureur, juge, jury et bourreau. Étant donné que de nombreuses entreprises européennes produisent pour le marché communautaire ou le marché international, la compétence de la Commission en matière de concurrence est étendue et va sans cesse croissant.

Il serait peut-être possible de calmer certaines inquiétudes des provinces en élargissant les pouvoirs fédéraux en matière de politique

de concurrence. Par exemple, le premier ministre de la Nouvelle-Écosse s'est plaint du dumping dont se rendrait coupable le centre du Canada dans les Maritimes. La Colombie-Britannique et le Québec ont dit que c'était pour parer aux dangers de la concentration économique qu'ils étaient intervenus pour empêcher la prise de contrôle d'entreprises provinciales par des sociétés de l'extérieur.

La normalisation des produits est un de ces domaines qui, étant donné l'accroissement des échanges internationaux et la complexité croissante des marchandises, devraient être confiés à une autorité nationale, ou même internationale. La C.E.E. et l'O.C.D.E. ont pris bon nombre de mesures dans ce secteur. Dans au moins deux des quatre autres fédérations, les autorités fédérales disposent de plus de pouvoirs que le gouvernement canadien en matière de normalisation des produits.

Enfin, dans les quatre fédérations, les pouvoirs fédéraux sont plus étendus dans les domaines qui ont un effet indirect important sur le commerce, par exemple le secteur de la main-d'œuvre.

Une plus large interprétation judiciaire des pouvoirs exclusifs dont dispose le gouvernement canadien en matière de commerce entrerait, comme nous l'avons déjà dit, en conflit avec les pouvoirs exclusifs des provinces dans d'autres domaines. Il s'agit d'une contrainte juridique. Par ailleurs, tout élargissement de la compétence fédérale qui découlerait de nouveaux pouvoirs concurrents ferait également l'objet de contraintes politiques.

Bien que les gouvernements aient des pouvoirs, il est évident qu'il existe certaines limites politiques à leur capacité de s'en servir. Le Parlement a le pouvoir général de rejeter toute législation provinciale, y compris les mesures qui touchent à la libre circulation, mais il ne l'a pas exercé depuis de nombreuses années et toute tentative en ce sens susciterait une telle levée de boucliers que son existence est surtout théorique. Les autorités fédérales des autres pays sont également sujettes à des contraintes politiques. Le Congrès américain et le Parlement australien permettent à leurs États respectifs d'instituer des régimes d'achats préférentiels et d'accorder des stimulants à l'implantation des entreprises, bien qu'ils aient probablement le pouvoir de s'y opposer.

Si l'on se fie à l'expérience du passé, certaines contraintes politiques s'opposeront à ce que le gouvernement fédéral canadien se serve de façon agressive des pouvoirs concurrents pour réduire les barrières intérieures. Il est très probable que les provinces demeureront politi-

quement fortes. Elles sont en mesure d'exercer des pressions sur le gouvernement fédéral, surtout tant que le régime électoral fédéral entraînera la formation de gouvernements sous-représentés dans une ou plusieurs régions du Canada.

2. (b) Les nouvelles dispositions constitutionnelles devraient-elles prendre la forme de droits à la libre circulation pour les particuliers, ainsi qu'un article 121 renforcé garantissant la libre circulation?

La première question porte sur les droits à la libre circulation des particuliers. On reconnaît généralement que l'un des grands avantages du régime fédéral est qu'il permet une saine concurrence entre les parties constituantes, notamment par un emploi efficace des recettes fiscales et par des programmes publics qui répondent aux aspirations de la population. Cependant, cette concurrence a plus ou moins d'utilité si les citoyens ne peuvent facilement se déplacer d'une province à l'autre. Le droit à la libre circulation contribue à le leur permettre.

Autant les mesures discriminatoires encouragent la division, autant le droit à la libre circulation et les garanties relatives au libre-échange favorisent l'intégration politique et économique, renforcent le sentiment national et contribuent à ce que tous aient des chances égales au plan commercial. Ces principes sont au cœur de la création de la C.E.E. En 1868, un juge américain faisait l'observation qui suit au sujet de la deuxième section de l'article IV de la Constitution des États-Unis:

> On a dit à juste titre qu'aucune disposition de la Constitution n'avait si fortement contribué à faire des citoyens des États-Unis un seul peuple. En fait, s'il n'existait pas de dispositions de ce genre [. . .] la République n'aurait jamais été vraiment plus qu'une ligue d'États.[13]

Le juge en chef Vinson disait pour sa part en 1951: «L'objet premier de cette clause [. . .] était de fondre en une seule nation un ensemble d'États souverains et indépendants.»[14]

L'article 117 de la Constitution australienne interdit toute discrimination contre «un sujet de la Reine» (le mot citoyen avait une connotation trop républicaine en 1900) pour la seule raison qu'il réside dans un autre État. On a dit de l'article 117 qu'il avait pour but «de faire l'unité de l'Australie pour les besoins des relations commerciales et personnelles et du sentiment national».[15]

La discrimination fondée sur le lieu de résidence, écrit le professeur Pannam, est incompatible avec les rapports qui devraient exister entre

les parties constituantes d'un régime fédéral et avec la nationalité commune créée par celui-ci[16].

Les constitutions des quatre autres fédérations et les traités de la C.E.E. prévoient tous explicitement le droit à la libre circulation des personnes. La règle générale est qu'un État ne peut faire preuve de discrimination à l'encontre d'une personne résidant dans un autre État.

À la conférence des premiers ministres de septembre 1980, la plupart des provinces s'opposaient à l'inclusion dans la Constitution d'une charte des droits fondamentaux. Plusieurs s'opposaient également à l'inclusion du droit à la libre circulation, qu'il fasse ou non partie de la Charte. Le gouvernement fédéral insérait néanmoins ce droit dans la résolution qu'il déposait ultérieurement devant le Parlement. À la conférence des premiers ministres de novembre 1981, il a reçu l'approbation de la majorité, mais a été assujetti à une clause dérogatoire qui l'affaiblit sérieusement. Une province aux prises avec un taux de chômage supérieur à la moyenne nationale pourra ne pas en tenir compte afin de favoriser des catégories particulières de citoyens sur son territoire.

L'inclusion de cette clause dérogatoire avait notamment pour objet d'autoriser les mesures législatives provinciales du genre de celle adoptée par Terre-Neuve, qui exigeait de certaines sociétés pétrolières qu'elles embauchent de préférence des Terres-neuviens et qu'elles achètent des biens et des services sur place; il n'est pas certain, toutefois, qu'une telle clause puisse favoriser une si grande proportion des résidents d'une province. Une telle dérogation ne se retrouve dans aucune autre fédération, ni même dans la C.E.E. La Cour suprême des États-Unis a déjà rejeté une préférence quasi identique qu'accordait l'Alaska à ses résidents, dans *Hicklin v. Orbeck* (1978). La Cour a statué que l'article IV de la Constitution interdisait toute discrimination contre les citoyens d'autres États lorsque celle-ci n'était fondée que sur le simple fait d'être citoyen d'un autre État.

La plupart des discussions relatives à la libre circulation qui ont eu lieu au cours de la Conférence de 1980 ont tourné autour de la question du renforcement de la garantie accordée par l'article 121.

Une compétence fédérale exclusive en ce qui concerne le commerce interprovincial a à peu près le même effet qu'une garantie lorsqu'il s'agit d'empêcher les gouvernements provinciaux d'ériger des obstacles intérieurs, car les tribunaux déclareront invalide toute mesure législative provinciale constituant une ingérence dans ce domaine, même en l'absence de législation fédérale. C'est ce qui se produit aux

États-Unis. Malgré tout, les gouvernements provinciaux du Canada semblent plus disposés à envisager un renforcement de la garantie qu'une expansion de la portée des pouvoirs fédéraux exclusifs, laquelle permet des mesures positives, alors qu'une garantie est purement restrictive. Par ailleurs, les effets d'une garantie sont peut-être plus prévisibles.

Néanmoins, plusieurs provinces les auraient voulus encore plus prévisibles. Certaines se sont demandé si les tribunaux étaient compétents et s'ils pouvaient prendre des décisions économiques et, si on jugeait qu'ils l'étaient, s'ils devaient avoir le dernier mot. Nous examinerons dans un chapitre ultérieur une suggestion qui a été faite alors, selon laquelle les décisions des tribunaux pourraient être revues, et éventuellement renversées, par un organe politique.

Étant donné que l'application d'une garantie relève des tribunaux, qui n'ont habituellement pas de souplesse politique, le libellé de la garantie est déterminant. À cet égard, l'expérience des autres pays est instructive, particulièrement celle de l'Australie, de la Suisse et de la C.E.E. L'interprétation qu'en ont donnée leurs tribunaux est examinée plus en détail dans la deuxième partie de la présente étude, ainsi que la question de la compétence fédérale exclusive aux États-Unis.

Une garantie peut être un moyen satisfaisant d'assurer la libre circulation, lorsque l'autorité fédérale est politiquement trop faible pour s'attaquer efficacement aux barrières élevées par les provinces, lorsqu'il n'existe aucune autorité fédérale, comme c'est le cas dans la C.E.E., ou lorsque la société entend privilégier l'économie de marché et fait obstacle à toute intervention gouvernementale, qu'elle soit fédérale ou provinciale, comme c'est à peu près le cas en Suisse.

L'Australie ne s'inscrit facilement dans aucune de ces catégories et pourtant, sa Constitution comporte une garantie solide. Son libellé est toutefois ambigu et les tribunaux l'ont appliquée très largement. Les divers gouvernements n'en sont pas entièrement satisfaits, mais ils doivent l'endurer parce qu'il n'est pas facile de modifier la Constitution. Les milieux conservateurs ne sont pas mécontents qu'elle demeure forte car elle fait obstacle à la nationalisation des entreprises. En effet, un gouvernement travailliste tenta autrefois de nationaliser les banques, mais les tribunaux déclarèrent que la garantie accordait aux particuliers le droit fondamental de se livrer au commerce interprovincial et que l'initiative fédérale porterait atteinte à ce droit.

Si l'on se fie à ce qui s'est passé dans les autres fédérations et dans la C.E.E., on peut dire que lorsque la garantie est libellée avec soin, les tribunaux rendent des décisions sensées. Il est possible

qu'étant donné la complexité des relations commerciales, les garanties doivent être libellées de façon détaillée, de façon que les tribunaux puissent bien en saisir l'esprit. Les garanties de la C.E.E. sont très explicites. On a notamment précisé que la socialisation des entreprises était permise. La décision du président Mitterrand de nationaliser un certain nombre de banques et de sociétés industrielles n'a pas contrevenu au Traité, bien qu'il soit devenu plus difficile de vérifier que les entreprises nationalisées respectent les règles de la concurrence et de la libre circulation.

2. (c) De nouvelles dispositions devraient-elles combiner un accroissement des pouvoirs fédéraux, des droits à la libre circulation et le renforcement de la garantie accordée par l'article 121?

On constate trois combinaisons différentes de ces éléments dans les cinq fédérations.

La première catégorie comprend les États-Unis et l'Allemagne, qui s'en remettent surtout à des pouvoirs fédéraux exclusifs en matière de commerce et aux droits à la libre circulation. La Suisse et l'Australie forment la deuxième catégorie. Dans ces deux fédérations, on retrouve des pouvoirs fédéraux concurrents en matière de commerce, auxquels viennent s'ajouter des droits à la libre circulation et des garanties solides pour la libre circulation commerciale.

Le Canada, enfin, fait cavalier seul: des pouvoirs fédéraux exclusifs en matière de commerce, interprétés de façon restrictive, se conjuguent à une garantie limitée et il n'y a pas de droit à la libre circulation pour les particuliers. Les provinces ont une plus grande liberté d'action que dans toute autre fédération pour ériger des obstacles intérieurs.

Si l'on veut réduire cette liberté d'action, et peut-être également celle dont dispose le gouvernement fédéral, la seule solution est d'accorder, soit de plus grands pouvoirs fédéraux exclusifs en matière de commerce, soit de nouveaux pouvoirs concurrents pour le gouvernement fédéral dans des domaines particuliers qui touchent peut-être indirectement au commerce, soit une garantie plus forte aux termes de l'article 121, soit des droits à la libre circulation.

Il importe ici de tenir compte de certains facteurs historiques typiquement canadiens: les limites à l'interprétation qui peut être faite des pouvoirs fédéraux exclusifs en matière de commerce; les contraintes politiques dont le gouvernement fédéral doit tenir compte dans l'exercice de ses pouvoirs concurrents; la tendance qu'ont les gouvernements à intervenir dans l'économie; et la compétence législative des

provinces, qui est très étendue, et leur autonomie générale, source de barrières indirectes.

Là où seulement des interdictions sont nécessaires, une garantie plus solide et des droits à la libre circulation suffiront. Ils permettront de résoudre les problèmes qui, actuellement, seraient très probablement considérés comme ne relevant pas des pouvoirs fédéraux exclusifs en matière de commerce. Lorsque des mesures législatives positives sont aussi nécessaires, ou lorsqu'il est indispensable de faire preuve de souplesse politique, comme dans le domaine de la politique de concurrence, des pouvoirs concurrents spécifiques conviendraient mieux. Une plus large interprétation des pouvoirs fédéraux exclusifs devrait permettre de s'attaquer à tous les obstacles susceptibles d'être dressés et qu'il est impossible de prévoir dans une garantie ou un pouvoir concurrent spécifique.

2. (d) Devrait-on donner à un organisme politique fédéral-provincial le pouvoir d'autoriser les dérogations à une garantie renforcée aux termes de l'article 121?

Une proposition en ce sens a été formulée par des gouvernements provinciaux et constituait une annexe d'un rapport du Comité permanent des ministres sur la Constitution qui a été remis aux premiers ministres[17].

La proposition était la suivante: s'il arrivait qu'un tribunal juge qu'une loi ou une pratique du Parlement ou d'une législature entre en contradiction avec la garantie relative à la liberté du commerce, un organe politique, une seconde chambre peut-être, pourrait, dans les six mois de la décision, statuer que ladite loi ou pratique constitue néanmoins une «politique publique souhaitable» et annuler la décision judiciaire. Par ailleurs, cet organisme pourrait se prononcer avant que l'affaire ne soit portée devant les tribunaux, et non après.

On peut présumer que le gouvernement fédéral ainsi que les provinces seraient représentés dans cet organe politique; le «Conseil des provinces» proposé, en qui certaines provinces voient une nouvelle seconde chambre, n'aurait été composé que de représentants des gouvernements provinciaux agissant sur instructions, et n'aurait donc peut-être pas fait l'affaire. Le gouvernement de l'Ontario estimait pour sa part que le gouvernement fédéral devait être représenté au sein de tout organisme politique ayant le pouvoir d'autoriser les dérogations à l'article 121.

À la fin des discussions portant sur la question de la libre circulation, à la Conférence de septembre, le gouvernement fédéral semblait

diposer à accepter, dans le cadre d'une entente constitutionnelle globale, la création d'un mécanisme fédéral-provincial, dont la nature n'était toutefois pas précisée. Toutefois, les provinces étaient alors plus enclines à accepter une garantie renforcée aux termes de l'article 121; elles préféraient une modification à la Constitution qui ne dépasserait pas le simple énoncé de principes et qui serait accompagnée d'un engagement de la part des gouvernements à collaborer entre eux.

La création d'un tel mécanisme fédéral-provincial est-elle une bonne idee? Le gouvernement fédéral, qui ne l'avait jamais vraiment proposée, aurait-il dû être disposé à l'accepter?

Dans les autres fédérations, seules la Suisse et l'Australie offrent une garantie spécifique. Ni l'une ni l'autre ne prévoit toutefois de mécanisme permettant au gouvernement fédéral ou à ceux des États d'y déroger. En Suisse, il est prévu dans la constitution que la législation fédérale peut, à des fins spécifiques, mais quand même assez générales, déroger à la garantie lorsque cela est nécessaire.

En Australie, la législation fédérale et celles des États sont assujetties à la garantie de l'article 92. La question d'un mécanisme fédéral-provincial a été soulevée de façon détournée à l'occasion des récentes délibérations sur la convention constitutionnelle, qui ont notamment porté sur l'article 92. L'actuel gouvernement du Commonwealth australien semble disposé à s'accommoder de cet article, mais il s'inquiète du fait qu'il complique l'adoption de mesure législative à l'égard de la commercialisation des produits agricoles, notamment celle du blé. En 1978, le gouvernement a fait allusion, sans toutefois le proposer, à la possibilité de modifier la Constitution de façon que le Commonwealth puisse déroger à l'article 92 et adopter des règlements non discriminatoires, pourvu que ces mesures reçoivent l'accord unanime du Commonwealth et des États.

Toutefois, on a plus tendance en Australie à considérer que le Parlement est l'organe politique tout désigné pour autoriser les dérogations à la règle, plutôt qu'un quelconque organisme fédéral-provincial. L'article 91 de la Constitution autorise le Parlement à déclarer invalide toute mesure d'aide ou prime à la production ou à l'exportation de marchandises que pourrait accorder un État.

Mentionnons également qu'en 1929, avant que les tribunaux n'appliquent la garantie accordée par l'article 92 aux initiatives prises par le Commonweath, une commission royale avait recommandé que la garantie soit assouplie et que la législature fédérale soit autorisée à

contrôler les dérogations au libre échange entre les États qui étaient le fait des États. La Commission concluait que:

> le Parlement du Commonwealth devait pouvoir adopter des mesures législatives interdisant, modifiant ou annulant toute loi ou règle adoptée par un État, ou par toute autorité constituée par un État, et ayant pour effet d'instituer une dérogation à la liberté du commerce et des échanges entre les États.

Les recommandations de la Commission n'eurent pas de suite mais un expert constitutionnel, le professeur Colin Howard, affirmait récemment qu'elles pourraient maintenant être appliquées avec profit.

Les traités de la C.E.E. contiennent de nombreuses clauses qui s'apparentent à des garanties. Il est très rare que la Commission ou le Conseil des ministres puissent passer outre. Aucune dérogation aux garanties fondamentales relatives à la libre circulation n'est autorisée. La Commission, qui a un rôle politique et qui jouit d'une certaine indépendance, dispose toutefois d'une certaine liberté d'action dans d'autres domaines. Par exemple, elle peut autoriser des tarifs de transport discriminatoires et elle a presque toute latitude en ce qui concerne les pratiques de concurrence et les aides accordées par les États.

Le Conseil des ministres peut, à l'unanimité, approuver une dérogation aux règles en ce qui concerne les aides accordées par les États. En général, toutefois, il n'a pas le pouvoir d'autoriser les dérogations aux règles du Traité. Habituellement, le Conseil ne peut intervenir que sur proposition de la Commission, ce qui semble indiquer qu'on ne voulait pas accorder trop de pouvoirs à un organe politique. Aucune disposition des divers traités n'autorise la Commission ou le Conseil à révoquer une décision de la Cour de justice.

L'argument principal qui milite en faveur de la création d'un mécanisme fédéral-provincial au Canada est sa plus grande souplesse par rapport aux tribunaux.

Les objections à un tel mécanisme sont à la fois d'ordre théorique et d'ordre pratique.

1. Il est très propable que l'organe politique serait composé de représentants du pouvoir exécutif aux paliers fédéral et provincial, c'est-à-dire de ministres ou de hauts fonctionnaires. Il serait donc possible pour un organisme émanant du pouvoir exécutif de passer outre aux décisions des tribunaux sans que la législation n'intervienne d'aucune façon, nouveauté pour le moins malheureuse. Si une société n'aime pas une décision judiciaire, c'est habituellement par la voie de mesures législatives, plutôt qu'exécutives, qu'elle modifie la loi.

2. On s'expose à une multiplication des conflits et des négociations entre les gouvernements sur des questions qui pourraient être réglées définitivement par les tribunaux. Comme le démontre la C.E.E., il faut énormément de temps pour en arriver à une entente entre les États membres sur l'harmonisation des diverses lois qui concernent le commerce. C'est ce qui explique l'adoption par la C.E.E. et les pays du GATT de règles commerciales qui portent sur la plupart des barrières facilement identifiables, de façon à restreindre le plus possible le champ des négociations. C'est la démarche que le Canada devrait également adopter. En outre, les négociations intergouvernementales ont déjà, au Canada, un rôle trop grand à jouer dans notre système politique.

3. Si le pouvoir fédéral est politiquement faible dans les négociations, cela pourrait avoir des effets fâcheux sur l'union économique et politique.

4. Les deux ordres de gouvernement sont sensibles aux pressions politiques immédiates, ce qui peut se traduire par des barrières commerciales ou autres en temps de crise économique.

5. Les milieux d'affaires et les investisseurs préféreraient probablement le recours aux tribunaux, car les décisions judiciaires sont plus prévisibles que ne pourraient l'être celles d'un organe politique.

6. S'il devenait possible de prévenir ou d'écarter une décision d'un tribunal, les parties en cause pourraient être enclines à laisser tomber le processus judiciaire et tenter de régler les problèmes directement au niveau politique.

7. Les droits des Canadiens de jouir de possibilités égales dans les autres provinces en matière de commerce seraient assujettis à la conclusion d'une entente politique qui risquerait de dépendre de facteurs totalement étrangers au commerce interprovincial.

Étant donné le peu d'empressement des provinces à éliminer les obstacles intérieurs, la création d'un organisme fédéral-provincial constituerait probablement la façon la moins efficace d'atteindre cet objectif fondamental qu'est la diminution du nombre des barrières.

Le peu d'enthousiasme des provinces s'explique en partie par la nature du commerce interprovincial et par l'intérêt qu'elles ont à ériger des barrières. Il découle également du fait qu'elles ne sont pas responsables envers les Canadiens qui résident à l'extérieur de leurs territoi-

res. Seul le gouvernement fédéral est comptable envers tous les Canadiens et c'est pourquoi, dans toutes les fédérations, les questions relatives au commerce interprovincial et international relèvent essentiellement du niveau fédéral.

3. L'application de la garantie de l'article 121 devrait-elle être régie par la discrimination ou un quelque autre critère?

L'article 121 actuel se limite à dire que «Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture de toute province seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces». On entendait probablement par là en franchise de droits fiscaux. Les gouvernements ont depuis mis au point des méthodes beaucoup plus raffinées pour gêner le commerce.

Le renforcement de l'article 121 proposé à l'occasion de la conférence de 1980 (Voir l'annexe 2 pour le projet fédéral révisé) prévoit qu'aucune loi ni aucun usage du Canada ou d'une province ne doit établir de distinction entre les personnes, les marchandises, les services ou les capitaux qui soit fondée sur la province ou le territoire de résidence, d'origine ou de destination. Certaines exceptions seraient autorisées, notamment en ce qui concerne les mesures de développement régional. Apparemment, l'interdiction s'appliquerait à toute discrimination, qu'elle émane du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. L'admission en franchise, prévue par l'article 121 actuel, serait conservée et étendue aux personnes, aux services et aux capitaux. Il semble également qu'elle porterait sur les importations déjà admises au Canada et dédouanées.

La deuxième partie de la présente étude contient de nombreux renseignements sur les critères employés par les tribunaux d'autres pays pour établir quelles lois et quels usages doivent être interdits.

Aux États-Unis, il n'existe pas de garantie telle quelle de la libre circulation commerciale, mais plutôt une compétence fédérale exclusive de grande portée. Le Congrès peut légiférer comme il l'entend. Les États peuvent, par la voie de leur «pouvoir de police» (voir plus loin), légiférer à l'égard du commerce, lorsqu'il n'existe aucune législation fédérale comparable, lorsque les effets sur le commerce inter-États sont accessoires et lorsque celui-ci ne risque pas d'en souffrir de façon déraisonnable. Il leur est interdit de le réglementer directement. Toute loi d'un État dont l'esprit est discriminatoire sera renversée.

Par exemple, les mesures prises par un État pour contrôler les tarifs de transport interne peuvent être déclarées invalides si elles ont un effet discriminatoire ou gênent le commerce inter-États. Un État

peut imposer une taxe aux sociétés désireuses de faire affaire sur son territoire, mais cette taxe ne doit pas être discriminatoire ou constituer un fardeau indu. Les jugements qui doivent être rendus au sujet de ces taxes constituent toutefois un problème «permanent» pour les tribunaux. Certains usages, comme les régimes préférentiels d'achat, ont de toute évidence survécu à l'application du critère relativement sévère qui régit la législation que les États peuvent adopter à l'égard du commerce inter-États.

En Australie, la garantie prévue à l'article 92 accorde aux particuliers et aux sociétés le droit fondamental de se livrer au commerce interprovincial, sans restriction aucune ou presque. Une restriction, même si elle s'applique impartialement au commerce interprovincial et intraprovincial, sera jugée contraire à l'article 92. Cet article, dans certaines circonstances, joue plus en faveur du commerce interprovincial que du commerce intraprovincial. Est toutefois autorisée toute réglementation fédérale ou provinciale raisonnable qu'exige une société ordonnée, de même que ses effets indirects.

Le rapport de 1929 de la commission royale australienne sur la Constitution recommandait que l'article 92 n'interdise que les mesures qui font preuve de discrimination à l'égard du commerce entre États, c'est-à-dire les mesures qui ne s'appliquent que lorsque des personnes ou des marchandises passent d'un État à un autre. Toutefois, elle recommandait aussi que le gouvernement fédéral ait le pouvoir d'invalider ou de modifier les mesures prises par les États qui portent atteinte à la liberté du commerce inter-États.

Au sein de la C.E.E., les dispositions du traité interdisent l'imposition de droits à caractère fiscal à l'importation ou à l'exportation de biens entre les États membres, les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent. La discrimination fait également l'objet d'autres interdictions générales et spécifiques.

La Cour de justice du Luxembourg a donné une très large interprétation à l'expression «mesures d'effet équivalent». En principe, celles-ci comprennent tous les régimes préférentiels d'achat institués par les gouvernements. Elles embrassent toutes les règles commerciales promulguées par les États membres qui sont susceptibles de gêner directement ou indirectement, en théorie ou en pratique, le commerce intracommunautaire. Le mot clé est donc ici «gêner». La Cour a ainsi invalidé des mesures qui n'avaient aucun effet protecteur sur la production d'un État membre, comme des mesures visant à favoriser certains circuits commerciaux ou importateurs. Le traité de la C.E.E. stipule également que la politique agricole commune devra exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs. On peut voir les liens étroits qu'elle a avec la politique de concurrence.

Les États membres de la C.E.E. conservent certains pouvoirs, mais les mesures ayant pour effet de gêner le commerce doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi. Les tribunaux américains ont parfois recours à un critère semblable: les mesures les moins restrictives propres à atteindre un objectif légitime doivent être employées.

Parmi les critères utilisés par d'autres pays figurent donc la discrimination, le fait de gêner ou d'entraver le commerce et l'emploi de la solution la moins restrictive. Il arrive également que les mesures ayant des effets indirects aussi bien que directs sur le commerce soient interdites.

4. La législation fédérale, au même titre que la législation provinciale, devrait-elle être assujettie aux droits à la libre circulation et à l'article 121?

Les propositions déposées à l'occasion de la conférence de 1980 auraient eu cet effet, bien que le Parlement et les provinces auraient pu se prévaloir d'une clause dérogatoire (voir l'annexe 2). Toutefois, aucune dérogation aux droits à la libre circulation ne figurait dans la Charte des droits et libertés proposée par la suite par le gouvernement fédéral (voir l'annexe 3).

Les quatre autres fédérations prévoient toutes des droits à la libre circulation et tous les gouvernements sont tenus de les respecter bien que ce ne soit que depuis 1936 que le gouvernement fédéral australien soit lié par l'article 92, qui porte autant sur les relations entre la population des divers États que sur le commerce. La Constitution allemande autorise la législation fédérale à restreindre les droits à la libre circulation des personnes, dans certains cas bien particuliers, la lutte contre le crime.

Aux États-Unis, il n'existe aucune restriction d'ordre général sur les pouvoirs fédéraux en matière de commerce inter-États. Les droits fondamentaux prévus dans la Constitution, comme la liberté de parole, imposent toutefois certaines limites à son action. Néanmoins, le Congrès a pu se servir du contrôle qu'il exerce sur la poste pour rendre la législation fédérale encore plus efficace. En 1934 notamment, il adoptait le *Securities Exchange Act* interdisant l'accès aux circuits commerciaux entre les États et à la poste aux négociants qui refusaient de s'inscrire aux termes de la Loi. La Constitution contient certaines restrictions spécifiques. Elle stipule notamment que tous les droits de douanes, d'importation et d'accise doivent être uniformes sur tout le territoire des États-Unis. Les taxes directes autres que l'impôt sur le revenu doivent être prélevées en proportion de la population. Aucun règlement commercial ou fiscal ne doit établir de distinction entre les

ports d'un État et ceux d'un autre. Il est interdit de prélever des droits sur les articles exportés d'un quelconque État. On peut donc présumer que le Congrès ne peut taxer les exportations.

En Suisse, la libre circulation commerciale et industrielle est garantie, sous réserve de mesures législatives fédérales qui pourront être promulguées en application de la Constitution. Les autorités fédérales suisses sont donc tenues de respecter ce principe, mais elles peuvent y déroger pour un motif raisonnable, dans les limites de leurs pouvoirs législatifs. La proposition du gouvernement canadien visant un renforcement de l'article 121 aurait le même effet.

La Constitution australienne s'inspire en grande partie de la Constitution américaine et reprend certaines de ses restrictions spécifiques. Le régime fiscal du Commonwealth ne peut établir de distinction entre États ou partie d'État; les primes à la production ou à l'exportation de marchandises doivent être uniformes dans tout le Commonwealth et celui-ci ne peut, par une loi ou un règlement d'ordre fiscal ou commercial, accorder un traitement préférentiel à un État ou à une partie d'État. Cette dernière restriction n'a pas manqué de susciter des problèmes, mais on a réussi à les atténuer en donnant une interprétation très large du pouvoir qu'a le Commonwealth d'accorder des subventions aux États, aux conditions qu'il juge nécessaires.

Par suite d'une décision des tribunaux, le Commonwealth est assujetti depuis 1936, de la même façon que les États, à la garantie de la libre circulation commerciale contenue dans l'article 92. En conséquence, il a été incapable de créer des monopoles nationaux dans les secteurs bancaires et aériens, et ses pouvoirs sont limités dans le domaine de la commercialisation des produits agricoles. En général, toute mesure législative du Commonwealth ayant pour effet d'entraver indûment le droit d'une personne de se livrer au commerce interprovincial sera jugée inconstitutionnelle en vertu de l'article 92. Les opinions sont partagées en Australie quant à savoir si le Commonwealth devrait être tenu de respecter l'article 92. Les gouvernements travaillistes, aux deux paliers, sont généralement contre cette restriction, tandis que les gouvernements conservateurs sont en faveur ou ne s'y opposent pas avec force.

En Allemagne, les pouvoirs fédéraux en ce qui concerne le commerce interprovincial n'ont fait l'objet d'aucune restriction, hormis les limites imposées par les droits fondamentaux, lesquels ne comprennent pas le droit de se livrer au commerce inter-États.

Ce tour d'horizon des autres fédérations laisse donc entrevoir un paysage assez varié. Les autorités fédérales américaines et allemandes

disposent de pouvoirs pratiquement illimités sur le commerce inter-États. Les autorités suisses ont également de larges pouvoirs, mais elles se sont engagées à respecter le principe de la libre circulation. Ce n'est qu'en Australie que l'autorité du gouvernement fédéral est sensiblement circonscrite, et même là, le gouvernement actuel semble capable de s'accommoder des limites particulières qui lui ont été imposées par les tribunaux.

La liberté d'action relative dont jouissent les autorités fédérales dans les autres fédérations en ce qui concerne le commerce inter-États reflète la différence essentielle qui existe entre les responsabilités politiques fédérales et celles des provinces. La plupart du temps, les controverses que soulèvent les barrières imposées par le gouvernement fédéral peuvent, et devraient, être résolues par les mécanismes politiques fédéraux habituels. Les barrières provinciales, par contre, ne laissent pas prise aux pressions politiques de la plupart de ceux qui sont les plus touchés. Une garantie liant les gouvernements provinciaux plutôt que le Parlement peut donc se justifier plus facilement.

Tout bien considéré, il semble que les autorités fédérales, au Canada, devraient pouvoir bénéficier d'une assez grande liberté d'action lorsqu'il s'agit de prendre des mesures à l'égard du commerce inter-États, sous réserve éventuelle d'un engagement, comme en Suisse, à ne s'écarter du principe de la libre circulation que lorsque cela s'impose. Étant donné la taille restreinte du marché canadien, le rôle important que joue le secteur gouvernemental et l'influence qu'il exerce, cette limitation des pouvoirs fédéraux s'impose probablement.

Au moment des discussions constitutionnelles qui se sont déroulées au Canada en 1980, certaines provinces ont pris la défense des régimes discriminatoires qu'elles imposaient aux résidents et aux fournisseurs d'autres provinces en affirmant que, si le gouvernement fédéral pouvait faire de la discrimination, notamment en dépensant plus dans une province que dans une autre, et si les politiques fédérales pouvaient avoir des effets inégaux, les gouvernements provinciaux devaient pouvoir en faire autant.

On voit mal un gouvernement provincial avancer de tels arguments dans une autre fédération. Ils s'inscrivent dans le cadre du défi politique que lancent actuellement les provinces aux autorités fédérales dans tous les domaines de compétence mixte, et parfois même dans les domaines de compétence uniquement fédérale. La discrimination dont elles font preuve à l'égard des entités extra-provinciales est considérée dans toutes les autres fédérations comme étant contraire aux règles du jeu, même lorsqu'elle est tolérée en pratique.

Par ailleurs, la discrimination fédérale à l'égard des provinces ou des États est la caractéristique d'une fédération en action et constitue même une des raisons pour lesquelles on donne des pouvoirs à une autorité fédérale. Le programme canadien de péréquation inconditionnelle, qui n'a jamais soulevé une très grande controverse, en constitue un exemple. Cela ne veut pas dire qu'il faille permettre n'importe quelle mesure fédérale discriminatoire. Par exemple, les droits à la libre circulation devraient lier globalement tous les gouvernements. Mais cela signifie qu'une discrimination normale dans une fédération, qui reçoit l'appui politique de la législature nationale, ne peut logiquement servir à justifier la discrimination provinciale à l'égard d'autres Canadiens.

5. Quelles sont les dérogations provinciales aux droits à la libre circulation et à l'article 121 qui devraient être admissibles?

Les pages consacrées aux États-Unis et à la C.E.E. dans la deuxième partie revêtent ici un intérêt particulier.

En ce qui concerne le commerce inter-États, c'est habituellement dans le domaine du «pouvoir de police» des États, qui touche la santé, la sécurité, la moralité et l'ordre public, que les dérogations sont autorisées. Aux États-Unis, ces mesures législatives sont admissibles à moins que les restrictions n'imposent un fardeau excessif au commerce inter-États, compte tenu des avantages locaux, et qu'elles ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire. Par ailleurs, le Congrès peut toujours légiférer. Les mesures protectionnistes sont invalidées. Les États ont des pouvoirs spéciaux en ce qui concerne les alcools.

Les États sont autorisés à prescrire une période minimale de résidence aux membres des professions libérales, mais la nature de la discrimination doit avoir un rapport raisonnable avec l'intérêt légitime qu'a l'État à réglementer et à contrôler les professions.

En Suisse, les cantons peuvent exiger des frais de scolarité supérieurs des étudiants de l'extérieur, malgré l'article 60 qui stipule que tous les citoyens suisses doivent être traités équitablement. Le traitement équitable est actuellement garanti par des dispositions administratives entre les cantons.

Dans toutes les fédérations et au sein de la C.E.E. — sauf aux États-Unis, où un État peut accorder un traitement préférentiel à ses citoyens, lorsqu'il s'agit de combler des postes de l'administration — toute discrimination envers les travailleurs d'un autre État est interdite, quel que soit le taux de chômage de l'endroit. Il est également interdit de faire preuve de discrimination envers les citoyens de l'extérieur désireux d'acheter des terrains, bien que la portée exacte de la disposition pertinente du Traité de la C.E.E. ne soit pas claire.

En ce qui concerne le commerce inter-États, c'est habituellement dans le domaine du «pouvoir de police» des États, qui touche la santé, la sécurité, la moralité et l'ordre public, que les dérogations sont autorisées. Aux États-Unis, ces mesures législatives seront maintenues à moins que les restrictions n'imposent un fardeau excessif au commerce inter-États, compte tenu des avantages locaux, et qu'elles ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire. Par ailleurs, le Congrès peut toujours légiférer. Les mesures protectionnistes sont invalidées. Les États ont des pouvoirs spéciaux en ce qui concerne les alcools.

Au sein de la C.E.E., comme aux États-Unis, certaines dérogations sont autorisées au titre du pouvoir de police. La discrimination est permise, mais elle ne doit pas être arbitraire ou constituer une restriction déguisée du commerce. Les mesures ne doivent pas non plus entraver le commerce plus qu'il n'est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif souhaité. Tout produit qui répond aux exigences de fabrication d'un État devrait être accepté par les autres États, à moins d'une raison impérieuse. En principe, les régimes d'achat privilégiant les fournisseurs locaux sont interdits, mais le Conseil peut décréter certaines exemptions, pour des considérations artistiques notamment, ou en cas d'urgence.

Le rôle d'arbitre que les tribunaux sont appelés à jouer lorsque les besoins du commerce inter-États et le pouvoir de police s'opposent, inquiète certains juges américains. Ils reconnaissent toutefois que le Congrès peut, s'il le désire, exercer ses pouvoirs dans ce domaine en tant qu'ultime responsable.

Au sein de la C.E.E., les tribunaux semblent moins s'interroger. L'article 95, qui interdit les impositions internes discriminatoires sur les marchandises importées, occasionnent parfois des difficultés d'interprétation, mais la Cour de justice a néanmoins soutenu que cet article avait un effet direct, c'est-à-dire qu'il devait être appliqué par les tribunaux nationaux. Bien que cette disposition suppose l'évaluation de facteurs économiques, a-t-elle souligné, cela n'exclut pas que les tribunaux nationaux ont le droit et le devoir de veiller à ce que les règles du Traité soient respectées chaque fois que sont réunies les conditions nécessaires à l'application de l'article[18].

6. Quelles sont les dispositions constitutionnelles ou les mesures administratives qui seraient nécessaires pour harmoniser les législations des États que n'interdisent pas les droits à la libre circulation ou une garantie comme celle de l'article 121, mais qui nuisent au bon fonctionnement de l'union économique?

La C.E.E., qui n'a pas de gouvernement fédéral et dont l'organisation politique est assez vague, a jugé prudent d'énoncer avec précision les obligations des États membres dans les divers traités. En outre, afin que le renforcement des liens économiques puissent se traduire par une union politique plus étroite, elle a procédé à une harmonisation systématique des législations des États membres qu'elle considère essentielle au bon fonctionnement du marché commun. Les mesures législatives harmonisées sont habituellement celles qui ont un effet direct sur le coût d'exploitation. La Communauté s'est donc attaquée à des problèmes qui demeurent irrésolus au Canada et dans les quatre autres fédérations.

Les dispositions des traités de la C.E.E. et les mesures d'harmonisation sont expliquées plus en détail dans la deuxième partie de la présente étude. Voici quelques exemples qui présentent un intérêt particulier:

- La politique de concurrence a un rôle clé à jouer.

- Les monopoles de l'État, les entreprises publiques et les aides accordées par les États font l'objet de dispositions précises. Certaines mesures d'aide doivent être communiquées au préalable à la Commission, et les particuliers peuvent intenter des poursuites lorsqu'un État membre faillit à cette obligation.

- Les aides accordées par les États doivent respecter les grandes orientations de la politique industrielle de la Communauté.

- La Communauté tente de normaliser la fiscalité des sociétés et de confiner les taux d'imposition dans une fourchette commune.

- Sauf exceptions d'ordre mineur, il est interdit aux États membres d'accorder aux agriculteurs une aide financière qui ne s'inscrit pas dans le cadre de la politique agricole commune.

- Diverses mesures ont été adoptées pour garantir la transférabilité des régimes de retraite et de diverses autres prestations sociales.

- L'égalité des hommes et des femmes sera consacrée par la sécurité sociale d'ici 1984.

- On tente d'en arriver à une entente sur le droit des sociétés et le droit commercial.

- Dans le domaine de la médecine, les diplômes sont reconnus réciproquement.

- Les étudiants des pays de la Communauté acquittent les mêmes frais de scolarité que les étudiants nationaux.

- Un permis de conduire communautaire sera délivré d'ici 1986.

On peut aussi trouver des idées pour de nouvelles dispositions constitutionnelles ou mesures coopératives dans les autres fédérations. Aux États-Unis et en Suisse, la normalisation est difficile en raison du grand nombre d'États. Les cantons suisses collaborent néanmoins de façon étroite dans nombre de domaines, notamment pour le contrôle des médicaments. En Allemagne, la plupart des mesures législatives émane du gouvernement fédéral. Les accords conjoints visant le développement régional ne manquent toutefois pas d'intérêt. En Australie, le programme mixte fédéral-provincial pour la réglementation des sociétés et des valeurs mérite également d'être étudié par le Canada.

7. Les échanges interprovinciaux devraient-ils faire l'objet de dispositions particulières afin de protéger l'autonomie des provinces sur le plan des richesses naturelles?

Ce sujet a été abordé à la conférence de 1980 et nous avons déjà mentionné le rapport que le premier ministre a déposé relativement aux différences qui existaient entre la position du gouvernement fédéral et celle des provinces. Dans le contexte de la résolution de rapatriement de la Constitution, le gouvernement canadien avait l'intention d'exclure toute nouvelle disposition propre à augmenter les pouvoirs d'un quelconque palier de gouvernement. Toutefois, afin de se ménager de nouveaux appuis, notamment celui du Nouveau Parti Démocratique et des provinces de l'Ouest, il incluait éventuellement dans la résolution une disposition accordant des pouvoirs supplémentaires aux provinces dans le secteur des richesses naturelles (voir l'annexe 3).

La nouvelle disposition accorderait aux provinces:

- une compétence exclusive pour légiférer dans les domaines de la prospection de leurs ressources naturelles non renouvelables, et de l'exploitation, de la conservation et de la gestion de ces ressources, des ressources forestières et de l'énergie électrique;

- une compétence concurrente, avec primauté fédérale, sur le commerce interprovincial de ces produits, sous réserve de ne pas adopter de loi autorisant des disparités de prix ou des

disparités dans les exportations vers une autre partie du Canada;

- le pouvoir de prélever des taxes indirectes sur ces produits, pourvu que cette taxation n'établisse pas de distinction entre la production exportée dans une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

Ces nouvelles dispositions auraient probablement les effets suivants:

- Dans la mesure où la nouvelle compétence exclusive des provinces limite la portée des pouvoirs fédéraux en ce qui concerne le commerce et les échanges interprovinciaux, les provinces seraient protégées contre toute ingérence de la législation fédérale. On verrait mieux dans quelle mesure les provinces peuvent prendre des initiatives qui se traduisent par une diminution des expéditions vers l'extérieur de leur territoire.

- Pour invalider une mesure législative provinciale concernant le commerce interprovincial, le gouvernement fédéral serait obligé de déposer un projet de loi devant le Parlement. À l'heure actuelle, il peut simplement faire appel aux tribunaux.

- Les dispositions relatives à la taxation indirecte permettrait aux provinces d'imposer comme elles l'entendent des taxes sur les produits qui sont surtout exportés sans craindre qu'elles ne soient invalidées.

Dans quelle mesure les États des autres fédérations jouissent-ils de tels pouvoirs?

En Allemagne et en Suisse, les ressources naturelles en question ne revêtent pas une importance aussi grande pour chaque État, contrairement à ce qui se passe au Canada. En Allemagne, le charbon et les forêts, qui ont une certaine importance, font l'objet d'une législation commerciale exclusivement fédérale. Le pouvoir de prélever certaines taxes indirectes, comme des taxes d'accise, est partagé. En Suisse, l'hydro-électricité est importante de même que les forêts. Les rivières, lacs et montagnes sont la propriété des cantons et l'utilisation de l'hydro-électricité doit faire l'objet d'un permis délivré par les cantons. Toutefois, l'exploitation des ressources hydro-électriques et des forêts est placée sous la haute surveillance de la Confédération. Le commerce est protégé par la garantie du libre-échange ainsi que par la législation fédérale. Le pouvoir de prélever des taxes indirectes est partagé.

Aux États-Unis, les autorités fédérales disposent de relativement plus de pouvoir qu'au Canada en ce qui concerne la propriété des ressources naturelles et des terres. La plus grande partie des territoires situés à l'ouest d'une ligne qui passe par Brandon (Manitoba) appartient au gouvernement fédéral. Ce dernier contrôle également les droits sur les ressources hydriques dans tous les États-Unis. Les États sont moins souvent propriétaires de ressources naturelles qu'au Canada, mais ils ne retirent pas moins d'importantes recettes des ressources comme le pétrole et le gaz, surtout sous forme de taxes à l'extraction, mais également de redevances. Le commerce entre États relève de la législation fédérale.

En Australie, les États détiennent une importante participation dans les ressources naturelles, de même que le Commonwealth sur les ressources au large des côtes. Le commerce inter-États est un secteur de compétence concurrente, avec primauté du gouvernement fédéral, qui est assujetti à la garantie de l'article 92. Il est interdit aux États de prélever des taxes d'accise, mais ils peuvent tirer des revenus de l'exploitation des ressources par le truchement des redevances, des tarifs ferroviaires, des permis et de l'obligation faite aux sociétés minières de financer ou d'exécuter des travaux d'infrastructure.

On constate donc que dans les autres fédérations, les États n'ont aucune compétence particulière relativement au commerce des ressources. La compétence concurrentielle accordée aux provinces canadiennes par la résolution excédera celle dont jouissent les États des quatre autres fédérations, à l'exception peut-être de l'Australie; dans ce pays, toutefois, la garantie de l'article 92 a un effet plus restrictif que l'article 121 de la Constitution canadienne. Dans les fédérations où les ressources sont relativement importantes, les États ont le pouvoir d'imposer des taxes indirectes. C'est le cas aux États-Unis, mais non en Australie.

Le traitement particulier revendiqué pour les richesses naturelles au Canada, dans le contexte du commerce interprovincial et des pouvoirs de taxation, semble découler de l'importance particulière qu'ont les recettes tirées de l'exploitation des ressources pour l'économie et le budget de certaines provinces[19] et il est donc lié au désir des provinces de jouir d'une grande autonomie en matière économique. Les provinces bénéficient déjà d'une plus grande autonomie que tous les États des autres fédérations qui possèdent d'importantes richesses naturelles.

Force est donc de constater que les dispositions spéciales revendiquées par les provinces et l'acquiescement du gouvernement fédéral à leur endroit ne peut s'expliquer qu'en termes de *realpolitik*. Les provin-

ces ont réussi à entourer leur compétence sur les ressources naturelles d'une certaine mystique, à lui conférer un caractère d'inviolabilité qui leur a été très utile.

8. Une province désireuse de réduire les disparités régionales sur son territoire devrait-elle pouvoir porter atteinte à la libre circulation?

Les divers projets de texte constitutionnel déposés à la Conférence de 1980 auraient autorisé une province à déroger à la clause des droits à la libre circulation et à la garantie de l'article 121 lorsqu'il s'agissait d'une loi visant à diminuer les disparités régionales sur son territoire propre, pourvu que cette loi ne porte pas plus préjudice aux personnes, aux biens etc., de l'extérieur de la province qu'aux personnes et biens de l'intérieur.

Tous ne voyaient pas cette proposition d'un bon œil. Selon un document présenté par la Saskatchewan, certaines politiques provinciales destinées à favoriser le développement d'une partie de la province pourraient avoir un effet discriminatoire très sérieux, non seulement sur le reste de la province, mais aussi sur le reste du Canada[20].

Aucune disposition comparable ne figure dans la constitution des autres fédérations. En Suisse, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas entravée par les limites cantonales; il faut admettre toutefois que les cantons ont des superficies très restreintes. Aux États-Unis, on a jugé que le droit de voyager s'appliquait aux déplacements à l'intérieur de chaque État autant qu'entre eux. Dans la C.E.E., le droit à la libre circulation des nationaux des États membres ne peut faire l'objet de restrictions au sein d'un État membre: une fois admis dans le pays, leurs déplacements à l'intérieur de ce pays ne peuvent être limités[21].

La proposition visant à permettre certaines restrictions intra-provinciales au Canada a pour but de donner une plus grande liberté d'action aux gouvernements provinciaux en matière de développement régional et de programmes d'action positive destinés à aider les catégories désavantagées à se hisser au niveau du reste de la province. Il est tout probable que chaque gouvernement provincial dispose déjà de suffisamment de moyens pour ce faire, sans qu'il soit nécessaire d'entraver le libre échange ou, encore pis, de porter atteinte aux droits à la libre circulation des personnes. Il est heureux que les droits à la libre circulation prévus dans la résolution de rapatriement ne fassent pas l'objet de telles restrictions.

CONCLUSIONS

Les conclusions générales qui se dégagent sont les suivantes: au Canada, le rapport qui existe entre l'unité économique et l'unité politique a été reconnu, mais on ne l'a pas suffisamment fait ressortir dans les débats publics. Les dispositions constitutionnelles et les mesures administratives portant sur la libre circulation ne pourront garantir l'unité, mais elles peuvent contribuer à la favoriser et à prévenir la désintégration du pays. Les dispositions et arrangements administratifs actuels au Canada protègent moins la libre circulation que dans les autres fédérations, et parfois même au sein de la C.E.E. Les barrières intérieures actuelles et celles qui sont susceptibles d'être érigées constituent un problème plus sérieux au Canada que dans les autres fédérations.

Nous venons de mettre en lumière certains problèmes, en nous inspirant surtout des discussions intergouvernementales qui se sont déroulées en 1980. Dans les paragraphes qui suivent, nous tirons les conclusions qui s'imposent.

1. Étant donné la relation étroite entre l'unité économique et l'unité politique, et le fait que le secteur secondaire canadien produit surtout pour le marché intérieur, qui est assez restreint, on peut affirmer à juste titre que la libre circulation pose, et risque de poser des problèmes suffisamment sérieux pour justifier de nouvelles dispositions constitutionnelles qui ne se limiteraient pas à un engagement strictement volontaire à collaborer.

2. (a) Ces nouvelles dispositions constitutionnelles pourraient légitimement comprendre un accroissement des pouvoirs fédéraux. Dans les quatre autres fédérations, les autorités fédérales disposent de pouvoirs supérieurs à l'égard du commerce inter-États et de la politique de concurrence. Leur compétence est également plus grande dans les domaines qui ont un effet indirect sur le commerce. Il est particulièrement important que le gouvernement fédéral ait des pouvoirs suffisants dans le secteur de la politique de concurrence.

   (b) Le droit des citoyens à la libre circulation est consacré dans les quatre autres fédérations et dans la C.E.E. L'existence de droits réels et un article 121 garantissant vraiment la libre circulation favoriseraient l'unité nationale et auraient pour effet de garantir des chances égales à tous les Canadiens au plan commercial, partout au pays. On peut comprendre l'inquiétude des provinces à l'égard de l'interprétation que pourraient donner les tribunaux de la garantie et des droits à la libre

circulation. Les tribunaux étrangers sont toutefois parvenus à rendre des décisions raisonnables et il devrait être possible d'apaiser les craintes des provinces par un texte plus long. La résolution de rapatriement prévoit bien des droits à la libre circulation, mais la clause dérogatoire, dont les provinces qui connaissent un taux de chômage supérieur à la moyenne pourront se prévaloir, constitue un phénomène inconnu dans les autres fédérations ainsi que dans la C.E.E., et cela pourrait entraîner un affaiblissement sérieux des droits en question.

(c) L'accroissement des pouvoirs fédéraux et le renforcement de la garantie de l'article 121 se compléteraient avantageusement. Ces deux mesures sont nécessaires parce que la seule garantie ne pourrait pas se substituer à des pouvoirs fédéraux accrus dans le secteur de la politique de concurrence. En outre, les seuls pouvoirs fédéraux ne pourraient suffire, sans doute, dans le cas de certaines barrières importantes, étant donné les limites juridiques dont font l'objet les pouvoirs fédéraux exclusifs et les contraintes politiques qui affecteraient probablement le recours à tout nouveau pouvoir fédéral concurrent.

(d) Il serait peu sage de donner à un organisme fédéral-provincial politique le pouvoir d'invalider ou d'anticiper les décisions judiciaires constatant une infraction à la garantie. D'une part, un trop grand nombre de questions pouvant être réglées définitivement par les tribunaux deviendraient l'objet de négociations et de conflits politiques continuels. D'autre part, les provinces semblent relativement peu intéressées à enrayer les frontières intérieures. Si l'on craint que les interprétations judiciaires soient trop inflexibles, on pourrait permettre au Parlement d'autoriser des exceptions à l'application de la garantie dans certaines circonstances limitées. La Constitution suisse accorde de tels pouvoirs discrétionnaires, de même que la constitution allemande, dans le cas de la libre circulation des personnes, qui est pourtant un droit fondamental.

3. Il est possible que la garantie renforcée de l'article 121 ne doive pas seulement être appliquée lorsqu'il y a discrimination, mais aussi lorsque le commerce inter-États est gêné indûment et lorsque les dérogations adoptées n'ont pas «l'effet le moins contraignant possible» sur le commerce. Elle devrait pouvoir s'appliquer aux monopoles des entreprises d'État ainsi qu'aux régimes préférentiels d'achat.

4. La législation fédérale devrait respecter les droits à la libre circulation ainsi que la garantie, mais elle ne devrait pas y être

tenue dans certaines circonstances bien précises ou lorsqu'une procédure particulière est invoquée. Ces circonstances et cette procédure pourraient être inscrits dans la Constitution ou dans la législation fédérale.

5. Les provinces devraient pouvoir, par le moyen des interprétations des tribunaux, déroger à la garantie et aux droits à la libre circulation dans leur législation, lorsque la discrimination n'a pas un caractère hostile, lorsqu'un intérêt provincial légitime est en jeu et lorsque la dérogation est proportionnelle au but poursuivi, sans plus.

6. Certaines dispositions devraient figurer dans la Constitution et divers mécanismes intergouvernementaux devraient exister qui permettraient d'harmoniser les mesures législatives et les initiatives gouvernementales qui ne sont pas interdites par les droits à la libre circulation ou une garantie aux termes de l'article 121, mais qui n'en gênent pas moins le fonctionnement de l'union économique. Les aides accordées par les États en sont un exemple. Les mesures prises par la C.E.E. revêtent ici un intérêt particulier. La législation fiscale et les taux d'imposition auxquels sont assujetties les sociétés devraient idéalement être uniformes dans tout le pays, ou ne connaître que des divergences mineures, grâce peut-être à une législation-cadre fédérale.

   Une deuxième solution consisterait à adopter un code de conduite pour toutes les mesures de stimulants à l'implantation des entreprises, le gouvernement fédéral étant autorisé à invalider ces mesures, comme en Suisse. Le droit des sociétés et les lois régissant les titres pourraient être harmonisés, en reprenant peut-être la démarche australienne.

   Les diplômes médicaux, permis de conduire, etc. devraient être reconnus par toutes les provinces, comme c'est le cas au sein de la C.E.E. Une commission permanente indépendante pourrait être créée, qui serait chargée de présenter aux gouvernements fédéral et provinciaux des propositions à ce sujet, ainsi que sur toutes les questions qui touchent la libre circulation commerciale. Il serait également possible de lui attribuer des pouvoirs de surveillance dans le domaine de la politique de concurrence, comme on l'a fait pour la Commission des monopoles allemande.

7. Dans toutes les fédérations étudiées dans la présente étude, y compris celles où les ressources naturelles sont importantes pour les États, ceux-ci n'ont aucune compétence particulière en

ce qui concerne le commerce des richesses naturelles, et l'autorité fédérale ne souffre d'aucune limitation. La plupart des analystes canadiens semble d'accord pour dire que les pouvoirs fédéraux dans le domaine de la libre circulation commerciale sont déjà trop faibles. Force est donc de constater que les dispositions spéciales revendiquées par les provinces et l'acquiescement du gouvernement fédéral à leur endroit ne peuvent s'expliquer qu'en termes de *realpolitik*.

8. Les provinces ne devraient pas pouvoir déroger aux garanties constitutionnelles de libre circulation afin de réduire les disparités régionales à l'intérieur de leur territoire respectif. Il serait préférable d'adopter d'autres méthodes.

Les difficultés d'ordre pratique que pose l'adoption de ces conclusions dans le contexte politique actuel au Canada sont abordées dans le Résumé.

ANNEXE 1

DISPOSITIONS ACTUELLES DE L'A.A.N.B.

Article 91

Le Parlement a le pouvoir exclusif de légiférer relativement à:

2. La réglementation du trafic et du commerce.

Article 92

Les législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de légiférer relativement à:

2. La taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

5. L'administration et la vente de terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent;

13. La propriété et les droits civils dans la province;

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

Article 121

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

ANNEXE 2

PROPOSITIONS DÉPOSÉES À LA CONFÉRENCE FÉDÉRALE-PROVINCIALE DES PREMIERS MINISTRES DE SEPTEMBRE 1980 [22]

1. Extrait du document 800-14/061. Texte légal formant annexe à un rapport du Comité permanent des ministres sur la Constitution destiné aux premiers ministres. Ce texte diffère surtout du «projet fédéral révisé pour l'article 121» (voir plus bas) en ce qu'il comprend l'alinéa (4)a) et le paragraphe (7), et que dans le paragraphe (5), il n'est pas fait mention du paragraphe (4).

Avant-projet 1-L'union économique

121 (1) Ni le Canada ni aucune autre province ne devra par des lois ou des pratiques établir une discrimination d'une manière qui nuise indûment au fonctionnement de l'union économique canadienne d'après la province ou le territoire de résidence ou d'ancienne résidence d'une personne, d'après la province ou le territoire d'origine ou de destination des biens, services et capitaux, ou d'après la province ou le territoire dans lequel les biens, services ou capitaux sont importés ou exportés.

(2) Aucune partie du paragraphe (1) ne rend invalide une loi du Parlement ou d'une législature adoptée dans l'intérêt public en matière de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité.

(3) Le paragraphe (1) n'invalide aucune loi du Parlement adoptée
   (a) conformément aux principes de péréquation ou de développement régional reconnus à l'article—; ou[23]
   (b) en une matière que le Parlement déclare par le texte en cause dans l'intérêt supérieur du pays.

(4) Le paragraphe (1) n'invalide aucune loi d'une législation
   (a) prévoyant des exigences raisonnables de résidence pour l'admissibilité à l'obtention de biens ou de services fournis publiquement;
   (b) portant sur la réduction d'une inégalité économique entre les régions de la province en cause, à condition que ces règles n'établissent pas de distinction susceptible de désavantager, par rapport à ceux de la province, les personnes qui n'y résident ou ni résidaient pas, ou les marchandises, services ou capitaux qui n'en sont pas originaires.

(5) Les paragraphes (2) ou (3) n'ont pas pour effet de valider une loi du Parlement ou d'une législature entravant l'entrée

en franchise dans une province de marchandises, services ou capitaux, directement ou après importation, provenant d'une autre province ou d'un autre territoire.

(6) Le présent article n'a pas pour effet d'élargir la compétence législative du Parlement ou d'une législature.

(7) Une loi ou pratique du Parlement ou d'une législature qui est jugée incompatible avec le paragraphe (1) par le verdict final d'un tribunal de juridiction compétente sera maintenue et jugée valide et en vigueur à moins d'être abrogée ou annulée, durant les six mois qui suivront la date du jugement, et durant ce temps, (la nouvelle deuxième Chambre) étudiera la loi, et si (la nouvelle deuxième Chambre) ratifie la loi ou pratique comme étant une politique publique acceptable malgré sa non conformité au paragraphe (1), la loi demeurera valide par la suite.

2. Annexes au document 800-14/029: l'analyse du gouvernement de la Saskatchewan des propositions fédérales.

Annexe I—Projet fédéral révisé sur la libre circulation et d'établissement

16. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer dans le pays et d'en franchir les frontières.

(2) Au Canada, chacun a le droit

(a) de se déplacer et d'établir sa résidence dans toute province; et
(b) d'acquérir des biens et de gagner sa vie dans toute province.

(3) Les droits précisés au paragraphe (2) sont soumis:

(a) aux lois et usages d'application générale qui sont en vigueur dans la province et qui n'établissent pas de distinction entre les personnes uniquement sur la base de leur province de résidence actuelle ou ancienne, et
(b) à toutes les autres lois mentionnées aux paragraphes (4) et (5) de l'article 121 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique.*

Annexe II—Projet fédéral révisé pour l'article 121

121 (1) Le Canada forme une union économique au sein de laquelle la libre circulation des personnes est assurée sans distinction aucune fondée sur la province ou le territoire de résidence antérieurs ou actuels, ainsi que la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux sans

distinction aucune fondée sur la province ou le territoire d'origine ou de destination, ou d'importation ou d'exportation.

(2) Aucune loi ni aucun usage du Canada ou d'une province ne doit établir de distinction qui déroge au principe énoncé au paragraphe (1).

(3) Le paragraphe (2) n'invalide aucune loi du Parlement ou d'une législature adoptée dans l'intérêt public en matière de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité.

(4) Le paragraphe (2) n'invalide aucune loi du Parlement adoptée

a) conformément aux principes de péréquation et de développement régional reconnus à l'article—; ou[24]

b) en une matière que le Parlement déclare dans le texte en cause être dans l'intérêt supérieur du pays.

(5) Le paragraphe (2) n'invalide aucune loi d'une législature portant sur la réduction d'inégalités économiques entre les régions de la province en cause, à condition que ces règles n'établissent pas de distinction susceptible de désavantager, par rapport à ceux de la province, les personnes qui n'y résident ou qu'y ni résidaient pas, ou les marchandises, services ou capitaux qui n'en sont pas originaires.

(6) Les paragraphes (3), (4) et (5) n'ont pas pour effet de valider une loi du Parlement ou d'une législature entravant l'entrée en franchise dans une province de marchandises, services ou capitaux, directement ou après importation, provenant d'une autre province ou d'un autre territoire.

(7) Le présent article n'a pas pour effet d'attribuer une compétence législative au Parlement ou à une législature.

Annexe III—Projet proposé par le gouvernement fédéral relativement à une partie de l'article 91

1. Ajouter les chefs de compétence suivants à l'article 91, immédiatement après l'article 91.2:

2.1 La concurrence

2.2 La normalisation des produits dans l'ensemble du pays.

2. Ajouter les paragraphes suivants à l'article 91:

(2) En vue d'une plus grande certitude, «la réglementation des échanges et du commerce» mentionnée au paragraphe (1)

comprend la réglementation des échanges et du commerce des biens, des services et des capitaux.

(3) La compétence législative que les paragraphes 91 (2.1) et (2.2) confèrent au Parlement n'invalide pas une loi d'une législature qui n'est pas en conflit avec une loi du Parlement adoptée en vertu de ces points.

ANNEXE 3

EXTRAITS DE LA RÉSOLUTION CONCERNANT LA CONSTITUTION DU CANADA ADOPTÉE PAR LA CHAMBRE DES COMMUNES LE 2 DÉCEMBRE 1981

LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1981

PARTIE I ANNEXE B

CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

(a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;
(b) de gagner leur vie dans toute province,

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

(a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;
(b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

Note: L'article 30 de la Charte affirme que toute référence à une province dans la Charte sera censée comprendre le Territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest.

PARTIE VI, MODIFICATION DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867

50. *La Loi constitutionnelle de 1867 (antérieurement désignée sous le titre Acte de l'Amérique du Nord britannique 1867) est modifiée par l'insertion, après l'article 92, de la rubrique et de l'article suivants:*

«Ressources naturelles non renouvelables, ressources forestières et énergie électrique

92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:

(a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;
(b) exploration, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire.
(c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(2) La législature de chaque province a compétence pour légiférer en ce qui concerne l'exportation hors de la province, à destination d'une autre partie du Canada, de la production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production d'énergie électrique de la province, sous réserve de ne pas adopter de lois autorisant ou prévoyant de disparités des prix ou des disparités dans les exportations destinées à une autre partie du Canada;

(3) Le paragraphe (2) ne porte pas atteinte au pouvoir du Parlement de légiférer dans les domaines visés à ce paragraphe, les dispositions d'une loi du Parlement adoptée dans ces domaines l'emportant sur les dispositions incompatibles d'une loi provinciale;

(4) La législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation

(a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée;
(b) des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique ainsi que de cette production même,

Cette compétence peut s'exercer indépendamment du fait que la production en cause soit ou non, en totalité ou en partie, exportée hors de la province, mais les lois adoptées dans ces domaines ne peuvent

autoriser ou prévoir une taxation qui établisse une distinction entre la production exportée à destination d'une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

(5) L'expression «production primaire» a le sens qui est donné dans la sixième annexe.

(6) Les paragraphes (1) à (5) ne portent pas atteinte aux pouvoirs ou droits détenus par la législature ou le gouvernement d'une province lors de l'entrée en vigueur du présent article.»

51. Ladite loi est en outre modifiée par adjonction de l'annexe suivante:

«SIXIÈME ANNEXE

Production primaire tirée des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières

1. Pour l'application de l'article 92A.

(a) on entend par production primaire tirée d'une ressource naturelle non renouvelable

(i) soit le produit qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel

(ii) soit le produit non manufacturé de la transformation, du raffinage ou de l'affinage d'une ressource, à l'exception du produit de raffinage du pétrole brut, du raffinage du pétrole brut lourd amélioré, du raffinage des gaz ou des liquides dérivés du charbon ou du raffinage d'un équivalent synthétique du pétrole brut;

(b) on entend par production primaire tirée d'une ressource forestière la production constituée de billots, de poteaux, de bois d'œuvre, de copeaux, de sciure ou d'autres produits primaires du bois, ou de pâte de bois, à l'exception d'un produit manufacturé en bois.»

ANNEXE 4

LISTE DE QUELQUES OUVRAGES TRAITANT DE LA QUESTION DE LA LIBRE CIRCULATION AU CANADA

Bernier, Ivan, *Les législations et pratiques relatives à la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux au Canada*, colloque Université de Montréal — McGill, 22 septembre 1979.

Breton, A., *Discriminatory government policies in federal countries*. The Private Planning Association of Canada, 1967.

Bushnell, S.I., *The Control of Natural Resources through the Trade and Commerce Power and Proprietary Rights*, in *Canadian Public Policy*, printemps 1980.

Cameron, David, *The political impact of the free movement of goods, persons, services and capital on the general process of integration: the Canadian case*, colloque Université de Montréal — McGill, septembre 1979.

Chrétien, Hon. Jean, *L'union économique du Canada et la constitution*, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980.

Grossman, Hon. L., *Interprovincial economic co-operation*, ministère ontarien de l'Industrie et du Tourisme, janvier 1981.

Hogg, P.W., *Freedom of movement of goods, persons, services and capital: Canadian case-law*, colloque Université de Montréal — McGill, 22 septembre 1979.

Maxwell, Judith et Caroline Pestieau, *Economic Realities of Contemporary Confederation*, Montréal, Institut de recherche C.D. Howe, 1980.

Proulx, Pierre-Paul, *Les effets socio-économiques de la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux sur les unités membres et la structure intégrative*, colloque Université de Montréal — McGill, septembre 1979.

Safarian, A.E., *Fédéralisme canadien et intégration économique*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Safarian, A.E., *Ten Markets or One?: Regional barriers to economic activity in Canada*, Ontario Economic Council, 1980.

Stegemann, Klaus, *Canadian Non-Tariff Barriers to Trade*, Private Planning Association of Canada, Institut C.D. Howe — Montréal, 1973, Economic Policy Series (avec annexes par Caroline Pestieau).

Trebilcook, Michael J. et al., *Restrictions on the interprovincial mobility of resources: goods, capital and labour*, colloque Université de Montréal— McGill, septembre 1979.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. A.E. Safarian, *Le Fédéralisme canadien et l'intégration économique*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 96.

2. Judith Maxwell et Caroline Pestieau, *Réalités économiques de la Confédération contemporaine*, Montréal, Institut de recherche C.D. Howe, 1980, p. 27.

3. L'honorable Jean Chrétien, *Garantir l'union économique dans la Constitution*, publié par Approvisionnements et Services Canada, 1980, page vi.

4. *Notes à l'intention de l'honorable William G. Davis,* Document 800-14/079, et *Textes légaux formant les annexes des rapports du C.P.M.C. aux premiers ministres* Document 800-14/061.

5. La nouvelle Chambre haute décrite dans le document de la Conférence 800-14/060, le Conseil des provinces, n'étant composée que de représentants provinciaux, il ne semble pas qu'elle satisfasse à cette exigence.

6. *Pouvoirs en matière économique: la position de la Saskatchewan,* document 800-14/028; et *Pouvoirs en matière économique: Une analyse des propositions fédérales*, Document 800-14/029.

7. *Textes légaux formant les annexes des rapports du C.P.M.C. aux premiers ministres,* Document 800-14/061.

8. *Projet d'allocution* de M. Lyon et M. Craik, Document 800-14/082.

9. *Notes pour une déclaration du premier ministre du Canada,* Document 800-14/038. Voir aussi *Les ressources: position de la Saskatchewan,* Document 800-14/027; et le *Meilleur avant-projet* de 1979, Document 800-14/060.

10. Ce point est examiné plus longuement par le professeur Alan Cairns dans *The Constitution, Legal and Historical Background,* ébauche du chapitre d'introduction de l'ouvrage de l'*American Entreprise Institute's* intitulé *Canada at the polls,* à paraître bientôt. Il indique, par exemple, que dans un État fédéral, le déplacement du marché est générateur de conflits intergouvernementaux.

11. Voir en particulier P.E. Nygh, *An analysis of judicial approaches to the interpretation of the commerce clause in Australia and the United States,* in *Sydney Law Review* 1965-67, pages 353 à 397.

12. Cité par Edward S. Corwin, *The Constitution,* Princeton, Université de Princeton, 1978, page 66.

13. Clifford L. Pannam, *Discrimination on the basis of State residence in Australia and the United States,* in *Melbourne Law Review,* 1967-1968, volume 6, pages 105 à 149. Les citations qui précèdent sont également tirées de ces pages.

14. Ibid.

15. Ibid.

16. Ibid.

17. Voir l'annexe 2: Première ébauche, L'union économique, article 121(7).

18. Derrick Wyatt et Alan Dashwood, *The Substantive Law of the EEC,* London, Sweet and Maxwell, 1981, page 29.

19. Voir *Ressources: la politique de la Saskatchewan,* Document déposé à la conférence des premiers ministres, septembre 1980. Document 800-14/027.

20. Document 800-14/029, septembre 1980, page 9.

21. Wyatt et Dashwood, *The Substantive Law of the EEC* page 146. La décision de la Cour concernait le lieu de résidence, mais elle semble devoir s'appliquer à la libre circulation en général.

22. Les textes légaux touchant la propriété des ressources naturelles et le commerce interprovincial ne sont pas reproduits ici. On peut les trouver dans le document 800-14/060 de la Conférence.

23. Dans le projet de résolution, cet alinéa n'est pas libellé parce que l'on attend qu'un accord constitutionnel intervienne en ce qui a trait à la péréquation et au développement régional.

24. Dans le projet révisé, cet alinéa n'est pas libellé parce que l'on attend qu'un accord constitutionnel intervienne en ce qui a trait à la péréquation et au développement régional.

DEUXIÈME PARTIE

DESCRIPTION DÉTAILLÉE DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA LIBRE CIRCULATION ADOPTÉES PAR D'AUTRES FÉDÉRATIONS ET PAR LA C.E.E.

INTRODUCTION

La présente partie du rapport se compose d'études distinctes sur quatre autres fédérations et sur la C.E.E. Elles sont présentées dans l'ordre chronologique de leurs constitutions: États-Unis, 1787 (en vigueur en 1789); Suisse, 1848; Australie, 1900 (en vigueur en 1901); Allemagne, 1949; et C.E.E., 1957.

Toutes les études, à l'exception de celle qui porte sur les États-Unis, sont présentées de la même façon, à quelques variations près. Elles commencent par un aperçu du régime fédéral, ou de la communauté dans le cas de la C.E.E., car ce n'est que dans le contexte global du cadre constitutionnel et politique que les dispositions et arrangements relatifs à la libre circulation peuvent vraiment se comprendre. Vient ensuite une description des dispositions constitutionnelles et des mécanismes administratifs qui régissent la libre circulation. Par «mécanismes administratifs», on entend les modalités pratiques d'application des dispositions constitutionnelles, par la voie de mesures législatives ou autres. Cette description ne figure pas dans l'étude consacrée aux États-Unis.

De nombreux facteurs ont une influence sur la libre circulation comme les programmes d'assurance-chômage et les régimes de péréquation des recettes et dépenses provinciales. Les études qui suivent, outre les dispositions constitutionnelles, ne portent que sur les secteurs de l'activité gouvernementale qui sont considérés partout comme étant particulièrement pertinents, par exemple la politique de concurrence, les aides accordées par les États, le droit des sociétés et la sécurité sociale. En raison du peu de temps dont nous disposions, le choix que nous avons fait a nécessairement été arbitraire; d'autres domaines, comme les communications, les brevets d'invention et les marques de commerce, sont également importants.

Il est bon de noter que les études sont rédigées dans une perspective canadienne, c'est-à-dire qu'elles s'intéressent particulièrement à des questions qui revêtent un intérêt dans le cadre de la révision actuelle des accords constitutionnels canadiens. Toutes les études ont été terminées au début de 1981. Quelques modifications leur ont été apportées durant l'été et l'automne afin de tenir compte des récentes décisions judiciaires et de divers événements survenus depuis la rédaction, mais nous n'avons pas procédé à une mise à jour systématique.

Des spécialistes originaires des pays en cause ont passé en revue chacune des études afin de corriger les erreurs de fonds ou de ton qui auraient pu s'y glisser. L'auteur assume naturellement la responsabilité de celles qui pourraient subsister.

LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Dispositions constitutionnelles régissant la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux

LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

Page

Sources et remerciements 81

Aperçu du système fédéral 83
L'évolution des pouvoirs fédéraux 85
L'augmentation des dépenses du secteur public 87
La multiplicité des subventions fédérales conditionnelles 87
Les ceintures du soleil et de la neige, l'énergie et l'aliénation de l'Ouest 89

Les dispositions constitutionnelles relatives à la libre circulation 91
Résumé 91
La Constitution américaine — éléments 95
La clause sur le commerce inter-états 95
L'origine et l'évolution de la clause sur le commerce 96
La clause sur le commerce et la réglementation gouvernementale 99
- L'agriculture 99
- Le secteur bancaire 99
- Les droits civiques 100
- Les communications 100
- Le droit des sociétés et les faillites 100
- La concurrence, y compris dans les professions libérales 101
- La criminalité 102
- La protection de l'environnement 103
- Les politiques gouvernementales d'achat 104
- Les assurances 104
- Le droit du travail et le contrôle des salaires 104
- Les ressources naturelles 105
- Le contrôle des prix 106
- Les holdings de services publics 106
- La réglementation boursière 106
- Les normes médicales, sécuritaires et techniques 107
- Les transports 107

Le rôle d'arbitre de la Cour suprême en ce qui concerne la fiscalité et le pouvoir de police des États 108
- La fiscalité des États affectant le commerce 108
- Les pouvoirs de police au sein des États 110

La souveraineté des États 112
- L'affaire de la *National League of Cities* 112
- Les subventions conditionnelles 113
- Les préférences d'achat des États et des gouvernements locaux 114
- Les subventions des États et des autorités locales 115

Les boissons alcoolisées et les cigarettes 116
La libre circulation des personnes 116
Dispositions constitutionnelles: résumé 117
L'article IV, section 2: Privilèges et immunités accordés par les États 117
• Exemples de l'application de l'art. IV, s. 2 119
Le droit de circuler 121
• L'application du droit de circuler 122
La clause sur la protection égale de la loi 124

Texte des articles constitutionnels pertinents 126

Notes de référence 129

SOURCES ET REMERCIEMENTS

SOURCES

Les sources d'information principales de cette étude du fédéralisme américain et des dispositions constitutionnelles relatives à la libre circulation sont les ouvrages et articles suivants :

Le fédéralisme américain et le système politique

R. Corrigan, *Economic war over oil also looms at the State level, National Journal*, 22 décembre 1979.

R. Corrigan, et Stanfield (R. L.), *Rising energy prices — What's good for some States is bad for others, National Journal*, 22 mars 1980.

James B. Croy, *Federal supersession: the road to domination, State Government*, hiver 1975.

The Economist, Political America: Government, Parties and Politics in Action. The Economist Newspaper Ltd., Londres, 1978.

Lewis B. Kaden, *Federalism in the Courts: Agenda for the 1980's*, Polycopie, juillet 1980.

Lewis B. Kaden, *Politics, Money and State Sovereignty: The Judicial Role, Columbia Law Review*, 1979.

Robert List, *Federal Preemptive Actions, State Government*, hiver 1977.

Thomas J. Madden, *The Law of Federal Grants,* Document préparé pour la Conférence sur le droit relatif aux subventions, organisée par la Commission consultative des relations intergouvernementales, Washington, D.C., décembre 1979.

Newsweek, The Angry West versus the Rest, Newsweek, N.Y., 17 septembre 1979.

Carl W. Stenberg, *Federalism in Transition: 1959-1979, Intergovernmental Perspective*, hiver 1980. Commission consultative des relations intergouvernementales, Washington.

Maurice J.C. Vile. *Federalism in the United States, Canada and Australia,* Étude préparée pour la Commission de la Constitution, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1973.

Dispositions constitutionnelles relatives à la libre circulation

Corwin, Edward S., *The Constitution and What It Means Today,* édité par Harold W. Chase et Craig R. Ducat, éd. de 1978.

Copyright (c) 1978 Princeton University Press, qui a autorisé la reproduction des passages cités. Les pages du présent rapport consacrées à la clause sur le commerce inter-États s'inspirent en grande partie de ce texte.

Heldman, Victoria, *The right to travel: judicial curiosity or practical tool? Journal of Urban Law* 52 (1979), pages 749 à 766.

Nygh, P.E., *An analysis of judicial approaches to the interpretation of the Commerce Clause in Australia and the United States, Sydney Law Review*, 5 (1965-1967): pages 353 à 397.

Pannam, Clifford L., *Discrimination on the basis of State residence in Australia and the United States, Melbourne University Law Review*, 1967-1968, pages 105 à 149.

REMERCIEMENTS

J'aimerais remercier tout particulièrement M. Wayne Anderson, directeur exécutif de la Commission consultative des relations intergouvernementales, à Washington, qui a bien voulu commenter mon texte sur le système fédéral américain. Je remercie également M. Thomas J. Madden, ancien membre du personnel du département de la Justice des États-Unis qui a revu toute cette partie et qui m'a offert de précieux renseignements sur la loi constitutionnelle des États-Unis.

John A. Hayes,
février 1981

APERÇU DU SYSTÈME FÉDÉRAL

D'aucuns prétendent, aux États-Unis, que certains événements des dernières années, comme les subventions conditionnelles accrues aux États, ont nui à l'équilibre et à l'efficacité du système fédéral. En août 1980, les gouverneurs des États ont unanimement convenu de demander au Président et au Congrès de créer, en 1981, une commission du fédéralisme chargée de proposer des modifications législatives et constitutionnelles. Le président Reagan parle beaucoup de rendre leur autonomie aux États notamment par une réduction des subventions fédérales et par le transfert de fonctions de réglementation.

La souveraineté des États est peu protégée par les tribunaux. En 1976, pour la seconde fois seulement en 40 ans, la Cour suprême invalida une loi fédérale parce qu'elle empiétait sur la souveraineté des États. Elle le fit pour la première fois lorsque le Congrès voulut abaisser l'âge du vote à 18 ans pour les élections locales et au niveau des États, ce qu'il réussit d'ailleurs à faire par la suite au moyen d'un amendement constitutionnel. On ne sait toutefois pas encore précisément si la décision de 1976 relative à la *National League of Cities* et décrite dans les notes ci-jointes constituait une modification importante de l'interprétation par la Cour des pouvoirs fédéraux.

Le professeur Kaden, de la Faculté de droit de l'Université de Columbia, indique que «de 1936 à 1976, le Congrès a déterminé la répartition des pouvoirs gouvernementaux dans le système fédéral sans pratiquement aucune interférence judiciaire».[1] La protection des intérêts des États était ainsi laissée aux organes politiques: le Congrès, où les États étaient bien représentés, surtout au Sénat, et l'exécutif. Cependant, depuis 1960 à peu près, les sénateurs et les membres de la Chambre des représentants sont moins soumis à l'influence des élus et des partis des États. Aujourd'hui, les membres du Congrès s'intéressent moins à protéger l'autonomie de l'État qu'à s'assurer que les régions qu'ils représentent obtiennent une juste part des subventions fédérales, et les États «font face à un fédéralisme de co-optation plutôt que de collaboration». «La perception des impôts et les normes de services sont des compétences de niveau national, mais les conditions d'administration, d'admissibilité et d'exécution des programmes relèvent souvent des autorités locales».[2]

Les États-Unis ont été le prototype d'autres régimes fédéraux. Leur fédéralisme n'est pas seulement structurel mais aussi social, ce vaste pays se caractérisant par une grande diversité. Cependant, chose curieuse, il adopte progressivement l'une des principales caractéristiques du régime allemand, lequel se définit davantage par l'uniformité que par la diversité; les États deviennent les agents administratifs du gouvernement fédéral.

Avant d'étudier cette évolution de plus près, il importe d'énumérer les principales différences existant entre les régimes fédéraux canadien et américain.

- Le système politique américain est fondé sur la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

- On y compte 50 États, comparativement aux 10 provinces du Canada.

- La séparation des pouvoirs et le nombre élevé des États sont la principale raison pour laquelle le «fédéralisme exécutif», c'est-à-dire la négociation intergouvernementale, n'est pas le caractère prédominant du régime fédéral américain, comme c'est le cas au Canada. Les différends régionaux relatifs à la politique nationale sont généralement réglés par l'entremise du Congrès, dont le Sénat est composé de deux représentants de chaque État, élus au suffrage direct. Les programmes de dépenses fédéraux doivent donc habituellement prévoir quelque chose pour chaque État, sinon ils ne sont pas approuvés par le Congrès. Les efforts déployés par le gouvernement américain afin d'accorder une aide sélective se sont généralement heurtés à l'opposition du Congrès. En conséquence, «les dépenses fédérales ne jouent qu'un rôle très limité dans la redistribution des revenus parmi les États».[3]

- Par ailleurs, le régime fiscal américain contribue certainement moins à la redistribution des revenus entre les particuliers qu'au Canada. Aux États-Unis, la sécurité sociale est financée par des contributions directes, alors qu'au Canada, les revenus généraux en financent une large part. D'aucuns prétendent que, pour plus de la moitié des travailleurs américains, les cotisations de sécurité sociale sont supérieures à l'impôt sur le revenu. On prévoyait que les recettes à ce titre dépasseraient les recettes de l'impôt sur le revenu personnel en 1978; elles ont représenté environ 30 p. cent de tous les revenus fédéraux en 1979.

- La Constitution américaine garantit certains droits fondamentaux. En conséquence, les tribunaux occupent une place importante dans le système politique, d'autant plus que la Constitution confère à la Cour suprême un rôle considérable.

- Les minorités raciales et linguistiques des États-Unis sont dispersées dans tous les États. Au Canada, la minorité francophone est essentiellement regroupée dans une province, où elle constitue la majorité. Cette différence permet d'expliquer, en partie, pourquoi les deux régimes fédéraux n'ont pas évolué de la même façon.

- Ainsi, aux États-Unis, on s'est constamment préoccupé du droit de vote des minorités. Un certain nombre d'amendements constitutionnels ont été adoptés à ce sujet. Aujourd'hui, le département américain de la Justice doit approuver toute modification des modalités électorales des gouvernements locaux, en ce qui concerne certaines régions de 35 États; le département cherche par là à protéger le droit de vote des minorités.

- C'est en partie parce que le Congrès se méfie de la façon dont les États et les gouvernements locaux pourraient traiter leurs minorités, et aussi en raison du parti pris traditionnellement rural des États, que toutes les subventions fédérales sont conditionnelles et qu'elles sont versées directement à plus de 65 000 gouvernements locaux des États-Unis. Il n'y a pas de programme de péréquation selon lequel le gouvernement fédéral verserait des sommes inconditionnelles aux gouvernements des États.

- Les États ont leur propre constitution, laquelle impose différentes contraintes au Parlement et à l'exécutif de chaque État. En général, les États ne peuvent pas avoir de déficit budgétaire, et dans certains autres tout nouvel impôt ou toute augmentation des taux d'imposition doit être approuvé par référendum. En 1976, la Cour suprême du New Jersey déclara inconstitutionnelle une loi de l'État relative au financement des écoles et exigea de plus la perception d'un impôt supplémentaire sur le revenu afin d'obtenir les 400 millions de dollars nécessaires à l'enseignement. Le Parlement de l'État n'obtempera qu'après que la Cour suprême eût émis une injonction paralysant tout le système scolaire.

- Les amendements relatifs à la Constitution américaine sont, en pratique, présentés par le Congrès et nécessitent l'approbation des trois quarts au moins des parlements des États.

L'ÉVOLUTION DES POUVOIRS FÉDÉRAUX

Les pouvoirs législatifs du Congrès sont énoncés à l'article 1, section 8 de la Constitution. Le dernier paragraphe contient la célèbre formule «que pourra nécessiter».

> 18. De faire toutes les lois que pourra nécessiter la mise à exécution des pouvoirs ci-dessus énumérés et de tous ceux dont sont investis, par la présente Constitution, soit le gouvernement des États-Unis, soit tous les départements ou les officiers qui en dépendent.

En 1819, dans l'affaire *McCulloch v. Maryland,* la Cour suprême, dans une décision importante, donna une vaste interprétation de cet article. Elle affirma que le Dixième amendement, qui réserve aux États ou au peuple les pouvoirs non conférés au Congrès, n'empêchait pas le gouvernement fédéral de prendre des mesures empiétant sur les pouvoirs exclusifs des États si ces mesures étaient appropriées et si elles faisaient partie des pouvoirs explicites ou implicites du Congrès.[4] Cependant, quelques années plus tard, la Cour fit marche arrière. En 1871, elle décréta que les États, dans l'exercice de leurs pouvoirs exclusifs, ne dépendaient pas de la réglementation du Congrés, et que le gouvernement fédéral ne pouvait pas taxer les salaires des employés des États.[5] Cette philosophie finit par disparaître pendant la révolution constitutionnelle qui connut son apogée en 1941. Dans l'affaire *United States v. Darby*, dans son jugement, la Cour réitéra que le Dixième amendement «n'interdisait pas au gouvernement national de recourir à tous les moyens possibles dans le but d'exercer un pouvoir qui lui a été conféré, pourvu que ces moyens soient appropriés et clairement adaptés à une fin licite».[6] Selon cette interprétation, l'exercice des pouvoirs fédéraux, notamment ceux qui concernent le commerce et la prospérité générale, a par conséquent la primauté sur les pouvoirs exclusifs des États.

En 1937, la Cour suprême «se retira véritablement du débat portant sur l'empiètement du pouvoir fédéral sur les États, rejetant de façon expéditive toute contestation des efforts législatifs considérables que déploya le gouvernement fédéral durant les quatre décennies qui suivirent pour assurer la prospérité générale».[7] La protection de l'autonomie des États fut ainsi laissée au Congrès. Kaden cite Wechsler: «La Cour suprême se trouve dans une position extrêmement précaire lorsqu'elle oppose son interprétation de la Constitution à celle du Congrès dans l'intérêt des États».

Les États se voyaient ainsi relégués à un rôle d'arrière-plan:

> Dans notre système fédéral, les pouvoirs que peuvent exercer les États au niveau des politiques publiques sont toujours soumis à l'influence contraignante de l'exercice, par le gouvernement fédéral, de ses pouvoirs constitutionnels. Comme les priorités nationales ont été arrêtées dans un nombre croissant de domaines différents, les États ont cédé peu à peu une partie de leurs responsabilités historiques; ainsi, les soins médicaux, le bien-être, les transports, l'énergie et la protection de l'environnement sont des questions qui ont récemment suscité l'attention nationale. Selon la Constitution, les États doivent, et c'est ce qu'ils font, adapter leurs activités en fonction des changements apportés aux priorités fédérales.[8]

Kaden, qui s'inquiète du déclin de l'autonomie des États, affirme plus loin que, «dans les limites imposées par les initiatives fédérales»,

les États devraient avoir toute latitude pour déterminer comment exercer au mieux les pouvoirs qui leur restent. En fait, les subventions conditionnelles et d'autres mesures du gouvernement fédéral ont, à cet égard, empiété sur l'autonomie des États. Ces subventions expliquent en partie l'augmentation importante de la part du gouvernement fédéral dans les dépenses intérieures.

L'AUGMENTATION DES DÉPENSES DU SECTEUR PUBLIC

Les dépenses intérieures du gouvernement fédéral, qui représentaient 7 p. cent du PNB en 1959, étaient passées à environ 15 p. cent en 1979. Pendant la même période, les dépenses des États et des gouvernements locaux et régionaux passaient de 9 p. cent à environ 11 p. cent du PNB. Ces chiffres correspondent à des dépenses engagées «à partir des fonds propres», soit, bien sûr, avant les transferts intergouvernementaux.[9]

LA MULTIPLICITÉ DES SUBVENTIONS FÉDÉRALES CONDITIONNELLES

La Commission consultative des relations intergouvernementales étudie, depuis plusieurs années, les conséquences néfastes de la prolifération des programmes fédéraux de subventions, ainsi que les conséquences de ces programmes sur les structures administratives des États et des gouvernements locaux, aussi bien que sur le système fédéral en général. C'est en 1976 que le Congrès demanda à la Commission de faire une étude détaillée de ces questions et le premier volume du rapport a été publié en août 1980. La Conférence des gouverneurs des États a eu lieu à la même époque et les gouverneurs ont convenu, à l'unanimité, de demander au Président et au Congrès de créer, en 1981, une Commission sur le fédéralisme qui serait chargée de proposer des modifications législatives et constitutionnelles. Voici certaines remarques typiques des gouverneurs:

- «Les États ne sont que les agents administratifs du gouvernement fédéral».
- «Le système fédéral est en pleine confusion».
- «Le cordon ombilical qui nous relie au gouvernement fédéral nous étrangle».
- «Le gouvernement fédéral nous dicte la façon d'utiliser non seulement ses fonds mais aussi les nôtres».

Les subventions fédérales, qui sont toutes conditionnelles, sont passées de 7 milliards de dollars, pendant l'exercice financier de 1960,

à 83 milliards de dollars, pendant l'exercice financier de 1980.[10] Elles ont augmenté très rapidement sous le président Johnson, en raison des programmes sociaux de celui-ci qui visaient surtout à résoudre des problèmes urbains; ainsi, un grand nombre de subventions sont versées directement aux gouvernements locaux, outrepassant les États sous prétexte de leurs préjugés ruraux ou ethniques.[11] En 1979, on comptait 498 programmes de subventions et l'on prévoyait que, pendant l'exercice financier de 1980, les transferts conditionnels représenteraient 23,6 p. cent des dépenses des États et des gouvernements locaux. L'aide fédérale équivaudrait ainsi à 49,7 p. cent des revenus «propres» du groupe composé des 47 plus grandes villes des États-Unis.[12]

La justification constitutionnelle de la plupart des programmes de subventions se trouve à l'article 1, section 8, paragraphe 1 (pouvoir d'engager des dépenses et de veiller à la prospérité générale), ainsi que dans la formule «que pourra nécessiter», dont on a déjà parlé. Le pouvoir concernant la prospérité générale se définit comme suit:

> [. . .] d'établir et de faire percevoir des taxes, droits, impôts et excises, de payer les dettes des États-Unis, de pourvoir à leur défense commune et de veiller à leur prospérité générale [. . .]

La Cour suprême a décrété que la détermination de ce qui favorise la prospérité générale est une fonction exclusive du Congrès.[13] Elle a également affirmé à plusieurs reprises que le Congrès peut assortir ses subventions de pratiquement n'importe quelle condition, étant donné que les États ne sont pas obligés d'accepter ces subventions et ces conditions. Madden signale qu'une subvention ne doit pas franchir le seuil qui sépare l'encouragement de la coercition mais, selon lui, la Cour suprême n'a jamais décrété qu'une subvention était inconstitutionnelle.[14] Du moment que l'État ou le gouvernement local est libre de refuser une subvention, la Cour suprême ne semble pas accorder d'importance aux sanctions financières ou politiques qu'implique un tel refus. Selon Madden, la Loi sur la planification des soins médicaux (Health Planning Act) oblige pratiquement les gouvernements bénéficiaires à légiférer dans ce domaine, étant donné que les services médicaux des États risqueraient d'être paralysés par un retrait des subventions fédérales.[15]

Les conditions dont sont assorties les subventions fédérales sont souvent «considérables, coûteuses et envahissantes». Depuis plusieurs années, «le gouvernement fédéral se sert de plus en plus de programmes d'aide pour atteindre des objectifs nationaux d'ordre social, comme l'action positive, la qualité de l'environnement, la préservation des sites historiques et la participation des citoyens à la vie politique.

Environ 59 de ces vastes exigences s'appliquent à la plupart, sinon à tous les programmes d'aide fédérale, quel que soit leur objectif».[16]

Certaines conditions obligent les États et les gouvernements locaux à modifier leurs structures administratives. La Loi sur les enfants handicapés (All Handicapped Children Act) de 1975 contient des dispositions précises contrôlant les relations entre l'organisme concerné de l'État et les responsables locaux de l'éducation.[17] En conséquence de la fédéralisation des États et des structures locales, la responsabilité des décisions politiques s'est de plus en plus estompée au cours des dernières années. D'aucuns prétendent que cela ne fait qu'aggraver les difficultés que connaît tout gouvernement représentatif, difficultés dont témoigne la Proposition 13, en Californie.

Certes, le président Reagan parle de rendre aux États leur autonomie mais, pour avoir une idée des obstacles qu'il devra surmonter, notons que le président de sa commission sur la politique urbaine a proposé de refuser des subventions fédérales aux villes qui persistent à contrôler les loyers.[18]

LES CEINTURES DU SOLEIL ET DE LA NEIGE, L'ÉNERGIE ET L'ALIÉNATION DE L'OUEST

Depuis quelques années, les industries et la population se déplacent vers le sud et vers l'ouest, c'est-à-dire vers la ceinture de soleil, en raison du climat, de taxes moins élevées et de lois différentes sur la main-d'œuvre. La loi fédérale Taft-Hartley permet aux États d'adopter des lois sur le droit au travail interdisant l'exclusion des travailleurs non syndiqués, et les États du sud appliquent cette disposition.

La plupart des gisements de pétrole et de gaz naturel se trouvent dans les États de la ceinture de soleil et en Alaska. Ces États profiteront financièrement de la récente libération des prix, entamée par le président Carter et accélérée par le président Reagan. Ceux qui en profiteront le plus sont les six États qui perçoivent 80 p. cent des taxes imposées sur l'extraction des ressources naturelles. Cependant, à court terme, le gouvernement fédéral recevra, grâce à ses taxes sur les profits extraordinaires, environ le double de ce que les États recevront en taxes sur l'extraction des ressources naturelles et en redevances.

Les autres États craignent que les ressources accrues des États de la ceinture de soleil leur servent à mener l'équivalent d'une guerre économique au reste du pays, puisqu'ils pourraient se doter d'une base économique élargie à leur détriment. On tenta, au Sénat, de soumettre

les redevances accrues des États à la taxe fédérale sur les profits extraordinaires, mais cette tentative échoua.

En raison du déplacement continu de la population, on prévoit que, d'ici à 1990, le Sud et l'Ouest détiendront la majorité des sièges du Congrès. Lorsqu'une région voit sa population et sa richesse augmenter, il en va généralement de même de son pouvoir politique. «L'Ouest du bon vieux temps est devenu l'Ouest de la colère, où l'on ressent de plus en plus un isolement et une aliénation politique certains».[19] Les seuls États situés à l'ouest du Missouri qui ont voté pour M. Carter en 1976 étaient le Texas et Hawaii. Maintenant qu'un candidat de l'Ouest a été élu (M. Reagan), les habitants de l'Ouest espèrent que le gouvernement fédéral atténuera les contrôles qu'il impose à l'utilisation des terres lui appartenant, ces terres représentant la majeure partie de tout ce qui est situé à l'ouest du 100e méridien, qui passe par Brandon, au Manitoba. Le gouvernement fédéral contrôle également l'utilisation des cours d'eau, dont dépendent la croissance et la puissance de l'Ouest.

Selon le professeur Lipset de l'université Stanford, «nous assistons à une renaissance du régionalisme, à un retour aux vieilles traditions politiques américaines».

LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES RELATIVES À LA LIBRE CIRCULATION

RÉSUMÉ

Sur le plan de la richesse, les États-Unis constituent le marché le plus vaste et le plus homogène du monde. Avec 50 États, le commerce inter-États revêt inévitablement une très grande importance, même si un grand nombre d'États se caractérisent par une superficie ou une population considérables. Plusieurs dispositions constitutionnelles ont contribué à une telle situation, en particulier la clause sur le commerce. Cette clause est le principal fondement juridique des efforts destinés à ériger et à maintenir une économie nationale.

La clause sur le commerce confère au Congrès le pouvoir de réglementer le commerce avec les pays étrangers, entre les différents États et avec les tribus indiennes. Elle était tout d'abord destinée à limiter toute intervention des États risquant de nuire à la création et au développement d'un marché commun et, depuis l'adoption de la Constitution, c'est le rôle essentiel qu'elle a pratiquement toujours joué, à savoir garantir la libre circulation des biens et des personnes. La Cour suprême veille à l'exécution de cette clause en intervenant contre toute mesure prise par des États qui entraverait abusivement le commerce inter-États. À l'exception de la clause sur la procédure légale du Quatorzième amendement, la clause sur le commerce est le fondement principal des interventions juridiques destinées à limiter le pouvoir des États.

Par exemple, en 1935, pendant la grande Dépression, la Cour a décrété, dans l'affaire *Baldwin v. Seelig*, qu'un État n'avait pas le droit de promouvoir son propre bien-être économique au détriment du reste du pays, en interdisant l'entrée sur son territoire ou la sortie d'articles de commerçe légitimes; l'argument avancé par la Cour suprême était que la Constitution «repose sur le principe fondamental selon lequel les habitants des États doivent périr ou prospérer ensemble et qu'à long terme la prospérité et le salut résident dans l'union et non pas dans la division».[20]

De nos jours, la clause sur le commerce est encore «la source directe des pouvoirs les plus importants du gouvernement national en temps de paix». Il y a deux raisons à cela. La première est que, en 1787, les responsabilités futures du gouvernement national n'étaient pas prévisibles, de sorte qu'un grand nombre des pouvoirs qui sont spécifiquement conférés aux gouvernements nationaux par les constitutions fédérales plus modernes ne sont pas mentionnés dans la

Constitution américaine. La deuxième est que les tribunaux donnent une interprétation assez large du pouvoir relatif au commerce.

Jusque dans les années 1930, cette clause avait un rôle limité en tant que source des pouvoirs de réglementation du gouvernement fédéral. Les lois relatives au transport et les lois anti-trust sont des exemples des principaux pouvoirs de réglementation exercés alors par le fédéral. Toutefois, la révolution constitutionnelle des années 1930, qui aboutit à l'acceptation par la Cour suprême du « New Deal » et des lois découlant de la clause sur le commerce et d'autres pouvoirs, a élargi la faculté de réglementation du gouvernement fédéral à des domaines comme le travail, les communications, les valeurs, l'agriculture et la sécurité sociale. Depuis la Seconde Guerre mondiale, d'autres domaines sont venus s'ajouter à cette liste, notamment la protection de l'environnement, le contrôle des prix et des salaires et la fixation des prix du pétrole. Le contrôle fédéral s'étend aussi de façon sensible au commerce intra-États, puisqu'il couvre la production et d'autres effets indirects sur le commerce inter-États. En d'autres termes, il suffit qu'une activité ait un effet très secondaire sur le commerce inter-États pour qu'elle risque d'être assujettie à la réglementation fédérale.

En outre, la menace d'une réglementation fédérale basée sur la clause relative au commerce a servi à encourager les États à adopter les règlements nécessaires à la mise en œuvre d'une politique fédérale. Un exemple récent en est la Loi sur la politique relative au gaz naturel (Natural Gas Policy Act) de 1978, en vertu de laquelle les organes administratifs des États produisant du gaz naturel doivent appliquer les prix fixés par le gouvernement fédéral pour les ventes réalisées à l'intérieur de l'État. Cette loi a été contestée devant les tribunaux par plusieurs États.

La réglementation fédérale établie en vertu du pouvoir sur le commerce s'est élargie aux activités des États et des gouvernements locaux ainsi qu'à celles du secteur privé. Entre 1937 et 1976, aucun règlement fédéral relatif au commerce n'a été invalidé en invoquant la souveraineté des États. En 1976, la Cour suprême décréta, dans l'affaire de la *National League of Cities*, que l'assujettissement des employés des États et des gouvernements locaux aux dispositions relatives au salaire minimum et aux horaires maximums de la Loi sur les normes de travail équitables (Fair Labor Standards Act) violait le Dixième amendement, qui attribue aux États et aux personnes les pouvoirs qui n'ont pas été accordés au Congrès. Selon la Cour suprême, la détermination des conditions d'emploi des employés des États était un «attribut indéniable de la souveraineté des États». Cette décision n'en annulait cependant pas une autre prise antérieurement par la même Cour suprême, laquelle, en invoquant en partie une

urgence nationale, avait maintenu le pouvoir du Congrès d'assujettir les employés des États à un gel national des salaires. Mentionnons également une décision ultérieure qui, parmi d'autres, montre que la Cour suprême continue d'endosser l'application de la clause sur le commerce au fonctionnement interne des États: en janvier 1980, la Cour suprême décréta que la décision prise par la Chambre immobilière de la Nouvelle-Orléans d'imposer une commission uniforme pour toutes les ventes résidentielles avait un effet non négligeable sur le commerce inter-États. La Cour applique aussi le même principe pour permettre au Congrès d'imposer sa volonté aux États et aux autorités locales au moyen des subventions conditionnelles.

À l'heure actuelle, à cause de la clause sur le commerce, le Congrès peut légiférer comme bon lui semble à l'égard du commerce inter-États aussi bien que du commerce intra-États, sous réserve seulement des contraintes politiques et d'une intervention éventuelle de la Cour suprême pour des motifs semblables à ceux invoqués dans l'affaire *National League of Cities*. En ce qui concerne le commerce, contrairement à ce qui se passe pour les droits fondamentaux, «le rôle de la Cour suprême est subordonné à celui du Congrès; [. . .] pour toute question relative au commerce, le Congrès peut décider, soit de s'approprier ce domaine de réglementation, soit de consentir à diverses mesures prises par les États».[21] Les États peuvent légiférer dans le domaine du commerce lorsqu'il n'y a pas de loi comparable au niveau fédéral, lorsque les effets d'une telle mesure sur le commerce inter-États ne sont que secondaires, et lorsque le fardeau que cela impose au commerce inter-États n'est pas déraisonnable, étant donné les circonstances. Toute loi d'un État reflétant une intention discriminatoire sera invalidée.

Les États peuvent légiférer plus librement dans certains domaines affectant le commerce inter-États. Ces domaines comprennent le commerce des boissons alcoolisées, sur lequel les États ont des pouvoirs spécifiques en vertu du Vingt et unième amendement, ainsi que les domaines dans lesquels le Congrès a laissé les États exercer des pouvoirs concurrents par voie législative, notamment en ce qui concerne certains aspects de la législation des banques, des assurances et du travail.

D'autres dispositions constitutionnelles, outre la clause sur le commerce, influencent la libre circulation des personnes. À cet égard, la discrimination envers les non-résidents d'un État est tolérée si elle n'est ni hostile ni déraisonnable.

Dans les études parallèles à celle-ci, à savoir celles qui portent sur la libre circulation en Suisse, en Australie, en Allemagne et dans la

C.E.E. l'auteur essaie d'évaluer les résultats concrets des dispositions constitutionnelles relatives à la libre circulation. La présente étude sur les États-Unis est circonscrite à une description des dispositions constitutionnelles elles-mêmes et n'expose qu'accessoirement les accords administratifs ou programmes gouvernementaux qui en ont résulté. Il est néanmoins possible de faire quelques observations générales.

La libre circulation des biens et des capitaux se heurte à plusieurs obstacles. Les uns résultent de l'exercice, par les États, de leur «pouvoir de police», pouvoir qui existe en vertu du Dixième amendement, par exemple, l'interdiction, par certains, d'utiliser l'aldéhyde formique d'urée pour isoler les édifices; d'autres sont dûs à la préférence qu'accordent les États et les gouvernements locaux aux fournisseurs locaux dans le cadre de leurs politiques d'achat, ou aux subventions des États et des gouvernements locaux destinées à encourager l'implantation d'entreprises. Étant donné que la plupart des États offrent ce genre de subventions, celles-ci finissent par se neutraliser; toutefois, certaines facilités importantes, comme celles qui ont été offertes à des fabricants d'automobiles, ont joué un rôle important dans le choix des lieux d'investissement. Les lois sur le droit au travail adoptées par certains États et autorisées par la législation fédérale ont également contribué à attirer les entreprises, sans parler des taux d'imposition moins élevés.

Un État ne peut pas pratiquer de discrimination en levant des taxes ou par tout autre moyen à l'encontre de non-résidents qui désirent acquérir des terrains et des propriétés. Dans le secteur des services, l'abandon par le gouvernement fédéral de pouvoirs concurrents aux États dans des domaines comme l'assurance et le système bancaire signifie que le marché national est fragmenté.

Il y a des obstacles qui s'opposent au déplacement des détenteurs de qualifications professionnelles. Les États peuvent exercer une discrimination contre les travailleurs non-résidents, pour ce qui est des emplois du gouvernement et des travaux publics. Cependant, la Cour suprême a déclaré qu'il est douteux qu'un État soit autorisé à alléger son chômage en exigeant des employeurs du secteur privé de pratiquer de la discrimination à l'endroit des non-résidents. Par ailleurs, les citoyens d'un autre État peuvent bénéficier des services médicaux, des prestations sociales et du droit de vote sans devoir satisfaire à des conditions de résidence.

En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, la véritable jungle qui existe au niveau des États et des gouvernements locaux influence probablement le déplacement des capitaux et des personnes.

Bon nombre de ces obstacles pourraient être levés entièrement ou en partie par le Congrès invoquait la clause relative au commerce, pourvu qu'il ait un appui politique suffisant. Les politiques d'achat préférentielles et les subventions à l'implantation des entreprises en seraient probablement.

LA CONSTITUTION AMÉRICAINE — ÉLÉMENTS

La Constitution fut rédigée en 1787 dans le but d'établir le système de gouvernement fédéral qui commença à fonctionner en 1789. Elle était composée d'un court préambule et de sept articles. En 1791, dix amendements furent adoptés, constituant ce que l'on appela la Déclaration des droits. Celle-ci comprend le Cinquième amendement, qui interdit l'auto-incrimination et garantit le droit à la vie, à la liberté et à la propriété, conformément à l'application régulière de la loi. Elle comprend également le Dixième amendement, qui réserve aux États ou au peuple, les pouvoirs qui ne sont pas délégués au gouvernement fédéral.

Seize autres amendements ont été adoptés depuis 1791, notamment le Treizième, qui abolit l'esclavage, le Quatorzième, qui définit les droits des citoyens américains, le Seizième, qui permet au Congrès de percevoir l'impôt sur le revenu, le Dix-huitième, qui établit la prohibition et le Vingt et unième, qui l'abroge. Plusieurs amendements concernant également le droit de vote, le plus récent, le Vingt-sixième, ayant été adopté en 1971 et abaissant l'âge du droit de vote à 18 ans pour les élections fédérales et les élections au niveau des États.

Certains des sept articles d'origine et des amendements de la Constitution sont divisés en sections numérotées. Certains articles, amendements et sections sont divisés en paragraphes numérotés. On fait également souvent référence à des clauses, comme la clause sur la procédure légale des Cinquième et Quatorzième amendements.

LA CLAUSE SUR LE COMMERCE INTER-ÉTATS

Les notes qui suivent s'inspirent en grande partie de l'ouvrage de Corwin cité à la page 79.

La clause relative au commerce est non seulement la disposition la plus importante influençant la libre circulation des biens, des services et des capitaux entre les États, mais elle est aussi «la source directe des pouvoirs les plus importants du gouvernement national en temps de paix». De plus, à l'exception des clauses sur la procédure légale et la protection égale du Quatorzième amendement, elle est aussi la principale justification des interventions judiciaires destinées à limiter le

pouvoir des États.[22] Elle figure au paragraphe 3 de la section 8 de l'article 1 et se lit comme suit:

> Le Congrès aura le pouvoir [. . .] de réglementer le commerce avec les Nations étrangères, entre les divers États et avec les tribus indiennes.

L'origine et l'évolution de la clause sur le commerce

Au départ, cette clause était essentiellement destinée «à redresser et à prévenir toute injustice entre les États»,[23] et, pendant une centaine d'années, son interprétation par les tribunaux a consisté essentiellement à limiter l'exercice du pouvoir des États dans ce domaine. Ce n'est que plus tard que les tribunaux ont commencé à se préoccuper de l'exercice, par le gouvernement fédéral, de son pouvoir de réglementation, en vertu de la clause sur le commerce, notamment par le truchement de la Loi Sherman anti-trust de 1890 et de la législation du « New Deal » des années 1930.

En 1851, il fut décidé qu'en ce qui concerne le commerce inter-États, le Congrès jouit d'un pouvoir exclusif dans les domaines «exigeant impérativement une seule règle uniforme» pour l'ensemble du pays. En conséquence, toute loi adoptée par les États dans ces domaines serait invalidée, même en l'absence d'une loi fédérale correspondante. Toutefois, dans les domaines où il est nécessaire de respecter les circonstances locales, et, donc, de permettre une certaine diversité, les États pourraient légiférer concurremment le commerce inter-États, à condition que leurs décisions n'aillent pas à l'encontre d'une loi fédérale valide. Ces propositions générales de 1851 sont toujours respectées.[24]

Cependant, deux facteurs ont restreint la marge de manœuvre législative des États dans le domaine du commerce inter-États. L'un fut l'établissement de règles précises limitant la portée des lois adoptées par les États. L'autre fut l'élargissement de la portée des règlements fédéraux, si bien qu'une loi d'un État risquait davantage de chevaucher une loi fédérale et, donc, d'être annulée.

Ainsi, en 1913, lors des affaires *Minnesota Rate*, il fut décidé qu'un État ne pouvait absolument pas réglementer directement le commerce étranger ou inter-États. Il pouvait, cependant, dans l'exercice de ses pouvoirs de taxation et de police, réglementer le commerce inter-États «accessoirement» ou «indirectement», sous réserve bien sûr de l'opposition du Congrès.[25] Le pouvoir de police est le pouvoir «d'établir tous les règlements qui sont raisonnablement nécessaires au maintien de la

santé, de la sécurité, de l'ordre, du confort ou du bien-être général de la collectivité».[26] On verra tout à l'heure comment on peut concilier ce pouvoir et la portée aujourd'hui extraordinaire du pouvoir fédéral en matière de commerce inter-États et intra-État.

Le second facteur qui a contribué à restreindre la portée des pouvoirs des États sur le commerce inter-États et, finalement, sur le commerce intra-État, fut l'interprétation de plus en plus vaste donnée par les tribunaux au pouvoir de réglementation fédéral. Jusqu'au début des années 1930, la plupart des pouvoirs du Congrès sur le commerce inter-États concernaient les transports inter-États par voie ferrée. Les tribunaux donnaient une interprétation assez large des pouvoirs fédéraux relatifs aux transports inter-États, mais ce n'est qu'à la fin des années 1930 que cette interprétation élargie fut appliquée au commerce dans le sens du trafic, c'est-à-dire de l'achat et de la vente de biens entre les États. Lors de l'affaire *Shreveport*, en 1914, la Cour suprême, étayant le pouvoir sur le commerce par la clause des «lois que pourra nécessiter», de l'art. 1, s. 8, para. 18, décréta que le Congrès pouvait réglementer les transports locaux afin de rendre vraiment efficace son contrôle du transport inter-États.[27]

La première loi importante qui fut adoptée pour réglementer le trafic inter-États fut la Loi Sherman, ou Loi anti-trust, de 1890 qui rendait illégaux tous contrats et complots restreignant le commerce inter-États et étranger. Ses défenseurs essuyèrent un revers dans l'affaire du Trust du sucre, en 1895, lorsque le tribunal décréta que les activités de fabrication et de production étaient distinctes du commerce et des affaires des États. En conséquence, si un contrat prévoyait une fabrication ou une production quelconque, son effet sur le commerce «serait indirect, quels qu'en soient la portée et le caractère d'inévitabilité», et ce contrat ne relèverait donc pas des attributions du Congrès.[28] Cette doctrine a cependant été pratiquement abandonnée en 1905 dans le cas des lois anti-trust, par l'adoption du principe selon lequel le Congrès pouvait empêcher toute interruption d'échanges commerciaux établis entre les États.

En 1922, dans une décision endossant complètement le pouvoir anti-trust du gouvernement fédéral, la Cour suprême décréta que:

> Toute activité constituant une pratique plus ou moins permanente qui menace d'obstruer ou d'entraver indûment la liberté du commerce inter-États relève du pouvoir de réglementation conféré au Congrès par la clause sur le commerce, et il appartient essentiellement au Congrès de déterminer la nature du danger et d'y faire face. La Cour n'a pas l'intention de substituer sa décision à celle du Congrès dans un tel domaine, à moins que la relation existant entre l'affaire et le commerce inter-États, et ses effets sur ce dernier, soient manifestement inexistants.[29]

La distinction faite entre la production et le commerce, dans l'affaire du Trust du sucre, contribua à l'extinction de la Loi nationale sur la reprise industrielle (National Industrial Recovery Act) de 1933, laquelle essayait de réglementer les heures de travail et les salaires «en prétendant, notamment, qu'ils affectaient le commerce entre les États, étant donné la situation d'urgence qui régnait alors».[30] Cependant, en 1937, la Cour suprême confirma la Loi Wagner sur les relations de travail (Wagner Labor Relations Act) de 1935, qui oblige les employeurs cherchant des débouchés dans d'autres États, pour leurs produits, à autoriser leurs employés à négocier collectivement. À cette occasion, la Cour déclara qu'elle refuserait dorénavant «de traiter abstraitement de la question des effets directs et indirects,» et que la question de savoir si le commerce inter-États se trouve affecté est une question de fait et de degré.[31] Deux ans plus tard, il fut décidé que la nouvelle doctrine s'appliquait, même si le volume du commerce qui s'en trouvait affecté était infime.[32]

Dans la célèbre affaire des *United States v. Darby*, la Cour suprême confirma, en 1941, la Loi sur les normes de travail équitables (Fair Labor Standards Act) de 1938, laquelle interdit le transport inter-États d'articles produits par des travailleurs dont les heures de travail et les salaires ne sont pas conformes aux normes imposées par la Loi, et va même jusqu'à interdire la production de tels articles pour le commerce. Cette décision invoque à la fois la clause sur le commerce et la clause des «Lois que pourra nécessiter».[33] Auparavant, on admettait que le Congrès n'était normalement pas habilité à interdire le commerce inter-États si cela lui permettait de contrôler des activités réglementées par les États.

L'année suivante, en 1942, la Cour suprême décréta que la Loi sur l'ajustement agricole (Agricultural Adjustment Act) réglementait à juste titre la production, même si celle-ci était destinée essentiellement à la consommation sur les lieux mêmes de production, étant donné que la consommation satisfaisait des besoins, qui, autrement, le seraient par le commerce. La Cour affirma en l'occurrence:

> Les questions relatives au pouvoir du Congrès ne doivent pas être tranchées par simple référence à une formule qui accorderait une importance décisive à la définition de termes tels que «production» et «indirect», et qui ne tiendrait pas compte des effets réels de l'activité en question sur le commerce inter-États [. . .] Étant donné que la Cour reconnaît l'importance des effets économiques dans l'application de la clause sur le commerce,]. . .] l'application mécanique de formules juridiques est devenue impossible.[34]

La portée de la clause sur le commerce s'élargissait donc ainsi à la production et aux effets indirects sur le commerce inter-États et exté-

rieur. Nous allons maintenant voir dans quelle mesure ces effets, aussi indirects et lointains soient-ils, sont soumis au contrôle du Congrès.

La clause sur le commerce et la réglementation gouvernementale

Lorsque la Constitution américaine fut rédigée, en 1787, il était impossible de prévoir le nombre de fonctions que les gouvernements centraux seraient appelés à exécuter par la suite. En conséquence, la Constitution ne donne pas explicitement au Congrès les pouvoirs qui sont spécifiquement conférés aux parlements fédéraux par les constitutions fédérales plus récentes, comme celles du Canada, de l'Australie et de l'Allemagne de l'Ouest. Un certain nombre de ces pouvoirs ont cependant été imputés par les tribunaux à la clause sur le commerce et c'est la raison pour laquelle, comme on l'a déjà indiqué, cette clause, étayée par la clause des «lois que pourra nécessiter», est la source des pouvoirs les plus importants du gouvernement national en temps de paix.

Les exemples qui suivent illustrent la vaste portée de la clause sur le commerce. Signalons ici que, dans la plupart des cas, les pouvoirs mentionnés dans chaque rubrique sont ceux qui sont conférés par la clause sur le commerce, et non pas par d'autres dispositions constitutionnelles.

• L'agriculture

On a déjà dit que la portée de la Loi sur l'ajustement agricole (Agricultural Adjustment Act) avait été étendue à la production. En 1942, il fut décrété que le Congrès avait autorité sur les produits agricoles cultivés et consommés dans une ferme pénitenciaire de l'Ohio. En 1976, il fut par ailleurs décrété que le défrichage de la terre pour y cultiver des vignobles affectait le commerce inter-États.[35]

Les systèmes de commercialisation relèvent généralement de lois fédérales, plutôt que de lois des États, notamment en ce qui concerne les denrées de base (blé, maïs, riz, tabac, coton et cacahouètes), où la participation des agriculteurs est facultative.[36] L'activité fédérale est également prédominante en ce qui concerne la commercialisation des autres produits comme les fruits, les légumes et le lait, en ce qui concerne la catégorisation et l'inspection sanitaire des produits et en ce qui concerne également le contrôle des maladies.

• Le secteur bancaire

Les activités bancaires ne sont pas mentionnées dans la Constitution. Les États ont des pouvoirs résiduels en ce qui concerne les

activités bancaires sur leur territoire. Les pouvoirs fédéraux sont conférés par d'autres chapitres de la Constitution, outre la clause sur le commerce.[37] La Loi fédérale McFadden interdit aux banques d'avoir des succursales dans d'autres États, sauf si ces derniers y consentent, et d'accepter des dépôts provenant de l'extérieur. En raison de ces dispositions et d'autres mesures, comme les lois des États sur les taux usuraires qui fixent un plafond aux taux d'intérêt exigés sur les prêts, le secteur bancaire est beaucoup moins intégré au niveau national qu'au Canada. Ainsi, une loi du Dakota du Sud interdit toute activité «nuisant sensiblement» aux banques déjà établies dans l'État. On assiste cependant, depuis quelque temps, à un léger renversement de cette tendance en raison, notamment, des activités quasi-bancaires des sociétés de cartes de crédit et des maisons de courtage.

- **Les droits civiques**

Les dispositions sur l'hébergement de la Loi sur les droits civiques (Civil Rights Act) de 1964 furent confirmées dans la célèbre affaire *Heart of Atlanta Motel,* de la même année. On cite souvent cette affaire pour illustrer la vaste portée de la clause sur le commerce, qui permet au Congrès de légiférer dans le cas des transactions inter-États qui «touchent les habitants de plus d'un État», et de diriger les affaires «que chaque État, étant donné sa juridiction territoriale limitée, ne peut pas pleinement gérer».[38] Dans l'affaire d'Atlanta, les activités commerciales en question «auraient certainement été considérées, quelques années auparavant, comme des activités locales non assujetties à la réglementation du Congrès découlant de la clause sur le commerce».[39]

- **Les communications**

Les activités suivantes entrent dans la catégorie du «commerce»:[40]

- L'envoi d'informations par télégraphe.
- La radiodiffusion.
- La compilation de nouvelles par une association de presse et leur transmission à des journaux clients.

La Commission fédérale des communications, créée en 1934, réglemente la radio, la télévision (y compris la câblodiffusion) et le téléphone.

- **Le droit des sociétés et les faillites**

Il s'agit là d'un domaine qui relève essentiellement de la réglementation des États. Une loi du Mississippi interdit aux sociétés étrangères

(c'est-à-dire n'ayant pas leur siège social dans l'État) d'intenter des poursuites devant les tribunaux de l'État si elles n'ont pas obtenu un certificat leur permettant d'avoir des activités commerciales dans cet État. Apparemment, une telle exigence est valide si les activités commerciales de cette société étrangère sont de nature locale ou ne dépassent pas les frontières de l'État. Cependant, en 1975, la Cour suprême décréta que «le refus de l'État du Mississippi de respecter les contrats conclus pour des activités commerciales inter-États ou étrangères va à l'encontre de la clause sur le commerce».[41]

Il n'y a pas que les sociétés qui peuvent faire faillite; toutefois, il importe de mentionner ici que la réglementation des faillites est un pouvoir commun des États et du gouvernement fédéral, ce dernier ayant toutefois la primauté. Le pouvoir du Congrès est défini à l'art. 1, s. 8, para. 4:

> D'édicter [. . .] des lois uniformes dans toute l'étendue des États-Unis, en matière de faillite.

«Pratiquement toutes les catégories de personnes et de sociétés» sont maintenant régies par une loi fédérale des banques, ainsi que les municipalités et les autres structures politiques des États.[42] Ce pouvoir a été exercé pour réglementer certains aspects des activités des sociétés. La mention, dans la Constitution, de lois uniformes n'empêche pas le Congrès de modeler des lois en fonction des problèmes particuliers de certaines régions».[43]

Selon le Quatorzième amendement, les sociétés sont des «personnes». Une société d'un autre État doit donc bénéficier d'une protection égale par les lois de l'État; toutefois, pour bénéficier d'une telle protection, la société «étrangère» doit être assujettie à la juridiction de cet État. Cela signifie, en l'occurrence, que l'État peut obliger cette société à s'acquitter de certaines responsabilités, notamment payer des impôts.[44] On reviendra plus tard sur ce problème de la fiscalité.

Le gouvernement fédéral jouit d'un pouvoir de réglementation indirect sur les sociétés en exerçant non seulement son pouvoir relatif aux faillites, mais également son pouvoir sur le commerce en ce qui concerne les activités de la Securities and Exchange Commission.

- **La concurrence, y compris dans les professions libérales**

On a déjà un peu parlé des circonstances dans lesquelles la Loi anti-trust a été adoptée. La Loi Sherman anti-trust a été interprétée comme régissant plusieurs activités dans le domaine des divertisse-

ments: le football, la promotion de la boxe et la vente de droits relatifs à la télévision, à la radiodiffusion et aux films, ainsi que les services de réservation et de présentation de spectacles de théâtre.[45]

La Cour suprême a décrété que l'établissement, par le Barreau de l'État de Virginie, d'un barème des honoraires minimums des avocats, violait la Loi Sherman. Sa décision stipule notamment que: «en décrétant que la manifestation, par les avocats, d'un certain comportement anti-concurrentiel relève de la Loi Sherman, nous ne cherchons absolument pas à diminuer l'autorité de l'État dans la réglementation de ses professions».[46]

Selon les principes énoncés lors de l'affaire Parker, en 1943, tout comportement anti-concurrentiel exécuté sur ordre législatif d'un État est exempt de la Loi Sherman car, d'après la Cour suprême, cette loi était destinée à réglementer les pratiques privées et non pas à interdire à un État d'imposer une restriction par un acte du gouvernement.[47] Cependant, dans l'affaire des avocats de Virginie, le comportement anti-concurrentiel n'était pas imposé par l'État. Une loi de l'Arizona qui, elle, ordonnait aux avocats de restreindre leur publicité fut invalidée parce qu'elle entravait la liberté de parole, garantie par le Premier amendement. Il fut décrété que l'État ne pouvait pas interdire la publicité au sujet de services juridiques ordinaires, si la vérité était respectée.

Lors d'une affaire récente, *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Mideal Aluminium*, il fut décidé qu'une loi de cet État obligeant les producteurs de vin et les grossistes à établir un système de maintien du prix de revente allait à l'encontre de la Loi Sherman. Dans sa décision du 3 mars 1980, la Cour suprême déclara que la politique de l'État n'était pas activement supervisée par l'État lui-même. «La politique nationale destinée à stimuler la concurrence ne peut pas être contrecarrée par une intervention qui, sous les apparences d'une polémique de l'État, n'est après tout qu'un accord de fixation des prix entre parties privées».

Dans une décision du 8 janvier 1980, la Cour suprême décréta que la décision de la Chambre immobilière de la Nouvelle-Orléans d'imposer une commission uniforme sur les ventes résidentielles avait un effet «non négligeable» sur le commerce inter-États.[48] C'est là un autre exemple qui illustre la vaste portée de la clause sur le commerce.

- **La criminalité**

Le droit pénal relève essentiellement des États, mais la loi fédérale peut également imposer des sanctions pénales. Deux lois de ce genre,

étayées par la clause sur le commerce, ont été confirmées par les tribunaux. Est coupable d'un délit quiconque se déplace, dans le cadre d'activités commerciales inter-États ou étrangères, dans le but d'organiser, d'encourager une révolte ou d'y participer ou encore de promouvoir ou d'exécuter une activité illégale.[49] De même, l'enlèvement de personnes est un délit relevant des lois fédérales lorsque la victime est transportée dans un autre État.[50] Relève également de la loi fédérale le transport, d'un État à l'autre, d'automobiles ou d'autres articles volés, de billets de loterie et de marchandises impures ou contrefaites.

Il a été décrété que l'article 1955 de la Loi sur le crime organisé (Organized Crime Act) de 1970 représentait un exercice valide du pouvoir sur le commerce. Selon cet article, la tenue d'un établissement de jeu illégal est un délit fédéral.[51] Il fut également décidé que cet article ne devait pas être appliqué dans les États où le jeu n'est pas considéré comme une activité illégale. «L'uniformité nationale n'est pas indispensable lorsque le Congrès exerce le pouvoir que lui confère la clause sur le commerce».[52] En conséquence, le Congrès pourrait fort bien circonscrire la vente d'un produit, comme le pétrole importé, à une certaine région du pays.

Selon le Deuxième amendement,« [. . .] il ne pourra être porté atteinte au droit du peuple de détenir et de porter des armes». Cet amendement garantit un droit collectif, et non individuel, de porter des armes, et les États et le gouvernement fédéral ont adopté des règlements à cet effet, notamment la Loi sur le contrôle des armes à feu (Gun Control Act) qui a été adoptée en 1968 par le gouvernement fédéral.[53] Des pressions s'exercent actuellement pour que le gouvernement fédéral exerce un contrôle plus sévère dans ce domaine, contrôle qui relèverait sans doute de la clause sur le commerce.

• La protection de l'environnement

Les tribunaux de district américains ont décidé que la pollution de l'air et de l'eau affectait le commerce inter-États. La juridiction fédérale sur la pollution de l'eau n'est pas limitée par le critère des eaux navigables, selon les pouvoirs conférés par la clause sur le commerce.[54]

La Cour d'appel américaine a décrété que l'Agence de protection de l'environnement (Environmental Protection Agency) outrepassait les pouvoirs que lui conférait la Loi sur la pollution atmosphérique (Clean Air Act) en obligeant l'État du Maryland à adopter des programmes de lutte contre la pollution. La Cour d'appel décréta que la clause sur le commerce, sur laquelle se fonde cette loi, n'habilitait pas le Congrès ou un organisme fédéral à ordonner au parlement d'un État d'adopter telle ou telle loi.[55]

La Loi sur les espèces en voie de disparition (Endangered Species Act) de 1973, qui interdit le commerce inter-États de produits dérivés des baleines, a été reconnue comme étant une application valide de la clause sur le commerce. Le pouvoir du Congrès d'interdire certains produits en vertu de cette clause est bien établi. Le Congrès peut en effet «écarter des circuits du commerce inter-États les produits dont le déplacement entre les États nuit, à son avis, au bien-être national».[56]

- **Les politiques gouvernementales d'achat**

On en parlera plus loin, au chapitre de la souveraineté des États.

- **Les assurances**

Dans une décision de 1944, la Cour suprême décréta, avec l'appui d'une faible majorité seulement des sept juges participants, que la Loi Sherman s'appliquait aux polices d'assurance-incendie contractées d'un État à l'autre, même si, au moment de l'adoption de la loi (en 1890) et longtemps après, la Cour suprême estimait que les activités d'assurances ne constituaient pas du commerce au sens où l'entendait la Constitution.[57] Au début de 1945, le Congrès adopta la Loi McCarran qui stipule que les activités des compagnies d'assurances continueront d'être assujetties aux lois des États, sauf dans les cas précis où le Congrès en décidera autrement.[58]

Les compagnies d'assurances doivent obtenir un permis dans chacun des États où elles ont des activités.[59]

- **Le droit du travail et le contrôle des salaires**

Dans le domaine du travail, l'intervention fédérale, étayée par la clause sur le commerce, semble dépasser de beaucoup celle du gouvernement fédéral au Canada. On a déjà parlé de la Loi Wagner sur les relations de travail, qui oblige les employeurs qui recherchent des débouchés inter-États pour leurs produits à permettre à leurs employés de négocier avec eux collectivement. Cependant, la Loi Taft-Hartley permet aux États d'interdire la syndicalisation obligatoire des travailleurs. C'est en exerçant ce genre de pouvoir que plusieurs États, surtout dans le Sud, ont réussi à attirer des investissements industriels.

La Loi sur les normes de travail équitables (Fair Labor Standards Act), a été interprétée de telle façon que, de nos jours, elle assujettit «toute la question des salaires et des horaires des personnes employées aux États-Unis, à quelques rares exceptions près, à un processus de réglementation fédéral unique, ce qui [...] a donc primauté sur l'exercice, par les États, de leur pouvoir de police dans ce domaine».[60]

Corwin cite trois exemples de travailleurs assujettis à la loi; ces exemples montrent que, même s'il a un lien très lointain avec le commerce inter-États, un travailleur peut être assujetti à la loi:

- Ceux qui s'occupent de l'entretien d'un édifice et qui doivent le chauffer pour maintenir au chaud les doigts des couturières employées par un fabricant de vêtements qui loue des locaux dans cet édifice et qui vend ses articles dans d'autres États.

- Les employés chargés de l'entretien du siège social d'une société de fabrication s'occupant du commerce inter-États d'un produit venant d'usines situées ailleurs.

- Les employés d'une entreprise de nettoyage des fenêtres, dont l'essentiel des activités consiste à nettoyer les fenêtres d'usines produisant des articles destinés au commerce inter-États.[61]

Au début des années 1970, le Président instaura le contrôle des prix et des salaires, en vertu d'une loi adoptée par le Congrès.

Le département fédéral du travail administre d'autre part la Employment Retirement Income Security Act qui détermine, entre autres, dans quelles valeurs les fonds de pensions des employés peuvent être investis. La Pension Benefit Guaranty Corporation assure régimes de pensions établis pour les employés par un employeur ou par un groupe d'employeurs.

Certaines subventions fédérales versées aux États et aux gouvernements locaux sont assorties de diverses conditions relatives aux pratiques d'embauche.

• Les ressources naturelles

Dans l'affaire *West v. Kansas Natural Gas*, en 1911, la Cour suprême condamna la prohibition d'exporter le gaz naturel découvert à l'intérieur de l'État de l'Oklahoma. La Cour décréta que si cet État pouvait faire passer son propre bien-être avant celui de toute la nation, «la Pennsylvanie pourraient conserver son charbon, le Nord-Ouest son bois, les États miniers, leur minerais», de sorte qu'on riposterait à l'embargo par l'embargo et que «le commerce serait arrêté aux frontières des États.»[62]

La décision prise dans cette affaire indiqua à la Cour comment juger, en 1923, de l'affaire *Pennsylvania v. West Virginia*; elle condamna un décret de ce dernier État qui obligeait les compagnies de gaz naturel à répondre aux besoins intérieurs avant de servir les autres États.

En 1928, dans l'affaire *Foster Packing Co. v. Haydel*, la Cour «limita la mesure dans laquelle un État pouvait alléguer de sa propriété de certaines ressources naturelles pour justifier un régime économique favorisant ses résidents.» Elle invalida une loi de la Louisiane qui exigeait que les ressources soient transformées à l'intérieur de l'État avant de pouvoir en sortir.[63]

Le fait qu'une ressource naturelle qui est propriété de l'État est destinée au commerce inter-États n'empêche pas en soi l'État en question de favoriser l'utilisation de cette ressource par ses résidents, mais cela joue sur l'analyse que fait la Cour de toute mesure discriminatoire qui lui est soumise. En 1978, dans l'affaire *Hicklin v. Orbeck*, la Cour a fait remarquer que «le pétrole et le gaz dont se sert l'Alaska pour pratiquer de la discrimination à l'endroit des non-résidents est d'une importance nationale profonde.»[64]

- **Le contrôle des prix**

«Sous réserve, sans doute, de la clause sur la procédure légale du Cinquième amendement, le Congrès peut réglementer le prix des produits faisant l'objet d'un commerce inter-États, ainsi que le prix local des produits influençant le prix desdits produits faisant l'objet d'un commerce inter-États. En fait, le pouvoir de réglementation des tarifs de transport est souvent assorti du pouvoir de réglementation du prix des produits transportés, comme c'est le cas pour le gaz naturel et l'électricité».[65]

- **Les holdings de services publics**

La Public Utility Holding Company Act (ou Loi Wheeler-Rayburn) de 1935 obligeait certaines sociétés à s'inscrire auprès de la Securities and Exchange Commission et à divulguer à cette dernière certains renseignements, sous peine de se voir interdire l'utilisation des services postaux et des installations relatives au commerce inter-États.[66]

- **La réglementation boursière**

La Securities Exchange Act de 1934 créait la Securities and Exchange Commission et écartait des circuits du commerce inter-États et des services postaux les entreprises ayant refusé de s'inscrire en vertu de la Loi.[67]

Il en résulte, aujourd'hui, que la réglementation des bourses et des entreprises dont les actions sont cotées en bourse est presque exclusivement fédérale. Bon nombre de courtiers en valeurs, de courtiers en placements et de conseillers en investissements sont également réglementés par le gouvernement fédéral.

- **Les normes médicales, sécuritaires et techniques**

En ce qui concerne les normes, il ne fait généralement aucun doute que le Congrès peut légiférer toute activité influençant le commerce inter-États. La législation relative aux aliments et aux drogues est essentiellement fédérale et il existe également, au niveau fédéral, la Loi sur l'emballage et l'étiquetage (Fair Packaging and Labelling Act).

La législation fédérale ne régit cependant pas tout. Par exemple, le problème s'est récemment posé des effets sur la santé de la mousse d'urée formaldéhyde qui avait été insufflée dans les murs des édifices. En l'absence d'une loi fédérale dans ce domaine, les États adoptent chacun leur propre solution à ce problème.

- **Les transports**

Il avait été reconnu, bien avant les années 1930, que non seulement les chemins de fer mais aussi toutes les autres formes de transport étaient assujettis au pouvoir relatif au commerce inter-États, mais ce n'est qu'à cette date que le Congrès a décidé de réglementer les moyens de transport comme les véhicules à moteur et les avions. La juridiction du gouvernement fédéral sur les pipe-lines fut établie à une date antérieure.[68]

Le pouvoir fédéral sur la navigation, qui est un élément des transports et, par conséquent, du commerce[69], comprend le pouvoir d'ériger des barrages. L'énergie électrique ainsi produite appartient aux États-Unis. Le Congrès peut contribuer à la création d'un marché pour cette électricité en octroyant des prêts aux municipalités. Il peut même construire des centrales thermiques reliées à un réseau hydro-électrique, cela en vertu du pouvoir sur le commerce.[70]

Un État ne peut pas réglementer les tarifs de transport des marchandises traversant ses frontières; certes, il peut réglementer les tarifs concernant son propre territoire mais, là encore, ces tarifs «peuvent être annulés par le gouvernement national s'ils entravent ou exercent une discrimination contre le commerce inter-États».[71] La loi fédérale interdit à un État de suspendre le droit d'un transporteur inter-États d'utiliser les routes de l'État pour transporter des marchandises faisant l'objet d'un commerce inter-États, parce qu'il aurait violé plusieurs fois les règlements de cet État. Le seul recours dont dispose l'État est de faire appel à la Interstate Commerce Commission.[72]

La limite de vitesse de 55 milles à l'heure est imposée par le Congrès comme condition d'octroi de certaines subventions. La Cour suprême d'un État a même suggéré que l'imposition d'une limite de

vitesse constituait peut-être une application valide du pouvoir sur le commerce.[73]

Le rôle d'arbitre de la Cour suprême en ce qui concerne la fiscalité et le pouvoir de police des États

On a déjà dit qu'une décision de 1851 reconnaît que le Congrès a une juridiction exclusive sur le commerce inter-États, là où l'uniformité est impérative, et que les États ne peuvent pas légiférer dans ce domaine, même si le Congrès ne l'a pas déjà fait. En ce sens, cette décision garantit la liberté des échanges, comme le fait l'article 92 de la Constitution australienne. Par ailleurs, on a également vu que les États pouvaient légiférer dans les domaines où la diversité est nécessaire, afin de répondre à des besoins commerciaux locaux, sous réserve, bien sûr, de voir leurs mesures annulées par le Congrès si celui-ci en décide ainsi.

De nos jours, la Cour suprême donne une application pratique à ces principes généraux lorsqu'elle fait fonction d'arbitre entre la nécessité de garantir la liberté des échanges, sauf si le Congrès décide de les restreindre, et les lois des États. Dans ce cas, la Cour suprême joue le rôle «d'un organe arbitral ou quasi-législatif».[74] Corwin cite cette déclaration du juge Black, en 1944: « [...] le critère fondamental appliqué par la Cour suprême consiste, non pas à déterminer mécaniquement si l'activité en question, qui est affectée par la réglementation de l'État, est un élément du commerce inter-États, mais plutôt à déterminer si, dans chaque cas, les revendications de l'État et les intérêts nationaux en jeu peuvent être conciliés».

• La fiscalité des États affectant le commerce

La vente de produits destinés à un autre État peut ne pas être taxée mais leur production peut l'être, et la ligne de démarcation n'est pas toujours facile à tracer.

Les sociétés, tout comme les individus, qui veulent avoir des activités commerciales dans un État peuvent se voir imposer une taxe par cet État, mais celle-ci ne doit ni être discriminatoire ni entraver indûment le commerce inter-États. Cependant, le juge Blackmun fit remarquer en 1977 qu'il était toujours difficile de déterminer dans quelle mesure un État pouvait taxer le commerce inter-États d'une société, et selon d'autres juges, les décisions prises par la Cour suprême depuis une trentaine d'années n'ont pas réussi à établir une nette distinction entre ce qui constitue une violation de la clause sur le commerce et ce qui n'en constitue pas une.[75]

L'imposition des sociétés est un domaine particulièrement difficile. La part que prend l'État des impôts qu'il perçoit auprès d'une société s'occupant de commerce inter-États doit généralement être répartie équitablement parmi les États concernés. Dans ses décisions, la Cour suprême tient compte notamment des possibilités et des protections que l'État a offertes. On proposa, en 1937, de remplacer le critère de répartition, qui donne des résultats incertains, par un critère plus pratique qui consisterait à déterminer les conséquences, sur le commerce inter-États, d'une intervention uniforme de «tous les États concernés par le commerce». Quoi qu'il en soit, c'est toujours le critère de la répartition qui est appliqué.[76] Les tribunaux déterminent ce qui constitue une part équitable de l'État.

Plusieurs événements récents confirment que cette question suscite le mécontentement du secteur privé, en particulier. Au début de 1980, la Cour suprême décréta que le Vermont pouvait tenir compte des dividendes des succursales étrangères de la Société Mobil pour calculer l'impôt que lui devait cette société. Les États qui imposent une taxe aux sociétés ne procèdent toutefois pas tous de la même façon. Un projet de loi a été présenté au Congrès, qui interdirait aux États de tenir compte des revenus non inclus dans la déclaration fédérale d'impôt sur le revenu.[77] La clause sur le commerce donne probablement au Congrès le pouvoir d'adopter une telle loi.

On se retrouve devant une situation assez semblable en ce qui concerne les taxes imposées par les États sur l'extraction de ressources naturelles comme le pétrole et le gaz naturel. Kaden indique que ces taxes sont, en fait, identiques à des taxes d'exportation imposées par les États et que ces dernières seraient tout à fait inconstitutionnelles. Toutefois «il n'est pas tout à fait évident», selon lui, que le Congrès ait le pouvoir d'annuler les taxes relatives à l'extraction des ressources naturelles lorsqu'elles dépassent un niveau de recettes correspondant raisonnablement aux besoins locaux.[78]

Une décision rendue en 1981 vient éclairer cette question. Dans une affaire soumise par Commonwealth Edison et d'autres, la Cour suprême a décrété qu'il n'y a pas de limite à la taxe que le Montana peut exiger pour chaque tonne de charbon qu'il produit, parce que cette taxe est imposée quelle que soit la destination du produit. Presque tout le charbon provient de mines fédérales et il est pratiquement voué à l'exportation vers les autres États. Une loi fédérale accorde aux États la liberté d'imposer des taxes à ceux qui louent des terres fédérales et, s'il le désirait, le Congrès pourrait imposer une limite à de telles taxes.[79]

- **Les pouvoirs de police au sein des États**

Le Dixième amendement stipule que «les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement ou au peuple». De 1830 à 1930, à peu près, cet amendement «fut fréquemment invoqué pour réduire les pouvoirs conférés expressément au Congrès, surtout les pouvoirs lui permettant de réglementer le commerce inter-États, d'appliquer le Quatorzième amendement et de lever et de percevoir des impôts».[80] De nos jours, cependant, «il est manifeste que le Dixième amendement ne protège pas les États et leur structure politique de l'impact de tout pouvoir positivement conféré au gouvernement fédéral».[81] L'exercice légitime du pouvoir sur le commerce a primauté sur le pouvoir de police des États, lequel, comme on l'a déjà dit, consiste à assurer la santé, la sécurité, les bonnes mœurs et le bien-être général de leurs habitants. Dans une décision de 1977, la Cour suprême énonça le principe selon lequel, lorsque le Congrès décide expressément que seules les lois qu'il promulgue devront réglementer une partie du commerce, les lois des États réglementant cet aspect du commerce doivent s'incliner.[82]

En ce qui concerne le pouvoir de police des États, le rôle de la Cour suprême «est, encore plus que dans le domaine fiscal, celui d'un organe arbitral, plutôt que celui d'un organe strictement judiciaire».[83] Dans une décision de 1963, la Cour suprême énonça une règle générale permettant de déterminer la validité des lois des États affectant le commerce inter-États:

> Lorsqu'un statut impose des règlements équitables pour servir un intérêt public local légitime et que ses effets sur le commerce inter-États ne sont qu'accessoires, il sera maintenu à moins que le fardeau qu'il impose à ce commerce soit manifestement excessif par rapport aux avantages locaux supposés. Si l'on identifie un objectif local légitime, le problème devient alors une question de degré. L'importance du fardeau qui pourra être toléré dépendra bien sûr de la nature de l'intérêt local en question et de la possibilité de le promouvoir avec autant d'efficacité sans affecter autant les activités de l'État.[84]

Ainsi, un tribunal de district fédéral confirma une ordonnance locale réglementant les niveaux sonores à proximité d'un aéroport, parce que cela ne constituait qu'un fardeau secondaire pour le commerce inter-États.

De même, dans l'affaire *Exxon v. le Maryland*, en 1978, il fut décidé de maintenir la loi d'un État qui interdisait aux raffineurs d'essence d'exploiter des postes d'essence appartenant à leur société. La société avait prétendu qu'elle serait alors obligée de former des concessionnai-

res indépendants et que cela imposerait un fardeau au commerce inter-États.

Toute loi d'un État dont l'objectif est manifestement discriminatoire sera annulée. Par exemple, une loi de la Caroline du Nord, dans le but de protéger les producteurs locaux de pommes de la concurrence des producteurs de l'extérieur, stipulait que seules les catégories reconnues par le département américain de l'Agriculture seraient indiquées sur les contenants fermés de pommes vendus dans l'État (l'homologation par le département américain de l'Agriculture est facultative). Cette loi nuisait, et c'était là son intention, aux producteurs de l'État de Washington qui utilisent leur propre système de classement, lequel est toutefois largement reconnu. Il fut décrété que cette loi exerçait une discrimination inconstitutionnelle à l'égard du commerce inter-États.

Cependant, la Cour suprême semble considérer, ce que Kaden juge déraisonnable et irréaliste, que la portée du pouvoir des États de réglementer le commerce varie selon que l'État possède ou non le produit négocié. En l'absence de disposition fédérale applicable, le droit du Dakota du Sud d'empêcher des clients de l'extérieur d'acheter du ciment produit par une usine appartenant à cet État fut confirmé en juin 1980.[85]

La Cour suprême décida, en 1976, que l'imposition d'une réciprocité obligatoire «imposait un fardeau indu à la liberté des échanges inter-États et ne pouvait pas être considérée comme l'exercice légitime du pouvoir d'un État». Le *Board of Health* du Mississippi avait décidé que le lait provenant d'un autre État pouvait être vendu au Mississippi à condition que l'autre État accepte le lait en provenance du Mississippi, à titre réciproque. Le Mississippi avait prétendu que ce règlement permettrait de maintenir les normes médicales et sanitaires de l'État.[86]

Dans l'exercice de son rôle d'arbitre, la Cour suprême essaie de déterminer, non seulement si un État a empiété indûment sur «les pouvoirs que la clause sur le commerce confère exclusivement au Congrès», mais également si la loi d'un État va à l'encontre d'une loi fédérale qui constitue une application valide du pouvoir sur le commerce. Si c'est le cas, c'est-à-dire s'il y a violation d'une loi fédérale, la loi de l'État doit être annulée.[87]

Selon Corwin, il est difficile pour la Cour suprême de bien jouer ce rôle d'arbitre, et il cite en exemple l'opinion exprimée par trois juges dissidents, en 1940:

> Contrairement aux règlements législatifs, le contrôle judiciaire du commerce national doit, étant donné les limites inhérentes du processus judiciaire, trancher, de façon aléatoire, des controverses locales

isolées à partir de preuves et de données qui sont, elles, limitées par les règles étroites de procédure.

Or, des principes procéduriers sporadiques et non reliés entre eux ne peuvent pas adéquatement servir à l'établissement de règles nationales intégrées, lesquelles seraient les seules à pouvoir protéger pleinement le commerce inter-États comme le voulait la Constitution.[88]

La souveraineté des États

• L'affaire de la *National League of Cities*

À partir de 1937, les tribunaux interprètent la souveraineté des États de telle façon que ces derniers sont généralement obligés de s'adresser à d'autres instances pour protéger leurs intérêts. Cependant, dans les années 1970, la Cour suprême a souvent, bien qu'irrégulièrement, fait mention du problème délicat que soulève la souveraineté des États... Cette nouvelle sollicitude de la Cour à l'égard de la souveraineté des États atteint son apogée en 1976. La décision rendue lors de l'affaire de la *National League of Cities v. Usery* annulait l'assujettissement des employés des gouvernements locaux et des gouvernements des États aux normes relatives au salaire minimum et aux horaires maximums prévues par la Loi fédérale sur les normes de travail équitables. Des décisions antérieures avaient, en fait, obligé les États à s'en remettre à la protection des institutions politiques lorsque le Congrès essayait d'exercer son pouvoir sur le commerce pour les réglementer. Il suffisait que la substance d'un règlement soit à la portée du pouvoir sur le commerce pour qu'une directive fédérale puisse être appliquée aux États, de la même façon qu'elle pouvait l'être à des individus engagés dans des activités semblables.[89]

Selon le professeur Kaden, la décision majoritaire rendue lors de l'affaire de la *National League of Cities* propose une limite constitutionnelle réelle au pouvoir sur le commerce. Cependant, à son avis, ni l'opinion des juges appuyant cette décision, ni l'opinion des juges dissidents, ne contribuent sensiblement à l'établissement d'une règle à laquelle on pourrait se reporter pour toute autre affaire concernant l'autonomie des États.

La décision confirmait que la détermination des conditions de travail des employés des États était un attribut indéniable de la souveraineté des États, et justifiait par conséquent la protection de la Cour suprême contre toute intervention fédérale. La Cour suprême réussit à faire en sorte que la décision «puisse s'accommoder, inconfortablement cependant, de l'assujettissement des sociétés de chemins de fer gérées par les États aux règlements fédéraux relatifs à la sécurité, à la responsabilité délictuelle et aux normes d'emploi [...] Selon les juges qui ont appuyé la décision, les sociétés de chemins de fer gérées par les États sont assujetties aux règlements fédéraux sur le commerce, tandis que les hôpitaux et les écoles des États ne le sont pas».[90]

Une décision antérieure de la Cour suprême, lors de l'affaire *Fry v. United States,* confirmait le pouvoir du Congrès d'assujettir les employés des États au blocage national des salaires. L'un des juges prétendit que l'affaire Fry était différente, en ce sens que «le contrôle des prix et des salaires avait une durée limitée, qu'il avait une optique négative (n'entraînant donc aucune diminution des recettes fiscales des États) et qu'il répondait à une urgence nationale manifeste».

Kaden n'est pas impressionné par les efforts déployés par la Cour suprême pour concilier cette décision aux précédentes. Il prétend que la Cour suprême n'aurait pas dû intervenir au nom des États dans l'affaire de la *National League of Cities*, car «ni l'impact fiscal ou gouvernemental de normes de travail équitables, ni la politique de blocage temporaire des revenus qui avait été testée avec l'affaire Fry, ne modifient sensiblement le processus politique d'un État». Par contre, selon lui, la Cour suprême aurait beaucoup plus de raisons de s'intéresser à un grand nombre de programmes fédéraux de dépenses «qui ont actuellement un impact considérable sur les choix budgétaires des États».

- **Les subventions conditionnelles**

Dans sa décision relative à la *National League of Cities*, la Cour suprême se limitait aux pouvoirs conférés au Congrès par la clause sur le commerce. Dans une note explicative, elle indiquait qu'elle se gardait d'exprimer toute opinion que ce soit en ce qui concerne la validité des pouvoirs exercés par le Congrès en vertu d'autres articles de la Constitution, comme le pouvoir de dépenser, pour atteindre ses objectifs.[91] Selon Kaden, le Congrès aurait très bien pu exiger, en échange des fonds provenant du partage des revenus, que les États et les 38 000 gouvernements locaux respectent les dispositions de la Loi sur les normes de travail équitables.

Peu après cette décision, la Cour suprême confirma l'imposition d'une condition à l'octroi d'une subvention fédérale, condition qui avait pour effet d'obliger l'État de la Caroline du Nord à modifier sa Constitution avant de pouvoir bénéficier de subventions à la santé. Selon la Loi sur la planification nationale de la santé, un État doit, pour bénéficier de subventions, réglementer les services et installations privés et publics de soins médicaux afin de s'assurer que seuls les installations et services nécessaires seront offerts ou organisés dans l'État. En Caroline du Nord, la Cour suprême de l'État avait décrété que la création et l'utilisation d'un mécanisme obligeant les établissements privés de soins médicaux à faire la preuve qu'ils répondaient à un besoin réel étaient incompatibles avec la constitution de l'État. La Cour suprême fédérale, en décrétant que la condition imposée à l'octroi de la subven-

tion n'outrepassait pas la ligne qui sépare l'encouragement de la coercition et ne violait donc pas le Dixième amendement, déclara:

> Le seul fait qu'un État, en raison d'une singularité quelconque de sa Constitution, puisse être dispensé du respect de cette condition, n'est pas un motif suffisant [...] pour invalider une condition qui est légitimement reliée à un intérêt national [...] Tout État [...] pourrait alors contrecarrer l'objectif du Congrès en modifiant exprès sa Constitution ou en demandant à sa Cour suprême de se prononcer à cet égard. La Constitution confère au gouvernement fédéral le pouvoir d'imposer une condition à des subventions fédérales accordées en vertu d'une autorité constitutionnelle adéquate, et la validité de ce pouvoir ne dépend pas de la Constitution d'un État, ni des décisions des tribunaux des États.[92]

Selon Thomas Madden, la Cour suprême «fit ainsi savoir qu'elle n'était pas disposée à analyser les limites théoriques ou pratiques que le Dixième amendement impose au pouvoir conféré au Congrès, par la clause sur la taxation et les dépenses, à encourager les États à contribuer à la prospérité générale de la nation».[93]

En 1947, une décision confirma la légitimité d'une condition imposée à l'octroi d'une subvention, condition qui interdisait à tout représentant nommé des États ou des gouvernements locaux de participer à des activités politiques partisanes lorsque son salaire était payé, en partie ou en totalité, à même des subventions fédérales.

Dans les paragraphes précédents, nous nous sommes écartés de la clause sur le commerce pour montrer que, même lorsque celle-ci est soumise à une limite, le Congrès dispose toujours d'une option. Par ailleurs, la décision de la *National League of Cities* avait été rendue par une majorité de cinq contre quatre. L'un des dissidents, le juge Brennan, décrivit la décision comme «une usurpation flagrante du rôle réservé au processus politique» et «un acte regrettable». Il poursuivit en disant: «La seule analyse qui ressemble, même de loin, à celle qui a été adoptée aujourd'hui provient d'une série d'opinions qui avaient été exprimées au sujet de la clause sur le commerce et du Dixième amendement et qui avaient par la suite provoqué une crise constitutionnelle devant la Cour suprême, dans les années 1930».[94]

Néanmoins, la décision de la Cour suprême influença les débats ultérieurs du Congrès sur l'assurance sans culpabilité et sur la reconnaissance du droit à la négociation collective aux employés des États et des gouvernements locaux.[95]

- **Les préférences d'achat des États et des gouvernements locaux**

Ces préférences sont très fréquentes et favorisent aussi bien les produits américains contre les produits étrangers que les produits

locaux contre les produits d'ailleurs.[96] Il semble évident que le Congrès pourrait, avec l'appui politique nécessaire, utiliser son pouvoir sur les traités pour interdire toute discrimination à l'égard des produits étrangers. Le pouvoir américain sur les traités est un pouvoir indépendant, qui n'est pas simplement un pouvoir rattaché à d'autres pouvoirs délégués. Il semble également probable que le Congrès pourrait, encore une fois avec l'appui politique nécessaire, utiliser son pouvoir sur le commerce pour interdire ou réglementer les préférences concernant l'achat de produits locaux qui exercent une discrimination contre d'autres produits américains ou étrangers. Dans sa décision de 1975 au sujet de l'affaire Fry, concernant le contrôle fédéral en cas d'urgence sur les salaires des employés des États et des gouvernements locaux, la Cour suprême décréta que «même une activité dont le caractère est purement interne à un État peut être réglementée par le Congrès, lorsque cette activité, combinée à une conduite semblable par d'autres dans le même État, affecte le commerce entre les États ou avec des nations étrangères.»

Dans certains cas, une préférence est accordée à certains groupes minoritaires. La «Public Works Employment Act», Loi sur l'emploi dans les travaux publics de 1977, interdit au secrétaire au Commerce d'accorder des subventions aux gouvernements locaux, à moins que ces derniers ne fournissent la preuve qu'au moins 10 p. cent du montant de chaque subvention sera accordé à des entreprises appartenant à des groupes minoritaires. Aux termes de la loi, les minorités sont composées des citoyens américains suivants: les Noirs, les Hispanophones, les Orientaux, les Indiens, les Esquimaux et les Aléoutes.[97]

• Les subventions des États et des autorités locales

Lors d'une affaire de 1976 qui concernait la décision du Maryland de donner des primes aux ferrailleurs qui évacueraient les automobiles abandonnées, la Cour suprême, légitimant l'exercice par l'État de son pouvoir de police, décréta que «l'esprit de la clause sur le commerce n'interdit nullement à un État, en l'absence d'une mesure du Congrès, de participer aux activités du marché et d'exercer le droit de favoriser ses propres citoyens par rapport aux autres.»[98]

On peut en conclure que le Congrès a le pouvoir, en vertu de la clause sur le commerce, d'interdire les subventions des États et des gouvernements locaux qui sont cause de discrimination. La citation tirée du jugement Fry indique que les subventions qui affectent le commerce pourraient être défendues. Le Congrès pourrait également exercer son pouvoir sur les traités. Dans les deux cas, le problème se situerait au niveau de l'appui politique que pourrait réunir le Congrès, et non pas au niveau du pouvoir juridique de ce dernier.

LES BOISSONS ALCOOLISÉES ET LES CIGARETTES

Le Vingt et unième amendement abrogeait le Dix-huitième, lequel avait créé la «prohibition» et donné aux États un pouvoir spécial en ce qui concerne le commerce inter-États dans ce domaine. La section 2 stipule que:

> Le transport ou l'importation dans tout État, territoire ou possession des États-Unis pour la remise ou l'usage des boissons spiritueuses en violation des lois de ces États, territoires ou possessions, est interdit.

Une décision rendue par la Cour suprême en 1972 au sujet d'une taxe imposée par la Caroline du Sud à une société de l'extérieur confirmait que cet amendement libère un État des limites traditionnelles de la clause sur le commerce en ce qui concerne les boissons alcoolisées destinées à être consommées sur son territoire.[99]

Avant l'adoption du Vingt et unième amendement, le Congrès avait, au moyen de la Loi Webb-Kenyon de 1916, assujetti le transport inter-États de boissons alcoolisées à la réglementation de l'État auquel elles étaient destinées, ce qui revenait en fait à déléguer aux États le pouvoir de réglementer ce commerce inter-États.[100] Le Vingt et unième amendement n'interdit pas complètement les lois fédérales sur les boissons alcoolisées.

En mai 1977, les taxes imposées par les États sur les cigarettes allaient de $.02 par paquet de vingt, en Caroline du Nord, à $.23, à New York. Dans certains États, la contrebande de cigarettes crée un grave problème de fraude fiscale. Cette contrebande n'est pas un délit fédéral, malgré les pressions exercées en ce sens par de nombreux États qui voient là la solution du problème. Dans la plupart des États, il est interdit de posséder, de transporter, de livrer ou de vendre des cigarettes improprement estampillées mais, pour différentes raisons, ces lois des États n'empêchent pas la contrebande dans certaines régions des États-Unis.[101]

Les États ne peuvent pas taxer des marchandises en transit mais ils peuvent taxer de façon non discriminatoire des marchandises en provenance d'un autre État ou de l'étranger. À une certaine époque, les transactions du commerce inter-États ne pouvaient pas être taxées mais, en 1937, il fut décrété que les États pouvaient imposer des taxes compensatoires pour l'utilisation, sur leur territoire, d'articles en provenance d'autres États.[102]

LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Les paragraphes qui suivent s'inspirent surtout des ouvrages de Corwin, Pannam et Heldman qui sont énumérés aux pages 79 et 80.

Dispositions constitutionnelles: résumé

La liberté de circulation dont il est question ici est la liberté de s'installer, de résider ou simplement de se rendre dans un autre État. Plusieurs dispositions constitutionnelles portent sur cette question. La clause sur le commerce traite non seulement du commerce mais aussi du transit et du simple passage des personnes entre les États. Les restrictions imposées par le droit pénal fédéral aux personnes se déplaçant d'un État à l'autre ont déjà été mentionnées. Les trois règles constitutionnelles qu'il importe d'étudier ici sont: l'application non discriminatoire des privilèges et immunités des États, le droit de circuler et l'obligation des États de donner à toutes les personnes qui relèvent de leur juridiction la protection égale de la loi.

La première règle figure à l'article IV, section 2, de la Constitution. Elle oblige un État à traiter les résidents d'autres États de la même façon qu'il traite les siens. La deuxième règle, c'est-à-dire le droit de circuler, ne se trouve pas dans le texte même de la Constitution mais dans des décisions judiciaires. Elle lie à la fois le gouvernement fédéral et les États. La troisième règle, celle qui garantit la protection égale de la loi, est énoncée dans le Quatorzième amendement. Elle oblige un État à traiter tous ses résidents de la même façon, y compris, dans la plupart des cas, les étrangers. Elle a été invoquée pour invalider des lois de l'État qui confinent les bénéfices publics aux personnes ayant résidé dans l'État pour une période de temps déterminée.

Ces trois règles constitutionnelles ont été appliquées pour annuler, ou pour confirmer, toute mesure discriminatoire fondée sur le lieu de domicile ou sur la durée de résidence. Nous en verrons plusieurs exemples dans les pages suivantes. Il en résulte, de façon générale, que la discrimination est autorisée si elle n'a pas un caractère hostile ou déraisonnable.

L'article IV, section 2: Privilèges et immunités accordés par les États

Le premier paragraphe de l'article IV, section 2, stipule que:

> Les citoyens de chaque État auront droit à tous les privilèges et immunités dont jouissent les citoyens dans les divers États.

Ce libellé peut donner lieu à différentes interprétations mais, selon celle des tribunaux, un État ne doit pas exercer de discrimination contre des citoyens d'un autre État en faveur des siens. «Il a été décidé que l'éventualité d'une telle discrimination n'était pas conforme à la nature même du système fédéral que l'on cherchait à créer». Cette clause était

essentiellement destinée «à contribuer à la fusion, en une seule nation, de plusieurs États indépendants et souverains».[103]

En 1869, dans l'affaire *Paul v. Virginia*, la Cour suprême constate que «l'on a dit, à juste titre, qu'aucune disposition de la Constitution n'avait contribué autant que celle-ci à la réunion de tous les citoyens américains en un seul peuple. À vrai dire, faute d'une disposition de ce genre [. . .] la République n'aurait guère été qu'une ligue d'États».

Cet article est basé sur l'article IV des premiers articles confédératifs, où le choix des termes était plus heureux:

> Afin de garantir et de préserver au mieux l'amitié et les échanges entre les peuples des États de cette Union, les libres habitants de chacun de ces États [. . .] jouiront de tous les privilèges et immunités reconnus aux citoyens libres de ces États; les habitants de chaque État auront le droit d'entrer dans n'importe quel autre État et d'en sortir, d'y jouir de tous les privilèges relatifs au commerce, tout en respectant les mêmes obligations, impositions et restrictions auxquelles les habitants de cet État sont respectivement soumis . . .

Le texte du présent article emploie le mot «citoyen». De nos jours, on devient automatiquement citoyen d'un État si l'on y a élu domicile, c'est-à-dire, en fait, si l'on en est un résident permanent. La citoyenneté (ou le domicile) et la simple résidence n'ont pas toujours été considérées comme des notions équivalentes dans les décisions de la Cour suprême relatives à l'article IV, section 2. Les termes «citoyen» et «résident» sont considérés comme étant essentiellement interchangeables aux fins de l'article sur les privilèges et immunités.[104]

En ce qui concerne l'article IV, le terme «citoyen» exclut les sociétés commerciales. Il diffère en ce sens de l'article III, section 2, qui confère le pouvoir juridique de régler des controverses entre des citoyens.[105]

En 1871, dans l'affaire *Ward v. Maryland*, la Cour suprême soutient que l'Article IV «assure et protège clairement et sans aucun doute le droit d'un citoyen d'un État de venir dans tout autre État de l'Union dans le but d'y engager sans être molesté des opérations commerciales, industrielles ou d'autres affaires».[106]

Les privilèges et immunités dont il est question à l'article IV sont ceux qui appartiennent aux citoyens d'un État, et non pas aux citoyens américains en général. Ces derniers sont couverts notamment par les Cinquième et Quatorzième amendements. L'article IV ne peut être appliqué que contre les États, et non pas contre le gouvernement américain ou les gouvernements de territoires américains. De plus, il ne

s'applique qu'en ce qui concerne les initiatives gouvernementales, et non pas les affaires privées.

Ainsi, lorsqu'un État reconnaît, à sa discrétion, certains privilèges et immunités à ses propres citoyens, ces privilèges et immunités doivent, en règle générale, être accordés sans discrimination aux citoyens des autres États qui se rendent dans l'État en question ou qui viennent y élire domicile. Il y a cependant des exceptions. L'article «n'interdit pas certaines disparités de traitement dans les nombreux cas où cela est justifié par des raisons indépendantes parfaitement valables», et lorsque le degré de discrimination est étroitement relié à ces raisons.[107] Tant que les lois en question «ne sont pas hostiles et reflètent une volonté raisonnable d'assurer une égalité substantielle entre les deux groupes ou de protéger l'intérêt légitime d'un État, elles ne violeront pas l'article IV, section 2».[108]

- **Exemples de l'application de l'art. IV, s. 2**

Les mesures suivantes n'ont pas été interprétées comme allant à l'encontre de l'art. IV, s. 2.[109]

- Les tribunaux ont confirmé une loi du Massachusetts relative au statut juridique des non-résidents empruntant les routes de l'État. Il fut décidé que cette loi mettait en fait les non-résidents et les résidents sur un pied d'égalité.

- Les universités des États peuvent imposer des droits d'inscription plus élevés à ceux qui ne résident pas dans l'État.

- La Cour suprême confirma une loi du Connecticut obligeant les actionnaires non-résidents d'une société ayant des activités dans l'État à payer une taxe sur la fortune. Cette taxe représentait 1,5 p. cent de la valeur de leurs actions et devait être payée par l'intermédiaire de la société. Les résidents payaient des taxes sur leurs actions à leur gouvernement local mais le pourcentage pouvait varier. La Cour décréta que ce pourcentage de 1,5 p. cent était équitable et qu'il ne constituait pas une discrimination intentionnelle. Le fardeau était ainsi réparti équitablement sur la population.

- Un non-résident peut se voir obligé, par le tribunal d'un État, de déposer une caution, même si cette exigence ne s'applique pas aux résidents.

- Les États peuvent imposer aux différentes professions des tests de compétence professionnelle et une condition exigeant que

ceux qui exercent ces professions doivent résider dans l'État. Ils peuvent également exiger une durée minimum de résidence, pourvu que cette durée ne soit ni arbitraire ni excessive. «Il doit exister une relation raisonnable entre la nature de la mesure discriminatoire et les intérêts légitimes de l'État à réglementer et à régir les professions».

- Les États peuvent limiter aux résidents l'octroi de permis de vente d'alcools.

- Les États peuvent circonscrire à leurs propres citoyens le droit de voter ou d'être candidats à une élection.

Certaines décisions rendues par les tribunaux stipulent qu'un État peut accorder des privilèges préférentiels à ses résidents pour ce qui est de l'emploi sans contrecarrer l'article IV, section 2. C'est la conclusion à laquelle en est arrivée, en 1975, la Cour suprême de l'Illinois au sujet des travaux publics.

Cependant, rien ne permet d'assumer qu'un État peut validement tenter de régler son problème de chômage en exigeant de ses employeurs privés qu'ils pratiquent la discrimination à l'endroit des non-résidents.[110] En 1972, l'Alaska a adopté une loi, connue sous le nom d'Alaska Hire statute (loi de l'emploi en Alaska), dans le but de réduire «un taux de chômage extraordinairement élevé». Cette loi stipulait que lorsque l'État participait à un contrat de pétrole ou de gaz ou à un permis d'exploitation, le contrat devait contenir un article exigeant que les résidents compétents de l'Alaska soient embauchés de préférence aux non-résidents. Et, pour être considéré comme résident, il fallait avoir résidé dans l'État durant un an. L'embauche couvrait un large éventail: tout emploi résultant de contrats de pétrole et de gaz et de permis d'exploitation. Les règlements d'application exigeaient que les non-résidents soient mis à pied avant les résidents dans ce secteur de travail. La contestation de la loi s'appuyait sur l'Article IV et la clause relative à la protection égale du Quatorzième amendement. En 1978, dans l'affaire *Hicklin v. Orbeck*, la Cour suprême décréta que la mesure préférentielle favorisant les résidents, quelle que soit la durée de la résidence, était invalide.[111]

La Cour fit exception à un certain nombre des dispositions de la loi, notamment le très grand nombre d'anglais visés et le fait que tous les résidents, et non pas seulement ceux qui étaient sans emploi, avaient la préférence. Elle nota que le taux élevé du chômage dans l'État n'avait pas été causé par un afflux de non-résidents. La Cour fit remarquer que, même si une loi était conçue pour aider les sans-emploi, toute tentative visant à forcer les employeurs à pratiquer la

discrimination à l'endroit des non-résidents risquait «de soulever des questions constitutionnelles graves.»[112]

Par ailleurs, un État ne peut pas exercer une discrimination injuste, par la fiscalité ou par d'autres moyens, contre les citoyens d'autres États qui désireraient acquérir et posséder des biens immobiliers et personnels dans cet État. Les fardeaux doivent être équitablement répartis entre les citoyens de l'État et ceux des autres États.[113]

En 1972, la Cour suprême décréta que les conditions de durée de résidence imposées à l'exercice du droit de vote (vraisemblablement pour des élections ordinaires, plutôt que pour des élections primaires) étaient une violation du droit de vote.[114] En 1975, une Cour de district fédérale décréta qu'une loi de l'État de New York, qui imposait une condition de résidence de 11 mois au moins pour participer aux élections primaires, était inconstitutionnelle; elle violait apparemment l'article IV, section 2.[115]

Le droit de circuler[116]

Ce droit n'est pas énoncé dans le texte même de la Constitution, mais il émane d'interprétations judiciaires. Auparavant obscur, il acquit une certaine prééminence lorsque la Cour suprême décréta, lors de l'affaire Shapiro contre Thompson, en 1969, que les conditions de résidence dans l'État étaient inconstitutionnelles en ce qui concerne les bénéficiaires de prestations de bien-être. La Cour suprême décréta qu'il s'agissait d'un droit fondamental et que seules des lois prévoyant certains tests stricts pouvaient l'enfreindre.

Les sources constitutionnelles du droit de circuler n'ont pas été identifiées avec précision par les tribunaux.

Dans l'affaire *Kent v. Dulles* de 1958, la Cour suprême décréta que le droit de circuler faisait partie de la liberté mentionnée dans le Cinquième amendement. Cet amendement fut adopté en 1791 et stipule notamment que:

> Nul ne pourra [. . .] être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale.

Dans une affaire de 1900, le terme «liberté» mentionné dans cet amendement fut interprété comme incluant «le droit du citoyen [. . .] d'habiter et de travailler là où il le désire, de gagner sa vie en exerçant n'importe quelle activité licite . . .»

La clause de l'article I relative au commerce inter-États, ainsi que les clauses du Quatorzième amendement relatives aux privilèges et

immunités ainsi qu'à la procédure légale ont également été invoquées, dans le passé, en faveur du droit de circuler.

En 1969, dans l'affaire *Shapiro v. Thompson*, la Cour suprême décréta que les exigences de résidence imposées par l'État pour bénéficier de l'aide sociale violaient l'article d'égale protection du Quatorzième amendement, parce qu'elles avaient pour effet d'empêcher l'entrée dans l'État de personnes indigentes, lésant ainsi indûment leur droit fondamental et constitutionnel de libre circulation d'un État à l'autre. Dans le même jugement, la Cour décréta que toute loi adoptée par un État et affectant la circulation inter-États serait invalidée à moins qu'il «soit démontré qu'elle est nécessaire à l'intérêt supérieur de l'État.»

- **L'application du droit de circuler**

Les tribunaux ont hésité à accepter l'argument du droit de circuler contre les pratiques des États sauf en ce qui concerne les conditions de résidence. Lorsqu'un tribunal doit faire reconnaître ce droit, il analyse la loi contestée en cinq étapes:

1. Le tribunal détermine si la loi établit une classification. Par exemple, une telle classification peut faire la distinction entre ceux qui résident dans l'État depuis un an et les autres.

2. S'il existe une classification de ce genre, le tribunal détermine dans quelle mesure elle entrave le droit de circuler d'une classe de citoyens par rapport à une autre.

3. Si cette entrave est minime, le tribunal applique le critère traditionnel de l'égalité de protection de la loi pour déterminer si cette classification est arbitraire, auquel cas la loi est déclarée inconstitutionnelle, ou si cette classification a un lien raisonnable avec l'objectif de la loi. Généralement, ce critère donne des résultats favorables.

4. Si l'entrave au droit de circuler est assez importante pour pénaliser l'exercice de ce droit, le tribunal applique le critère strict de l'égalité de protection de la loi, c'est-à-dire qu'il détermine si l'État essaie de promouvoir un intérêt primordial du gouvernement en entravant l'exercice de ce droit.

5. Si l'État peut prouver qu'il a dans cette affaire un intérêt primordial, il doit alors prouver qu'il ne peut pas promouvoir cet intérêt par une autre mesure moins restrictive.

Certains États ont pris des mesures qui ont été interprétées comme une violation du droit de circuler; citons:[117]

- Les conditions relatives à la durée de résidence imposées par l'État de Washington et le district de Columbia aux bénéficiaires de prestations de sécurité sociale.[118]

- Une loi de l'Arizona qui exigeait d'un indigent qu'il réside dans un comté depuis un an pour pouvoir bénéficier de soins médicaux ou pour pouvoir être hospitalisé, sauf en cas d'urgence, aux frais du comté.[119]

Dans la seconde affaire mentionnée ci-dessus, le problème de la liberté de circuler à l'intérieur de l'État n'avait pas été soumis à la Cour suprême. Cependant, un tribunal fédéral d'instance inférieure a annulé une condition de résidence de cinq ans pour être admissible au programme de logements sociaux de la ville.[120] Le tribunal fit remarquer que la Cour suprême, dans l'affaire Shapiro, imputait ce droit à la Constitution en général, et non pas spécifiquement à la clause sur le commerce: «Dans la mesure où le droit de circuler émane de «nos principes constitutionnels relatifs à la liberté personnelle» [. . .] il ne dépend pas des limites séparant les États et englobe les déplacements à l'intérieur d'un État».[121]

Dans l'affaire de l'Arizona relative aux soins médicaux, la Cour suprême estima que, dans ces circonstances, la préservation des deniers publics ou la simplification des procédures administratives ne constituaient pas un intérêt primordial.

La Cour suprême a cependant maintenu la condition de résidence d'un an qu'impose l'Iowa à ceux qui désirent entamer des procédures de divorce. «La condition de résidence imposée par l'Iowa peut raisonnablement se justifier par des motifs autres que de pures considérations budgétaires ou administratives». L'Iowa voulait notamment éviter de devenir un moulin à divorces et parer ainsi à toute attaque contre ses décrets sur le divorce.[122]

Des tribunaux d'instance inférieure ont maintenu «une condition de résidence simultanée imposée aux fonctionnaires des municipalités».[123]

Des tribunaux d'instance inférieure ont maintenu un certain nombre d'autres lois des États en affirmant qu'elles respectaient le droit de circuler.[124] Citons:

- Une condition imposée par le Barreau des Îles Vierges obligeant un candidat au Barreau à promettre de résider et d'exercer dans les Îles Vierges pendant un certain temps après son admission.

- Une loi du Tennessee qui impose des droits d'inscription plus élevés aux étudiants des autres États.

- Une loi de l'État de New York qui réserve certaines bourses aux étudiants qui obtiennent leur diplôme dans l'État.

- Une loi du Montana qui dispense les diplômés de la Faculté de droit de l'Université de l'État de se présenter à un examen pour être admis au Barreau.

Ces décisions rendues par des tribunaux d'instance inférieure en comptaient également trois autres qui confirmaient que le droit de circuler englobait les déplacements à l'intérieur et à l'extérieur de l'État.

Dans un cas, en 1964, la Cour suprême annula un règlement du gouvernement américain. Dans l'intérêt de la sécurité nationale, ce règlement interdisait aux membres du parti communiste d'obtenir un passeport. Cependant, en 1981, la Cour ratifia la révocation par le département d'État du passeport de Philip Agee, un ancien agent de la C.I.A. qu'on soupçonnait de chercher à nuire aux opérations de l'Agence.[125]

La clause sur la protection égale de la loi

La clause du Quatorzième amendement relative à l'égalité de protection de la loi stipule qu'un État ne peut «refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois».

Dans l'affaire Shapiro, dont on a déjà parlé, la Cour suprême étudia les dispositions du programme de subventions fédérales pour l'Aide aux familles ayant des enfants à charge, en vertu duquel seuls les individus qui résident dans l'État depuis un an peuvent en toucher les prestations. La Cour suprême décréta que la Loi sur la sécurité sociale créant le programme ne pouvait justifier de telles dispositions: «Le Congrès n'a pas le pouvoir de se gagner la collaboration des États à un programme conjoint en adoptant une loi qui autorise ces États à violer la clause sur l'égalité de la loi.»[126]

On a déjà vu qu'en 1975 la Cour suprême de l'Illinois avait décrété que la loi d'un État accordant la préférence à l'embauche de résidents de cet État pour des projets de travaux publics ne violait pas la clause sur les privilèges et immunités.[127] Cependant, cette Cour reconnut, dans la même décision, que toute préférence nuisant à l'emploi d'étrangers résidents, dans des projets de travaux publics, violait la clause sur l'égalité de protection de la loi. Il en résulte qu'un État peut, dans ce

domaine, accorder la préférence à des étrangers résidant sur son territoire, par rapport à des citoyens américains résidant dans d'autres territoires. Un rapport publié récemment dans la presse indique que les lois des États excluant les étrangers de la Fonction publique et du Barreau ont été décrétées inconstitutionnelles.[128]

TEXTE DES ARTICLES CONSTITUTIONNELS PERTINENTS

Article I, Section 8

Le Congrès aura le pouvoir:

1. D'établir et de faire percevoir des taxes, impôts et accises, de payer les dettes des États-Unis, de pourvoir à leur défense commune et de veiller à leur prospérité générale; mais tous les droits, impôts et accises seront uniformes dans toute l'étendue des États-Unis;

2. De faire des emprunts sur le crédit des États-Unis;

3. De réglementer le commerce avec les Nations étrangères, entre les divers États et avec les tribus indiennes;

4. D'édicter une règle uniforme de naturalisation, et des lois uniformes dans toute l'étendue des États-Unis, en matière de faillite;

5. De battre monnaie, d'en arrêter la valeur, ainsi que celle des monnaies étrangères, et de fixer l'étalon des poids et mesures;

6. D'assurer le châtiment des personnes qui contrefont les papiers publics ou falsifient la monnaie courante des États-Unis;

7. D'établir des bureaux et des routes de poste;

8. D'encourager le progrès de la Science et de l'Art utiles, en assurant pour une période limitée, aux auteurs et inventeurs, un droit exclusif sur leurs écrits et sur leurs découvertes;

9. De constituer des tribunaux subordonnés à la Cour suprême;

17. D'exercer une législation exclusive, dans tous les cas quelconques, sur tel district (ne dépassant pas dix milles carrés), qui pourra devenir, en vertu de la cession de certains États et sur l'acceptation du Congrès, le siège du gouvernement des États-Unis; et d'exercer pareille autorité sur tout emplacement acheté avec le consentement de la législature de l'État où il est situé, pour la construction de forts, poudrières, arsenaux, chantiers et autres établissements nécessaires;

18. De faire toutes les lois que pourra nécessiter la mise à exécution des pouvoirs ci-dessus énumérés et de tous ceux dont sont investis, par la présente Constitution, soit le gouvernement des États-Unis, soit tous les départements ou les officiers qui en dépendent.

Article I, section 9

4. Il ne pourra être établi d'impôts de capitation, ou tout autre impôt direct, qu'en proportion du recensement de la population fait dans les règles prescrites plus haut.

5. Il ne sera établi ni taxes, ni droits sur les articles exportés d'un État quelconque.

6. Aucune préférence ne sera accordée, par aucun règlement commercial ou fiscal, aux ports d'un État sur ceux d'un autre; nul navire chargé à destination d'un État ou en sortant ne pourra être forcé d'entrer, de sortir ou de payer des droits dans un autre État.

Article I, section 10

2. Aucun État ne pourra, sans le consentement du Congrès, établir d'impôts ou de droits sur l'exportation ou l'importation des marchandises, si ce n'est ceux qui seront absolument nécessaires pour l'exécution de ses lois d'inspection; le produit net de tous les droits ou impôts établis par l'État sur l'importation ou l'exportation sera mis à la disposition du Trésor des États-Unis, et toute loi établissant des droits de cette nature sera soumise à la révision et au contrôle du Congrès.

Article IV, section 2

1. Les citoyens de chaque État auront droit à tous les privilèges et immunités dont jouissent les citoyens dans les divers États.

Article VI, section 2

2. La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui seront faites en conséquence et tous les traités faits sous l'autorité des États-Unis, constitueront la loi suprême du pays et seront obligatoires pour tous les juges dans chaque État, et cela nonobstant des dispositions contraires insérées dans la Constitution ou dans les lois de l'un quelconque des États.

Dixième Amendement

Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement ou au peuple.

Quatorzième Amendement

1. Tout individu né ou naturalisé dans les États-Unis et soumis à leur juridiction est citoyen des États-Unis et de l'État où il préside. Aucun État ne pourra faire appliquer de lois restreignant les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis; aucun État ne pourra non plus priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans une procédure légale, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction une égale protection des lois.

Vingt et unième Amendement

2. Le transport ou l'importation dans tout État, territoire ou possession des États-Unis pour la remise ou l'usage des boissons spiritueuses en violation des lois de ces États, territoires ou possessions, est interdit.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. Lewis B. Kaden, *Politics, Money and State Sovereignty: The Judicial Code, Columbia Law Review,* 1979, page 847.

2. *Ibid*, page 868.

3. Pour environ 40 programmes fédéraux, les critères de subventions tiennent compte du revenu des États.

4. Thomas J. Madden, *The Law of Federal Grants*, Communication pour la conférence de l'ACIR sur la loi Grant, Washington, décembre 1979, page 5

5. *Ibid*, page 5. On peut comparer à cela l'argument qu'avancent actuellement certaines provinces canadiennes, à savoir que le Parlement ne peut pas taxer les exportations de gaz naturel provenant de gisements leur appartenant.

6. Madden, page 11.

7. Lewis B. Kaden, *Federalism in the Courts*, polycopié, juillet 1980, page 2.

8. Kaden, *Politics, Money and State Sovereignty*, page 889.

9. Carl W. Stenberg, *Federalism in Transition: 1959-79*, Intergovernmental Perspective, hiver 1980, Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Washington, page 7.

10. Les «subventions de partage des revenus» sont aussi assorties de conditions assez générales de sorte qu'aucune subvention n'est vraiment accordée sans conditions.

11. On peut comparer cette situation avec ce qui s'est passé en Australie, sous le premier ministre Witlam, dont le soutien politique était fortement concentré dans les zones urbaines.

12. Stenberg, page 6.

13. Madden, page 3.

14. *Ibid*, pages 12 et 36.

15. *Ibid*, page 19.

16. Stenberg, page 6.

17. Kaden, *Politics, Money and Sovereignty*, pages 880 et 881.

18. *The Economist*, le 13 décembre 1980.

19. *Newsweek*, le 17 septembre 1979.

20. Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton University Press, Princeton, 1978, page 77.

21. Kaden, *Federalism in the Courts*, pages 47 et 48.

22. Corwin, page 67.

23. Corwin, pages 67 et 68. Kaden signale, en citant le professeur Wechsler, qu'une proposition, faite antérieurement à la Convention constitutionnelle, consistait à donner au Congrès la responsabilité de s'opposer «à toute loi des États réputée empiéter sur le domaine national», mais qu'on lui avait préféré la méthode du recours judiciaire. Se reporter à *Federalism in the Courts*, page 1.

24. *Ibid*, page 69.

25. *Ibid*, page 69.

26. Définition donnée par la Cour suprême en 1914 et citée par Corwin, page 140.

27. Corwin, page 53.

28. Cité par Corwin, pages 57 et 58.

29. Cité par Corwin, page 58.

30. Corwin, page 62.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Corwin, page 65.

34. L'affaire *Wickard v. Filburn,* 1942, citée par Corwin, page 66.

35. Kaden, *Federalism in the Courts,* page 29, et Corwin, page 66.

36. En Australie, la participation au système de commercialisation du blé est obligatoire.

37. Y compris par l'art. 1, 5.8, para. 2, 5 et 6.

38. Cité par Corwin, page 47.

39. Corwin, page 47.

40. *Ibid,* page 47.

41. Corwin, page 59.

42. *Ibid,* pages 93 et 94.

43. *Ibid,* pages 94 et 95.

44. Corwin, page 516.

45. *Ibid*, page 59.

46. Affaire Goldfarb de 1975 citée par Corwin, pages 59 et 60.

47. Corwin, page 59. Corwin ne précise pas si, au moyen d'une loi adéquatement rédigée, le Congrès pourrait interdire tout comportement anti-concurrentiel ordonné par un État. Le Congrès pourrait probablement le faire, pourvu qu'il n'empiète pas sur les principes fondamen-

taux de la souveraineté des États. Au sujet de la souveraineté des États, se reporter à un chapitre ultérieur de cette étude.

48. Affaire *McLain v. Real Estate Board of New Orleans Inc.* On n'avait pas demandé à la Cour suprême de déterminer si la Loi Sherman avait en fait été violée.

49. Corwin, page 49.

50. *Ibid*, page 64.

51. *Ibid*, page 64.

52. *Ibid*, page 50.

53. *Ibid*, pages 340 et 341, ainsi que 359.

54. Corwin, pages 49 et 50, ainsi que 57.

55. *Ibid*, page 50.

56. Corwin, page 64.

57. Corwin, page 59.

58. *Ibid*, page 82.

59. *The Economist*, le 25 octobre 1980, *Survey of foreign capital investment in the United States*, page 23.

60. Le juge Roberts en 1951, cité par Corwin, page 65.

61. Corwin, page 65.

62. *U.S. Supreme Court Reports*, (57L 20 éd.), page 408.

63. *Ibid*, page 409.

64. *Ibid*, page 409.

65. Corwin, page 62 et 63.

66. *Ibid*, pages 66 et 67.

67. *Ibid*, page 66.

68. *Ibid*, page 54.

69. *Ibid*, page 55.

70. *Ibid*, page 55.

71. *Ibid*, pages 77 et 78.

72. *Ibid*, page 82.

73. *Ibid*, pages 48 et 49.

74. *Ibid*, page 69.

75. Corwin, pages 72 et 73.

76. Voir Corwin, pages 73 et 74.

77. *The Economist*, le 29 mars 1980.

78. Kaden, *Federalism in the Courts*, page 58.

79. *The Economist*, le 11 juillet 1981, page 41.

80. Corwin, page 443.

81. *Ibid*, pages 445 et 446.

82. *Ibid*, page 80.

83. *Ibid*, page 77.

84. Cité par Corwin, page 78.

85. Kaden, *Federalism in the Courts*, pages 47 à 58.

86. Corwin, page 79.

87. *Ibid*, pages 81 et 82. Voir aussi Kaden, *Federalism in the Courts*, page 51, qui indique, en ce qui concerne l'affaire *Exxon v. Maryland*, que le Congrès n'a pas légiféré en ce qui concerne la propriété des postes d'essence.

88. Cité par Corwin, pages 82 et 83.

89. Kaden, *Politics, Money and State Sovereignty.* Les dispositions de la Loi sur les salaires minimums et les horaires maximums furent élargies à la plupart des employés des États et des autorités locales par voie d'amendements, en 1974.

90. La Cour suprême soulignait la nécessité de préserver la liberté des États afin de structurer des opérations intégrales dans des domaines où les gouvernements ont des fonctions traditionnelles.

91. Madden, page 14.

92. Cité par Madden, page 16.

93. Madden, pages 18 et 19.

94. Corwin, pages 447 et 448.

95. Kaden, *Federalism in the Courts*, page 32.

96. Voir, par exemple, la revue *The Economist*, du 17 janvier 1981, pages 63 et 64.

97. Madden, pages 21 et 36.

98. Cité par Corwin, pages 79 et 80.

99. Corwin, page 75.

100. *Ibid*, page 82.

101. *Cigarette bootlegging: A state and federal responsibility*, Advisory Commission on Intergovernmental Relations, Washington, mai 1977.

102. Corwin, page 70.

103. Clifford L. Pannam, *Discrimination on the basis of state residence in Australia and the United States*, *Melbourne University Law Review*, 1967-1968, pages 117 et 123. Pannam indique que cette disposition américaine servit de modèle à l'article 117 de la Constitution australienne, même si celui-ci est libellé un peu différemment.

104. *U.S. Supreme Court Reports*, (57L 2e éd.), page 398.

105. Pannam, page 119.

106. *U.S. Supreme Court Reports*, (57L 2e éd.), page 404.

107. Cette citation est tirée du jugement de la Cour dans l'affaire *Toomer v. Witsell* (1948). Ce jugement est «la principale démonstration actuelle des limites que l'article impose au pouvoir de l'État de diriger l'emploi exclusivement en faveur de ses résidents».

108. Pannam, pages 126 et 130.

109. *Ibid.*

110. *U.S. Supreme Court Reports*, (57L 2e éd.), page 405.

111. *Ibid*, pages 397 à 410.

112. *Ibid*, page 406.

113. Pannam, page 118.

114. Corwin, pages 498 et 499, ainsi que Victoria Heldman, *The Right to travel: judicial curiosity or practical tool? Journal of Urban Law*, no 52, 1979, page 762.

115. Corwin, page 259.

116. Voir Heldman et Corwin, pages 257 à 269, 474 et 498.

117. Voir Heldman.

118. Affaire *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

119. Affaire *Memorial Hospital v. Manicopa County*, 415 U.S. 250 (1974).

120. Affaire *King v. New Rochelle Municipal Housing Authority*, 314 F. Supp. 427 (S: D.N.Y. 1979).

121. Cité par Heldman, page 764.

122. Affaire *Sosna v. Iowa*, 419, U.S. 393, 406 (1975). Cité par Corwin, page 498.

123. Corwin, page 498, cite deux affaires qui se sont produites en 1974 et 1975. À la page 754, Heldman cite deux décisions de tribunaux d'instance inférieure qui ont annulé les conditions de durée de résidence imposées aux employés des municipalités ou de l'État. Cependant, dans l'une des affaires citées par Heldman, c'est-à-dire *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge, v. Hunter*, 1973, Ohio, le tribunal donna apparemment tort aux autorités locales, non pas en invoquant le

droit de circuler, mais parce que la loi violait le contrat de ceux qui étaient devenus employés avant l'adoption de la mesure en question. Voir Corwin, page 141, ainsi que l'art. 1, s. 10, para. 1 de la Constitution qui contient une clause sur «la force des contrats».

124. Ces décisions sont décrites par Heldman, aux pages 760 et 762.

125. *The Economist*, le 11 juillet 1981, page 40.

126. Madden, page 20.

127. Corwin, page 258. Étant donné que Corwin parle de cette affaire dans le chapitre consacré à l'article IV, la décision concerne vraisemblablement la clause sur les privilèges et immunités de l'art. IV, s. 2, plutôt que la clause identique du Quatorzième amendement.

128. *The Economist*, le 16 février 1980.

LA SUISSE

Dispositions constitutionnelles et administratives régissant la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux

LA SUISSE

Page

Sources et remerciements 139

Aperçu du régime fédéral 141

Récentes études en vue d'une révision totale de la Constitution et d'une nouvelle répartition des tâches entre la confédération et les Cantons 145

La libre circulation intérieure des biens, des services, des personnes et des capitaux 148
Résumé 148
Biens, services et capitaux 150
Dispositions constitutionnelles concernant principalement la mobilité éconmique 150
Biens et services 152
• Agriculture 152
• Achats préférentiels du gouvernement 153
• Les assurances 153
• Pipelines et lignes de transmission 154
• Normes: Santé, sécurité et technique 154
• Le transport 154
Les capitaux 156
Les personnes 156
Dispositions constitutionnelles concernant la libre circulation des personnes 156
Travailleurs autres que ceux des professions 157
Les professions 158
Accès aux prestations de sécurité sociale 159
Les droits politiques des migrants 159
L'exclusion des travailleurs provenant d'un autre canton 160
Obligation pour les fonctionnaires de résider dans la juridiction 160
Autres pouvoirs et politiques concernant la libre circulation 160
Politique de concurrence et protection du consommateur 160
Politiques à long terme et structurelles 160
• L'éducation et la formation professionnelle 160
• Aide gouvernementale à l'industrie et au développement régional 162
• La protection de l'environnement 164
L'infrastructure commerciale 165
• Services bancaires et financiers 165
• Le droit commercial, le droit des sociétés et la réglementation des titres 165
• La fiscalité 165
Les mécanismes intergouvernementaux 166

Texte des articles constitutionnels pertinents (autres que les articles déjà cités) 167

Notes de références 171

SOURCES ET REMERCIEMENTS

ENTREVUES

Les présentes notes découlent en grande partie d'entrevues menées en Suisse, en juin 1980, avec des fonctionnaires, des professeurs et des hommes politiques. Je voudrais remercier en particulier les personnes suivantes qui m'ont généreusement fait don de leur temps:

M. Max Frenkel, directeur de la Fondation pour la collaboration fédérale dans le Soleure.
M. Stephan Bieri, haut fonctionnaire des finances du canton d'Argovie et membre de la Commission d'étude qui examine la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons.
M. le professeur Luzius Wildhaber, de l'université de Bâle, ancien directeur des études pour la Commission d'experts qui a préparé une révision totale de la constitution.
M. Paul Nyffeler, président du gouvernement du canton de Bâle-campagne.

J'aimerais également remercier de son aide inestimable M. Walter Fetscherin, de l'Ambassade de Suisse à Ottawa.

SOURCES ÉCRITES

La constitution fédérale de Suisse, sa traduction anglaise diffusée par les ambassades et les consulats de la Suisse.

Rapport, Commission d'experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, Berne, 1977.

Premières propositions en vue d'une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons: Rapport de la commission d'étude du 31 juillet 1979, Berne, 1979.

Ed. J. Murray Luck, *Modern Switzerland*, Sposs Inc., Palo Alto, Californie, 1978.

S. Bieri, *Fiscal Federalism in Switzerland,* Centre for Research on Federal Financial Relations, Université nationale australienne, Canberra, 1979.

John A. Hayes
février 1981

APERÇU DU RÉGIME FÉDÉRAL

Depuis longtemps, les Canadiens s'intéressent à la Suisse parce qu'ils la considèrent comme un modèle d'harmonie pour une fédération qui regroupe plus d'un groupe linguistique. Depuis quelques années, les gens du Québec surtout proposent que le Canada adopte le régime suisse, sans posséder cependant plus qu'une vague connaissance de ce régime, connaissance qui se résume, dans la plupart des cas, à l'impression que le régime est décentralisé et qu'il fonctionne bien. Cette impression est juste. Ce que tout le monde ne comprend pas aussi bien, c'est que la décentralisation suisse porte moins sur la répartition des pouvoirs (laquelle penche plus du côté fédéral que dans le régime canadien) que sur certaines autres caractéristiques du régime suisse. Ces caractéristiques comprennent en particulier le processus de démocratie directe qui restreint les pouvoirs de tous les ordres de gouvernement; l'application de nombreuses lois fédérales par les cantons; et une nette décentralisation des pouvoirs *à l'intérieur* des cantons.

La «culture politique» suisse est unique, mais si l'on voulait répartir en groupes les régimes fédéraux, il faudrait rapprocher la Suisse des États-Unis. Sans doute, les États-Unis sont-ils plus de deux cents fois plus vastes que la Suisse, mais les deux pays ont un régime politique fondé sur la «séparation des pouvoirs» et une structure fédérale caractérisée par un grand nombre d'États constituants, chacun étant fortement représenté par des sénateurs élus par suffrage direct à l'assemblée centrale. Il est donc pratiquement impossible que la négociation intergouvernementale, que parfois, au Canada, on appelle le fédéralisme exécutif, puisse jouer un rôle important. Cette négociation est une caractéristique majeure, voire dominante des régimes fédéraux canadiens et australiens et, d'une autre manière, du régime allemand.

Il y a cependant certaines différences importantes entre le régime suisse et celui des États-Unis. En voici quelques-unes:

- En Suisse, les deux chambres fédérales sont élues en même temps pour un mandat fixe de quatre ans. Aux États-Unis, les membres de la Chambre des représentants sont élus pour deux ans et les membres du Sénat pour six ans, circonstance qui, entre autres choses, donne au Sénat américain relativement plus de pouvoirs qu'à son homologue suisse.

- Les élections fédérales et cantonales n'ont pas lieu le même jour, contrairement à ce qui se passe aux États-Unis.

- En Suisse, il n'y a pas d'élection distincte pour le Président. On se méfie d'une concentration du pouvoir politique entre les

mains d'un seul. L'exécutif fédéral se compose de sept membres, élus par les deux chambres lors d'une séance conjointe, qui assument successivement la présidence pour une période d'un an. Une fois élu, l'exécutif est distinct de l'Assemblée fédérale, nom donné aux deux chambres ensemble. Il n'y a donc pas de «gouvernement responsable» au sens où l'entend le régime parlementaire britannique. Dans les cantons, les membres de l'exécutif sont élus par le peuple.

- En Suisse, les assemblées, à l'exception du Sénat fédéral, sont élues à la représentation proportionnelle. Fruits d'une tradition suisse de collaboration, la composition de l'exécutif fédéral et de l'exécutif cantonal reflète la position numérique des partis à l'assemblée. Les gouvernements suisses sont donc des gouvernements multi-partites, mais dans les assemblées législatives, la discipline de parti est un peu plus stricte qu'aux États-Unis.

- La séparation des pouvoirs est un peu moins nette qu'aux États-Unis. La méthode suivie pour élire le Président l'explique en partie. De plus, il n'y a pas de révision judiciaire de la législation fédérale. Le parlement peut légalement outrepasser ses pouvoirs en cas d'urgence, mais si l'action entreprise doit se poursuivre, elle doit être approuvée par une modification constitutionnelle. Autre chose, les assemblées, surtout au niveau des cantons, ont certaines fonctions exécutives comme celle de nommer les titulaires de divers offices publics.

- Les institutions de démocratie directe, tels les plébiscites, qui font partie de la constitution de certains États américains de l'Ouest en particulier, sont très utilisées par tous les niveaux de gouvernement en Suisse où, depuis longtemps, l'on se préoccupe autant de définir et de restreindre le rôle de l'État que de répartir ce rôle entre les trois paliers de juridiction. Le droit administratif, qui règle l'exercice du pouvoir par les officiers élus ou nommés, s'applique davantage. Contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, la modification de la constitution fédérale se fait au suffrage universel.

- Comme en Allemagne, une bonne partie des lois fédérales est mise en œuvre par les cantons et par les communes (les administrations municipales).

Pour des raisons historiques plutôt qu'à cause de différences dans les populations, il y a six demi-cantons et vingt cantons. La seule différence importante entre un canton et un demi-canton, c'est que le canton obtient deux sièges au lieu d'un au sénat et qu'il compte

davantage dans la votation de la «majorité double» sur les modifications constitutionnelles.

La Constitution fédérale suisse peut être modifiée par simple majorité. Il s'agit cependant d'une majorité double, car il faut la majorité des personnes qui votent dans l'ensemble de la Suisse, et la majorité des cantons, ce qui veut dire que le vote est compté séparément dans chacun des cantons afin de déterminer si dans au moins douze cantons (deux demi-cantons sont comptés comme un canton) une majorité s'est prononcée en faveur de la modification. L'Australie a une disposition semblable exigeant une majorité double.

Les modifications à la constitution fédérale sont fréquentes, et d'habitude, elles augmentent les pouvoirs fédéraux. Depuis 1848, il y a tendance à étendre la juridiction fédérale. Le Parlement fédéral suisse exerce certes des pouvoirs plus vastes, par rapport à ses gouvernements constituants que le Parlement canadien, par exemple, dans les domaines suivants: droit civil (y compris le droit des sociétés et les faillites), sécurité sociale, travail, mise en marché des produits agricoles et en général, commerce interprovincial, utilisation des terres, routes, formation professionnelle et éducation. Il jouit également du pouvoir de rejeter les concordats intercantonaux, et les lois cantonales concernant l'établissement (voir plus loin), ainsi que d'un pouvoir déclaratoire au sujet des routes nationales.

Le Parlement suisse a des pouvoirs d'imposition plus restreints que le Parlement canadien. Ses subventions aux cantons sont toujours conditionnelles ou destinées à des fins précises. La péréquation se fait surtout par le truchement de ces subventions. En outre, une certaine proportion de l'impôt fédéral sur le revenu est affectée à la péréquation inconditionnelle qui est partagée par tous les cantons. Les régimes privés d'assurance-santé sont subventionnés s'ils assurent une certaine protection minimale et uniforme dans l'ensemble du pays.

Le gouvernement municipal a une force politique réelle en Suisse. Dans bien des cantons, c'est lui qui perçoit les impôts sur le revenu et la fortune pour tous les niveaux de gouvernement. Et en vertu de ses propres pouvoirs d'imposition, il retient une partie importante des impôts des personnes physiques et des personnes morales. L'impôt sur la fortune et l'impôt foncier sont relativement peu importants. Il y a peu de rapports directs avec l'autorité centrale et c'est là une autre différence par rapport aux États-Unis.

Pour ce qui est de la capacité d'action, cependant, tous les niveaux de gouvernements en Suisse sont limités par les mécanismes de la démocratie directe, y compris les votations populaires sur les

hausses d'impôt et les grandes dépenses, et par une tradition d'intervention minimale. L'affectation constitutionnelle de certaines recettes fiscales restreint aussi les pouvoirs discrétionnaires des gouvernements et des assemblées législatives.

Il y a trois grands groupes linguistiques en Suisse: l'allemand, le français et l'italien. La minorité de langue française, d'environ 20 p. 100, n'est pas concentrée dans un canton, comme les Canadiens français le sont dans le Québec, et les différents cantons francophones de la Suisse romande ne se considèrent pas comme une nation. Il y a environ six familles dialectales dans la Suisse alémanique. Si les trois groupes linguistiques sont concentrés géographiquement dans certaines zones, avec seulement quelques cantons officiellement bilingues entre les zones, et un canton trilingue où le romanche est parlé il existe des clivages à l'échelle nationale et il en résulte que l'opinion publique ne se départage pas selon des frontières linguistiques.

Il n'existe pas de protection spéciale pour les minorités linguistiques. La «majorité double» qui régit les modifications constitutionnelles et la majorité nationale parfois exigée pour approuver ou rejeter les lois fédérales par référendum pourraient, en théorie, être utilisées à l'avantage de la majorité alémanique. La véritable protection des minorités repose, comme dans toute démocratie avancée, sur les habitudes et les traditions enracinées dans des siècles d'histoire. D'ailleurs, il se crée assez souvent des alliances, lors de débats publics, entre les cantons francophones et les petits cantons alémaniques.

La création récente du nouveau canton francophone du Jura à partir du canton de Berne, à majorité allemande, approuvée dans un référendum national par une majorité favorable dans tous les cantons, doit être considérée comme un triomphe de politique éclairée pour le régime fédéral suisse. Toutefois, certains dirigeants du nouveau canton continuent à faire de l'agitation pour obtenir le transfert de certains comtés qui, lors des référendums locaux, ont repoussé par une faible marge leur rattachement au nouveau canton.

RÉCENTES ÉTUDES EN VUE D'UNE RÉVISION TOTALE DE LA CONSTITUTION ET D'UNE NOUVELLE RÉPARTITION DES TÂCHES ENTRE LA CONFÉDÉRATION ET LES CANTONS

En 1965, on a fait diverses propositions en vue d'une révision totale de la Constitution, moins à cause de la répartition des pouvoirs entre les gouvernements (point qui paraît prioritaire au Canada, surtout pour la plupart des gouvernements provinciaux) que parce qu'on avait le sentiment que les institutions politiques suisses devenaient désuètes. Certains s'inquiétaient aussi de l'influence excessive de certains groupes d'intérêt sur la prise de décision et de la menace posée à la liberté d'action des particuliers par les gouvernements et par d'autres organismes puissants. Même s'il est facile de modifier la constitution suisse, on a soutenu que seule une révision totale pourrait répondre aux besoins actuels.

Aucune pression n'est venue du peuple. Toutefois, l'autorité exécutive, le Conseil fédéral, a cru bon de demander à un petit groupe de travail de lui faire rapport sur l'opportunité d'une révision totale. Le groupe Wahlen a étudié la question durant cinq ans, soit de 1967 à 1972, et sa conclusion controversée fut, qu'une révision était souhaitable.

La deuxième phase des études s'est amorcée en 1974 par la création d'une grande commission d'experts sous la présidence du conseiller fédéral pour la justice et la police, membre de l'exécutif fédéral. Les Suisses, qui avaient admiré la C.E.E. pendant les années 1960 avaient alors recommencé à éprouver plus de confiance et de fierté pour le régime suisse décentralisé en même temps que certaines inquiétudes au sujet de l'érosion du pouvoir cantonal. Cette inquiétude devait grandir dans les années suivantes pour ensuite se calmer devant l'épuisement relatif des finances fédérales, ce qui freinait toute expansion du rôle fédéral.

La commission d'experts a publié en 1977 un rapport ainsi qu'un projet de constitution totalement nouvelle qui se traduirait, dans l'ensemble, par un transfert de pouvoirs à la Confédération. On estime à présent, comme en 1977, qu'une révision totale est très improbable. Il y aurait d'énormes difficultés politiques et pratiques. Une autre objection sérieuse, c'est que les propositions laisseraient subsister trop d'incertitudes quant aux effets précis de la révision proposée. Quoi qu'il en soit, un autre projet devait être présenté à l'automne 1981 par le département fédéral de la justice et de la police.

Pendant que la commission d'experts faisait son travail, deux autres groupes d'étude s'attaquaient à un problème plus immédiat, celui de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons. Ces études étaient motivées par des considérations plus financières que politiques, car les différents paliers de gouvernement accusaient des déficits considérables. Le premier groupe, dont le travail commença en 1973, fut établi par le département de la justice et de la police. L'autre était composé des directeurs des départements cantonaux des finances. Les deux groupes terminèrent leurs travaux en 1977.

Au début de 1978, le département de justice et police créait une petite commission d'étude composée de fonctionnaires fédéraux et cantonaux, de politiciens et de professeurs. Il fut demandé à cette commission d'étude:

- de faire des propositions concrètes en vue d'une nouvelle répartition des tâches, en tenant compte des perspectives financières fédérales;

- de former un modèle de structure pour la répartition des tâches;

- d'aviser aux problèmes actuels concernant la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons.

La commission d'étude a présenté son premier rapport le 31 juillet 1979, se concentrant sur les «propositions concrètes» demandées ci-dessus. Elle propose un échange de certaines fonctions entre la Confédération et les cantons, dont le résultat serait un faible transfert net aux cantons, ces derniers assumant des responsabilités financières accrues. Elle propose également une péréquation inconditionnelle afin d'alléger le fardeau des cantons pauvres; cette péréquation accrue serait en fait payée par les cantons riches.

En faisant ces recommandations, la commission voulait:

- préserver autant que possible l'autonomie et les pouvoirs des cantons, face aux tendances centralisatrices à l'œuvre dans l'État, la société et l'économie.

- débrouiller les chevauchements dans les responsabilités de la Confédération et des cantons. Les cantons veulent que leurs responsabilités fonctionnelles et financières soient reliées plutôt que d'être les bénéficiaires de subventions fédérales conditionnelles ou d'avoir à appliquer davantage de lois fédérales. La commission indique que certaines petites subventions fédérales devraient disparaître. Les cantons s'intéressent en principe à la

technique de la loi-cadre fédérale, mais les propositions de la commission ne renferment que des applications mineures de cette technique. Ce sujet devrait être abordé carrément dans le deuxième rapport.

Les propositions portent sur divers domaines dont les pensions, l'assurance-santé, l'éducation, le logement. Elles pourraient, en grande partie, être mises en œuvre sans modifications constitutionnelles, mais il faudrait certains aménagements. La commission devait ensuite se tourner vers certains domaines plus ardus comme l'enseignement universitaire, la formation professionnelle, la politique économique structurelle (y compris l'agriculture), la culture (y compris les médias), l'énergie et la péréquation. Il ne faudrait pas s'attendre à un vaste réaménagement des tâches entre la Confédération et les cantons, mais plutôt à un agencement qui n'exigera guère de modifications constitutionnelles.

À l'été 1980, la Confédération s'est vu obligée d'annoncer une réduction de 10 p. 100 de ses transferts aux cantons et de presque toutes ses autres subventions. Il aurait été politiquement plus difficile de faire cela si elle ne s'était pas vu refuser deux fois, par référendum, l'autorisation d'imposer une taxe à la valeur ajoutée. Cette taxe est techniquement souhaitable, étant donné surtout les étroites relations commerciales de la Suisse avec la C.E.E. dont tous les membres ont une T.V.A. Le peuple s'y est opposé cependant pour diverses raisons, dont la volonté de freiner la croissance du gouvernement à tous les paliers, la crainte d'alourdir le fardeau administratif des petites entreprises, et les inquiétudes manifestées par les groupes de gauche au sujet de l'incidence des taxes indirectes.

On tentera d'établir d'ici 1983 un nouveau régime fiscal pour la Confédération. Comme au Canada, la part fédérale des dépenses publiques a baissé tandis que la part municipale demeure constante et que celle des cantons augmente. À l'heure actuelle, les cantons tirent en moyenne le quart de leurs revenus de transferts fédéraux directs et conditionnels. Dans le cas du canton le plus pauvre, la proportion atteint presque la moitié.

LA LIBRE CIRCULATION INTÉRIEURE DES BIENS, DES SERVICES, DES PERSONNES ET DES CAPITAUX

RÉSUMÉ

Le principal intérêt de la Suisse pour les Canadiens, dans le contexte de la libre circulation, réside dans le fait que c'est un pays fédéral bien dirigé, composé de plusieurs groupes de langue officielle et que l'on cite souvent en exemple de pays décentralisé que les Canadiens devraient imiter. En fait, la juridiction fédérale est relativement plus étendue en Suisse qu'au Canada et c'est particulièrement vrai pour ce qui concerne la mobilité économique intérieure. La capacité qu'ont les cantons d'intervenir dans la libre circulation est sérieusement restreinte par divers facteurs et cette capacité est certes bien moindre que celle des provinces canadiennes.

La Suisse a une économie très intégrée et il n'existe pas de barrières sérieuses à la libre circulation des biens, des services et des capitaux. Les seuls problèmes qui soient devenus des sujets de sérieuse préoccupation pour les gouvernements sont les incitations à l'implantation des entreprises et les régimes d'achat préférentiels. Cette préoccupation est assez nouvelle et remonte au début de la récente récession déclenchée par la flambée des coûts de l'énergie. Pour ce qui est des personnes, il n'existe aucune mesure gouvernementale qui puisse empêcher de se déplacer les citoyens suisses qui seraient disposés à franchir les barrières linguistiques et culturelles, à l'exception de certains groupes tels les instituteurs.

La création de barrières intérieures est inhibée par le fait que la Suisse est un très petit pays dont le territoire n'est que le sixième de l'Allemagne et qu'il se subdivise en vingt-six juridictions cantonales. Bon nombre de personnes vivent dans un canton et travaillent dans un autre. Un autre facteur qui décourage la création de barrières, c'est que les entreprises suisses produisent ordinairement pour un marché international plutôt que local. Bien que l'agriculture suisse soit protégée de la concurrence étrangère, la Suisse fait partie d'une zone de libre échange pour les produits fabriqués qui comprend les pays de la C.E.E. et de l'A.E.L.E. En 1979, la moitié des exportations suisses sont allées vers la C.E.E. et les deux tiers de ses importations en sont venues.

Outre ces facteurs fondamentaux, deux grandes influences favorisent la libre circulation. La première est plus forte en Suisse que dans toute autre fédération étudiée dans ce rapport: le sentiment populaire selon lequel tout gouvernement, peu importe son niveau, ne doit

disposer que des pouvoirs (ou des revenus) qui lui sont indispensables, et selon lequel aussi toute ingérence de l'État dans les mécanismes de l'économie doit se réduire au minimum.

La seconde influence, formulation juridique de la première, provient des garanties contenues dans la constitution fédérale: la liberté du commerce et de l'industrie, qui concerne les biens, les services, les personnes et les capitaux; et la liberté d'établissement, qui concerne les déplacements des citoyens suisses. L'article 60, qui oblige chaque canton à assurer un traitement égal à tous les citoyens suisses, est une garantie supplémentaire.

Les autorités fédérales et cantonales, mais surtout ces dernières, ont moins que leurs homologues au Canada la latitude de proposer des mesures visant à restreindre la libre circulation.

Dans les limites imposées par le processus de la démocratie directe et par les garanties constitutionnelles, la répartition des compétences en matière d'économie favorise plus le gouvernement fédéral que les cantons. La plus grande partie de la législation sur le commerce et l'industrie est fédérale. Il n'est fait dans la Constitution aucune distinction entre le commerce entre les États et le commerce à l'intérieur d'un État.

L'article 31 *bis*[1] est une des sources importantes du pouvoir fédéral. Il autorise la Confédération à prendre des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique aux citoyens, à favoriser certaines branches économiques ou professions, à protéger l'agriculture et à protéger les régions dont l'économie est menacée, sans cependant déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, sauf lorsque nécessaire. Une bonne partie de la législation sociale est fédérale, notamment dans le secteur du travail et de la sécurité sociale. La législation fédérale du travail permet d'intégrer le marché du travail et facilite la libre circulation. Presque tout le droit civil est fédéral.

Un domaine où les cantons sont relativement forts, c'est celui des pouvoirs d'imposition. Les cantons ont la haute main sur l'impôt direct et il y a peu d'harmonisation dans les lois de l'impôt sur le revenu et les taux imposés par les cantons et les communes. La Constitution donne à la fédération le pouvoir d'assurer cette harmonisation, mais cette dernière n'obtient pas un appui politique suffisant, si ce n'est pour l'harmonisation des aspects techniques.

Les cantons sont un peu plus actifs que le gouvernement fédéral dans le développement régional. Ils appliquent beaucoup de lois fédé-

rales et ils ont un important pouvoir de police (la sécurité et la morale, etc.). Leur pouvoir de police est leur seule responsabilité législative qui soit directement liée au commerce. Il n'est pas utilisé comme moyen protectionniste. Certaines matières qui relèvent habituellement du pouvoir de police sont visées par des lois fédérales: par exemple, l'article 69 *bis* donne au gouvernement fédéral le droit de légiférer sur le commerce des denrées alimentaires et des articles ménagers qui peuvent mettre en danger la santé.

BIENS, SERVICES ET CAPITAUX

Dispositions constitutionnelles concernant principalement la mobilité économique

La manière employée par les Suisses pour assurer la libre circulation est dominée par deux importants facteurs constitutionnels: la liberté du commerce et de l'industrie, qui concerne les biens, les services, les personnes et les capitaux; et la liberté d'établissement, qui concerne le déplacement des citoyens suisses.

La liberté de déplacement est renforcée par le sentiment bien ancré en Suisse selon lequel l'intervention de l'État en matière économique devrait être réduite au minimum. (Parmi les dix principaux pays d'Europe, la Suisse a l'économie qui est la moins caractérisée par la propriété publique). La législation économique et commerciale est fédérale de même qu'une bonne partie de la législation sociale, comme dans le domaine du travail ou de la sécurité sociale.

Les cantons, par contre, détiennent le plus de pouvoirs en matière d'impôts directs, sont un peu plus actifs dans le développement régional, appliquent de nombreuses lois fédérales et ont un important pouvoir de police (la sécurité et la morale, etc.). Si l'on considère l'ensemble de la question, aucune de ces responsabilités des cantons ne paraît exercer un effet marqué sur la libre circulation.

La principale garantie de libre circulation des biens, des services et des capitaux est énoncée dans l'article 31 de la constitution fédérale:

Article 31

(1) La liberté du commerce et de l'industrie est garantie sur tout le territoire de la Confédération sous réserve des dispositions restrictives de la Constitution et de la législation qui en découle.

(2) Les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie ainsi que sur leur imposition sont réservées. Toutefois, elles ne peuvent déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie à moins que la Constitution fédérale n'en dispose autrement. Les régales cantonales sont aussi réservées.

Comme on le voit dans le texte de l'article 31, la liberté du commerce et de l'industrie est visée par deux ensembles de dispositions restrictives. Les premières, et de loin les plus importantes, sont celles qui découlent de la législation fédérale autorisée par la Constitution. Les secondes sont les prescriptions et les régales cantonales. Examinons-les les unes après les autres.

Une grande partie de la législation visant le commerce et l'industrie est fédérale. Il n'y a aucune distinction entre le commerce interprovincial et intraprovincial. L'article 31 *bis* est une source importante de l'autorité fédérale. Il autorise la Confédération à prendre des mesures propres à augmenter le bien-être des citoyens et à assurer leur sécurité économique, à favoriser des branches économiques ou professions, à protéger l'agriculture et à protéger les régions dont l'économie est menacée, sans déroger toutefois au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, sauf quand il le faut. (Le texte intégral de l'article figure en annexe.)

La seule responsabilité législative cantonale qui se rattache directement au commerce découle du pouvoir de police des cantons dont il a déjà été question. Mais de nombreuses questions de cet ordre sont visées par des lois fédérales. Par exemple, l'article 69 *bis* donne au gouvernement fédéral le droit de légiférer sur le commerce des denrées alimentaires et sur le commerce d'autres articles ménagers qui peuvent mettre en danger la santé. La législation fédérale s'étend à l'utilisation des terres. Une loi-cadre fédérale oblige les cantons et les communes à établir des zones distinctes pour l'industrie et l'agriculture.

La deuxième restriction imposée par l'article 31 à la liberté du commerce et de l'industrie découle des prescriptions et des régales cantonales. Les régales cantonales sont d'origine ancienne et ont trait au sel, aux mines, à la chasse, à la pêche et à l'assurance-incendie. Toute nouvelle régale établie par les cantons ne serait pas visée par l'exception prévue à l'article 31(2).

Voici quelques exemples de prescriptions cantonales dont les tribunaux ont jugé qu'elles constituaient une restriction légitime à la liberté du commerce et de l'industrie:

- Une prescription interdisant la vente d'appareils à sous de type Las Vegas.

- Un règlement limitant la prostitution à certaines rues dans une ville.

- Une prescription imposant une certaine formation aux guides de montagnes, parce que la sécurité publique est en cause (mais les agents d'immeubles et les coiffeurs ne peuvent faire l'objet d'une telle prescription).

- Une prescription obligeant les installateurs de certains appareils électriques à résider à l'intérieur d'une certaine distance des endroits où ils installent ces appareils.

Les pouvoirs cantonaux autorisés par l'article 31 ont donné lieu à de nombreuses contestations judiciaires. Il a ainsi été décidé que les cantons ne peuvent limiter le nombre des coiffeurs ou des cinémas, non plus que le nombre des taxis, mais qu'une commune peut limiter le nombre des stations de taxis parce qu'elles utilisent des terrains réglementés par la commune. Par ailleurs, les cantons peuvent limiter le nombre des restaurants en vertu de deux articles spéciaux.

Les prescriptions autorisées par l'article 31 sont une zone importante de juridiction pour les cantons, mais ces derniers ne peuvent guère les utiliser d'une façon protectionniste et ils n'essaient pas.

Biens et services

- **Agriculture**

Un secteur agricole prospère est un élément essentiel de la neutralité suisse. La responsabilité en est surtout fédérale. Les dépenses fédérales brutes à ce titre sont d'environ quatre fois celles des cantons. L'article 31 *bis* de la Constitution autorise la législation fédérale à déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie «pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale». L'article 23 *bis* oblige les autorités fédérales à encourager la culture du blé et à assurer le maintien d'une meunerie nationale.

Le gouvernement fédéral affecte environ 8 p. 100 de son budget à ces fins, mais il en recouvre le tiers au moyen d'impôts levés sur les importations agricoles. Il s'efforce surtout de maintenir le revenu des fermiers à un niveau acceptable et pour cela, il a recours à des prix garantis ce qui, comme ailleurs, produit des excédents. Ce régime absorbe 60 p. 100 des dépenses fédérales en agriculture. Les paiements de soutien du revenu aux agriculteurs absorbent 20 p. 100. Les derniers 20 p. 100 servent à l'amélioration des structures, domaine pour lequel les cantons contribuent un montant à peu près équivalent.

Toute la législation sur les marchés agricoles est fédérale mais les cantons et les unions de cultivateurs contribuent à l'appliquer. Ils administrent en outre les versements au titre du soutien du revenu. Les excédents sont exportés à des prix subventionnés, aux frais du fédéral. Certaines activités structurelles des cantons peuvent aggraver les excédents, ce qui ne manque pas de se produire.

L'autorité fédérale dispose de deux moyens pour remédier aux excédents quand ils deviennent trop coûteux. Elle peut avoir recours aux contingentements fondés sur les niveaux antérieurs de production, comme dans le cas du lait, et elle peut régir la construction de nouvelles installations. La plantation de nouveaux vignobles est contrôlée depuis des années. En vertu d'une loi adoptée en 1979, toute nouvelle installation de production du bétail et du porc doit être approuvée par l'administration fédérale. Les fonctionnaires du ministère fédéral de l'agriculture conviennent à regret que cela suppose une forte ingérence dans le régime de la libre entreprise.

- **Achats préférentiels du gouvernement**

En Suisse, les gouvernements sont soumis à de sérieuses contraintes fiscales: les augmentations d'impôt doivent être approuvées par référendum populaire aux trois paliers. Au niveau cantonal et local, les grandes dépenses sont très souvent soumises au référendum. Ces mécanismes ne permettent guère de verser aux fournisseurs ou entrepreneurs locaux plus que ce qu'il aurait fallu payer à d'autres. Toutefois, certaines lois cantonales prévoient des méthodes qui permettent l'adjudication des contrats en faveur des entreprises locales; et certains cantons utilisent leurs pouvoirs exécutifs discrétionnaires pour les favoriser, surtout pendant une récession. Les lois ne prévoient aucun pourcentage fixe pour les achats préférentiels. La Suisse est liée par ses engagements envers l'A.E.L.E. et le GATT pour ce qui concerne les grands contrats.

En 1978, durant un ralentissement économique, les gouvernements des cantons ont convenu de la nécessité d'une action conjointe et ont approuvé une déclaration de principes non obligatoire destinée à restreindre les achats préférentiels locaux. Cette entente n'a eu cependant que des résultats mitigés. La difficulté, c'est que les communes échappent en grande partie au contrôle des cantons dans ces questions. Elles agissent souvent à l'encontre de la politique cantonale dans ce domaine, qu'il s'agisse d'accorder ou de refuser d'accorder des préférences locales.

- **Les assurances**

En Suisse, c'est la Confédération qui légifère sur les entreprises privées d'assurance et qui surveille leurs opérations (article 34(2) de la Constitution fédérale).

- **Pipelines et lignes de transmission**

L'article 26 *bis* dit que «la législation sur les installations de transport par conduites de combustibles ou de carburants liquides ou gazeux est du domaine de la Confédération».

L'article 24 *bis* donne à la Confédération d'importants pouvoirs de contrôle à l'égard de l'exploitation des forces hydrauliques. L'alinéa 6 de l'article 24 *bis* dit que la Confédération peut fixer les limites dans lesquelles les cantons déterminent les droits et redevances à payer pour l'exploitation des forces hydrauliques. L'alinéa 7 dit que «la dérivation à l'étranger d'énergie produite par la force hydraulique ne pourra s'effectuer qu'avec l'autorisation de la Confédération» et l'alinéa 9, que «la Confédération a le droit d'édicter des dispositions législatives sur le transport et la distribution de l'énergie électrique».

- **Normes: santé, sécurité et technique**

En vertu de l'article 69 *bis*, la Confédération a le droit de légiférer sur le commerce des produits alimentaires et sur celui d'autres articles ménagers et objets usuels qui peuvent mettre en danger la santé ou la vie. L'exécution de ces dispositions est confiée aux cantons sous la surveillance et avec l'appui financier de la Confédération.

Les médicaments sont du ressort des cantons. Dans ce secteur controversé, l'unité nécessaire a été réalisée par un accord intercantonal qui établit un dispositif administratif commun.

L'article 40 dit que les poids et mesures sont du ressort de la Confédération et que les lois, en ce domaine, sont exécutées par les cantons sous la surveillance de la Confédération.

L'article 34 *quinquies*, alinéa 3, autorise la Confédération à lier sa participation financière à l'assistance logement à certaines conditions concernant les dispositions cantonales en matière de construction.

- **Le transport**

Le rôle fédéral en matière de transport est relativement plus important qu'au Canada, peut-être parce que la Suisse est un petit pays.

Toute entreprise commerciale de transport public doit détenir un permis fédéral. Cette exigence s'applique même aux ascenseurs exploités par une municipalité pour aider les gens à gravir un escarpement. Les taxis, cependant, obtiennent leur permis de l'autorité locale.

Les camions doivent se conformer à une réglementation fédérale. Le camionnage ne pose aucun problème de juridiction, qu'il soit cantonal ou intercantonal.

L'article 26 dit que «la législation sur la construction et l'exploitation des chemins de fer est du domaine de la Confédération». Nous avons déjà parlé des pipelines et des lignes de transmission.

L'article 36 *bis* confie à la Confédération la responsabilité d'établir un réseau de routes nationales. L'article comprend un «pouvoir déclaratoire» au paragraphe 1. En outre, le paragraphe 2 autorise la Confédération à assumer elle-même, sans l'assentiment des cantons, la construction et l'entretien des routes nationales «si l'intérêt de l'ouvrage l'exige». L'article 36 *bis* se lit en partie comme suit:

(1) La Confédération assurera par voie législative l'établissement et l'utilisation d'un réseau de routes nationales. Pourront être déclarées telles les voies de communications les plus importantes présentant un intérêt pour la Suisse en général.

(2) Les cantons construiront et entretiendront les routes nationales conformément aux dispositions arrêtées par la Confédération et sous sa haute surveillance. La Confédération pourra assumer elle-même la tâche incombant à un canton, si celui-ci le demande ou si l'intérêt de l'ouvrage l'exige.

(4) Les frais de construction des routes nationales sont répartis entre la Confédération et les cantons, compte tenu des charges imposées aux différents cantons par les routes nationales, ainsi que de leur intérêt et de leur capacité financière.

(6) Réserve faite des attributions de la Confédération, les routes nationales sont placées sous la souveraineté des cantons.

Un vaste réseau de routes nationales est en grande partie terminé. La quote-part de la Confédération est financée par le prélèvement des taxes sur les carburants pour moteurs, ainsi que le prévoit l'article 36 *ter*.

Le libre passage est garanti par diverses dispositions:

Article 37

(1) La Confédération exerce la haute surveillance sur les routes et les ponts dont le maintien l'intéresse.

(2) Des taxes ne peuvent pas être perçues pour l'usage des routes ouvertes au trafic public dans les limites de leur destination. L'Assemblée fédérale peut autoriser des exceptions dans des cas spéciaux.

Article 37 *bis*

(1) La Confédération peut édicter des prescriptions concernant les automobiles et les bicyclettes.

(2) Les cantons conservent le droit de limiter ou d'interdire la circulation des automobiles et des cycles. La Confédération peut cependant déclarer totalement ou partiellement ouvertes certaines routes nécessaires au grand transit. L'utilisation des routes pour le service de la Confédération demeure réservée.

L'article 37 *ter* dit simplement que «la législation sur la navigation aérienne est du domaine de la Confédération». Swissair est une société privée dont les actions sont détenues en grande partie par les gouvernements. Les aéroports sont exploités par les cantons.

Les capitaux

La Suisse est l'un des plus grands marchés de capitaux au monde. Ajoutons à cela la méfiance des Suisses pour toute ingérence gouvernementale dans les affaires économiques, et il devient facile de comprendre pourquoi les capitaux circulent facilement au pays. La même observation s'applique à la mainmise, par une entreprise située dans un canton, sur une entreprise située dans un autre canton. Certaines prises de contrôle peuvent susciter le ressentiment (par exemple, quand une entreprise de Suisse alémanique s'empare d'une entreprise de Suisse romande), mais son niveau dépendra habituellement des «conséquences qu'elles ont sur l'emploi et la production». Toute intervention par un canton ou une commune serait considérée comme une action arbitraire ne convenant pas à un gouvernement. Il n'existe pas d'incitations cantonales relatives à l'impôt sur le revenu des particuliers en vue d'encourager des contribuables à investir dans des entreprises situées dans le canton. Nous décrivons plus loin les stimulants visant à encourager les entreprises à s'établir dans un canton.

LES PERSONNES

Dispositions constitutionnelles concernant la libre circulation des personnes

Le droit d'exercer un métier ou une profession ou d'exploiter une entreprise n'importe où en Suisse est protégé par l'article 31 dont nous avons déjà parlé.

L'article 45 stipule que «tout citoyen suisse peut s'établir en un lieu quelconque du pays.»

Les non-Suisses ne jouissent pas des droits accordés par l'article 45, mais sont soumis aux lois adoptées en vertu de l'article 69 *ter* qui dit que «la Confédération a le droit de légiférer sur l'entrée, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers». Les travailleurs étrangers non naturalisés sont relativement nombreux en Suisse. Ils ont parfois constitué le septième de la population. La Confédération contrôle les entrées et répartit les contingentements entre les cantons. Ensuite, les autorités cantonales contrôlent l'embauche des travailleurs étrangers par les entreprises locales dans le cadre du contingentement cantonal.

La nationalité est un domaine de juridiction partagée couvert par les articles 43 et 44. En vertu de l'article 44(2), «La législation fédérale détermine les règles applicables à l'acquisition ou à la perte de la nationalité suisse». Dans la situation actuelle, on est d'abord citoyen d'une commune, puis, automatiquement, du canton pertinent et, enfin, de la Suisse. Une commune peut refuser sa citoyenneté aux personnes qui s'établissent sur son territoire, qu'ils soient des citoyens suisses d'autres communes ou des étrangers.

Dans la plupart des cas, il y a peu d'avantages pour un Suisse à acquérir la nouvelle citoyenneté advenant qu'il passe d'une commune à une autre. Il n'en a pas besoin pour voter. Si un étranger ne peut trouver une commune qui lui accorde la nationalité, il ne peut devenir citoyen suisse. Et de toute façon, il faut ordinairement attendre de 12 à 15 ans.

L'article 60 assure l'égalité de traitement à tous les citoyens suisses par tous les cantons: «Tous les cantons sont obligés de traiter les citoyens des autres États confédérés comme ceux de leur État en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques.» Il y a cependant des situations spéciales auxquelles l'article 60 ne s'applique pas. Par exemple une minorité seulement des cantons suisses ont des universités et le Tribunal fédéral (le plus haut tribunal) a jugé que les étudiants universitaires de l'extérieur d'un canton doté d'une université n'ont pas automatiquement le droit d'obtenir le même traitement que les étudiants provenant de ce canton. Il existe maintenant un accord intercantonal pour éviter la discrimination et prévoir des paiements intercantonaux.

Travailleurs autres que ceux des professions

Il ne semble se poser que peu de problèmes pour ce qui concerne la libre circulation des personnes qui exercent des métiers ordinaires. La plus grande partie du droit du travail est du ressort fédéral (voir en particulier les articles 34 et 34 *ter*); et la plupart des grandes conven-

tions de travail sont d'envergure nationale tout en comportant, dans certains cas, des taux de rémunération différents selon les régions. Même les fonctionnaires fédéraux touchent des rémunérations globales différentes pour la raison que le coût de la vie varie d'une région à l'autre.

La formation professionnelle, dont la forme la plus répandue est l'apprentissage, est régie par une loi fédérale. Le département fédéral responsable a édicté des règles pour environ 270 types d'occupation, prescrivant la durée de la formation, le programme de formation et la forme de l'examen final. À la fin de son stage, l'apprenti reçoit du gouvernement fédéral un certificat de compétence professionnelle qui est valable, bien sûr, dans toute la Suisse. La loi et les règlements fédéraux sont appliqués par les cantons. Il y a des écoles professionnelles administrées par des cantons, des communes et par des organismes privés. Ces écoles sont subventionnées par la fédération et par des organisations professionnelles.

Les professions

Les cantons ont moins de pouvoirs que les provinces canadiennes pour ce qui est de réglementer l'admission aux professions libérales et leur exercice. Cela découle surtout de l'autorité fédérale prévue à l'article 33(2) et de ses conséquences comme, par exemple, sur les normes d'admission à l'université (voir ci-dessous). L'article 33 se lit comme suit:

(1) Les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales.

(2) La législation fédérale pourvoit à ce que ces derniers puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération.

L'article 31 *bis* s'applique aussi aux professions libérales et à d'autres professions, et l'article 5 des Dispositions transitoires a encore un certain effet, surtout pour les avocats. (Le texte de ces deux articles est ci-annexé).

Le tableau n'est pas très net en ce qui concerne la libre circulation. Les médecins et les autres «scientifiques» (non pas les avocats) ont des diplômes valables dans tout le pays. Cela comprend les architectes et les ingénieurs. Le médecin doit obtenir une licence du canton, mais s'il détient déjà un certificat fédéral, il n'éprouve aucune difficulté. Les certificats fédéraux sont valables, peu importe la compétence linguistique du porteur. La formation des infirmières relève des cantons, mais

ces derniers ont délégué leur responsabilité à la Croix rouge suisse qui délivre aux infirmières un certificat valable dans tout le pays. Les instituteurs reçoivent un certificat cantonal et le canton n'est pas obligé de reconnaître le certificat d'un autre canton. Les avocats qui ont été admis au barreau d'un canton doivent, sur demande, être admis au barreau d'un autre canton. Le notaire remplit une fonction publique et les cantons n'ont pas à accepter les notaires des autres cantons.

Accès aux prestations de sécurité sociale

La sécurité sociale relève en grande partie de la législation fédérale (autorisée par les articles 34 *bis, quater* et *novies*) et est administrée par les cantons ou par des organismes privés en collaboration avec eux. Il y a un certain financement conjoint en ce sens que les cantons paient une faible partie du coût du régime national de pension et d'invalidité. L'assurance-maladie est financée surtout par des régimes privés, mais la plupart d'entre eux reçoivent une subvention fédérale, à la condition qu'ils offrent un certain minimum de protection et de prestations. Des normes nationales minimales sont ainsi garanties par des subventions conditionnelles. Les hôpitaux sont administrés par les cantons et constituent l'un de leurs plus lourds fardeaux financiers. La législation sur l'assurance-chômage est édictée par la Confédération et appliquée par les cantons. Ce sont eux qui décident, par exemple, si une personne sans emploi est justifiée de refuser un emploi.

L'administration par les cantons de divers régimes d'assurance sociale se traduit dans certains cas par l'application de normes différentes, ce qui ne semble pas, cependant, entraver de façon sensible la libre circulation des personnes.

Pour ceux qui ont un revenu élevé, les régimes privés de pension sont plus importants que le régime national et lorsque la transférabilité fait défaut, la mobilité s'en ressent. Une mesure législative fédérale présentement à l'étude vise à assurer que les régimes privés offrent un véritable supplément au régime national, qu'ils comportent une couverture plus large et une meilleure transférabilité.

Les droits politiques des migrants

En général, «le citoyen suisse établi jouit, au lieu de son domicile, de tous les droits des citoyens du canton et, avec ceux-ci, de tous les droits des bourgeois de la commune». Il acquiert le droit de vote après trois mois. Les lois cantonales sur l'établissement requièrent l'approbation du Conseil fédéral, l'organe exécutif du gouvernement fédéral. (art.

43). Les personnes établies sont soumises à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile et la législation fédérale statue en vue de l'application de ce principe et pour empêcher la double imposition (art. 46 et 47).

L'exclusion des travailleurs provenant d'un autre canton

L'article 60 interdit à la législation d'un canton d'accorder à ses propres citoyens une préférence sur les citoyens des autres cantons dans l'accès aux emplois.

Obligation pour les fonctionnaires de résider dans la juridiction

Les employés de certaines administration cantonales et commerciales sont obligés d'avoir leur résidence dans le territoire où ils sont employés. Cette obligation peut même s'appliquer aux sténographes et aux commis. Lors de la récente récession, plusieurs communes et plusieurs cantons ont eu recours à cette mesure controversée.

AUTRES POUVOIRS ET POLITIQUES CONCERNANT LA LIBRE CIRCULATION

Politique de concurrence et protection du consommateur

La législation sur la concurrence est entièrement fédérale et découle de l'article 31 *bis*. Seuls les cartels nuisibles sont illégaux et l'interprétation administrative de «nuisible» est telle que la plupart des cartels sont autorisés à prospérer.

La protection du consommateur est surtout du ressort fédéral, mais la législation est très mince. Une meilleure protection est devenue une priorité fédérale de la Confédération. Il y a une importante exception à cette réglementation fédérale et il s'agit des médicaments qui sont réglementés par les cantons.

Politiques à long terme et politiques structurelles

- **L'éducation et la formation professionnelle**

L'éducation est essentiellement de la compétence des cantons et des communes, mais les pouvoirs fédéraux sont plus grands qu'au Canada. Ces pouvoirs sont les suivants:

Article 27

(1) La Confédération a le droit de créer... une université fédérale et d'autres établissements d'instruction supérieure ou de subventionner des institutions de ce genre.

(4) «La Confédération prendra les mesures nécessaires contre les cantons» qui ne fourniraient pas une instruction primaire gratuite de telle nature qu'elle soit acceptable pour tous les groupes religieux.

Article 27 *bis*

(1) Des subventions sont allouées aux cantons en vue de les aider à remplir leurs obligations dans le domaine de l'instruction primaire.

Article 27 *quater*

(1) La Confédération peut accorder aux cantons des subventions pour leurs dépenses en faveur de bourses d'études et d'autres aides financières à l'instruction.

(2) Elle peut aussi, en complément des réglementations cantonales, prendre elle-même ou soutenir des mesures destinées à favoriser l'instruction par des bourses ou d'autres aides financières.

(3) Dans tous les cas, l'autonomie cantonale en matière d'instruction sera respectée.

La Confédération oblige les cantons à enseigner la gymnastique trois heures par semaine dans les écoles primaires et secondaires.[2]

Ce qui est plus important que tous ces pouvoirs, c'est le pouvoir qu'a la Confédération de légiférer en vertu de l'article 33(2) pour permettre aux citoyens d'obtenir des actes de capacité valables dans toute la Confédération. Il en résulte la création de normes uniformes d'admission dans les écoles de médecine et dans les deux universités techniques fédérales. En conséquence, le gouvernement fédéral a acquis un véritable contrôle sur le programme d'enseignement des écoles et sur l'agrément des collèges. Dans la plupart des cas, le certificat d'entrée à l'université délivré par le gouvernement cantonal est en accord avec la réglementation fédérale. C'est d'ailleurs à cette condition seulement qu'ils donnent admission à toutes les facultés et à toutes les universités.

Nous avons déjà souligné le fait que la formation professionnelle est réglementée par la loi fédérale.

La Constitution ne renferme aucune disposition concernant les droits linguistiques en éducation. Il existe cependant quelques subventions fédérales mineures concernant l'enseignement de la langue minoritaire.

Pour ce qui est des obstacles à la libre circulation, en Suisse comme dans d'autres fédérations, les familles qui se déplacent d'un canton à l'autre rencontrent des différences dans les programmes scolaires. De plus, les écoles des différents cantons font débuter l'année scolaire à des dates différentes: ici c'est au printemps, ailleurs, à l'automne. Il n'y a que peu de cantons qui ont plus d'une langue d'enseignement; mais les langues secondes et les autres langues sont mieux enseignées qu'au Canada.

- **Aide gouvernementale à l'industrie et au développement régional**

Les trois paliers de gouvernement s'occupent de ce domaine. On ne s'entend guère sur la question de savoir si les incitations offertes font une grande différence. Certains affirment que l'effet n'est pas grand parce que:

- 23 des 26 gouvernements cantonaux offrent des stimulants qui ont tendance à s'annuler. En outre, les gouvernements cantonaux ne sont ordinairement pas très entreprenants en matière économique, préférant se tenir au second plan. (Dans les régions montagneuses, ils agencent leurs programmes avec les subventions conditionnelles et la politique générale de la Confédération.)

- Notre époque n'est pas marquée par l'expansion rapide des industries de fabrication, mais plutôt par la croissance du secteur des services, qui se prêtent ordinairement moins aux stimulants et dépendent plus des conditions économiques particulières des centres urbains.

- L'activité fédérale tend à se concentrer dans les cantons ruraux et montagneux et dans l'industrie horlogère du Jura et des régions voisines. Cette activité est importante pour certains endroits, mais à l'échelle du pays, elle n'est que marginale dans le choix des emplacements de l'industrie suisse.

Quoi qu'il en soit, on se préoccupe de plus en plus du fait que les cantons riches se mettent à offrir des primes incitatives et un comité de ministres cantonaux examine la question.

Une entente conclue entre les cantons limite les réductions de taxes à une période de 10 ans, mais il y a des exemptions et on s'entend pour dire que le concordat est faible. Toute entente semblable doit recevoir la sanction de la Confédération, mais cette sanction est automatique, à moins que l'entente ne menace les fondements mêmes de la fédération, ce qui n'est pas ordinairement le cas.

L'article 42 *quater* (voir texte ci-annexé) donnerait probablement à la Confédération le pouvoir de passer une loi pour contrôler les stimulants fiscaux des cantons, mais au plan politique, ce serait probablement impossible.

Les stimulants industriels des cantons sont de divers ordres:

- réductions d'impôt;
- terrains bon marché (c'est très important en Suisse où les terrains industriels sont rares);
- assistance pour l'infrastructure; et
- garanties financières, par exemple une garantie de remboursement d'un prêt bancaire ou fédéral.

D'habitude, les communes travaillent en étroite collaboration avec les cantons dans ce domaine. Elles peuvent aussi offrir des exemptions fiscales (les communes ont une quote-part de l'impôt sur le revenu des sociétés) et des terrains bon marché.

L'activité fédérale a de nombreux effets sur le développement régional. La majeure partie du réseau ferrovialre appartient aux chemins de fer fédéraux de Suisse. Les taux de transport des marchandises sont uniformes et sont établis uniquement d'après la distance et le poids. Ils ne soulèvent donc aucune controverse.

Comme nous l'avons dit, les programmes fédéraux axés sur le développement régional sont particullèrement importants dans les régions montagneuses et dans l'horlogerie. Le pouvoir constitutionnel est défini dans les articles 31 *bis* et 23. Il y a quatre lois, dont les trois premières visent seulement les régions montagneuses; elles prévoient:

- des prêts à long terme pour infrastructures, ordinairement sans intérêt;
- des prêts pour hôtels, etc, visant à promouvoir le tourisme;
- des garanties financières pour petites et moyennes entreprises;

- des aides à l'innovation et à la diversification dans les domaines menacés de déclin économique, par exemple, l'horlogerie.

Toute aide fédérale est accordée à la condition que le canton participe financièrement et qu'il contribue le même montant que la Confédération.

Depuis 1975, la Confédération a essayé d'aider les communes pauvres, par exemple celles du canton montagneux des Grisons, dans le sud-est de la Suisse, à se prévaloir des programmes à frais partagés entre le fédéral et les cantons, en leur offrant des prêts sans intérêt. (Ces prêts seraient probablement assimilables aux prêts à long terme pour infrastructures dont nous venons de faire mention.) Les prêts fédéraux sont accordés à la condition que les communes forment un conseil régional de planification composé de dix à vingt communes. La région peut parfois enjamber la frontière d'un canton. «Le programme veut en partie démontrer qu'un problème régional alpin n'a pas toujours les mêmes frontières qu'un canton». Les cantons doivent d'abord donner leur assentiment, ce qui n'est d'habitude qu'une formalité. Ils veulent bien collaborer afin de bénéficier des subventions conditionnelles fédérales.

Il y a maintenant quelque 50 régions de cette nature. La moitié d'entre elles ont embauché un directeur à temps plein ou à temps partiel. La Confédération verse 25 000 francs par année pour cinq ans afin d'aider à payer son salaire.

• La protection de l'environnement

En Suisse, ce n'est pas vrai que l'absence de contrôles environnementaux contribue beaucoup à attirer l'industrie. Les régions établies sont si denses qu'on ne pourrait pas se permettre des zones «noires».

Les pouvoirs fédéraux relatifs à l'environnement dérivent de plusieurs articles, en particulier l'article 24 *quater* sur la protection des eaux superficielles et souterraines; l'article 24, sur la protection des forêts; l'article 24 *quinquies*, qui établit que l'énergie atomique est du domaine fédéral; l'article 24 *sexies* sur la protection de la nature, des sites évocateurs du passé et des monuments, de la faune et de la flore; et l'article 25, sur la chasse et la pêche. L'article 34 donne à la Confédération le droit de statuer contre «l'exercice des industries insalubres et dangereuses.»

La Confédération a légiféré surtout sur la pollution de l'eau. Mais il existe de grandes lacunes concernant diverses sources de pollution (air, bruit, etc.). Une loi vient d'être proposée pour combler ces

lacunes. Elle permettrait aux cantons de passer à l'action en l'absence d'une activité fédérale, mais ils ne pourraient pas établir des normes différentes sur les émissions de pollution.

L'infrastructure commerciale

• Services bancaires et financiers

L'article 31 *quater* stipule que «la Confédération a le droit de légiférer sur le régime des banques», et que «cette législation devra tenir compte du rôle et de la situation particulière des banques cantonales.

Les banques cantonales, qui s'occupent surtout d'affaires domestiques, constituent la deuxième fraction, par ordre d'importance, du régime bancaire suisse, la première étant composée des «trois grandes» banques.

• Le droit commercial, le droit des sociétés et la réglementation des titres

L'article 64 (texte ci-annexé) donne le droit à la Confédération de légiférer en matière de droit civil, y compris les contrats et la faillite, et de fait, presque tout le droit civil est à présent du domaine fédéral.

Le droit des sociétés est fédéral. La réglementation des titres est réduite au minimum mais elle se divise entre la loi fédérale (Code des obligations pour les nouvelles émissions) et la loi cantonale (surveillance des bourses autonomes).

• La fiscalité

Par comparaison avec le Canada, il y a une sorte de jungle fiscale dans le domaine des impôts sur le revenu des sociétés et des particuliers. Les vingt-six gouvernements cantonaux ont des régimes fiscaux et des taux d'imposition qui varient beaucoup, tout comme les communes, qui perçoivent, elles aussi, de lourds impôts sur les revenus des personnes et des sociétés. On a beaucoup parlé du besoin d'harmoniser au moins les éléments de base de la législation fiscale, tout en autorisant les cantons et les communes à percevoir des taux d'imposition différents. Une nouvelle disposition constitutionnelle, l'article 42 *quinquies*, a été adoptée en juillet 1977 pour donner au parlement fédéral le pouvoir d'adopter une loi-cadre à ce sujet et un projet de loi a été rédigé.

Les différences dans les taux de l'impôt sur le revenu des particuliers influent sur les changements de domicile chez les riches et les gens à revenus élevés. Nous avons déjà parlé des stimulants fiscaux offerts aux sociétés. Il n'est pas interdit aux cantons d'imposer des taxes de vente, mais en fait, seule la Confédération en prélève. Un projet de taxe à la valeur ajoutée a déjà été défait deux fois par référendum.

LES MÉCANISMES INTERGOUVERNEMENTAUX

Le régime politique suisse est différent du régime canadien et il y a 26 cantons, au lieu de 10 provinces. Les relations entre l'exécutif fédéral et ceux des cantons n'occupent pas la plus grande place dans le régime fédéral suisse. Ce n'est donc pas là que le Canada peut espérer puiser des idées de mécanismes susceptibles d'assurer plus d'harmonisation dans l'activité des gouvernements, à moins de retenir l'idée des lois-cadres fédérales et l'application des lois fédérales par les cantons, deux particularités qui se retrouvent aussi dans le régime fédéral allemand.

TEXTE DES ARTICLES CONSTITUTIONNELS PERTINENTS (autres que les articles déjà cités)

Article 23

(1) La Confédération peut ordonner à ses frais ou encourager par des subsides les travaux publics qui intéressent la Suisse ou une partie considérable du pays.

(2) Dans ce but, elle peut ordonner l'expropriation moyennant une juste indemnité. La législation fédérale statuera les dispositions ultérieures sur cette matière.

(3) L'Assemblée fédérale peut interdire les constructions publiques qui porteraient atteinte aux intérêts militaires de la Confédération.

Article 31 *bis*

(1) Dans les limites de ses attributions constitutionnelles, la Confédération prend des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens.

(2) Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions. Elle doit, sous réserve de l'alinéa 3, respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

(3) Lorsque l'intérêt général le justifie, la Confédération a le droit, en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions:
   a) Pour sauvegarder d'importantes branches économiques ou professions menacées dans leur existence, ainsi que pour développer la capacité professionnelle des personnes qui exercent une activité indépendante dans ces branches ou professions;
   b) Pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale;
   c) Pour protéger des régions dont l'économie est menacée;
   d) Pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues;
   e) Pour prendre des mesures de précaution en vue de temps de guerre.

(4) Les branches économiques et les professions ne seront protégées par des dispositions fondées sur les lettres a et b que si elles ont pris les mesures d'entraide qu'on peut équitablement exiger d'elles.

(5) La législation fédérale édictée en vertu de l'alinéa 3, lettres a et b, devra sauvegarder le développement des groupements fondés sur l'entraide.

Article 42 *quater*

La Confédération peut, par la voie législative, édicter des dispositions contre les arrangements conclus avec des contribuables en vue de leur assurer des avantages fiscaux injustifiés.

Article 42 *quinquies*

(1) La Confédération, en collaboration avec les cantons, assurera l'harmonisation entre les impôts directs perçus par la Confédération, les cantons et les communes.

(2) À cette fin, elle promulguera, au moyen d'une législation fédérale, les principes sur lesquels doivent se fonder les lois communales et cantonales sur les cotisations fiscales, sur les objets imposables, sur les périodes d'imposition, sur le code de procédure et le code pénal régissant les questions d'impôt, et elle s'assurera qu'ils sont respectés. Les cantons demeurent responsables, en particulier, de fixer les échelles d'impôt, les taux d'impôt et les montants exempts d'impôt.

(3) En légiférant sur les principes des impôts directs cantonaux et communaux, et en légiférant sur les impôts directs fédéraux, la Confédération tiendra compte des efforts des cantons visant à réaliser l'harmonisation fiscale. Les cantons obtiendront un délai suffisant pour adapter leur législation fiscale.

(4) Les cantons collaboreront à la rédaction de la législation fédérale.

Article 43

(1) Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse.

(2) Il peut, à ce titre, prendre part, au lieu de son domicile, à toutes les élections et votations en matière fédérale, après avoir dûment justifié de sa qualité d'électeur.

(3) Nul ne peut exercer des droits politiques dans plus d'un canton.

(4) Le Suisse établi jouit, au lieu de son domicile, de tous les droits des citoyens du canton et, avec ceux-ci, de tous les droits des bourgeois de la commune. La participation aux biens des bourgeoisies et des corporations et le droit de vote dans les affaires purement bourgeoisiales sont exceptés de ces droits, à moins que la législation cantonale n'en décide autrement.

(5) En matière cantonale et communale, il devient électeur après un établissement de trois mois.

(6) Les lois cantonales sur l'établissement et sur les droits électoraux que possèdent en matière communale les citoyens établis sont soumises à la sanction du Conseil fédéral.

Article 46

(1) Les personnes établies en Suisse sont soumises, dans la règle, à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil.

(2) La législation fédérale statuera les dispositions nécessaires en vue de l'application de ce principe et pour empêcher qu'un citoyen ne soit imposé à double.

Article 47

Une loi fédérale déterminera la différence entre l'établissement et le séjour et fixera en même temps les règles auxquelles seront soumis les Suisses en séjour quant à leurs droits politiques et à leurs droits civils.

Article 64

(1) La législation sur la capacité civile, sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), sur la propriété littéraire et artistique, sur la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles, sur la poursuite pour dettes et faillite est du ressort de la Confédération.

(2) La Confédération a le droit de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil.

(3) L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.

Dispositions transitoires

Article 5

Les personnes qui exercent une profession libérale et qui, avant la promulgation de la loi fédérale prévue à l'article 33, ont obtenu un certificat de capacité d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. Le «*bis*» indique la subdivision principale d'un article constitutionnel. Les articles de la constitution suisse se divisent ainsi: «*bis*», «*ter*», «*quater*», «*quinquies*», «*sexies*», etc.

2. «Premières propositions en vue d'une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons»; Rapport de la commission d'étude, Office fédéral de justice, Berne, 1979.

AUSTRALIE

Dispositions constitutionnelles et administratives régissant la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux

AUSTRALIE

Page

Sources et remerciements 179

Aperçu du système fédéral 183
Le Parlement 183
La répartition des pouvoirs 184
Procédure d'amendement constitutionnel 185
La dynamique politique du fédéralisme australien 185
Loyauté régionale et partis politiques 186

La libre circulation interne des biens, des services, des personnes et des capitaux 188
Résumé 188
Biens, services et capitaux 190
Dispositions constitutionnelles concernant directement la mobilité économique 190
- Les pouvoirs du Commonwealth 190
- Les dispositions restreignant les pouvoirs du Commonwealth ou des États 192
- L'article 99, interdisant les préférences 192
- L'article 92, garantissant la libre circulation 193
- La portée juridique de l'article 92 194
- L'effet pratique de l'article 92 sur la législation du Commonwealth 197
- L'effet pratique de l'article 92 sur la législation des États 198
- L'inclusion du mot «transit» («*Intercourse*») dans l'article 92 200
- Les diverses tentatives d'amendement de l'article 92 200
- Les positions adoptées avant et pendant la session de 1978 de la Convention constitutionnelle australienne 202
- Le document de travail du professeur Howard 205
- Les diverses méthodes d'amendement de l'article 92 206
- L'ancienne Commission interfédérale 206
- Le contrôle de l'article 91 en matière d'aide apportée par les États à la production ou à l'exportation 207

Biens et services 207
- L'agriculture et l'alimentation 207
- Les boissons alcoolisées 209
- L'énergie 209
- Les politiques d'achat préférentielles des gouvernements 210
- Les assurances 210
- Les pipe-lines et les voies de transmission 211
- Les ressources: la capacité des États à restreindre les expéditions 211
- Les normes médicales, sécuritaires et techniques 212
- Les transports 213
- Les activités syndicales affectant la libre circulation des biens 214

Capitaux 214
Personnes 216
Les dispositions constitutionnelles 216
Les tendances en matière de mobilité 217
Les travailleurs des professions autres que les professions libérales 217
Les professions libérales 218
L'accès aux services sociaux 218
Les droits politiques des migrants 218
L'exclusion des travailleurs d'un autre État 219
Autres pouvoirs et politiques relatifs à la libre circulation 219
La politique de la concurrence et la protection des consommateurs 219
Les politiques à long terme et structurelles 220
• L'éducation et la formation professionnelle 220
• L'aides des États à l'industrie et au développemenmt régional 221
• La protection de l'environnement 221
L'infrastructure commerciale 222
• L'activité bancaire 222
• Le droit des sociétés et la réglementation boursière 222
• La fiscalité 224
Mécanismes 225

Texte des articles constitutionnels pertinents 227

Notes de référence 231

Note du traducteur

La traduction de ce rapport est basée sur un exemplaire anglais et français de la Constitution australienne fourni par la bibliothèque du Parlement du Canada. En conséquence, les articles cités dans le rapport ont été reproduits, en français, tels qu'ils figurent dans cet exemplaire.

Il convient cependant de noter que l'expression *trade and commerce* souvent mentionnée dans le rapport, a été traduite de manières différentes dans la Constitution, c'est-à-dire par « trafic et commerce » (article 51(1)), « le commerce, l'exportation » (article 92)-et « le commerce et l'industrie » (article 98). De même, le mot *preferences* a été traduit soit par « régimes préférentiels » et « préférences » (article 102), soit par « avantage » (article 99) et le mot *discrimination* a été traduit soit par « discrimination » (article 102), soit par « traitement spécial » (article 117).

SOURCES ET REMERCIEMENTS

Les notes ci-après, rédigées en février 1981, sont essentiellement basées sur des entrevues organisées à Canberra et Sydney, au mois d'août 1980, et sur diverses sources d'information écrites.

ENTREVUES

Je tiens à remercier spécialement le professeur Russell Mathews, directeur du Centre de recherches sur les relations financières fédérales, université nationale australienne, Canberra, qui m'a permis d'être accepté comme associé temporaire du centre, pendant une période de six semaines. Les conseils et l'aide du professeur Mathews et de tout le personnel du centre ont grandement facilité ma tâche. Le professeur Mathews, le professeur Ken Wiltshire de l'université de Queensland et Ian MacKay ont commenté la première version. Le professeur Colin Howard, doyen de l'école de droit de l'université de Melbourne m'a éclairé sur certaines questions de droit constitutionnel. Je veux les remercier tous. Je tiens également à remercier toutes les autres personnes qui m'ont généreusement fait don de leur temps. En voici une liste partielle :

- du gouvernement du Commonwealth :
  D.J. Abbey, ministère de la Consommation et des Entreprises,
  J. Brassil, bureau du premier ministre et son cabinet,
  F. Bennett, directeur suppléant du ministère de l'Industrie et du Commerce,
  D. Charles, bureau du premier ministre et son cabinet,
  J. Hickey, bureau du premier ministre et son cabinet,
  M. Keehn, ministère de la Consommation et des Entreprises,
  T.J. Kelly, ministère des Industries primaires,
  Dennis Rose, directeur suppléant de la Division consultative du département du Procureur général.
- de l'université nationale australienne :
  professeur Jeffree Lindell
  professeur Leslie Zines
- du gouvernement de Nouvelles-Galles-du-Sud :
  Hugh Roberts, procureur de la Couronne.

Je tiens également à remercier H.R. Morgan et B.R. Smith, du Haut-commissariat canadien à Canberra, pour l'aide précieuse qu'ils m'ont accordée en organisant mes entrevues avec des hauts fonctionnaires du gouvernement.

SOURCES ÉCRITES

Convention constitutionnelle australienne. Comité permanent A, Deuxième rapport au Comité exécutif, 21 avril 1978. Melbourne, Imprimerie du gouvernement, 1978.

Convention constitutionnelle australienne. Compte rendu de la séance plénière, Perth, 26-28 juillet 1978.

Else-Mitchell, R., *Constitutional Review in the Australian Federation* in R.L. Mathews (éd.), *Federalism in Australia and the Federal Republic of Germany*, Canberra, Presses de l'Université nationale australienne, 1980.

Howard, Colin, *Australian Federal Constitutional Law*, 2e édition, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1972.

Howard, Colin, *Australia's Constitution*, Harmondsworth, England et New York, N.Y., Penguin Books, 1978.

Howard, Colin, *Working Paper on Section 92 of the Constitution*, 10 mai 1977, pour le Comité permanent A de la Convention constitutionnelle australienne, Publié dans le deuxième rapport du Comité A au Comité exécutif, 21 avril 1978, Melbourne, Imprimerie du gouvernement, 1978.

Lane, P.H., *An Introduction to the Australian Constitution*, 2e édition, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1977.

Mathews, Russell, *The Changing Pattern of Australian Federalism*, série d'édition no 17, Centre de recherches sur les relations financières fédérales, Université nationale australienne, Canberra, mai 1976.

Mathews, Russell, *Australian Federalism*, éditions de 1978 et 1979, Centre de recherches sur les relations financières fédérales, Université nationale australienne, Canberra.

McMinn, W.G., *The Decline of the States*, chapitre 8 de son livre intitulé *A Constitutional History of Australia*, Oxford, Presses universitaires d'Oxford, 1979.

Nygh, P.E., *An analysis of judicial approaches to the interpretation of the commerce clause in Australia and the United States*, *Sydney Law Review*, vol. 5, 1965-1967, pages 353 à 397.

Pannam, Clifford L., *Discrimination on the basis of state residence in Australia and the United States*, *Melbourne University Law Review*, 1967-1968, pages 105 à 149.

Report of the Royal Commission on the Constitution, chapitre XIV, *Trade and Commerce*, Canberra, Imprimerie du Gouvernement, 1929.

Report from the Joint Committee on Constitutional Review, chapitre 18, *Marketing of Primary Products : Constitution, Section 92*, Canberra, Imprimerie du gouvernement, 1959.

Rose, Dennis, *Discrimination, Uniformity and Preference — Some aspects of the express constitutional provisions*, in Leslie Zines (éd.), *Commentaries on the Australian Constitution*, Sydney, Butterworths, 1977.

Rose, Dennis, *Federal Principles for the Interpretation of Section 92 of the Constitution, The Australian Law Journal*, août 1972.

Sawer, G., *Constitutional Issues in Australian Federalism, Publius*, été 1977, Université Temple, Philadelphie.

Stevenson, Garth, *Mineral Resources and Australian Federalism*, Centre de recherches sur les relations financières fédérales, Université nationale australienne, Canberra, 1976.

Zines, Leslie, *The Australian Constitution, 1951-1976, Federal Law Review*, vol. 1, nº 3, 1976.

John A. Hayes
février 1981

APERÇU DU SYSTÈME FÉDÉRAL

La structure du système politique fédéral australien est très semblable à celle du système canadien mais son fonctionnement en diffère par certains aspects importants. L'une des différences les plus importantes est l'absence d'un groupe équivalent à la minorité francophone du Canada.

Par ailleurs, la Constitution australienne ne spécifie pas les domaines où les États ont juridiction exclusive ou réservée. Les États ont des pouvoirs résiduels, qui leur restent après l'interprétation judiciaire de l'étendue des pouvoirs du gouvernement fédéral (le Commonwealth). Ces derniers pouvoirs ont été considérablement accrus par cette interprétation et il y a tendance à continuer dans cette direction. De plus, les gouvernements des États ne jouent aucun rôle formel dans le processus d'amendement constitutionnel. Il en résulte que l'autonomie des États ne reçoit pas autant de protection constitutionnelle que celle des provinces canadiennes.

LE PARLEMENT

À la différence du Canada, l'Australie a un Sénat élu mais celui-ci, au lieu d'être surtout un forum de discussion ouverte et de conciliation d'intérêts régionaux divergents, a évolué en une institution dont la principale caractéristique est qu'elle reproduit les luttes partisanes de la Chambre basse. Le Sénat a contribué à la chute du gouvernement travailliste du premier ministre Whitlam, en 1975, et ce phénomène, ajouté au rôle du gouverneur général pendant cette période délicate, a suscité beaucoup de controverses constitutionnelles et politiques.

Le Sénat revêt une importance particulière pour les États moins populeux, puisque chacun des six États a dix sénateurs qui peuvent exercer leur influence au sein des caucus politiques. La Tasmanie a plus de sénateurs que de députés.

Les membres de la Chambre des représentants sont élus selon un système de vote préférentiel, c'est-à-dire que l'électeur inscrit sur son bulletin de vote, dans l'ordre, le nom des candidats, qu'il préfère, et que les deuxièmes et troisièmes choix des électeurs sont répartis entre les candidats au cas où aucun d'entre eux n'obtiendrait la majorité à titre de candidat de premier choix. L'objectif de ce système est de garantir que le candidat élu représente une majorité des électeurs.

Les élections pour la Chambre et la moitié du Sénat ont normalement lieu tous les trois ans.

LA RÉPARTITION DES POUVOIRS

La répartition des pouvoirs entre le Commonwealth et les États diffère de celle qui prévaut au Canada de diverses manières mais, sur un plan général, elle n'est probablement pas dissemblable. La plupart des pouvoirs du Commonwealth sont également détenus conjointement par les États mais les lois du Commonwealth prévalent en cas de conflit.

D'une certaine manière, le Commonwealth jouit de plus de pouvoirs législatifs que le gouvernement fédéral canadien. L'article 96 lui permet d'assortir ses subventions de conditions de tout ordre. Ses pouvoirs en matière de relations extérieures ont reçu une interprétation plus généreuse qu'au Canada, en ce qui concerne l'application de certains types d'ententes internationales, et constituent le fondement de la loi australienne sur la citoyenneté, ainsi que du contrôle, par le Commonwealth, de la navigation aérienne inter et intra-États. Les pouvoirs sur les sociétés sont de portée très générale, ce qui permet au gouvernement central de réglementer pratiquement toute activité des sociétés commerciales. Les activités de la Commission australienne de conciliation et d'arbitrage ont pour effet de définir des normes nationales en matière de salaires et de conditions de travail. Le Gouvernement du Commonwealth jouit également du pouvoir spécifique de légiférer en matière de régimes d'assurance sociale.

Les États jouissent de pouvoirs fiscaux moindres que les provinces canadiennes, mais ils disposent de pouvoirs législatifs que celles-ci n'ont pas, notamment des pouvoirs résiduels et du droit criminel. Quatre États sont propriétaires de leurs chemins de fer (ce qui constitue pour eux un lourd fardeau financier). Leurs pouvoirs en matière d'agriculture et d'environnement sont également plus généreux que ceux des provinces. De plus, le Commonwealth ne jouit pas de certains des pouvoirs extraordinaires et déclaratoires détenus par le Parlement canadien. Il ne peut nommer ni les gouverneurs des États ni les juges des cours suprêmes des États. Le gouvernement Whitlam n'a pas réussi à faire adopter un projet de loi sur les droits de la personne, ce qu'il avait espéré pouvoir faire en ayant recours à ses pouvoirs en matière de relations extérieures, c'est-à-dire en voulant assurer l'application législative, en Australie, de la Charte des Nations unies, proposition qui fut jugée *ultra vires*.

La Constitution australienne ne comporte pas de charte des droits, bien qu'elle reconnaisse certains droits ici et là.

Le Territoire du Nord est maintenant totalement autogéré, avec tous les pouvoirs qui incombent aux États, sauf en ce qui concerne les

aborigènes et les mines d'uranium. Le Parlement du Commonwealth conserve la responsabilité du Territoire de la capitale fédérale. Cela lui permet d'y légiférer comme le font les États à l'intérieur de leurs frontières de ce territoire. Et, en adoptant une législation modèle, il peut encourager les États à uniformiser leurs lois sur certaines questions spécifiques.

PROCÉDURE D'AMENDEMENT CONSTITUTIONNEL

La Constitution peut être amendée par vote populaire, à la suite de propositions émanant du Parlement. Pour être adopté, un amendement doit avoir reçu l'approbation d'une double majorité, c'est-à-dire de la majorité de tous les Australiens et, en plus, de la majorité dans au moins quatre des six États. Cela signifie que la Constitution est rarement amendée, puisqu'il est difficile d'obtenir l'approbation de quatre États en même temps.

LA DYNAMIQUE POLITIQUE DU FÉDÉRALISME AUSTRALIEN

Selon le professeur Sawer, «l'équilibre du fédéralisme australien dépend aujourd'hui considérablement de l'utilisation des pouvoirs financiers fédéraux, pour inciter les États à agir conformément aux grandes politiques du Commonwealth, étant donné les pouvoirs de résistance ou de négociation dont ils jouissent, en matière de compétence législative, du fait de leurs pouvoirs résiduels».

Les pouvoirs financiers du Commonwealth découlent de son monopole de l'impôt sur le revenu et des taxes d'accise, de sa capacité à assortir ses subventions de conditions quelconques et de sa domination du Conseil de prêt intergouvernemental, qui contrôle les emprunts de tous les gouvernements. Certes, les États sont propriétaires de vastes ressources naturelles mais le Commonwealth reçoit la part du lion des revenus qui en découlent si l'on inclut l'impôt et la taxe fédérale sur le pétrole et le gaz. À la différence des provinces canadiennes, la part des revenus des États australiens provenant de leurs sources propres est beaucoup plus petite, ce qui signifie que ceux-ci sont relativement plus tributaires des subventions fédérales.

Les pouvoirs financiers du Commonwealth s'appuient sur une base politique très large, ce qui permet à celui-ci d'utiliser au maximum les pouvoirs dont il dispose, et parfois même d'une manière qui serait jugée agressive au Canada, comme en témoigne son utilisation des règlements sur les licences d'exportation et d'importation et sur la

propriété étrangère, pour contrôler l'exploitation des ressources naturelles des États.

LOYAUTÉ RÉGIONALE ET PARTIS POLITIQUES

Si les loyautés régionales sont très fortes en Australie, les choix idéologiques n'y reflètent pas les frontières des régions ou des États ; en conséquence, lorsque les Australiens prennent position sur tel ou tel problème, ils sont relativement plus susceptibles de se diviser sur une base partisane que sur une base régionale, par rapport aux Canadiens. Les divisions régionales n'y étant pas aussi prédominantes qu'au Canada, l'unité du pays est mieux établie et s'appuie en outre sur un sentiment d'isolement géographique, au sein d'un monde dangereux.

Le clivage idéologique qui sépare la coalition conservatrice libérale-rurale et le Parti travailliste est plus prononçé que celui qui sépare les grands partis canadiens.[1] De plus, le Parti travailliste a parfois considéré que les pouvoirs réservés aux États constituaient un obstacle à la réalisation de son programme politique et le gouvernement Whitlam a nettement donné l'impression de vouloir saper l'autorité des États. Afin de résumer les grandes orientations des gouvernements Whitlam et Fraser, voici une citation extraite de la description, par l'éditeur, d'un livre récemment publié sur la politique australienne :

> Le gouvernement Whitlam, qui a pris le pouvoir en 1972, était déterminé à réaliser de grands programmes sociaux dans les domaines de l'éducation, de la santé, de la sécurité sociale et du développement urbain. Le point commun de la plupart de ces programmes était qu'ils reposaient sur un rôle accru du gouvernement fédéral dans l'élaboration et l'application des politiques sociales. Ils reflétaient également des augmentations importantes des dépenses gouvernementales dans le domaine social, ce qui était lourd de conséquences sur la santé des finances publiques et de l'économie, dans son ensemble....
>
> En opposition marquée à son prédécesseur, le gouvernement Fraser s'est fixé pour objectif de réduire le rôle du secteur public dans l'économie nationale, l'autorité du gouvernement central dans le système fédéral et la part des ressources publiques affectée aux objectifs sociaux.

La politique du nouveau fédéralisme annoncée par le gouvernement Fraser et destinée à renverser les tendances centralisatrices du gouvernement Whitlam n'a encore abouti à aucun rééquilibrage fondamental des pouvoirs du Commonwealth et des États.

Le gouvernement du Commonwealth essaie de redonner aux États la responsabilité des dépenses et du financement. Il en résulte un déclin

relatif des subventions à objectifs spécifiques accordées aux États par rapport aux subventions inconditionnelles. D'un autre côté les États ont été fort réticents à exploiter l'offre qui leur avait été faite par le Commonwealth de ne pas s'opposer à ce qu'ils lèvent un impôt sur le revenu des particuliers.

LA LIBRE CIRCULATION INTERNE DES BIENS, DES SERVICES, DES PERSONNES ET DES CAPITAUX

RÉSUMÉ

À plus d'un point de vue, l'Australie et le Canada se ressemblent. Une des similarités réside dans le fait que les deux pays ont des industries dont les produits s'adressent à des marchés nationaux restreints et sont ainsi particulièrement vulnérables aux effets économiques adverses des barrières intérieures et de la fragmentation du marché. En Australie, toutefois, les obstacles actuels et potentiels à la libre circulation ne sont pas aussi sérieux qu'au Canada, et cela, pour plusieurs raisons. La principale est que les États ont moins de possibilités, sur les plans constitutionnel, financier et politique, de nuire à la liberté de circulation.

Les États ont un vaste champs législatif, mais comme leurs pouvoirs fiscaux sont moindres que ceux des provinces canadiennes, ils ont tendance à être dominés financièrement par le Commonwealth.

Bien que les conflits ne manquent pas entre les États et le gouvernement fédéral, l'autorité du gouvernement du Commonwealth n'est pas aussi contestée que celle du gouvernement fédéral canadien par des États affirmant être les porte-parole des régions. Cette situation permet au gouvernement du Commonwealth d'exercer la plénitude de ses pouvoirs. En matière d'échanges commerciaux, par exemple, il fait un usage agressif de son autorité relativement aux permis d'importation et d'exportation pour contrôler ou influencer l'activité des États.

Les pouvoirs fédéraux en matière de commerce inter-États, relevant de l'article 51(1), ont fait l'objet d'une interprétation très générale, leur permettant de s'appliquer « loin dans les domaines intra-États » ; leur portée reste cependant plus limitée qu'aux États-Unis, ce qui signifie que les États ont conservé des pouvoirs assez substantiels dans leurs domaines spécifiques. Ces pouvoirs ont cependant été sérieusement restreints par l'article 92 de la Constitution, qui garantit le libre commerce, par les mots suivants : « le commerce, l'exportation et le transit entre les États ... seront absolument libres ». Cet article a récemment été décrit à la fois comme « la pierre angulaire du marché commun » et « un fléau absolu, une sorte de bâtard constitutionnel du lapin et de la mouche à viande ». Quoi qu'il en soit, l'article 92 a fait l'objet d'une interprétation fort libérale, empêchant ou freinant pratiquement toute réglementation en matière de commerce inter-États, que cette réglementation soit néfaste, c'est-à-dire ait un effet protection-

niste à l'égard des intérêts particuliers des États, ou bénéfique, c'est-à-dire destinée à instaurer des systèmes non-discriminatoires largement favorisés par le public.

Selon l'interprétation qui en a été faite, cet article n'autorise que la réglementation raisonnable nécessaire dans une société ordonnée. De ce fait, la législation proposée par le Commonwealth il y a plusieurs années pour essayer de créer un monopole dans le domaine de l'activité bancaire et du transport aérien a été invalidée, le motif étant que cet article donne aux individus le droit d'effectuer des échanges commerciaux inter-États. Par contre, les lois complémentaires du Commonwealth et des États destinées à instaurer un système de commercialisation du blé basé sur l'achat obligatoire des quantités produites par les agriculteurs ont été confirmées, mais peut-être uniquement jusqu'à la prochaine contestation judiciaire. Les systèmes des États pour la commercialisation des produits agricoles ne peuvent cependant être complètement étanches, car ils ne peuvent empêcher le commerce inter-États. En outre, les États n'ont pas réussi à réglementer ou à taxer de manière adéquate les camionneurs inter-États qui concurrencent leurs sociétés déficitaires de chemins de fer. Diverses lois des États, dont une destinée à contrôler les armes à feu, ont été invalidées par l'article 92.

À part les affaires de monopoles et leurs conséquences, le Commonwealth a été moins affecté par l'article 92 que les États, en ce qui concerne la compétence en matière de commerce inter-États. Outre les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 51(1), il bénéficie depuis 1971 d'une interprétation judiciaire très généreuse de ses pouvoirs en matière de sociétés. Ceux-ci sont beaucoup plus vastes qu'au Canada, ce qui est également le cas de ses pouvoirs en matière de conflits industriels dépassant les frontières d'un État donné et en matière d'assurance inter-États.

Le nouveau système conjoint adopté par le Commonwealth et les États pour réglementer les sociétés et les valeurs a cette particularité qu'il permettra à une entreprise d'exercer ses activités partout en Australie comme si elle n'était sujette qu'à un seul système de législation et de réglementation des sociétés. On envisage également un système identique de regroupement des pouvoirs pour assurer l'uniformité des lois relatives à l'alimentation. Cette évolution favorisera la création d'un véritable marché commun en Australie.

La libre circulation des personnes est protégée par l'article 92 et, dans une certaine mesure, par l'article 117, qui interdit aux États d'agir de manière discriminatoire à l'égard des résidents d'autres États. Cependant, le mot « résident » dans l'article 117 a fait l'objet d'une

interprétation fort restrictive, ce qui a eu pour effet, par exemple, de confirmer la loi adoptée par un État pour exclure de son Barreau les avocats « domiciliés » dans d'autres États.

Certes, il existe des obstacles discriminatoires résultant des politiques d'achat préférentielles des États à l'égard des fournisseurs locaux, de leurs accords de commercialisation pour certains produits laitiers et de certaines concessions pour le transport des marchandises par chemins de fer. L'aide accordée par les États pour l'implantation des entreprises entraîne certaines distorsions; le Commonwealth dispose des pouvoirs nécessaires pour mettre un terme à certains types d'aide, mais il a jusqu'à présent choisi de ne pas en faire usage. Finalement, certains obstacles résultent des pouvoirs dont disposent les États dans certains domaines, tels que les normes techniques, l'inspection des produits agricoles et la mise en quarantaine, mais ceux-ci ne sont généralement pas utilisés dans le but de protéger les entreprises locales.

BIENS, SERVICES ET CAPITAUX

Dispositions constitutionnelles concernant directement la mobilité économique

Les dispositions les plus importantes à cet égard sont l'article 51(1), qui donne au Commonwealth le pouvoir de réglementer le commerce inter-États, et l'article 92, qui garantit la liberté de circulation entre États. À ces deux articles s'en ajoutent d'autres, qui seront mentionnés ci-après. Le texte complet des articles pertinents de la Constitution figure au dernier chapitre du rapport.

- **Les pouvoirs du Commonwealth**

Selon l'article 51(1), le Commonwealth peut adopter des lois concernant «(le) trafic et (le) commerce avec d'autres pays et entre les États», et l'article 98 étend ce pouvoir à la navigation, à la marine marchande et aux sociétés de chemins de fer appartenant aux États.

Suite à *l'Affaire des ingénieurs* (*Engineers' Case*) de 1920, l'un des principes maintenant bien établis, en Australie, en matière d'interprétation constitutionnelle, est que les pouvoirs expressément attribués au Commonwealth doivent s'entendre de la manière la plus générale possible, à condition de respecter une interprétation raisonnable des termes employés. De fait, la Haute cour (qui est l'équivalent australien de la Cour suprême du Canada) a considéré que les pouvoirs relevant de l'article 51(1) s'étendent « loin dans les domaines intra-États ».[2]

Ainsi, cet article s'applique à la totalité d'une activité commerciale dont l'élément intra-États n'est pas clairement séparé de l'élément inter-États. En outre, selon une affirmation faite en 1954, ces pouvoirs recouvrent « tous les sujets qui peuvent affecter positivement ou négativement » le domaine général directement défini par l'article concerné et s'étendre même « à la supervision et au contrôle de tous les actes et processus pouvant être identifiés comme effectués ou exécutés » pour une activité relevant du domaine général ainsi défini.[3] C'est ainsi que l'on a considéré que cet article s'appliquait à une opération intra-États préliminaire au commerce international, à savoir la salaison des viandes, aussi bien qu'aux règlements sur le travail des débardeurs.

« Le trafic et le commerce » comprennent non seulement l'achat et la vente de marchandises, mais également le transport de marchandises et de passagers, les approvisionnements en gaz ou en électricité, les services de radio et de télévision ainsi que l'activité bancaire. De plus, en vertu de l'article 51(1), le Commonwealth peut se lancer lui-même dans des activités commerciales, ce qu'il a d'ailleurs fait en créant, par exemple, une société de transports maritimes et un service de transports aériens.[4] Par contre, cet article ne s'applique pas aux jeux d'argent ni, en conséquence, aux loteries créées par les États.[5]

La portée de cet article a été considérablement étendue par son application à des pouvoirs « connexes » explicites et implicites. Les pouvoirs explicites découlent de l'alinéa (39) de l'article 51, qui donne compétence au Commonwealth à l'égard des « questions se rattachant à l'exercice d'un pouvoir confié par la présente Constitution » aux institutions et organismes du Commonwealth. En ce qui concerne les pouvoirs connexes implicites, il s'agit des pouvoirs liés à chacun des pouvoirs fondamentaux du Parlement, comme le pouvoir de taxation, et le Parlement peut à ce sujet faire « toutes les choses nécessaires et adéquates pour assurer la réalisation des objectifs du pouvoir principal ». C'est ainsi que « le Parlement a créé la Commission australienne sur la marine marchande côtière, pour intervenir dans le commerce maritime inter-États, en se basant sur ses pouvoirs inter-États en matière de trafic et de commerce, c'est-à-dire sur ses pouvoirs fondamentaux. Ensuite, en se basant sur ses pouvoirs connexes, le Parlement a décidé d'exempter la Commission de toutes taxes des États ».[6]

Les pouvoirs du Commonwealth en matière de commerce, y compris de commerce intra-États, ont été considérablement renforcés par une interprétation généreuse de ses pouvoirs sur les sociétés, relevant de l'article 51(2), dans le cadre d'une décision rendue en 1971 sur l'*Affaire des canalisations en béton* (*Concrete Pipes Case*). Le Commonwealth jouit également d'autres pouvoirs pertinents, tels ceux de l'article 51(14), relatif aux assurances.

- **Les dispositions restreignant les pouvoirs du Commonwealth ou des États**

Le préambule de l'article 51, et de ses nombreux alinéas définissant les pouvoirs législatifs partagés du Parlement, comprend les mots « sous réserve de la présente Constitution ». Les principales restrictions aux pouvoirs fédéraux en matière de commerce découlent de deux articles, à savoir les articles 92 et 99. Ce dernier est de loin le moins important, en ce qu'il ne restreint que les pouvoirs du Commonwealth, alors que l'article 92 restreint les pouvoirs à la fois du Commonwealth et des États.

- **L'article 99 interdisant les préférences**

La Constitution comporte peu de dispositions destinées à empêcher le Commonwealth d'agir de manière discriminatoire à l'égard de certains États ou de certaines parties des États. Les articles pertinents, outre l'article 99, sont les articles 51(2) et 51(3) concernant les impôts et les droits. En ce qui concerne les États, l'article 117 leur interdit d'agir de manière discriminatoire à l'égard des citoyens des autres États. De plus, les décisions discriminatoires des États en matière de subventions aux sociétés de chemins de fer qui pourraient être jugées constitutionnelles en vertu de l'article 117, peuvent fort bien être interdites par le Commonwealth, en vertu de l'article 102.[7] Ces articles 117 et 102 sont examinés plus loin.

L'article 99 affirme ce qui suit : « La Confédération ne doit, par aucune loi ou réglementation commerciale ou financière, conférer un avantage à un État ou à une partie d'État sur un autre État ou partie d'État ». Selon le professeur Howard, cet article a été ajouté à la Constitution parce que les États moins peuplés craignaient que le Parlement du Commonwealth ne soit dominé par les États de la Nouvelle-Galles-du-Sud et de Victoria. En pratique, cependant, il s'est avéré que cet article a parfois constitué un obstacle pour le Commonwealth, lorsqu'il a voulu aider des États en difficulté.[8] On a néanmoins résolu ce problème, en partie parce que l'article 99, tout au moins ces dernières années, n'a plus été interprété de manière suffisamment stricte pour restreindre sérieusement l'action du Commonwealth et aussi, ce qui est plus important, parce qu'il n'a pas pour effet de limiter le pouvoir d'octroyer des subventions, en vertu de l'article 96, même s'il limite l'article 51(1) et les pouvoirs d'affectation budgétaire relevant des articles 81 à 83.[9]

Pour illustrer la portée de l'article 99, en matière de commerce, mentionnons que certaines contestations judiciaires ont porté sur le fait qu'un traitement différent était accordé à des ports situés dans des

États différents. Certes, tous les aspects de l'article 99 n'ont pas été éclaircis par l'interprétation judiciaire, mais deux l'ont été, à savoir :

- qu'une préférence commerciale doit être tangible et concrète et non pas seulement théorique, pour relever de l'article 99, et

- qu'une règle uniforme imposée par une loi du Commonwealth sera jugée conforme à l'article 99, même si ses effets pratiques peuvent varier d'un État à l'autre ou même à l'intérieur d'un même État.[10]

• L'article 92 garantissant la libre circulation

L'article 92 impose des restrictions beaucoup plus sévères à la législation du Commonwealth. Il prévoit en effet que « le commerce, l'exportation et le transit entre les États [...] seront absolument libres ». Cet article est assez vague puisqu'il n'indique pas à l'égard de quoi ces activités devront être libres. De ce fait, ce « petit passage dans la langue de tous les jours », pour reprendre l'expression admirative de George Reid, lors des débats de la Convention de 1897, s'est révélé être l'article le plus contesté de la Constitution.

Il est probable que son intention originelle était simplement d'interdire la perception de taxes sur le commerce inter-États ou, tout au plus, d'interdire également toute autre forme de discrimination à l'égard du commerce inter-États. Cependant, la Haute Cour, appuyée en cela par le Conseil privé de Londres, lorsqu'il était encore la juridiction d'appel, en a donné une interprétation très large, qui accorde aux particuliers le droit fondamental de faire du commerce inter-États, en affranchissement presque complet de servitudes, discriminatoires ou non.

De ce fait, on a pu dire que « le commerce inter-États est dans une large mesure protégé de tout contrôle législatif et exécutif par l'article 92 ».[11] Ce commerce est donc libre de tout contrôle de cette nature, sauf dans la mesure où « une réglementation raisonnable [...] est nécessaire pour la préservation d'une société ordonnée ».[12] Citons, comme exemples de réglementation raisonnable, le contrôle de la circulation inter-États de plantes et d'animaux malades et le contrôle qualitatif des aliments, pour protéger la santé des citoyens. Il peut également y avoir d'autres mesures conformes à l'article 92, tout en ayant un effet « accidentel » ou secondaire sur le commerce inter-États mais, dans l'ensemble, cet article « doit être considéré comme une menace permanente à l'égard des mesures législatives d'ordre économique qui ont pour effet de restreindre ou de contrôler le commerce ou les activités commerciales ».[13] L'impact de cet article est donc en partie

positif, puisqu'il rend difficile l'adoption de lois protectionnistes par les États, et en partie négatif, puisqu'il peut empêcher l'adoption de lois tout à fait justifiées comme la protection de la faune.

Les critiques formulées à l'égard des interprétations de l'article 92 par la Haute Cour ne sont peut-être pas universelles, mais elles sont fort généralisées. Les hommes politiques de la gauche sont déçus par les décisions de la Cour, qui empêchent la socialisation des industries par le gouvernement fédéral ou par les gouvernements des États et qui mettent un frein en général à l'intervention gouvernementale.

Lors de la session de juillet 1978 de la Convention constitutionnelle australienne, par exemple, le sénateur Evans, du Commonwealth, a employé à cet égard des expressions fort pittoresques. Cet article, a-t-il dit, s'est révélé être un don du ciel pour les marchands d'idées fausses, les semeurs de discorde, les réfractaires et trafiquants de tout acabit qui,

> la plupart du temps, n'ont reçu que des encouragements de la Haute Cour [...] Pour tous les gouvernements, aussi bien de droite que de gauche, et aussi bien du Commonwealth que des États, l'article 92 a été un fléau absolu, une sorte de bâtard constitutionnel du lapin et de la mouche à viande.[14]

Par ces mots, il voulait parler de ceux qui organisent leurs activités commerciales de façon à se soustraire aux taxes et aux règlements du gouvernement, en se cachant derrière l'article 92.

Avant d'examiner plus en détail les difficultés qu'ont rencontrées les gouvernements du fait de l'article 92, il convient peut-être d'examiner la portée juridique de ce dernier, dans le contexte de transactions commerciales typiques, c'est-à-dire d'activités de production et de vente. Le chapitre qui suit intéressera donc plus particulièrement les spécialistes du droit constitutionnel mais il constituera également, pour les profanes, un exemple parfait de la difficulté que présente la rédaction d'un article de loi destiné à protéger la liberté du commerce inter-États.

• La portée juridique de l'article 92

Dans son livre de 1972 sur la Constitution, le professeur Colin Howard résume les principes généraux d'interprétation de l'article 92 qui se sont dégagés au cours des années. Ce résumé est reproduit ci-après, mais en termes juridiques moins précis que ceux du professeur Howard, et les éléments 2 et 16 y ont été ajoutés, bien qu'ils soient analysés ailleurs dans le livre.[15]

1. L'article s'applique à la fois au Commonwealth et aux États.

2. Il ne protège pas les transactions entre les États et les territoires (le Territoire de la capitale fédérale et le Territoire du Nord).

3. Déterminer si la liberté garantie par l'article 92 a été entravée est une question de fait.

4. Aucune distinction ne doit être faite, dans l'application de l'article 92, entre les différents types de commerce inter-États.

5. Le tribunal ne déterminera pas la validité d'une loi par rapport à l'article 92 si la preuve fournie ne fait pas ressortir un élément inter-États pertinent.

6. L'article ne s'applique pas aux questions qui ne sont que connexes aux échanges, au commerce et aux relations entre les États.[16]

7. La liberté garantie par l'article 92 doit s'entendre par rapport aux restrictions gouvernementales de toute nature, c'est-à-dire aussi bien de l'exécutif que du législatif. (Par exemple, une décision de l'exécutif d'octroyer une licence de transport routier à une entreprise souhaitant faire du commerce inter-États ne serait pas confirmée par l'article 92). Cette liberté ne concerne donc pas seulement les mesures fiscales.

8. La liberté garantie par l'article 92 est la liberté de l'individu à effectuer du commerce inter-États. (Cette liberté s'applique à l'individu plutôt qu'aux marchandises, par exemple).

9. La liberté garantie par l'article 92 n'est pas limitée à la traversée physique d'une frontière ou au transport de marchandises au-delà d'une frontière.

10. Pour déterminer si une servitude reconnue constitue une entrave à la liberté d'une activité reliée au commerce inter-États, il faudra déterminer *si le critère qui est à l'origine de l'application de la servitude est lui-même un acte de commerce.* Dans l'affirmative, il y a infraction à l'égard de l'article 92. Dans la négative, il n'y a aucune infraction, quel que puisse être l'effet économique secondaire sur le commerce inter-États.

11. Toute réglementation raisonnable du gouvernement est conforme à l'article 92. La Haute Cour a en effet décidé que « l'article 92 suppose l'existence d'une société ordonnée, régie par des lois ».

12. L'interdiction d'une activité, qu'il s'agisse d'une interdiction totale ou sujette à la discrétion de l'exécutif, ne constitue pas une réglementation et représente donc une infraction de l'article 92. (Cela était vrai en 1972 mais, en 1978, dans l'*Affaire Clark King*, la cour a confirmé le pouvoir de la Commission australienne du blé d'imposer un système basé sur une interdiction, puisque c'était là « le seul moyen pratique et raisonnable de réglementer le commerce »).

13. Ce qui est important, c'est l'effet juridique des termes mêmes employés dans la loi, plutôt que l'objectif ou l'effet concret de celle-ci.

14. Une servitude s'appliquant indistinctement au commerce à la fois inter-États et intra-États n'en constitue pas moins une infraction à l'égard de l'article 92.

15. L'effet d'une servitude admise sur le volume du commerce inter-États n'a aucune importance pour la décision de la Cour. En conséquence, il ne suffit pas de dire qu'une servitude n'a pas diminué le volume du commerce pour que celle-ci soit confirmée.

16. Les transactions antérieures à la vente ne sont pas touchées par l'article 92. Celles-ci comprennent l'importation et la production. En conséquence, le Commonwealth peut restreindre les importations, par des droits de douane ou l'octroi de licences, et un État peut réglementer la production, sans qu'aucun ne contrevienne à l'article 92. Un État peut interdire le *mélange* de la paille et de l'ivraie, même si ce qui en résulte est destiné au commerce inter-États, car le mélange constitue un processus de production, mais les lois de l'État concernant la vente ne peuvent s'appliquer aux ventes pour lesquelles la livraison aura lieu d'un côté ou l'autre de la frontière inter-États.[17] Cependant, la Haute Cour a bien pris soin d'éviter de dire que la production ne peut jamais faire partie du concept de commerce inter-États.[18]

17. Le fait qu'une personne exerce un commerce inter-États ne lui donne pas de raison suffisante pour intenter des poursuites.

Celles-ci doivent en effet nécessairement être basées sur une transaction inter-États pertinente.

- **L'effet pratique de l'article 92 sur la législation du Commonwealth**

L'article 92 a imposé plus de restrictions aux États qu'au Commonwealth. De fait, cet article ne s'appliquait pas au Commonwealth jusqu'à une décision de 1936. Depuis lors, il a entraîné l'invalidation de certaines lois du Commonwealth. Par exemple, lorsqu'un gouvernement travailliste du Commonwealth voulut nationaliser les banques, après la Seconde guerre mondiale, il ne put le faire en raison de l'article 92.[19] Cela fut également le cas d'une tentative de création d'un monopole gouvernemental sur le transport aérien inter-États. Ces deux affaires de « monopoles » ont entraîné la confirmation de la « théorie du droit de l'individu », selon laquelle l'article 92 protège le droit des individus à faire du commerce inter-États.

Or, c'est essentiellement ce droit des individus qui a été remis en cause par de récentes affaires concernant le système de commercialisation de la Commission du blé australienne. Les producteurs sont obligés de vendre à la Commission, et à elle seule. Contestée dans l'*Affaire Clark King* (1978) comme étant contraire à l'article 92, cette disposition a été confirmée par une décision, à trois contre deux, de cinq des sept membres de la Haute cour comme étant « le seul moyen pratique et raisonnable de réglementation du commerce » dans les circonstances données. Un deuxième procès a été intenté contre la Commission par *Uebergang et d'autres*. La décision rendue par la Cour à cette occasion, en octobre 1980, n'a pas permis de mettre un terme au débat car certains juges ont considéré que les faits établis étaient restés insuffisants pour parvenir à un jugement définitif. En conséquence, la décision rendue dans l'*Affaire Clark King* fait toujours jurisprudence. Cependant, « on peut déduire de l'opinion des juges qu'une majorité de la Cour pourrait fort bien invalider cette législation à l'avenir ».[20]

Le Commonwealth a parfois réussi à contourner les restrictions de l'article 92. Ainsi, la Société Ipec-Air Pty. Ltd., voulait organiser un service aérien inter-États mais la politique du Commonwealth limitait ce champ d'action aux deux sociétés aériennes existantes. Ipec-Air a intenté un procès au cours duquel elle a réussi à établir que le gouvernement ne pouvait pas arguer de l'article 92 pour refuser une licence d'exploitation; elle n'a pas réussi, par contre, à faire reconnaître que cet article obligeait le gouvernement à lui accorder une licence pour importer les avions dont elle aurait besoin. En d'autres mots, Ipec

a obtenu une licence d'exploitation d'un service aérien, mais sans avions.

D'autre part, le Commonwealth ne peut pas contingenter le commerce inter-États et il est vraisemblable qu'il ne pourrait pas agir comme l'a fait le gouvernement canadien il y a quelques années, c'est-à-dire limiter la vente du pétrole importé à une zone située à l'est d'une ligne passant à peu près par Ottawa, afin de réserver le marché de l'Ouest aux producteurs canadiens de pétrole.

- **L'effet pratique de l'article 92 sur la législation des États**

En ce qui concerne les États, c'est essentiellement sur les systèmes de commercialisation des produits agricoles et le transport routier que l'article 92 a eu un effet.

Les agriculteurs qui contestent ces systèmes de commercialisation des États font preuve de beaucoup d'énergie et d'imagination. Ainsi, une société s'occupant d'élevage de volailles dans la Nouvelle-Galles-du-Sud a contesté le système de commercialisation des œufs de cet État, qui imposait des quotas à l'élevage de poules destinées à la production d'œufs. Cette société a gardé dans un poulailler distinct les poules produisant des œufs réservés à la vente dans l'État voisin de Victoria, en prétendant qu'elles ne devraient pas être incluses dans le quota. La Cour a cependant rendu une décision contraire à la société, en arguant que la production d'œufs, et donc la réglementation du nombre de poules, constituait une activité antérieure au commerce inter-États, c'est-à-dire une activité non protégée par l'article 92.[21]

Les difficultés rencontrées par les États au sujet du transport routier résultent en partie de deux autres problèmes, que ne connaissent pas les provinces canadiennes ; il s'agit, d'une part, du fait qu'elles n'ont pas accès à certaines sources pratiquement et lucratives, de revenus, telles que les taxes de vente et l'impôt sur le revenu, et, d'autre part, des déficits que connaissent les sociétés de chemins de fer, lesquelles appartiennent essentiellement aux États. Ces problèmes les ont amenés à essayer de limiter la concurrence du transport routier. À cause de l'article 92, les États n'ont cependant généralement pas réussi à soumettre le transport routier inter-États au même type de réglementation que le transport routier intra-États. Les tribunaux ont en effet interdit la majorité des règlements proposés à cet égard, pour la raison qu'ils constituent une servitude imposée au commerce inter-États.

Les États ont cependant fait des efforts inouis pour essayer de favoriser le transport par voie ferrée. Ainsi, une loi adoptée par la

Tasmanie a eu pour effet de diviser cet État relativement petit en zones de trafic distinctes. L'État de Victoria, quant à lui, a adopté une loi exigeant qu'une proportion donnée des transports commerciaux soit effectuée par chemins de fer plutôt que par route. De ce fait, les producteurs de bois de construction doivent expédier les deux tiers de leur production par chemins de fer et obtenir un permis pour expédier le reste par la route.

Les camionneurs inter-États, qu'il s'agisse d'entreprises opérant réellement dans plusieurs États ou d'entreprises réussissant à dissimuler la nature réelle de leurs activités en faisant des détours pour franchir les frontières, de façon à jouir de la protection de l'article 92, ont réussi à échapper à ces règlements. Ils ne sont en outre pas sujets aux droits d'enregistrement des États, aux primes d'assurances des tierces parties, aux droits de vignette pour les transferts de véhicules ni aux droits de licences.[22] Les tribunaux ont considéré que les seules taxes qui ne constitueraient pas un fardeau pour le commerce inter-États seraient des contributions, très soigneusement calculées, destinées à indemniser un État pour l'usure de ses routes. Quant à eux, les États affirment que l'article 92 a pour conséquences de les empêcher de coordonner le transport à l'intérieur de leurs frontières (c'est-à-dire de protéger les revenus des sociétés de chemins de fer), de les priver de recettes indispensables et de donner aux camionneurs inter-États un avantage commercial injuste par rapport aux camionneurs intra-États. Le professeur Howard estime, à ce sujet, que « le transport commercial inter-États des marchandises et passagers, dans ce pays, a été affranchi du contrôle législatif à un degré probablement inégalé dans le reste du monde développé ».[23]

Si les systèmes de commercialisation et le transport routier ont été les deux domaines dans lesquels les États ont connu le plus de difficultés, du fait de l'article 92, il faut bien dire que ce n'ont pas été les seuls. Il convient en effet d'ajouter, entre autres, la réglementation des agents de voyages locaux organisant des voyages inter-États, les pratiques inéquitables de vente par correspondance ; la trappe ou le trafic des oiseaux et des animaux indigènes, y compris le trafic des peaux de kangourou ; les contrôles des prix ; la vente d'armes à feu à des acheteurs privés d'autres États.[24]

Tout ceci montre clairement que les « pouvoirs de police » des États ont été sérieusement restreints par l'article 92. Cependant, les États peuvent toujours réglementer la production, qui est antérieure au commerce inter-États, et les ventes de produits n'ayant pas à être livrés au-delà de leurs frontières. En outre, comme nous l'avons déjà signalé, ils peuvent exercer certains contrôles d'ordre sanitaire.

Il convient finalement de mentionner que l'article 92 a empêché les États d'adopter des lois protectionnistes. Par exemple, l'État d'Australie occidentale a essayé, sans succès, d'imposer un droit de licence plus élevé pour la vente du vin produit dans un autre État.

- **L'inclusion du mot « transit » (« *Intercourse* ») dans l'article 92**

Selon certains analystes, le mot « transit » aurait été ajouté à l'article 92 parce que certaines personnes estimaient que le mot « commerce » risquait de ne pas s'appliquer aux activités n'étant pas destinées à produire un profit quelconque.[25] Le mot « transit » s'applique non seulement à ces activités sans but lucratif mais également à la circulation inter-États des personnes (voir le chapitre pertinent, plus loin dans ce rapport).

- **Les diverses tentatives d'amendement de l'article 92**

L'interprétation de l'article 92 était déjà considérée trop générale, dans certains milieux, avant même la décision judiciaire de 1936 qui en étendit la portée. Ainsi, le rapport de 1929 de la Commission royale sur la Constitution comportait des recommandations que le professeur Howard cita avec approbation en 1977, même si elles n'eurent pas de suite à l'époque.[26]

La Commission royale avait fait les trois grandes recommandations suivantes :

(1) l'article 92 ne devrait interdire que (a) les contributions fiscales et (b) les restrictions imposées uniquement parce que des biens ou personnes traversent les frontières des États ;

(2) l'article 92 devrait s'appliquer aux Territoires aussi bien qu'aux États;

(3) le Parlement devrait avoir le pouvoir d'empêcher les États de dresser des obstacles à la liberté du commerce.

Le nouveau texte de l'article 92 aurait été le suivant[27] :

- Le commerce, l'exportation et le transit entre les États ou entre un État et un territoire, par voie de terre ou de mer, seront absolument libres de toute imposition pécuniaire ou de toute restriction ou servitude imposée pour simple raison du passage de biens ou personnes d'un État dans un autre État ou territoire.

- Le Parlement du Commonwealth peut adopter des lois interdisant, modifiant ou annulant toute loi ou tout règlement adoptés par un État quelconque, ou par un organisme constitué par un État quelconque, ayant pour effet de déroger à la liberté du commerce, de l'exportation ou du transit entre les États ou entre un territoire et un État.

Le deuxième paragraphe de ce projet est pratiquement identique à la version originelle de l'article 92 qui figurait dans le premier projet de la Constitution de 1891.

Selon le professeur Howard,

> ces amendements peuvent toujours être appliqués, sans modification, aux problèmes actuels. Leur principal effet sera de resteindre considérablement les pouvoirs actuels de la Haute Cour de définir la portée et l'effet de l'article 92 par voie d'interprétation judiciaire.

En 1936, une interprétation de l'article 92 par le Conseil privé en étendait la portée au Commonwealth, aussi bien qu'aux États. Cette interprétation résultait de l'affaire *James v. Commonwealth*, et portait sur les efforts faits par le Commonwealth pour appuyer un système de commercialisation des fruits secs proposé par l'État de l'Australie Méridionale. Pendant les années suivantes, trois amendements constitutionnels relatifs à l'article 92 ont été soumis au scrutin populaire. Le plus récent d'entre eux l'a été en 1946 et voulait attribuer au Commonwealth le pouvoir d'adopter des lois relatives à « la commercialisation ordonnée des produits primaires ». Cet amendement a été battu par une faible marge, puisqu'il n'avait été approuvé que dans trois États, bien qu'ayant obtenu la majorité nationale.

En 1959, le Comité mixte du Parlement sur la révision constitutionnelle a fait plusieurs recommandations relatives à l'article 92. Selon les déclarations du sénateur Evans, en 1978, celles-ci ne représentaient que des « corrections fragmentaires aux applications les plus répréhensibles (de l'article 92) ». En ce qui concerne la commercialisation, le Comité avait recommandé que si les trois cinquièmes des producteurs d'un produit primaire étaient en faveur d'un programme de commercialisation (cette condition ne figurait pas dans le projet soumis au référendum de 1946), le Parlement devrait avoir le pouvoir de l'appliquer sans être soumis à l'article 92 mais sous réserve de toutes les autres dispositions de la Constitution.

La tentative la plus récente d'amendement de l'article 92 a été le fait de la Convention constitutionnelle australienne, lors des sessions ayant débuté à Sydney le 3 septembre 1973. Cette Convention com-

prend des représentants des trois niveaux de gouvernement et des grands partis politiques. Sa dernière séance plénière s'est tenue à Perth en juillet 1978.

Lors de sa première session, à Sydney, la Convention a renvoyé un certain nombre de sujets devant le Comité permanent A. Un des textes est particulièrement intéressant, puisqu'il signale les articles de la Constitution qui étaient jugés particulièrement importants sur le plan du commerce :

> *Sujet n° 4 :* Les pouvoirs et incapacités législatifs relatifs aux échanges et au commerce, notamment :
>
> (a) les pouvoirs du Parlement du Commonwealth en matière de commerce étranger et inter-États (article 51(1)) ;
>
> (b) les pouvoirs relatifs aux sociétés (article 51(20)) ;
>
> (c) les pouvoirs relatifs aux relations industrielles (article 51(35)) ;
>
> (d) la liberté des échanges et des relations inter-États (article 92).

Le Comité permanent A a nommé un groupe de travail, qui s'est réuni à plusieurs reprises, a reçu les témoignages de représentants gouvernementaux et autres, et a examiné le document de travail déjà mentionné du professeur Howard. Le Comité permanent semble n'être parvenu à aucune autre conclusion que celle consistant à recommander que la séance plénière de la Convention, à Perth, examine les lacunes et insuffisances de l'article 92, ce qui fut fait. Depuis lors, et en janvier 1981, aucun autre progrès notable n'avait été enregistré, sans doute parce que l'on attendait le jugement de la Haute Cour dans l'affaire *Uebergang v. Australian Wheat Board.* Cependant, ce jugement, rendu en octobre 1980, est resté ambigu.

- **Les positions adoptées avant et pendant la session de 1978 de la Convention constitutionnelle australienne**

Dans son mémoire d'avril 1978 au comité permanent A,[28] le gouvernement du Commonwealth a fait preuve d'une attitude relativement sereine à l'égard des problèmes posés par l'article 92, plus sereine, probablement, que celle qu'aurait adoptée un gouvernement travailliste :

> L'article 92 est la pierre angulaire du marché commun instauré par la Constitution. À ce titre, le gouvernement du Commonwealth estime que les problèmes qu'il soulève doivent être vus dans une juste perspective, car ce sont des problèmes de détail. Jusqu'à présent, la plupart d'entre eux ont d'ailleurs pu être résolus par la collaboration du Commonwealth et des États. Ceux qui ne l'ont pas été concernaient l'application de systèmes de commercialisation ordonnée du blé, des raisins secs et des raisins de cuve.

Le mémoire était accompagné d'une lettre du premier ministre suppléant, indiquant que certaines difficultés avaient pu être résolues « par l'exercice d'autres pouvoirs constitutionnels relevant de l'article 51(1) ». Parmi ceux-ci figurent, sans aucun doute, les pouvoirs sur les sociétés.

Ayant constaté que la Haute cour était saisie de la Loi sur la commercialisation du blé, le mémoire mentionnait trois amendements qui pourraient être apportés à l'article 92, sans toutefois faire de recommandations :

- l'amendement proposé en 1959 par le Comité parlementaire mixte;

- l'amendement soumis au référendum de 1946;

- un amendement donnant au Commonwealth le pouvoir, dans certains cas bien précis, d'outrepasser l'article 92 en adoptant des règlements de nature non discriminatoire, à condition qu'ils aient obtenu préalablement l'accord unanime des gouvernements du Commonwealth et des États. Le mémoire ne mentionnait cependant pas si les « cas bien précis » seraient limités à la commercialisation des produits agricoles.

La position du gouvernement du Commonwealth n'a fait l'objet d'aucune autre précision pendant la séance plénière de la Convention, en juillet 1978.

Les gouvernements de trois États avaient également envoyé des mémoires au Comité permanent A, avant la séance plénière :

Australie Occidentale. Le gouvernement conservateur de cet État s'était opposé à tout amendement, en affirmant que l'article 92 se prêtait à certains ajustements et que « les gouvernements jouissent d'un champ d'action plus vaste qu'on ne le pensait autrefois ».[29]

Australie Méridionale. Selon le gouvernement travailliste de cet État, « il serait préférable de reformuler cet article, afin d'en limiter la portée à une interdiction des servitudes fiscales [...] ou à l'interdiction des lois ayant un effet discriminatoire à l'égard du commerce inter-États ».

Tasmanie. Selon le gouvernement travailliste, « un article de nature semblable à l'article 92 » est nécessaire mais il devrait préciser clairement ce qui est interdit aux gouvernements des États, plutôt que de décrire certaines activités en affirmant simplement qu'elles

doivent rester « libres ». Ce gouvernement propose donc un nouvel article, en signalant (a) qu'il ne s'appliquerait pas au Parlement du Commonwealth et que celui-ci pourrait donc, en ayant recours aux articles 51(1) et 109, outrepasser toute loi d'un État qui ne serait pas conforme à une réglementation adéquate d'une activité inter-États quelconque, et (b) qu'un État se verrait interdire toute action *compromettant* le commerce inter-États mais aurait le droit de faire de la « discrimination bienveillante ». Le texte proposé est identique à celui qui avait été recommandé par Sir Owen Dixon à la Commission royale de 1929: «Les États ne compromettront pas, par des lois ou actes exécutifs discriminatoires, la liberté du commerce, de l'exportation et du transit entre les États et les territoires du Commonwealth.»

Analysant ces mémoires dans son rapport, le groupe de travail mentionnait, en ce qui concerne la proposition de la Tasmanie destinée à affranchir le Commonwealth des restrictions imposées par l'article 92, que « certains États risquent de ne pas accepter cet élément de la proposition » car il « éliminerait la protection accordée aux particuliers par l'article 92, à l'égard des tentatives gouvernementales d'organisation de monopoles ».

Pendant la session plénière, M. Elliott, délégué du Queensland, a semblé s'opposer à tout amendement de l'article 92. Par contre, un représentant du gouvernement conservateur de Victoria a affirmé qu'un amendement serait « utile et même nécessaire » et a semblé préférer limiter la portée de l'article « seulement aux lois ayant un effet discriminatoire à l'égard du commerce inter-États ». Le représentant du gouvernement travailliste de la Nouvelle-Galles-du-Sud, s'est également exprimé en faveur d'une restriction de la portée de l'article 92.[30]

Un député du Commonwealth, M. Wilson, s'est alarmé des propositions de « dilution » de l'article 92. Selon lui, « on assiste à la multiplication, à la fois de la part de l'Australie et de la part des États, de ce que l'on appelle les préférences des États », aux termes desquelles certains contrats gouvernementaux ajoutent « une pénalité de 10 ou 15 p. cent » aux offres émanant de fournisseurs de l'extérieur. Il a poursuivi en ces mots :

> À une époque où chacun est préoccupé par l'industrie manufacturière de l'Australie et où chacun convient qu'elle doit être restructurée, accepter le système des préférences dans tous les États reviendrait à tolérer une situation où nous aurions six grands établissements pour chaque grand secteur industriel, c'est-à-dire un par État. En d'autres mots, cela reviendrait à pervertir l'objectif principal de l'article 92, qui était d'assurer l'existence d'un marché commun en Australie. De ce fait, par un processus de sécession économique, nous arriverions à la destruction de l'une des raisons d'être de la fédération, c'est-à-dire le maintien d'un marché commun pour tout le pays.

En résumé, à part celui de l'État de Victoria, tous les gouvernements conservateurs, c'est-à-dire ceux du Commonwealth, de l'Australie Occidentale et du Queensland, étaient plutôt portés à maintenir la portée étendue de l'article 92 en matière d'interdiction de la réglementation gouvernementale, bien que le Gouvernement du Commonwealth semblât prêt à envisager un amendement concernant la commercialisation des produits agricoles ; par contre, tous les gouvernements travaillistes, à savoir ceux de l'Australie Méridionale, de la Tasmanie et de la Nouvelle-Galles-du-Sud, voulaient restreindre sensiblement la portée de l'article 92, tout en maintenant le pouvoir d'interdire la discrimination.

La dissidence de l'État de Victoria par rapport aux autres gouvernements conservateurs pourrait peut-être s'expliquer par sa situation géographique, qui le place au centre d'un commerce inter-États fort important. De fait, le représentant de cet État avait récité une longue litanie des difficultés rencontrées par son gouvernement.

Lors de la session plénière, la plupart des orateurs sont convenus qu'il serait difficile de faire approuver un amendement constitutionnel à l'article 92 par voie référendaire, étant donné qu'il s'agit d'un article « qui semble refléter plus fondamentalement que tout autre les principes mêmes de la fédération ».

- **Le document de travail du professeur Howard**

L'une des contributions les plus utiles à l'analyse de l'article 92 par la Convention émanait du professeur Howard, dans son document de travail soumis le 10 mai 1977 au Comité permanent A.

Selon le professeur Howard, il ne fait aucun doute que l'article doit être amendé. En effet, un changement d'interprétation judiciaire facilitera la tâche des assemblées législatives de l'Australie et, ce qui est encore plus important, tant que l'article conservera sa forme actuelle, « l'évolution de l'interprétation judiciaire restera dans une large mesure imprévisible [...] et toutes les assemblées législatives resteront sujettes aux variations de l'opinion judiciaire et, parfois même, à des changements presque aléatoires des majorités de la Cour ». Certes, la portée de n'importe quel article de la Constitution, est, dans une certaine mesure, incertaine, mais, en ce qui concerne l'article 92, « chacun sait que (sa portée) est aussi vaste qu'incertaine », ce qui « représente en fait un grave problème national ». Le professeur Howard signale que pendant presque 40 ans, c'est-à-dire jusqu'aux années 50, cet article a fait l'objet de conflits ininterrompus au sein de la Haute Cour. Selon le sénateur Evans, cette situation peut être décrite comme suit : « Comme des acteurs jouant le rôle d'Hamlet, chaque nouvelle génération de

juges semble avoir ressenti l'irrésistible impulsion d'imposer sa propre marque à cet article ». En outre, ces divisions au sein de la Haute Cour ne sont pas chose du passé, comme en témoigne ce titre du *Sydney Morning Herald*, du 29 octobre 1980 : « La Haute Cour est profondément divisée sur l'affaire du blé ».

Le professeur Howard préfère donc restreindre considérablement le pouvoir de la Haute Cour de déterminer la portée et l'effet de l'article 92 et soustraire du champ judiciaire les questions économiques et politiques affectant le commerce inter-États, pour les laisser dans le champ politique. De ce fait, il recommande, soit l'adoption des recommandations de la Commission royale de 1929, soit l'abandon pur et simple de l'article 92, laissant ainsi au Commonwealth la possibilité d'utiliser l'article 51(1) pour réglementer le commerce inter-États et interdire la discrimination de la part des États.

- **Les diverses méthodes d'amendement de l'article 92**

Les méthodes d'amendement de l'article 92 sont donc les suivantes :

- laisser l'article 92 tel quel, mais donner au Commonwealth le pouvoir d'organiser des systèmes de commercialisation des produits primaires (cela concerne apparemment les produits agricoles plutôt que les autres ressources naturelles), en y ajoutant éventuellement la condition que trois cinquièmes des producteurs concernés doivent être d'accord avec tel ou tel système proposé ;

- restreindre la portée de l'article 92 en ne lui permettant d'interdire que les contributions fiscales et la discrimination et en exemptant éventuellement le Parlement de son application ; on pourrait également donner éventuellement au Parlement le pouvoir spécifique d'outrepasser les lois indésirables des États qui affecteraient le commerce inter-États (dans la mesure où l'article 51(1) ne serait pas suffisant) ;

- éliminer complètement l'article 92 de la Constitution en laissant au Commonwealth des pouvoirs plus ou moins illimités en matière de commerce inter-États et en ayant recours à ses pouvoirs législatifs pour révoquer toute loi indésirable d'un État, dans ce domaine.

- **L'ancienne Commission interfédérale**

Les articles 101 à 104 prévoient la formation d'une Commission interfédérale, dont les membres sont nommés pour sept ans par le

gouverneur général en conseil. Cette commission doit être dotée « des pouvoirs de décision et d'administration que le Parlement jugera nécessaires pour l'application et le maintien, dans les limites de la Confédération, des dispositions de la présente Constitution relatives au trafic et au commerce et des lois faites sur ces matières ».

En outre, les articles 102 et 104 établissent clairement que la Commission est également chargée de surveiller les tarifs établis par les États en matière de transport de marchandises par chemins de fer.

La Commission a exercé ses fonctions de 1912 à 1920 mais elle est depuis tombée en désuétude. L'ancien premier ministre Whitlam a, le dernier, tenté de la reconstituer, en limitant son action au transport, mais la loi adoptée à cet effet n'a pas été promulguée.[31]

- **Le contrôle de l'article 91 en matière d'aide apportée par les États à la production ou à l'exportation**

L'article 91 établit ce qui suit :

> Rien dans cette Constitution n'empêche un État d'accorder des secours ou des primes pour l'extraction de l'or, de l'argent, ou d'autres métaux, nl, avec le consentement des deux Chambres du Parlement de la Confédération, exprimé par une résolution, d'accorder des secours ou primes à la production ou à l'exportation de marchandises.

En vertu de la dernière partie de cet article, les subventions ou l'aide financière accordées par les États à la production ou à l'exportation de marchandises sont sujettes au contrôle de la Confédération.[32] L'article 51(3) donne au Commonwealth le pouvoir d'accorder de telles subventions, à condition qu'elles « soient uniformes pour tout le Commonwealth ».

Biens et services

- **L'agriculture et l'alimentation**

L'Australie est l'un des principaux fournisseurs mondiaux de produits alimentaires, dont environ 70 p. cent de la production, en valeur, sont exportés. Le Commonwealth ne jouit d'aucun pouvoir législatif particulier en matière d'agriculture et se base donc essentiellement, pour atteindre ses objectifs, sur ses ressources financières et son pouvoir d'imposer des licences d'exportation, afin de légiférer et de contrôler les normes qualitatives des produits couverts par la dizaine de systèmes de commercialisation pour l'exportation.

Les problèmes soulevés par l'article 92 à l'égard des systèmes de commercialisation des produits agricoles ont déjà été mentionnés.[33] En Australie, « il est impossible d'assurer la commercialisation ordonnée de tout produit pouvant être transporté d'un État à l'autre s'il ne se manifeste pas un degré élevé de collaboration volontaire, non seulement entre le Commonwealth et les assemblées législatives des États concernés, mais également entre celles-ci et les personnes participants à la production et à la commercialisation de ce produit ».[34]

Si un système de commercialisation exige l'imposition de quotas à la production ou la réglementation d'un commerce intra-États auquel des sociétés ne participent pas, il est nécessaire d'avoir recours à une loi complémentaire de l'État concerné. Par contre, si l'on envisage seulement la fixation d'un prix plancher, il suffit d'avoir recours à une loi du Commonwealth. En outre, le Commonwealth peut être amené à adopter une loi même lorsque la production est essentiellement destinée au marché national, simplement dans le but d'instaurer une structure coopérative pour les offices de commercialisation des États. Mentionnons, à cet égard, les systèmes de commercialisation des œufs et du tabac, qui sont destinés à la stabilisation des deux marchés. En ce qui concerne les œufs, le système entraîne des excédents de production, qui sont alors écoulés sur les marchés étrangers.

La Commission du blé australienne gère un système mixte, Commonwealth-États, pour un produit vendu en grandes quantités, à la fois sur le marché national et sur les marchés étrangers. Le principal motif de contestation juridique récente de ce système, dans le cadre de l'article 92, en est la disposition d'acquisition imposée, c'est-à-dire l'obligation légale qui est faite aux producteurs de livrer à la Commission tout le blé qu'ils cultivent, sauf la part qu'ils conservent pour l'usage de leur propre exploitation agricole. Certains producteurs ont parfois trouvé qu'il était plus rentable de vendre leur blé à d'autres acheteurs et ont donc essayé d'obtenir, à cette fin, la protection de l'article 92, en vendant à un acheteur situé au-delà de la frontière de l'État. De fait, le problème réel dont fut saisie la Cour était de savoir si les cultivateurs jouissaient d'une option dérogatoire à l'égard du système de commercialisation.[35]

Certains systèmes de commercialisation du lait instaurés par les États donnent lieu, de temps à autre, à des « fuites » inter-États protégées par l'article 92. D'autre part, dans un arrêt, la Haute Cour a considéré qu'un organisme de commercialisation des œufs dans un État pouvait exiger l'inspection et le classement des œufs importés d'un autre État, la raison en étant qu'un tel processus constitue une réglementation raisonnable non contraire à l'article 92.

Les inspections, aux frontières des États, des produits agricoles, y compris des fruits transportés par les voyageurs, ne sont pas rares en Australie. On affirme qu'elles sont généralement légitimes, car elles ont pour but de prévenir la propagation des insectes néfastes, des mauvaises herbes et des maladies, qui peuvent être tellement désastreuses en Australie, plutôt que de protéger la production locale. Ces activités doivent néanmoins respecter le critère de « réglementation raisonnable » imposé par l'article 92. En outre, les lois des États sur l'inspection peuvent être annulées par le Parlement, en vertu de l'article 112.

Si le Commonwealth a la responsabilité des normes appliquées aux produits exportés, les États, quant à eux, ont la responsabilité des normes relatives aux produits agricoles et alimentaires. Le système est donc caractérisé à la fois par l'uniformité et la diversité. Aussi, les emballages, tels que les boîtes de conserves, sont relativement uniformes, mais il existe des règlements différents à l'égard de problèmes tels que la datation.

On constate également des différences fréquentes entre les normes internationales (c'est-à-dire de la FAO et de l'OMS) utilisées pour l'exportation et les normes internes à un État. En outre, l'inspection assurée par le Commonwealth pour l'exportation n'est pas toujours acceptée par les États, qui ont leurs propres inspecteurs, comme, par exemple, pour la viande. En règle générale, cependant, on considère que les différences existant sur le plan des normes et de l'inspection ne sont pas utilisées pour protéger la production locale. Les États et le Commonwealth procèdent actuellement à l'élaboration d'une loi uniforme sur les aliments, dont l'objectif serait semblable à la législation uniforme récemment adoptée à l'égard des sociétés et des valeurs (voir le chapitre approprié dans ce document).

- **Les boissons alcoolisées**

En Australie, le vin, la bière et les spiritueux ne sont pas commercialisés par des monopoles appartenant aux États ou autorisés par ces derniers. Cependant, l'article 113 de la Constitution exempte les boissons fermentées, distillées ou autres boissons alcooliques de l'application de l'article 92 et les États auraient la possibilité de légiférer à l'égard des produits provenant de l'extérieur de leurs frontières « comme si ces boissons avaient été produites dans l'État ».

- **L'énergie**

L'Australie a d'immenses ressources énergétiques. C'est ainsi qu'elle est à 70 p. cent autosuffisante en pétrole, même si ce pourcentage a baissé ces dernières années. Si les États perçoivent presque

toutes les redevances de leur exploitation — environ 212 millions de dollars australiens en 1979-1980[36] — c'est le Commonwealth qui reçoit la part du lion des revenus qu'elle produit. Pour 1979-1980, le Commonwealth a reçu au titre du pétrole et du gaz, environ 2 270 $ millions, ce qui représente environ 10 p. cent de ses revenus totaux. Il aurait de ce fait été beaucoup plus facile au Commonwealth qu'à un gouvernement canadien d'adopter une politique de parité avec les prix d'importation pour l'essence, le diesel et le gaz naturel liquéfié, c'est-à-dire une politique d'augmentation graduelle vers les prix mondiaux.

L'énergie nucléaire suscite peu d'intérêt. Le gouvernement du Commonwealth encourage les exportations d'uranium, bien que le Parti travailliste veuille le conserver en réserve. Presque tout l'uranium découvert jusqu'à présent se trouve dans le Territoire du Nord et son exploitation relève du Commonwealth.

- **Les politiques d'achat préférentielles des gouvernements**

Les gouvernements des États accordent des préférences à leurs fournisseurs locaux, et l'avantage peut parfois atteindre 15 p. cent. Cette question a été analysée par les ministres de l'Industrie et à l'occasion des Conférences des premiers ministres, auxquelles participe le premier ministre du Commonwealth. Cette pratique est tolérée, les consultations intergouvernementales aident à maintenir les marges de préférence à un niveau modeste. Citons, comme exemple de politique préférentielle, le fait que les gouvernements achètent leurs véhicules à des usines locales.

Il n'est pas clairement établi que de telles préférences contreviennent à l'article 92. En 1967, en réponse à une question qui lui avait été posée à la Chambre des représentants, le Procureur général du Commonwealth a affirmé que l'article 92 ne peut affecter les contrats intra-États accordant un régime préférentiel. À l'époque, cependant, il n'existait aucune loi d'État accordant un régime préférentiel, bien que ce système fut appliqué au niveau exécutif. On suppose que l'article 92 pourrait entrer en jeu si une telle loi était adoptée.

- **Les assurances**

La juridiction du gouvernement du Commonwealth est énoncée à l'article 51(14). Certains contrats d'assurances n'ont pas reçu la protection de l'article 92 à l'égard de la réglementation des États, bien que les primes en fussent payées au-delà des limites de l'État, ce qui signifie que ces assurances n'étaient pas considérées comme un commerce inter-États. Des juristes constitutionnels estiment cependant que certains types de contrats d'assurances, tout au moins, pourraient

être rédigés de manière à jouir de la protection accordée par l'article 92 à l'égard de la réglementation des États. Ces derniers obligent certains agents de voyages à contribuer à des régimes d'assurances obligatoires, mais le fait que cet élément d'obligation soit en contradiction avec l'article 92 reste, à tout le moins, sujet à contestation.

La plupart des sociétés d'assurances privées sont supervisées par le Commonwealth. Les bureaux d'assurances gérés par les États s'occupent de la plupart des assurances générales (c'est-à-dire contre les incendies, les accidents, les véhicules à moteur, les tiers etc.). Aucun État n'a de monopole en matière d'assurance-automobile et toute tentative d'en créer un devrait tenir compte de l'article 92.

• Les pipe-lines et les lignes de transmission

Le gaz naturel est expédié de l'Australie Méridionale à Sydney, en Nouvelle-Galles-du-Sud, sans passer par l'État de Victoria. En ce qui concerne le droit de transit, un État pourrait probablement refuser son autorisation pour la construction d'une voie de transmission, mais le Commonwealth pourrait l'autoriser, en vertu de l'article 51(1), c'est-à-dire de ses pouvoirs en matière de trafic et de commerce, et exproprier les terrains nécessaires. À la différence de la Confédération, les États ne sont pas obligés de garantir que l'expropriation se fasse sur la base de « conditions équitables ».

À un certain moment, l'Australie Méridionale a menacé de ne plus livrer de gaz à la Nouvelle-Galles-du-Sud à moins que cet État ne nettoie les eaux très polluées d'une rivière qui, sans doute, coulait également en Australie du Sud.

• Les ressources : la capacité des États à restreindre les expéditions

Au Canada, la possibilité qu'a l'Alberta de limiter la production et les quantités de pétrole et de gaz naturel expédiées à l'extérieur de la province a suscité certaines inquiétudes. Il y a quelques années, le premier ministre du Queensland avait menacé de réduire ses exportations de charbon vers le Japon si ce pays n'augmentait pas ses importations de bœuf australien.

Étant donné les pouvoirs du Commonwealth en matière d'exportation et l'application de l'article 92 au commerce inter-États, la seule mesure que pourrait prendre un État au sujet de biens privés, à la différence de biens publics, serait d'en restreindre la production. Il ne pourrait en effet pas en restreindre les ventes inter-États comme tels. Si le Commonwealth souhaitait imposer un certain niveau de production

et d'expédition, il devrait probablement procéder à une expropriation, en vertu de l'article 51(31). Il peut en effet exproprier les biens des États ou les biens privés, à condition de le faire (a) « à des conditions équitables » et (b) pour un objet à l'égard duquel le Parlement a le droit de légiférer.

- **Les normes médicales, sécuritaires et techniques**

Ces normes sont essentiellement de la compétence des États mais il est arrivé au Commonwealth de légiférer en matière de sécurité et d'information, en ayant apparemment recours à ses pouvoirs sur les sociétés. Ces sujets sont régis par les articles 62 et 63 de la Loi sur les pratiques du commerce. En ce qui concerne les normes qualitatives, elles sont de la compétence des États.

La Loi sur les pratiques du commerce permet de promulguer des normes obligatoires, mais les États et territoires doivent d'abord être consultés. Il existe huit normes obligatoires, notamment à l'égard de l'étiquetage d'entretien des produits textiles et de l'étiquetage et de l'emballage des produits inflammables. Les normes ne peuvent être imposées qu'aux sociétés privées mais, comme elles peuvent être imposées « à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et de distribution », on peut faire respecter le règlement pertinent si une société privée est concernée à un point quelconque de la chaîne.

Les responsabilités des États sont néanmoins très étendues. Tous ont adopté des lois uniformes sur l'étiquetage des textiles. Ils sont également responsables de l'approbation des produits pharmaceutiques et des produits alimentaires. Les ministres du Transport des États sont membres, avec le ministre du Transport du Commonwealth, du Conseil consultatif du transport australien (*Australian Transport Advisory Council*). Ce Conseil établit les règlements pour ce qui concerne les systèmes d'échappement des véhicules. Ces mesures auront inévitablement un impact sur les normes de production de véhicules à moteur dans toute l'Australie ; il y a des usines dans trois autres États. En règle générale, cependant, les normes relatives aux véhicules à moteur sont régies par les lois du Commonwealth.

Un autre exemple du pouvoir des États dans ce domaine nous est fourni par le fait que l'Australie est le seul grand pays de l'O.C.D.E. à ne pas avoir signé le code du GATT sur les barrières techniques. Cela serait dû aux difficultés rencontrées pour obtenir l'accord des États.[37] S'il le voulait, le gouvernement du Commonwealth pourrait invoquer ses pouvoirs en affaires extérieures pour imposer le code aux États, mais il a choisi la voie de la négociation.

Les États sont également en majeure partie responsables de la santé publique et du contrôle des produits dangereux pour la santé, mais il y a des ententes Commonwealth-États sur la plupart de ces questions.

Même si les normes techniques et les normes de sécurité peuvent varier d'un État à l'autre, elles ne semblent généralement pas être utilisées, pour protéger la production locale. Cela dit, ces différences n'en sont pas moins une source de difficultés pour les entreprises s'occupant de commerce inter-États.

Les autres domaines relatifs à la protection des consommateurs sont généralement de la compétence des États.

- **Les transports**

Selon l'article 98, le pouvoir du Commonwealth « de légiférer sur le commerce et l'industrie » s'étend également à la navigation, à la marine marchande et aux chemins de fer appartenant aux États. En outre, selon l'article 51(32), il peut également assurer le « contrôle des chemins de fer relativement aux transports dans l'intérêt militaire ou naval de la Confédération ». Quatre des États possèdent et exploitent leurs propres sociétés de chemins de fer; certains réseaux ont encore des écartements différents, même si la plupart des grandes voies qui relient les capitales sont à écartement standard. Le Commonwealth exploite lui aussi des sociétés de chemins de fer et subventionne les grandes routes nationales et locales. Un programme de 3,6 milliards de dollars australiens en faveur du réseau routier a été annoncé au milieu de 1980.

On peut dire que le réseau australien de transports n'est pas aussi moderne et intégré que le réseau canadien. Il y a à cela des raisons historiques et géographiques, mais la compétence des États sur les chemins de fer en est aussi responsable.

Les tarifs du transport ferroviaire des marchandises de la plupart des États ont été conçus pour encourager toutes les localités de l'État, même si elles se trouvent plus près d'un grand centre de transport d'un autre État, à envoyer leurs produits dans les centres de leur propre État; en effet, les tarifs sont plus bas pour les localités éloignées. La commission inter-États mentionnée plus haut a été partiellement mise sur pied pour contrecarrer cette pratique, mais les difficultés politiques qui ont surgi ont causé sa chute.

Les États accordent des subventions au transport de leurs industries rurales et ajoutent ainsi aux ennuis financiers de leurs réseaux ferroviaires.

Le transport aérien est un domaine de compétence mixte. Les transports inter-États sont contrôlés par l'article 51(1), sous réserve de l'article 92. En règle générale, la sécurité et la navigation sont contrôlées par le Commonwealth, en vertu de ses pouvoirs en matière d'affaires extérieures (application d'un traité international), ce qui s'applique également au transport intra-États.

Le Commonwealth subventionne la liaison maritime avec la Tasmanie.

- **Les activités syndicales affectant la libre circulation des biens**

Les syndicats australiens sont particulièrement actifs. En 1980, les pilotes des sociétés privées, qui s'opposaient à l'introduction par le Commonwealth d'un droit de licence relativement minime, ont refusé d'assurer les liaisons avec Canberra et de piloter, surtout le territoire australien, les avions transportant les ministres fédéraux, ce qui leur a permis de gagner une concession. Les conflits intersyndicaux en matière de juridiction entraînent parfois le boycott de certains fournisseurs. Lorsque l'on a annoncé, récemment, la fermeture de l'usine d'automobiles GM-Holden, en Nouvelle-Galles-du-Sud, les travailleurs de cet État ont menacé d'encourager le boycott des importations d'automobiles de l'État de Victoria. Généralement les menaces de ce genre sont cependant vite oubliées.

- **Capitaux**

On ne saurait affirmer, de manière absolue, que l'article 92 protège la liberté de circulation des capitaux. Il est en effet, « probable », selon un juriste constitutionnel, qu'un État pourrait exiger que les primes d'assurances perçues dans ses frontières (et non pas celles perçues à l'extérieur) soient investies chez lui. De même, une loi d'un État interdisant à des personnes domiciliées à l'extérieur de ses frontières de posséder une entreprise constituée dans l'État, ou limitant ce droit de propriété, pourrait fort bien être confirmée par la Haute Cour. Il pourrait s'agir, dans ce contexte, d'une loi limitant l'achat d'actions au-delà des frontières d'un État. Il y a quelque temps, l'Australie Méridionale a adopté une loi limitant la propriété extérieure de la société Santos, qui s'occupait de production de gaz naturel. Cette loi n'a pas été contestée devant les tribunaux.

Cette décision de l'Australie Méridionale témoigne de la résistance que suscite parfois la prise de contrôle de sociétés locales par des groupes de l'extérieur.

Une nouvelle loi sur les prises de contrôle sera administrée par la nouvelle Commission nationale sur les sociétés et les valeurs, dans le cadre du nouveau système de coopération entre le Commonwealth et les États pour réglementer l'industrie des valeurs.[38] Le principal objectif de cette loi, qui vient d'être promulguée, est d'assurer la protection des investisseurs, mais il se peut aussi que la création d'un nouvel organisme national ayant des responsabilités en matière de prises de contrôle, en particulier d'un organisme où les États sont représentés, ait pour effet de restreindre la portée des initiatives purement internes des États.

En vertu de ses pouvoirs relatifs aux sociétés, le gouvernement du Commonwealth pourrait adopter une loi afin d'empêcher les interventions des États dans les prises de contrôle par des intérêts australiens d'autres États. Cette loi devrait se présenter comme une loi globale des industries, non pas comme une mesure s'adressant à cette question en particulier. Il est peu probable que le gouvernement fédéral actuel fasse adopter une telle loi. Les prises de contrôle des sociétés par des intérêts étrangers sont sujettes aux directives du Commonwealth sur les investissements étrangers, de sorte que toute intervention d'un État pour empêcher une prise de contrôle étrangère pourrait aller à l'encontre de la loi du Commonwealth.

L'article 92 ne pourrait empêcher un État d'exclure ou de contrôler l'achat de terrains par des citoyens australiens vivant à l'extérieur de l'État, mais l'article 117 s'opposerait à une loi ayant un effet discriminatoire basé sur le lieu de résidence. Il convient cependant de remarquer que l'emploi du mot « domicile » peut constituer une échappatoire à l'application de l'article 117.

Les États n'ayant pas le droit de percevoir d'impôts sur le revenu des sociétés ou des personnes, ils ne peuvent offrir de stimulants fiscaux aux particuliers pour investir dans des entreprises locales, mais il existe divers stimulants fiscaux et autres pour attirer les industries.

En ce qui concerne le secteur public, la plupart des transactions de capitaux sont coordonnés par le Conseil de prêt australien, un organisme intergouvernemental.

PERSONNES

Les dispositions constitutionnelles

Les principaux articles relatifs à la libre circulation des personnes sont les articles 92 et 117. Selon l'article 92, « le transit entre les États [...] sera absolument libre ». Le mot «transit » s'applique ici à la circulation des personnes entre les États et aux échanges non commerciaux. Par exemple, du fait de l'article 92, le gouvernement d'un État ne peut empêcher des personnes d'y entrer parce qu'elles auraient un casier judiciaire. La libre circulation des personnes est protégée, même si elle n'a rien à voir avec une activité commerciale.[39] En 1945, une jeune femme qui se rendait dans un autre État pour voir son fiancé a réussi à invoquer l'article 92 contre un règlement sur la sécurité en temps de guerre destiné à contrôler les voyages.

L'article 117, quant à lui, interdit d'imposer à un sujet de la Reine « aucune incapacité ou traitement spécial » pour la simple raison qu'il réside dans un autre État. L'objectif de cet article était d'interdire « le genre de discrimination qui serait fondamentalement contraire au principe de citoyenneté commune créée par la Constitution ».[40] En 1927, on a précisé que cet article était destiné à « assurer l'unité de l'Australie, aux fins des rapports commerciaux et civils et de la citoyenneté commune ».[41]

Cet article semble donc lier à la fois le Commonwealth et les États. Cependant, son intention a été, dans une large mesure, contrecarrée par l'interprétation littérale qu'en a faite la Haute Cour. Ainsi, il suffit à la loi d'un État de parler de « domicile » pour contourner l'article 117, car la Haute Cour a établi une distinction entre la résidence et le domicile, ce dernier terme étant considéré comme reflétant une intention de résidence permanente.[42] En règle générale, on considère qu'une durée de résidence de six mois est équivalente à un domicile. La décision de la Cour à cet égard concernait la loi d'un État exigeant que les avocats soient domiciliés dans l'État pour faire partie de son Barreau. Cette loi a été confirmée, mais la décision a été critiquée parce qu'elle s'attaque à la protection garantie par l'article 117.

Selon le professeur Clifford L. Pannam, « il serait plus positif, pour interpréter l'article 117, de se demander si la loi contestée entraîne une discrimination sensible à l'égard des non-résidents, quelle que soit la forme juridique du facteur discriminatoire inscrit dans la loi ».[43]

Il signale également que les termes employés dans cet article n'empêchent pas un État d'agir de manière discriminatoire à l'égard des résidents des territoires. De plus, selon lui, si le mot « incapacité »

(*disability*) correspond manifestement à une situation d'adversité, ce n'est pas nécessairement le cas de l'expression « traitement spécial » (*discrimination*), étant donné le contexte de l'article 117. En conséquence, s'il fallait reformuler l'article pour en respecter les intentions d'origine, il faudrait tenir compte du domicile, des territoires et, semble-t-il, de la possibilité qu'un État prenne des mesures positives pour ses résidents mais non pour les visiteurs d'autres États.

Les tendances en matière de mobilité

« Les distances sont énormes. Les personnes ne circulent pas beaucoup entre les États, bien qu'il y ait une certaine migration vers l'Australie-Méridionale et le Queensland. » Ces deux États veulent « attirer de nouveaux résidents » et ne sont donc pas particulièrement intéressés à dresser des obstacles sur leur chemin.

Les travailleurs des professions autres que les professions libérales

Le droit du travail est principalement une juridiction des États. Le Commonwealth peut intervenir grâce à l'article 51(35), et servir de conciliateur ou d'arbitre dans un conseil industriel. Il peut également légiférer du fait d'un autre article tel l'article 51(1), qui s'applique, inter alia, à l'exportation et au transport inter-États. La Commission de conciliation et d'arbitrage, créée en vertu de l'article 51(35), « est devenue un important instrument de politique économique, qui définit en fait les niveaux salariaux de pratiquement chaque travailleur australien ».[44] Les pouvoirs d'arbitrage prévus par l'article 51(35) s'appliquent aussi aux employés des gouvernements des États et des entreprises gérées par ceux-ci. La Commission s'est efforcée, avec un certain succès, de préserver son indépendance à l'égard des politiques du Gouvernement du Commonwealth.

« Lorsqu'un conflit éclate dans un État, les syndicats n'ont aucune difficulté à collaborer de manière à l'étendre dans un autre État, afin de faire tomber le problème sous la compétence des autorités du Commonwealth. De même, il est très simple de porter une affaire devant la Commission, car il suffit pour cela d'officialiser le conflit ».[45]

Les États ont également des commissions de conciliation et des tribunaux du travail.

La circulation des travailleurs entre les États n'est pas très courante, mais il ne semble pas y avoir de problèmes particuliers au sujet

de la libre circulation. Aucun État ne semble accorder de préférence aux travailleurs locaux (si ce n'est, de manière indirecte, en favorisant les entrepreneurs locaux). Les ouvriers qualifiés, tels que les plombiers et les électriciens, doivent s'inscrire auprès des conseils des États mais ils n'ont aucune difficulté à se faire enregistrer dans plusieurs États. Lors de la fermeture récente de l'usine GM-Holden de la Nouvelle-Galles-du-Sud, on ne prévoyait aucune difficulté, sur le plan de l'enregistrement, pour le transfert des travailleurs vers d'autres États.

Les professions libérales

Les problèmes relatifs à la libre circulation des membres des professions libérales semblent relativement mineurs. Les États ont leur propre conseil d'enregistrement pour des professions telles que celles de docteur et de dentiste, et les enseignants ont besoin de certificats, mais les qualifications sont nationales et quiconque a un diplôme australien ne rencontre aucune difficulté. Par contre, les étrangers font face à certains problèmes. Finalement, aucun examen ne semble être nécessaire lorsque les membres de ces professions veulent changer d'État.

Pour que des avocats puissent se présenter devant le tribunal d'un État, ils doivent faire partie du Barreau local. En outre, un État, tout au moins, à savoir l'Australie Méridionale, exige que les membres de son Barreau y soient domiciliés.

L'accès aux services sociaux

La plupart des prestations d'assurance sociale et d'aide sociale émanent du Gouvernement du Commonwealth, ce qui signifie qu'il n'y a aucun problème pour les migrants ou les visiteurs. Les États effectuent certains versements en espèces en matière d'aide sociale, à des fins spécifiques, à des personnes qui attendent des prestations du gouvernement du Commonwealth comme, par exemple, pour les femmes de prisonniers. En ce qui concerne le logement public, les États essaient plus d'encourager la propriété autant que la location. Les détails des programmes peuvent avoir une certaine influence sur la mobilité, mais celle-ci ne pourrait être que mineure.

Les droits politiques des migrants

S'ils le voulaient, les États pourraient probablement faire dépendre le droit de vote ou le droit de candidature à une élection d'une période

de résidence assez longue à l'intérieur de leurs frontières. Cela resterait en effet conforme à l'article 117, car tous les résidents de l'État concerné seraient sujets à la même condition et un nouvel arrivant n'aurait donc pas de raison de se plaindre. Cette situation paraît cependant insatisfaisante au professeur Pannam, selon qui « le droit de vote et d'élection est tellement fondamental qu'il ne devrait être limité que par des dispositions clairement exprimées ».[46]

On a voulu en venir à une entente Commonwealth-États, mais certains États ont refusé d'y participer.

L'exclusion des travailleurs d'un autre État

Certains analystes estiment qu'un État pourrait probablement adopter une loi identique à celle du Québec, relative au recrutement des travailleurs de la construction, sans connaître de problème, du fait de l'article 92. Cependant, une telle disposition ne serait pas conforme à l'article 117, si l'on interprétait celui-ci sans faire de distinction entre la résidence et le domicile.

Le Commonwealth contrôle le travail des débardeurs. À une certaine époque, une loi avait été adoptée, en vertu de l'article 51(1), probablement appuyé par les pouvoirs connexes de l'article 51(39), accordant une priorité de recrutement aux membres des syndicats. Certains pensaient que ce régime préférentiel pouvait représenter une violation de l'article 92.

Il ne semble pas exister d'obligation, en Australie, pour les fonctionnaires des États et des municipalités de résider là où ils sont employés.

AUTRES POUVOIRS ET POLITIQUES RELATIFS À LA LIBRE CIRCULATION

La politique de la concurrence et la protection des consommateurs

La principale loi dans ce domaine est la Loi du Commonwealth sur les pratiques du commerce. Il existe cependant des lois des États concernant les aspects intra-États de la politique de la concurrence.

La Loi sur les pratiques du commerce repose essentiellement sur les pouvoirs du Commonwealth à l'égard des sociétés; elle s'applique

aux sociétés de commerce, que leurs transactions soient d'ordre local, inter-États ou international, ainsi qu'aux particuliers participant à des transactions autres que locales.

Les « instruments » du Commonwealth (terme correspondant aux sociétés d'État canadiennes mais de portée plus générale) relèvent de cette loi, ce qui n'est pas le cas des « instruments » des États. Par exemple, chaque État est doté d'un bureau d'assurances, s'occupant d'assurances commerciales et autres. On affirme que certaines pratiques de ces bureaux ne seraient pas autorisées par cette loi. La même chose s'applique aux sociétés de chemins de fer des États qui, selon certains, font une concurrence déloyale aux transports routiers.

Selon la loi, est acceptable toute activité expressément autorisée par une loi du Commonwealth ou d'un État. Il arrive parfois que les États adoptent des lois qui pourraient être contraires à la Loi sur les pratiques du commerce, pour « sortir de difficulté » des personnes du secteur privé. Cela n'est cependant pas fréquent. Quoi qu'il en soit, le Commonwealth dispose des pouvoirs nécessaires pour contrecarrer de telles lois mais ne les a apparemment jamais exercés.

Les professions médicales et juridiques sont réglementées par les États. Elles ne sont pas organisées en sociétés et ne sont donc généralement pas assujetties à cette loi. C'est la même chose pour les comptables, qui fonctionnent dans le cadre de sociétés en co-participation à responsabilité illimitée. Les ingénieurs ou architectes appartenant à une société dûment constituée sont assujettis à la loi.

La Loi sur les pratiques du commerce s'applique également à certains aspects de la protection des consommateurs et il existe aussi des lois des États dans ce domaine.

Les politiques à long terme et structurelles

- **L'éducation et la formation professionnelle**

Comme dans d'autres fédérations, les systèmes d'éducation des États tendent à être différents les uns des autres. Il y a ainsi des variations en ce qui concerne l'âge d'entrée à l'école, la durée de la scolarité et l'âge à partir duquel un enfant commence à apprendre certaines matières.

La formation professionnelle relève des États et il y a des subventions fédérales importantes dans ce domaine.

- **L'aide des États à l'industrie et au développement régional**

Les États essaient d'attirer les entreprises à l'intérieur de leurs frontières en leur accordant des subventions et des prêts, des terrains à bon marché, des routes, des rabais sur les taxes salariales (les États ne perçoivent pas d'impôt sur le revenu), des concessions sur le transport des marchandises par chemins de fer, des réductions de prix pour l'électricité ainsi que d'autres stimulants. En règle générale, ils s'efforcent d'encourager l'installation des entreprises à l'extérieur des grands centres urbains, dans un but de décentralisation.

Comme cela a déjà été indiqué plus tôt, dans cette étude, le Commonwealth, en vertu de l'article 91, a le pouvoir de refuser son consentement aux aides fiscales ou financières des États pour la production ou l'exportation de marchandises (à l'exception de certaines primes pour les exploitations minières). En outre, s'il décidait de reconstituer la Commission interfédérale, prévue par l'article 101, il pourrait, en vertu de l'article 102, interdire toute discrimination « illégale ou déraisonnable » (*undue and unreasonable*) en matière de tarifs de chemins de fer.

Les gouvernements du Commonwealth et des États discutent de temps à autre des problèmes de concurrence inter-États des grandes industries. Évidemment, ces discussions portent aussi, naturellement, sur les questions de développement régional.

Les disparités entre les États, sur le plan du revenu moyen par habitant, ne sont pas aussi prononcées qu'au Canada. Le gouvernement travailliste Whitlam a étendu l'activité du Commonwealth dans le domaine du développement régional, mais l'actuel gouvernement Fraser tient manifestement à laisser ce domaine aux États.

- **La protection de l'environnement**

L'Australie Méridionale et le Queensland ne sont pas des champions en matière de protection de l'environnement. Le Commonwealth jouit d'une certaine compétence en vertu de ses pouvoirs en affaires extérieures, y compris celui d'exécuter les ententes internationales. Il est déjà intervenu afin d'empêcher une société minière de procéder à l'extraction de sable d'un lieu particulièrement pittoresque du Queensland, appelé l'île Fraser. Puisque ce sable était destiné à l'étranger, le Commonwealth a pu intervenir en refusant d'accorder une licence d'exportation à la société, laquelle a donc cessé cette activité.

Le Commonwealth n'a aucune autorité sur les eaux intérieures car elles se prêtent mal à la pêche ou à la navigation. Il peut cependant

exercer une certaine influence sur la protection de l'environnement en ayant recours à ses pouvoirs en matière d'affaires extérieures, comme, par exemple, pour l'application de la Convention sur les oiseaux migrateurs, ainsi qu'en ayant recours à d'autres pouvoirs limités.

L'infrastructure commerciale

• L'activité bancaire

L'activité bancaire est fédérale, bien qu'il existe des banques d'État, comme la Banque rurale de la Nouvelle-Galles-du-Sud. Elle se répartit entre quelques grandes banques commerciales nationales, comme au Canada, l'une d'entre elles appartient au Commonwealth.

Les États ont leurs propres sociétés d'assurances publiques, qui sont fort actives. Au Queensland et peut-être dans certains autres États, le Bureau d'assurances de l'État prête de l'argent au gouvernement de l'État.

• Le droit des sociétés et la réglementation boursière

Dans ce domaine, les pouvoirs constitutionnels sont répartis entre le Commonwealth et les États. Les deux niveaux de gouvernement ont cependant décidé de les regrouper, dans l'intérêt d'appliquer une législation uniforme dans tout le pays. La loi destinée à organiser le Régime australien des sociétés et des activités boursières a été présentée au Parlement en 1979.

Trois lois relatives à la réglementation des prises de contrôle et de l'activité boursière ont été promulguées en 1980 et le régime relatif à la réglementation de l'activité boursière était censé entrer en vigueur en 1981. La Commission nationale sur les sociétés et l'activité boursière a été constituée et ses bureaux se trouvent à Melbourne. Un Conseil ministériel orientera de temps à autre ses activités. Le secrétariat du Conseil et certains organismes connexes ont été installés à Sydney.

En ce qui concerne le régime relatif au droit des sociétés, son application a été retardée, car certains amendements importants ont dû être examinés, et ce régime devait entrer en vigueur vers la fin de 1981.

L'accord intergouvernemental élaboré à cet effet prévoit que l'application du droit des sociétés et la réglementation de l'activité boursière, dans chaque État et territoire, devront, dans toute la mesure du possible, être assurées par les organismes et le personnel des adminis-

trations publiques de l'État ou du territoire, sous réserve des orientations fixées par la Commission.

Certains changements mineurs ont peut-être été apportés à ce régime, depuis août 1979, mais ses principaux éléments sont probablement restés les mêmes. Toute référence à l'État renvoie sans doute également au Territoire du Nord :

1) une Commission nationale des sociétés et de l'activité boursière sera responsable, pour toute l'Australie, des décisions politiques et administratives relatives au droit des sociétés et à la réglementation de l'activité boursière. « Une société devrait pouvoir exercer ses activités partout en Australie comme si elle n'était sujette qu'à un seul régime juridique et administratif » ;

2) un Conseil ministériel, composé du ministre du Commonwealth et d'un ministre de chacun des six États, fixera de temps à autre les grandes orientations de la Commission nationale. La plupart des décisions du Conseil seront prises à la majorité simple mais certaines exigeront l'unanimité ;

3) les administrations actuelles des États seront maintenues mais elle seront sujettes aux directives de la Commission nationale ;

4) la législation sera uniforme mais les États ne seront obligés d'abandonner ou de déléguer aucun de leurs pouvoirs constitutionnels. Les grands éléments de la loi uniforme sont les suivants :

   a) le Commonwealth adoptera une loi sur les sociétés et l'activité boursière pour le Territoire de la capitale fédérale, cette loi devant être essentiellement semblable aux lois uniformes actuellement en vigueur dans quatre des États ;

   b) chacun des États adoptera la législation nécessaire pour que la nouvelle loi du Commonwealth, et tous amendements subséquents, entrent en vigueur à l'intérieur de son territoire ;

   c) les amendements à la législation du Commonwealth seront décidés par le Conseil ministériel puis soumis au Parlement du Commonwealth. Si le Parlement n'adopte pas un amendement dans un délai de six mois, chaque État aura le droit d'agir indépendamment pour appliquer la décision du Conseil.

5) le Commonwealth assumera la moitié du coût de la Commission nationale et les États se répartiront l'autre moitié en fonction de leur population. Il y aura un accord distinct pour réglementer la répartition des droits des sociétés perçus par une administration pour une autre ;

6) les ministres responsables, pour le Commonwealth et les États, devront déposer le rapport annuel de la Commission devant leurs assemblées législatives respectives. Cette mesure, s'ajoutant au fait que la Commission nationale et les administrations des États seront sujettes aux activités de contrôle d'un médiateur et aux autres lois administratives, devrait apparemment résoudre les problèmes de responsabilité ministérielle qui résultent de cet effort de collaboration ;

7) étant donné qu'il est urgent d'amender les lois sur les prises de contrôle, un nouveau Code des prises de contrôle sera adopté par le Commonwealth et appliqué dans les États, avant l'application du régime global.

- **La fiscalité**

Seul le Commonwealth peut percevoir l'impôt sur le revenu et les États ont récemment rappelé leur réticence à entrer dans ce domaine, malgré l'invitation du gouvernement Fraser. Il en résulte que les impôts personnels de même que ceux des sociétés resteront probablement uniformes dans tout le pays.

Les pouvoirs fiscaux des États sont très limités par rapport à ceux des provinces canadiennes, surtout du fait de l'article 90, qui leur interdit de lever toute taxe que la Haute Cour jugerait être une taxe d'accise. Il découle de cette interprétation judiciaire qu'ils ne peuvent lever aucune taxe directement reliée au volume ou à la valeur de la production ou des ventes. Conséquemment, il n'y a pas de taxes de vente semblables à celles qu'imposent les provinces canadiennes. Mais ils peuvent par contre percevoir des redevances sur les minerais, car celles-ci sont considérées comme des paiements relatifs à des droits octroyés plutôt que comme des taxes. Ils ont récemment imaginé un système de taxes basées non pas sur les ventes actuelles mais sur les ventes passées, mais ce système ne constitue pas encore une source de revenus importants. De fait, à part les subventions du Commonwealth, les plus importantes sources de revenus des États sont les taxes salariales, suivies, sur un plan d'égalité, par les droits timbre et les taxes sur les véhicules à moteur. Les revenus provenant des loteries et du jeu sont substantiels.

MÉCANISMES

La Constitution est dotée de certains mécanismes, comme dans l'article 51(37), qui permet au Commonwealth de légiférer à l'égard de questions soumises par le Parlement d'un État. Ce mécanisme a été fort peu utilisé, bien que deux États y aient eu recours, dans les années 1950, pour renvoyer les problèmes du transport aérien devant le Commonwealth. La Convention constitutionnelle a examiné la possibilité de faciliter l'utilisation de ce mécanisme. L'article 91, quant à lui, autorise le Commonwealth à annuler des mesures d'aide fiscales ou financières prises par des États pour la production ou l'exportation de marchandises. Finalement, les alinéas (33) et (34) de l'article 51 permettent au Commonwealth d'acquérir ou de construire des chemins de fer, avec le consentement des États, et l'article 105A rend obligatoires, pour les deux parties, les accords entre le Commonwealth et les États relatifs aux dettes des États.

Il existe également certains mécanismes créés par des lois particulières. En voici des exemples :

- la Loi du Commonwealth sur les pratiques du commerce permet toute activité expressément autorisée par une loi du Commonwealth ou d'un État ;

- le Conseil de prêt australien coordonne les emprunts gouvernementaux ;

- le Régime australien des sociétés et de l'activité boursière permettra à une société d'exercer ses activités partout en Australie (comme si elle n'était sujette qu'à un seul régime juridique et administratif) ;

- un projet est actuellement étudié pour parvenir à une législation uniforme sur les produits alimentaires, s'appliquant aussi bien au Commonwealth qu'aux États.

TEXTE DES ARTICLES CONSTITUTIONNELS PERTINENTS

51. Le Parlement aura, sous réserve de la présente Constitution pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la Confédération, sur les matières suivantes :

(1) trafic et commerce avec les autres pays et entre les États ;

(2) impôts, mais de façon à ne pas faire de distinction entre les États ou les parties d'États ;

(3) primes sur la production ou l'exportation des marchandises, mais de façon que ces primes soient uniformes pour toute la Confédération ;

. . .

(10) pêche dans les eaux australiennes au-delà de la limite des eaux territoriales ;

. . .

(13) banques, autres que les banques d'État et aussi banques d'État s'étendant au-delà des limites de l'État en question ; incorporation des banques et émission de papier monnaie ;

(14) assurances autres que les assurances d'État, et aussi assurances d'État s'étendant au-delà des limites de l'État en question ;

(15) poids et mesures ;

. . .

(17) faillite et insolvabilité ;

(18) droits d'auteur, brevets d'invention, modèles et marques de commerce ;

(19) naturalisation et étrangers ;

(20) sociétés étrangères, ainsi que sociétés de commerce ou de finances formées dans les limites de la Confédération ;

. . .

(23) pensions d'invalidité et de vieillesse ;

(23a) l'attribution d'allocations de maternités, de pensions de veuves, de dotations pour enfants, de prestations d'assurance-chômage, d'assistance pharmaceutique, d'assistance maladie et hospitalière, de soins médicaux et dentaires (sans aller jusqu'à l'autorisation de formes de conscription civile), d'allocations aux étudiants et aux familles ;

. . .

(27) immigration et émigration ;

. . .

(32) contrôle des chemins de fer relativement aux transports dans l'intérêt militaire ou naval de la Confédération ;

. . .

(35) conciliation et arbitrage pour prévenir et résoudre les conflits industriels s'étendant au-delà des limites d'un État ;

. . .

(37) questions soumises au Parlement de la Confédération par le ou par les parlements d'un ou plusieurs États, mais de telle sorte que la loi s'étende seulement aux États dont les parlements ont soumis la question ou qui, par la suite, ont accepté la loi ;

. . .

(39) questions se rattachant à l'exercice d'un pouvoir confié par la présente Constitution au Parlement ou à l'une des deux Chambres, ou au gouvernement de la Confédération, ou au pouvoir judiciaire fédéral, ou à un des services administratifs ou à un fonctionnaire de la Confédération.

. . .

90. Après l'établissement de droits de douanes uniformes le pouvoir du Parlement d'imposer des droits de douanes et d'accise, et d'accorder des primes à la production ou à l'exportation de marchandises, deviendra exclusif.

Après l'établissement de droits de douanes uniformes toutes les lois des différents États imposant des droits de douanes ou d'accise, ou accordant des primes à la production ou à l'exportation de marchandises, cesseront de produire effet ; mais une concession ou un accord en vue de telles primes légalement faits par ou sous l'autorité du gouvernement d'un État seront valables s'ils sont antérieurs au 30 juin 1898, et non autrement.

91. Rien dans cette Constitution n'empêche un État d'accorder des secours ou des primes pour l'extraction de l'or, de l'argent ou d'autres métaux, ni, avec le consentement des deux Chambres du Parlement de la Confédération exprimé par une résolution, d'accorder des secours ou primes à la production ou l'exportation de marchandises.

92. Après l'établissement de droits de douanes uniformes, le commerce, l'exportation et le transit entre les États, par voie de terre ou de mer, seront absolument libres.

Toutefois, nonobstant toute disposition de cette Constitution, les marchandises importées, avant l'établissement de droits de douanes uniformes, à l'intérieur d'un État ou d'une colonie qui, pendant que les marchandises y restent devient un État, devront, si elles passent dans un autre État au cours des deux années qui suivront

l'établissement de ces droits, payer les droits imposables sur l'importation de ces marchandises dans la Confédération, moins les droits qu'elles auraient payés lors de leur importation.

. . .

98. Le pouvoir du Parlement de légiférer sur le commerce et l'industrie s'étend à la navigation et à la marine marchande, ainsi qu'aux chemins de fer appartenant aux États.

99. La Confédération ne doit, par aucune loi ou réglementation commerciale ou financière, conférer un avantage à un État ou à une partie d'État sur un autre État ou partie d'État.

100. La Confédération ne portera pas atteinte, par une loi ou un règlement sur le commerce ou l'industrie, au droit d'un État ou de ses habitants à l'usage raisonnable des eaux de rivière pour la conservation ou l'irrigation.

101. Il y aura une Commission interfédérale munie des pouvoirs de décision et d'administration que le Parlement jugera nécessaires, pour l'application et le maintien, dans les limites de la Confédération, des dispositions de la présente Constitution relatives au trafic et au commerce et des lois faites sur ces matières.

102. Le Parlement peut, par toute loi relative au trafic ou au commerce, interdire, en ce qui concerne les chemins de fer, toute préférence ou discrimination établie par un État, ou par toute autorité dépendant d'un État, si cette préférence ou cette discrimination est illégale, ou déraisonnable, ou injuste pour un État, en prenant en due considération les responsabilités encourues par un État à raison de la construction et de l'administration de ses chemins de fer. Toutefois, aucune préférence ou discrimination ne sera, au sens de cet article, considérée comme illégale et déraisonnable, ou injuste pour un État, à moins qu'elle n'ait été déclarée telle par la Commission interfédérale.

103. Les membres de la Commission interfédérale :

i) seront nommés par le gouverneur général en conseil ;

ii) rempliront leurs fonctions pendant sept ans, mais pourront être révoqués au cours de cette période par le gouverneur général en conseil, sur une requête des deux Chambres du Parlement dans la même session, demandant cette révocation pour mauvaise conduite ou incapacité démontrée ;

iii) recevront le traitement que fixera le Parlement, mais qui ne pourra être réduit tant qu'ils seront en fonctions.

104. Rien dans la présente Constitution ne rendra illégal un tarif pour le transport de produits par un chemin de fer appartenant à un État, si ledit tarif est jugé nécessaire par la Commission interfédérale pour le développement du territoire de l'État, et s'il s'applique de façon générale aux produits dans l'État et aux produits qui viennent dans l'État des autres États.

. . .

109. Lorsqu'une loi d'un État est en contradiction avec une loi de la Confédération, cette dernière doit prévaloir ; et la première, dans la mesure où elle se trouve incompatible, restera sans force.

112. Après l'unification des droits de douanes un État pourra lever, sur les importations ou les exportations ou sur les marchandises entrant dans l'État ou en sortant, les taxes nécessaires à l'exécution des lois d'inspection de l'État ; mais le produit net de ces taxes servira à la Confédération ; et toutes lesdites lois d'inspection pourront être annulées par le Parlement.

113. Toutes les boissons spiritueuses fermentées, distillées ou spiritueuses, entrant dans un État ou y restant pour la consommation, la vente ou l'emmagasinage, seront sujettes aux lois de cet État comme si elles y avaient été fabriquées.

114. Un État ne peut, sans le consentement du Parlement de la Confédération, lever ou entretenir aucune force navale ou militaire, ni imposer une taxe quelconque sur aucune propriété de la Confédération ; de même, la Confédération ne peut imposer une taxe quelconque sur aucune propriété d'un État.

117. Un sujet de la Reine résidant dans un État ne sera soumis dans aucun autre État à aucune incapacité ou traitement spécial qui ne lui serait pas applicable s'il était un sujet de la Reine résidant dans cet autre État.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. Les trois grands partis politiques de l'Australie sont le Parti libéral, le Parti travailliste (Labour Party) et le Parti rural national (National Country Party). (Note du traducteur).

2. Colin Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, 2e édition, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1972, page 253.

3. *Ibid.*, page 255.

4. P.H. Lane, *An Introduction to the Australian Constitution*, 2e édition, Sydney, The Law Book Company Ltd., 1977, pages 82-83.

5. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, page 259.

6. Lane, *An Introduction to the Australian Constitution*, pages 119-120.

7. Pour une analyse détaillée de ces dispositions, ainsi que de l'article 99, voir Dennis Rose, *Discrimination, Uniformity and Preference—Some aspects of the express constitutional provisions*, in Leslie Zines (éd.) *Commentaries on the Australian Constitution*, Sydney, Butterworth, 1977.

8. Colin Howard, *Australia's Constitution*, Harmondsworth, England and New York, N.Y., Penguin Books, 1978, pages 48-49.

9. R. Else-Mitchell, *Constitutional Review in the Australian Federation*, in R.L. Mathews (éd.) *Federalism in Australia and the Federal Republic of Germany*, Canberra, Université nationale australienne, page 162. Il décrit l'article 96 comme «une soupage de sûreté absolument essentielle, permettant au Commonwealth d'éviter l'impact des aspects prohibitifs des dispositions fiscales de la Constitution en matière de discrimination et de préférence».

10. Howard, *Australian Federal Constitution Law*, pages 358 à 365. Voir également Dennis Rose, *Discrimination, Uniformity and Preference*, pour une analyse plus détaillée de ce problème.

11. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, pages 259 et 262.

12. *Ibid.*

13. Else-Mitchell, *Constitutional Review*, page 162.

14. *Débats de la Convention constitutionnelle australienne*, 1978, pages 64-65.

15. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, page 286.

16. Les pouvoirs du Commonwealth, tels ceux relevant de l'article 51(1), portent cependant sur les questions connexes, comme nous l'avons indiqué plus tôt.

17. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, page 278.

18. P.E. Nygh *An analysis of judicial approaches to the interpretation of the commerce clause in Australia and the United States*, *Sydney Law Review*, 1965-1967, page 364. Le professeur Nygh se base sur l'Affaire Grannall, de 1955, tout en reconnaissant que le tribunal a été beaucoup plus proche d'une telle affirmation dans l'Affaire Beal, en 1966. Il signale (page 362) les difficultés qui peuvent apparaître. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis «a prétendu séparer entre production et transport le processus instantané de génération et de transmission de l'électricité».

19. On se souviendra que les pouvoirs législatifs attribués au Parlement par l'article 51, qui comprennent l'activité bancaire, sont sujets à l'article 92.

20. *Sydney Morning Herald*, le 29 octobre 1980.

21. Barters Farms Pty. Ltd. contre Todd (1978). Cette affaire est brièvement décrite dans *Australian Federalism*, 1978. Publié annuellement pour le Centre de recherches sur les relations financières fédérales, Université nationale australienne, Canberra.

22. Déclaration des représentants des États du Queensland et de Victoria, *Débats de la Convention constitutionnelle australienne*, 1978, pages 65 et 68.

23. Colin Howard, *Document de travail sur l'article 92 de la Constitution, pour le Comité permanent A de la Convention constitutionnelle australienne,* Publié dans le Deuxième rapport du Comité A au Comité exécutif, 21 avril 1978, Melbourne, Imprimerie du gouvernement, 1978, page 30.

24. La revue *Australian Federalism*, fournit une liste utile des récentes décisions judiciaires.

25. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, page 357. Voir également P.E. Nygh, *An analysis of judicial approaches . . .*, page 372, qui affirme qu'en Australie, à la différence des États-Unis, le mot «commence» n'inclut pas le «transit».

26. Howard, *Document de travail*, pages 32-33. Voir également le rapport de la Commission royale sur la Constitution, Melbourne, Imprimerie du gouvernement, 1929, surtout le chapitre XIV.

27. L'introduction a été omise, puisqu'elle est redondante.

28. Convention constitutionnelle australienne, *Deuxième rapport du Comité permanent A au Comité exécutif*, 21 avril 1978, Melbourne, Imprimerie du gouvernement, 1978.

29. Le mémoire mentionnait à cet égard un article de G. Caine, intitulé *Régulation: The key to control of interstate trade?*, *Australian Law Journal*, 1976.

30. Pour avoir plus de détails sur les discussions de la séance plénière, voir les *Débats de la Convention constitutionnelle australienne*, Perth, 1978.

31. Howard, *Australia's Constitution*, pages 49 à 52, et Lane, *An Introduction to the Australian Constitution*, page 143.

32. L'article 91 ne mentionne que l'aide fiscale ou financière. Voir *Australian Federalism*, 1978, page 32, qui rapporte les détails de l'affaire *Seamen's Union of Australia* v. *Utah Development Co.*, (1979).

33. Voir le chapitre précédent, intitulé *Dispositions constitutionnelles concernant directement la mobilité économique.*

34. Howard, *Document de travail*, 1977, page 30.

35. Voir le chapitre antérieur de ce document intitulé *Dispositions constitutionnelles concernant directement la mobilité économique.*

36. Les États n'ont pas le droit de percevoir des taxes d'accise basées sur le volume du produit extrait de leur sol ou vendu par eux mais les redevances sur les minerais et les loyers fonciers sont considérées comme des paiements relatifs à des droits octroyés plutôt que comme des taxes.

37. Cette information était exacte en août 1980.

38. Les autres organismes nationaux sont l'Agence de contrôle des investissements étrangers et la Commission des pratiques du commerce.

39. Howard, *Australian Federal Constitutional Law*, page 358.

40. Clifford L. Pannam, *Discrimination on the basis of state residence in Australia and the United States, Melbourne University Law Review*, 1967-1968, page 106.

41. *Ibid.*, page 143.

42. Ce n'est pas là le seul facteur de distinction entre la résidence et le domicile. Voir à ce sujet Pannam, *Discrimination on the basis of state residence . . .*, pages 131-149.

43. *Ibid.*, page 135.

44. Howard, *Australia's Constitution*, 1978.

45. Pannam, *Discrimination on the basis of state residence . . .*, page 148.

LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

Dispositions constitutionnelles et administratives régissant la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux

LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

Page

Sources et remerciements 239

Brève description du régime fédéral 241
La division des pouvoirs 241
La préférence pour l'uniformité 242
Caractéristiques qui expliquent le rôle vital des provinces 242
Un gouvernement parlementaire responsable 243
Le Bundesrat et l'intégration des courants politiques de la Fédération et des Länder 244
La République fédérale est-elle une véritable fédération? 245
Le rôle des tribunaux 247
Les relations intergouvernementales 248

La libre circulation intérieure des biens, des services, des personnes et des capitaux 249
Résumé 249
La libre circulation des biens, des services et des capitaux 251
Dispositions constitutionnelles qui concernent principalement la libre circulation économique 251
Les biens et les services 252
• L'agriculture 252
• L'énergie 252
• Les politiques préférentielles d'achats publics 253
• Les assurances 253
• Les pipelines et les lignes de transport d'énergie 254
• Les normes techniques et les normes d'hygiène et de sécurité 254
• Les transports 254
Les capitaux 256
• L'acquisition de propriétés immobilières 256
• Les prises de contrôle 256
La libre circulation des personnes 256
Dispositions constitutionnelles qui concernent la libre circulation des personnes 256
Les travailleurs autres que les professionnels 257
Les professions libérales 258
L'accès aux prestations de la sécurité sociale 258
Les droits politiques des travailleurs migrants 260
L'exclusion des travailleurs d'une autre province 260
Autres pouvoirs et politiques en matière de libre circulation 260
La politique de concurrence et la protection des consommateurs 260
La politique de concurrence 260
La protection des consommateurs 262
Les politiques structurelles et les politiques à long terme 262
• L'éducation et la formation professionnelle 262

- L'aide publique à l'industrie et au développement régional 265
- La protection de l'environnement 270

L'infrastructure commerciale 272

- Les banques 272
- Le droit commercial, le droit des compagnies et la réglementation du marché des valeurs mobilières 273
- Les impôts 275

Mécanismes 276

Texte des articles pertinents de la Constitution 277

Notes de référence 287

SOURCES ET REMERCIEMENTS

ENTREVUES

La présente étude est fondée principalement sur des entrevues réalisées en Allemagne en juin 1980. Un grand nombre de personnes, fonctionnaires, universitaires et autres, ont généreusement accepté de faire don de leur temps à l'auteur, notamment:

M. le professeur Ulrich Scheuner, Bonn.
M. le professeur Gerhard Lehmbruch, doyen de la faculté des Sciences sociales, Université de Constance.
M. Karl Christian Zahn, du bureau de Bonn du gouvernement du Land de Bade-Wurtemberg.
MM. G. Konow et Rolf Kaiser, du bureau du chancelier fédéral, Bonn.
M. Holger Grauel, de la Fédération des industries allemandes, Cologne.
M. W. Schreckenberger, directeur de la Staatskanzlei du gouvernement de la Rhénanie-Palatinat, à Mayence, et membre de l'ancienne Commission fédérale de la réforme constitutionnelle (Enquête-Kommission Verfassungsreform).
M. Goeke, du ministère de l'Économie, Land de la Rhénanie-Westphalie, Düsseldorf.
M. Robert Held, du Frankfurter Allgemeine Zeitung.
M. Horst A. Vogel, directeur de l'Institut des finances et impôts, Bonn.
M. Rainer Schmidt-Ott, du ministère fédéral de l'Économie, Bonn.
M. Ziller, directeur du personnel du Bundesrat, Bonn.

L'auteur tient également à remercier le personnel de l'ambassade du Canada à Bonn, ainsi que Mme Kloehne, de Internationes, gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, qui ont aidé à l'organisation de la plupart des entrevues.

SOURCES ÉCRITES

Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, Office de presse et d'information, gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, Bonn, 1977.

Nevil Johnson, *Federalism and Decentralisation in the Federal Republic of Germany*, HMSO, Londres, 1973.

Bernd Reissert, *Responsibility Sharing and Joint Tasks in West German Federalism*, in P. Bernd Spahn (Ed.), *Principles of Federal Policy*

Co-ordination in the Federal Republic of Germany, Centre for Research on Federal Financial Relations, A.N.U. Canberra, 1978.
The Economist, Survey of the West German Economy, November 8, 1980.
Réalités allemandes, édité pour l'Office de presse et d'information, gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, 1979.

John A. Hayes
février 1981

BRÈVE DESCRIPTION DU RÉGIME FÉDÉRAL

Le régime fédéral de l'Allemagne est très différent de celui des autres fédérations. La plupart des pouvoirs législatifs sont concentrés au niveau central, mais les provinces assurent l'application non seulement de leur propre législation, mais aussi d'une bonne partie de la législation fédérale. Cette «division du travail», ou spécialisation à deux niveaux, aide à prévenir la répétition des efforts, mais elle exige également une coordination institutionnalisée, dont le Bundesrat constitue le principal véhicule. Bien qu'il ne soit pas vraiment, au sens strict du terme, la deuxième Chambre du Parlement fédéral, le Bundesrat en joue le rôle sous certains aspects importants. Il est composé de délégations des gouvernements provinciaux, qui votent sur instructions de leurs gouvernements respectifs.

Il y a, comme au Canada, dix provinces, appelées Land Länder, (au pluriel), sans compter Berlin, qui n'est pas gouvernée par la Fédération, mais jouit d'un statut particulier et ne dispose que de droits restreints de vote dans les deux Chambres du Parlement. L'Assemblée fédérale, élue au suffrage universel, porte le nom de Bundestag.

LA DIVISION DES POUVOIRS

La Constitution de 1949 énumère, à l'article 73, quelques pouvoirs de compétence fédérale exclusive et, à l'article 74, les nombreux pouvoirs de législation concurrente. L'article 71 autorise la Fédération à déléguer aux Länder son autorité législative exclusive. Lorsque la Fédération légifère dans un domaine de compétence concurrente, ce qu'elle peut faire lorsque sont satisfaits les critères assez généraux de l'article 72, ses lois priment sur les lois des Länder.

En fait, la Fédération a occupé, par voie de préemption, la majeure partie du domaine de législation concurrente. C'est ainsi que les Länder légifèrent surtout, à l'heure actuelle, dans les domaines de l'éducation, de l'ordre et de la sécurité, de l'organisation municipale et des affaires culturelles, comme la radiodiffusion. Même là, plusieurs domaines sont partagés avec la Fédération. Cette dernière participe en effet à la planification de l'éducation et au financement des installations universitaires et elle exerce certaines compétences en matières culturelles. La Fédération a une compétence exclusive sur certaines questions de sécurité et de police. Quelque 34 amendements constitutionnels ont été adoptés depuis 1949, mais aucun n'a accordé de nouveaux pouvoirs aux Länder. Enfin, l'entrée de l'Allemagne dans la C.E.E. a eu pour effet, s'il en fut, d'affaiblir le rôle des Länder par rapport aux autorités fédérales.

LA PRÉFÉRENCE POUR L'UNIFORMITÉ

La législation étant surtout d'origine fédérale, notamment dans les domaines de la fiscalité, de l'économie, du travail, des politiques sociales et du droit civil, la politique nationale est axée essentiellement sur les décisions de Bonn et il s'ensuit une très grande homogénéité dans les politiques et les programmes publics de l'Allemagne. Règle générale, la population recherche cette homogénéité ainsi que l'égalité des chances pour tous. «L'homogénéité des conditions de vie» est mentionnée à deux reprises dans la Constitution, une première fois comme critère de législation fédérale dans les domaines de compétence concurrente et, une seconde fois, comme facteur de répartition du produit des impôts entre la Fédération et les Länder. En Allemagne, la plupart des impôts majeurs sont perçus en vertu de lois fédérales à des taux qui sont uniformes sur l'ensemble du territoire et les recettes sont partagées ensuite entre les gouvernements. Il serait «intolérable» que les taux des impôts et de la taxe de vente varient entre les provinces.

Les différences interrégionales du revenu par habitant ne sont pas aussi marquées qu'au Canada à cause de la distribution provinciale de l'activité économique et de la redistribution fiscale qu'assurent un régime essentiellement homogène ainsi que, dans une moindre mesure, la politique agricole commune de la C.E.E., sans oublier l'inexistence de ressources naturelles de propriété provinciale qui pourraient modifier de façon sensible la distribution de la richesse entre les Länder.

CARACTÉRISTIQUES QUI EXPLIQUENT LE RÔLE VITAL DES PROVINCES

Les autorités responsables des Länder se préoccupent surtout des questions d'administration et non de législation et de politiques générales, mais certaines caractéristiques du régime font qu'elles ont un poids politique notable:

- Les lois fédérales qui concernent les Länder requièrent l'approbation du Bundesrat. En outre, le gouvernement d'un Land peut immédiatement interjeter appel auprès du Tribunal constitutionnel s'il croit qu'une loi fédérale est inconstitutionnelle, que cette loi empiète ou non sur les compétences du Land. La moitié des membres du Tribunal est élue par le Bundesrat, l'autre moitié par le Bundestag.

- La Constitution garantit aux provinces une part égale à celle de la Fédération sur le produit de l'impôt sur le revenu, après

déduction de la part réservée aux communes (municipalités), ainsi qu'une part du produit de la taxe à la valeur ajoutée (T.V.A.). Cette seule disposition aide à préserver un certain équilibre entre la Fédération et les Länder. Dans l'ensemble, les provinces financent la plupart de leurs dépenses par l'intermédiaire de leurs propres impôts et emprunts. Les transferts de la Fédération aux provinces sont relativement faibles, comparés à ceux des autres fédérations. La péréquation joue un rôle encore plus faible et elle est assurée surtout par des transferts entre les Länder.[1]

- Les amendements à la Constitution doivent être adoptés à la majorité des deux tiers des voix du Bundesrat et des deux tiers des membres du Bundestag.

- La responsabilité donnée aux Länder d'appliquer la plupart des lois signifie que ceux-ci contrôlent et dirigent des administrations importantes et fort complexes. Les provinces et les communes emploient au total environ 2 500 000 fonctionnaires; la Fédération n'en compte que quelque 300 000.[2] Cette responsabilité comporte aussi parfois d'importants pouvoirs discrétionnaires: à titre d'exemple, la Loi sur l'énergie nucléaire est d'origine fédérale (l'approbation du Bundesrat est requise), mais la décision éventuelle d'accorder un permis de construction d'une centrale relève des autorités des Länder.[3]

UN GOUVERNEMENT PARLEMENTAIRE RESPONSABLE

L'Allemagne est dotée d'un régime parlementaire de gouvernement responsable, mais celui-ci diffère à plusieurs égards du modèle canadien:

- Le mandat de l'Assemblée est normalement d'une durée fixe de quatre ans (Il en va généralement de même dans la plupart des Parlements des Länder).

- Le chancelier est seul responsable devant le Bundestag (ses ministres ne le sont pas). En outre, il ne peut être renversé à moins que l'Assemblée ne lui désigne un successeur.

- Les députés des partis minoritaires disposent de pouvoirs spéciaux de contrôle sur le gouvernement: par exemple, l'accord d'un quart des membres du Bundestag suffit pour instituer une commission d'enquête (comité de la Chambre).

- Les députés sont élus suivant un régime modifié de représentation proportionnelle: la moitié des députés est élue pour représenter des circonscriptions au suffrage direct; l'autre moitié est élue à partir des listes des partis en proportion du vote populaire. Dans le but de favoriser la stabilité politique, il existe un mécanisme qui permet de limiter le nombre de partis représentés à l'Assemblée: seuls les partis qui ont réuni au moins cinq p. cent des suffrages ou ont obtenu au moins trois mandats directs sont admis au partage des postes de députés élus à partir des «listes des partis». Les partis qui, entre autres choses, compromettent «l'existence de la République fédérale d'Allemagne» sont inconstitutionnels.

- L'approbation du Bundesrat est requise pour plus de la moitié des lois fédérales, mais non pour le budget de la Fédération. «Le gouvernement peut se trouver en difficulté s'il ne dispose pas d'une solide majorité au Bundesrat.»[4]

LE BUNDESRAT ET L'INTÉGRATION DES COURANTS POLITIQUES DE LA FÉDÉRATION ET DES LÄNDER

Depuis 1969, le Bundesrat est dominé par les partis conservateurs (C.D.U. national et C.S.U. bavarois), qui sont en opposition au gouvernement de Bonn (une coalition du parti socialiste modéré S.P.D. et du parti libéral F.D.P.). Les votes du Bundesrat sur la plupart des grandes lois controversées suivent les directives des partis, mais il en résulte que les projets de loi du gouvernement sont modifiés en profondeur au lieu d'être tout simplement rejetés. Parfois, il existe même un élément de partisanerie politique dans les débats sur la répartition des revenus entre les deux ordres de gouvernement. Ce fut le cas à l'été 1980 lors du débat sur l'attribution du produit de la taxe à la valeur ajoutée.

La raison fondamentale en est que les clivages politiques en Allemagne ont tendance à être fondés sur des principes de classe ou d'idéologie et non sur des différences régionales. Les énergies politiques et intellectuelles, qui sont consacrées au Canada à la promotion ou à la création de différences entre les provinces, sont canalisées en Allemagne vers des controverses sur la meilleure façon, par exemple, d'aider financièrement les familles qui ont des enfants. Cette question a fait apparaître récemment de très nettes divergences d'opinions entre les partis politiques.

Les courants politiques et les partis de la Fédération, des Länder et même des communes tendent vers l'intégration.[5] La Bavière constitue l'exception qui confirme la règle, mais ce n'est une exception qu'en

partie. Lors de la plupart des élections provinciales, les questions de politique nationale occupent une place importante ou même dominent les débats. Pour le gouvernement fédéral, les élections de Land s'apparentent à une élection complémentaire majeure car elles servent de baromètre du soutien populaire.

Au cours des dernières années, une élection de Land aurait pu, à deux reprises, donner à l'opposition au Bundesrat une majorité des deux tiers de cette chambre. Il en aurait découlé, en vertu des dispositions spécifiques de la Constitution, un changement de gouvernement au Bundestag. Toutefois, le parti gouvernemental a remporté chaque fois l'élection de Land et a ainsi évité une éventuelle crise politique.

L'intégration politique au niveau de la Fédération et des provinces contribue à l'unité du pays car des alliances politiques se forment par delà les limites provinciales et régionales. Il y a de nombreux exemples de cette intégration; trois méritent d'être notés:

- Il est courant que des hommes politique progressent de la politique au niveau des Länder et des communes à la politique au niveau fédéral, phénomène très occasionnel au Canada.

- Lors des réunions préparatoires aux réunions régulières des premiers ministres, les représentants des gouvernements affiliés aux deux principales coalitions de partis se réunissent séparément pour décider des points qu'ils vont chercher à faire inscrire à l'ordre du jour.

- Le président de la République est élu par une alliance des députés de la Fédération et des Länder membres de la même coalition. Le collège électoral se compose de tous les députés fédéraux et d'un nombre égal de députés des Länder élus à la représentation proportionnelle.[6] Lors de l'élection du président actuel en 1979, il s'est trouvé que la coalition C.D.U.-C.S.U. avait la majorité au sein du collège, bien qu'elle ne soit pas au pouvoir à Bonn, parce que sa représentation au niveau des Länder dépassait nettement celle de la S.P.D.-F.D.P. C'est ainsi qu'un politicien du C.D.U., M. Karl Carstens, a été élu président.

LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE EST-ELLE UNE VÉRITABLE FÉDÉRATION?

L'intégration politique au niveau de la Fédération et des Länder est sans parallèle dans les autres fédérations industrielles de l'Ouest, même en Australie. Les programmes publics sont pour la plupart uniformes et

la population, homogène (si l'on exclut la Bavière, la France compte plus de régions distinctes). Tous ces facteurs portent certains observateurs en Allemagne à mettre en doute que la République fédérale soit vraiment une fédération. Il existe aussi d'autres facteurs d'intégration. À titre d'exemple, la télévision: même si elle relève de la compétence des Länder, elle est perçue comme une influence centralisatrice. Il n'y a pas de station privée et la programmation ne varie que légèrement d'une région à l'autre. De plus, le pays ne compte qu'un seul fuseau horaire. La télévision «crée une immense salle où l'on peut rassembler toute la nation pour la soirée...dans une seule langue.» Le fédéralisme garde toutefois la préférence et il survit en Allemagne en partie à cause de ses antécédents historiques et en partie parce que les Allemands croient que, d'une part, il offre une certaine protection contre tout retour à une monopolisation et à un abus du pouvoir par un régime totalitaire et que, d'autre part, il constitue, dans sa forme particulière à l'Allemagne, une structure utile de décentralisation administrative.[7]

La politique allemande est caractérisée, plus que la politique canadienne, mais moins que la politique suisse, par la recherche du consensus; la raison en est attribuable partiellement, à des facteurs institutionnels. Le rôle du régime électoral, qui comporte un élément de représentation proportionnelle, et, au niveau de la Fédération, le rôle du Bundesrat, en sont des exemples. Les coalitions de partis politiques sont assez bien équilibrées en Allemagne, sans une polarisation qui puisse rendre difficile sinon impossible le dégagement d'un consensus, comme c'est le cas en France et en Italie. Il n'est pas aussi courant que dans certains pays et provinces à régime électoral majoritaire simple de voir les gouvernements adopter des positions controversées qui peuvent être sources d'âpres divisions, souvent avec l'appui d'une minorité de l'électorat.[8]

D'autres facteurs institutionnels limitent la liberté d'action et d'initiative des gouvernements aux deux niveaux:

- Certains éléments de la souveraineté nationale ont été abandonnés au profit des institutions et des arrangements communs à la C.E.E., notamment la Politique agricole commune, le système monétaire européen et le principe de la libre circulation des biens et des personnes.

- La Constitution spécifie un certain nombre de droits fondamentaux que doivent respecter les deux ordres de gouvernement.

- Au niveau des Länder, les possibilités d'initiatives politiques fondées sur de nouvelles lois sont très limitées car les pouvoirs législatifs sont pour la plupart entre les mains de Bonn, y compris les principaux pouvoirs en matière d'impôts. La liberté

d'action de Bonn par rapport aux Länder est plus grande, même si elle est inférieure à celle d'Ottawa du fait qu'un grand nombre de lois doivent être approuvées par le Bundesrat, y compris les lois fiscales et les taux d'imposition. Un ajustement fréquent des taux d'imposition est inhabituel et de toute évidence le gouvernement de Bonn ne peut pas aussi facilement qu'ailleurs procéder à des réductions d'impôts à un moment qui corresponde à ses fins partisanes. Enfin, les deux niveaux de gouvernement ne peuvent réaliser des emprunts qui sont supérieurs à la part des dépenses d'investissement. Il faut noter cependant que la définition de l'investissement comporte certaines échappatoires.

- La durée normalement immuable du mandat du Parlement fédéral et des Diètes des Länder constitue une autre contrainte pour les gouvernements, qui ne peuvent prononcer la dissolution du Parlement dans le seul but de satisfaire les objectifs du parti ou de la coalition au pouvoir.

Il est mentionné ci-dessus que les possibilités d'initiatives législatives sont très limitées au niveau des Länder. Lorsqu'elles existent, les gouvernements des Länder n'en tirent pas toujours parti. Ils préfèrent parfois l'action ou la responsabilité collective. On en trouve d'ailleurs l'illustration dans les lois-cadres fédérales qui, parce que les Länder le préfèrent ainsi, assurent l'uniformité au lieu d'offrir la diversité. Cette attitude explique aussi dans une certaine mesure que l'on continue de soutenir le mécanisme des Tâches communes, en vertu duquel les gouvernements de la Fédération et des Länder décident conjointement de la répartition de certaines subventions fédérales: chaque gouvernement peut ainsi se soustraire aux pressions en se référant aux procédures communes de décision.

Certains observateurs estiment que «l'harmonisation» est trop poussée en Allemagne, du moins au niveau des Länder. En fait les autorités provinciales accordent beaucoup d'importance à la volonté populaire d'un traitement uniforme sans égard aux limites territoriales des Länder. Il y a cependant des différences dans quelques domaines; par exemple, les Länder S.P.D. préfèrent les écoles «polyvalentes» et un accès relativement facile à l'avortement, mais les Länder C.D.U.-C.S.U. sont plutôt partisans des écoles traditionnelles et des lois plus sévères en matière d'avortement.

LE RÔLE DES TRIBUNAUX

Les tribunaux jouent un rôle de premier plan, en partie parce que la Constitution énumère un certain nombre de droits fondamentaux, en partie parce qu'il existe

> une préoccupation permanente à l'égard [...] des normes à caractère juridique obligatoire qui régissent tous les domaines d'activités où les autorités exercent des pouvoirs qui concernent les citoyens ou ont une incidence bilatérale sur les relations entre gouvernements. [...] Dans l'ensemble, l'administration publique en Allemagne fonctionne dans un environnement juridique qui impose un plus grand contrôle sur les questions de procédure et de fond que ne le fait le régime juridique britannique.[9]

Plus qu'au Canada, il est beaucoup plus probable que les conflits entre la Fédération et les provinces résolus par un recours à la Constitution et aux tribunaux que par une négociation politique. La coopération ne peut pas vraiment être imposée, mais le Tribunal constitutionnel a élaboré le principe de la *Bundestreue* (fidélité à la Fédération). C'est un principe qui, dans certaines circonstances, peut imposer des obligations constitutionnelles aux gouvernements.

LES RELATIONS INTERGOUVERNEMENTALES

Les relations entre la Fédération et les Länder sont dans une large mesure institutionnalisées, que ce soit au niveau du Bundesrat ou des commissions et des conseils permanents. Les allégeances politiques y jouent un rôle plus important qu'au Canada.[10] Il arrive, comme au Canada, que ces relations soient parfois un succès, parfois un échec; par exemple, le *Finanzplanungsrat* ne semble pas avoir réussi à coordonner les politiques fiscales.[11] Comme au Canada, ces relations sont parfois harmonieuses, parfois discordantes. La répartition du produit de la T.V.A. a fourni l'occasion, 1980, d'échanges verbaux d'une impolitesse extraordinaire. On note aussi une vive controverse entre les Länder au sujet de la répartition des subventions fédérales. Toutefois, la distribution de l'activité économique entre les Länder n'est pas une question aussi controversée qu'au Canada.

LA LIBRE CIRCULATION INTÉRIEURE DES BIENS, DES SERVICES, DES PERSONNES ET DES CAPITAUX

RÉSUMÉ

Les problèmes que connaît l'Allemagne en matière de libre circulation sont moins insolubles, et les armes constitutionnelles dont dispose le pays sont plus puissantes, que cela n'est le cas au Canada. Lorsqu'un simple citoyen entend parler d'entraves à la libre circulation, il pense que cela doit se rapporter à la C.E.E. et non pas au marché national.

Les problèmes sont moins insolubles pour plusieurs raisons: le pays est plus petit; une tradition de libre circulation s'est développée depuis plus d'un siècle; l'intégration politique s'est accentuée depuis que la Guerre et les mouvements de population subséquents ont aidé à abolir les frontières régionales avec pour conséquence qu'une discrimination entre les provinces est maintenant impensable. Il existe enfin un dernier facteur: l'Allemagne produit des biens et des marchandises qui sont destinés à un marché européen et mondial et non pas à un seul marché régional ou national.

En Allemagne en 1871, comme en Suisse en 1848, lorsque la confédération helvétique devint une fédération, il existait une conviction profonde qu'il fallait non seulement préserver, mais encore créer une unité économique. À l'époque, le principal motif d'unification de l'Allemagne était d'ordre économique; l'Autriche fut exclue parce que ses intérêts économiques n'étaient pas ceux de la Prusse. Le gouvernement prussien et la majorité libérale du Parlement allemand voulaient réaliser l'intégration économique. La question de la libre circulation a donc été résolue en Allemagne il y a un siècle, du moins en ce qui concerne le secteur privé.

La Loi fondamentale de 1949 (la Constitution actuelle) établit des mécanismes puissants de protection de la libre circulation économique. Bien qu'elle n'écarte pas la socialisation, elle favorise une économie de libre marché. La Loi garantit aux personnes des droits fondamentaux de libre circulation et de libre choix de la profession. Sous réserve de ces droits fondamentaux, la Fédération a une compétence exclusive en matière de «liberté de circulation» générale et «d'unité du territoire douanier et commercial». Ces pouvoirs fédéraux, qui portent explicitement sur la libre circulation, ont été renforcés du fait que la plupart des lois économiques et sociales sont d'origine fédérale. La possibilité que les Länder élèvent des obstacles indirects à la libre circulation en est d'autant réduite. Trois des quatre principaux impôts du pays sont

uniformes, tant au niveau des textes législatifs que des taux d'imposition. Enfin, il n'y a pas de partage des compétences sur le commerce interprovincial et intraprovincial, qui relève exclusivement de la Fédération.

Les provinces sont chargées d'appliquer beaucoup de lois fédérales, mais cela n'a souvent pas grande importance au niveau économique, étant donné que l'économie nationale en est essentiellement une de libre marché. En outre, «sauf en matière de *Strukturpolitik* (développement industriel et régional), les bureaucrates des Länder sont des centralistes en matière d'économie.»

L'entrée de l'Allemagne dans la C.E.E. a renforcé l'engagement du pays dans la voie de la libre circulation intérieure. À l'heure actuelle, il serait virtuellement impossible de déléguer des pouvoirs économiques importants aux provinces. Il semblerait que la décentralisation réalisée en Italie et en Espagne n'ait pas comporté l'octroi de pouvoirs économiques importants, ce qui illustrerait peut-être la difficulté que cela pose pour les pays qui sont membres, ou qui veulent devenir membres, de la C.E.E.

Les initiatives de la Communauté ont une incidence de plus en plus fréquente sur les législations de ses États membres en matière de libre circulation. Les propositions de la C.E.E. concernent même les écoles, les affaires culturelles et la police. Les autorités de Länder participent très peu au processus de décision communautaire. Elles comptent un représentant commun à Bruxelles, mais il ne fait pas partie de la délégation de l'Allemagne auprès de la C.E.E. Les provinces ont pris pour position que le problème des contributions de l'Allemagne au budget de la C.E.E. relevait exclusivement de la compétence de la Fédération.

La libre circulation sur le territoire de la République fédérale est donc fortement protégée contre toute dégradation. En outre, les succès de l'économie allemande depuis la Deuxième guerre ont eu pour effet de limiter jusqu'à récemment les tensions au niveau de l'intégration économique. Il y a peu de temps que les gouvernements des provinces et des communes connaissent des problèmes de chômage.

En conclusion, il est possible d'affirmer qu'en pratique, le problème de la libre circulation est moins important en Allemagne qu'au Canada dans son ensemble et plus spécifiquement dans les secteurs suivants:

- commercialisation des produits agricoles
- achats par les gouvernements

- normes techniques
- réseaux de transports
- achats de terres par des non-résidents d'un Land
- prises de contrôle d'entreprises par des non-résidents d'un Land
- libre circulation des travailleurs, des membres des professions et des étudiants
- régimes privés de pensions
- réglementation du marché des valeurs
- impôts

Par ailleurs, il peut exister des problèmes plus sérieux qu'au Canada dans le secteur de l'enseignement secondaire et au niveau d'une certaine répugnance à renoncer aux logements publics à loyers modiques.

Le principal domaine où les autorités des provinces peuvent agir sur la libre circulation par voie de législation est celui du développement régional et industriel. Le principal programme de l'Allemagne en vue de promouvoir le développement régional est administré conjointement par la Fédération et les provinces. Toute compétition néfaste est donc limitée aux programmes qui ne font pas partie du programme commun. C'est ainsi que même à ce niveau, le problème est moins important en Allemagne qu'au Canada.

Ces questions sont examinées de façon plus détaillée dans les pages qui suivent.

LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS, DES SERVICES ET DES CAPITAUX

Dispositions constitutionnelles qui concernent principalement la libre circulation économique

Sous réserve d'un certain nombre de droits fondamentaux qui garantissent la libre circulation des personnes (voir ci-dessous la section *La libre circulation des personnes*), la Fédération peut légiférer dans presque tous les domaines qui touchent directement ou indirectement à la libre circulation économique. Les pouvoirs d'intervention législative des provinces sur la libre circulation sont très limités.

Les principales dispositions législatives qui concernent la libre circulation économique sont les suivantes:

- Les lois en matière de «liberté de circulation» et d'«unité du territoire douanier et commercial» relèvent de la responsabilité

exclusive de la Fédération (article 73 de la Loi fondamentale, alinéas 3 et 5).

- Les questions de «droit économique» ainsi que toutes les questions qui ont trait à la libre circulation intérieure sont incluses dans le catalogue des pouvoirs de législation concurrente (art. 74). Toutefois, la Fédération a investi la plupart de ces domaines concurrents où elle a acquis un certain «droit de préemption». En vertu de l'article 72(2), la Fédération a le droit de légiférer dans les domaines concurrents dans certaines circonstances, notamment lorsque «la protection de l'unité juridique ou économique [...] l'exige [...] ».

L'autorité législative de la Fédération en matière de libre circulation est non seulement expressément énoncée dans la Loi fondamentale, mais elle est appuyée par d'abondants pouvoirs législatifs dans des domaines qui touchent indirectement à la libre circulation, notamment le droit civil, le droit du travail, la prévention des abus de puissance économique, l'utilisation des sols, l'environnement et les transports (voir le texte intégral des articles 73 et 74 ci-joints en Appendice).

Les biens et les services

- **L'agriculture**

L'agriculture est un domaine de législation concurrente aux termes des alinéas 17 à 20 de l'article 74. Les deux ordres de gouvernement ont renoncé toutefois à leurs pouvoirs en matière de commercialisation des produits agricoles au profit de la C.E.E. La commercialisation de tous les principaux produits agricoles de l'Allemagne est donc subordonnée à la Politique agricole commune de la C.E.E. Les États membres conservent leur liberté d'action au niveau des améliorations structurelles et de certaines actions administratives. Les provinces ne jouent aucun rôle en matière de commercialisation.

- **L'énergie**

Il s'agit aussi d'un domaine concurrent. La législation sur l'énergie et les mines relève de l'article 74(11), qui englobe également les lois sur la production d'électricité, le charbon et les autres combustibles. L'énergie nucléaire fait l'objet d'un alinéa distinct (art. 74(11*a*)).

L'Allemagne ne compte aucun gisement important de pétrole ou de gaz naturel, mais le pays dispose d'importants gisements de charbon. L'acquisition publique des ressources naturelles est un domaine concurrent en vertu de l'article 74(15).

Le charbon représente une source de frictions entre les provinces qui ont des réserves de charbon importantes, par exemple la Rhénanie-Westphalie et la Sarre; ces provinces veulent que le charbon allemand soit utilisé en Allemagne. Les Länder côtiers, au contraire, veulent avoir accès au charbon importé de la Pologne et des États-Unis.

L'énergie nucléaire fait l'objet d'une loi fédérale, mais l'attribution des permis d'exploitation des centrales relève des Länder, qui se sont montrés nettement moins disposés que les autorités centralistes de la France à accorder des permis de construction. À cet égard, on peut noter une observation fort révélatrice, (qui n'a pas été faite par un fonctionnaire fédéral,) de l'impatience nationale à l'égard des actions des provinces qui perturbent le mouvement d'intégration et d'uniformité nationales: «La structure fédérale a aidé à affaiblir notre position concurrentielle dans le secteur de l'énergie nucléaire; dans quelques années, la France sera en mesure d'exporter de l'électricité en Allemagne.»

Toutes les taxes sur l'essence et le mazout sont versées au Trésor fédéral. Ces taxes ne doivent pas être approuvées par le Bundesrat.

- **Les politiques préférentielles d'achats publics**

Au dire des hauts fonctionnaires allemands, ce type de politiques ne pose aucun problème en Allemagne. Toute loi ou déclaration de la part d'un Land dans le but d'accorder un traitement préférentiel à des fournisseurs locaux serait illégale. Les règles de la C.E.E. s'appliquent aux grands contrats. Les procédures relatives à l'achat des terres sont supervisées par les Cours des comptes des Länder (*Rechnugshof*). Il faut procéder par appel d'offres. La Loi sur la Fonction publique impose aux ministres et aux fonctionnaires l'obligation de ne rien faire qui puisse aller à l'encontre des intérêts des Länder. Des poursuites judiciaires pourraient être intentées contre eux s'ils accordaient un traitement préférentiel qui a un tel effet. Il existe toutefois une certaine marge de discrétion pour les petits achats; il est alors possible de favoriser des fournisseurs locaux. Cette pratique existe certainement, mais elle ne sera jamais ouvertement reconnue.

- **Les assurances**

Les assurances de droit privé sont un domaine de législation concurrente aux termes de l'article 74(11). Le Parlement fédéral a adopté une loi en vertu de laquelle un bureau fédéral, l'*Aufsichtsamt*, réglemente les conditions des polices. Le ministère fédéral de l'Économie est chargé du contrôle des tarifs.

L'assurance automobile fait partie du secteur privé. Un fonctionnaire provincial, spécialiste des questions constitutionnelles, a affirmé qu'il serait impossible pour un Land d'introduire un tel régime, sans doute parce que la Fédération a un droit de préemption dans ce secteur. Le Bureau fédéral de la concurrence, le *Kartelamt*, publie des listes comparatives des primes exigées par les entreprises privées. Si le gouvernement d'un Land estimait que les primes sont trop élevées, il porterait plainte auprès du *Kartelamt*.

- **Les pipelines et les lignes de transport d'énergie**

Ces secteurs ne sont pas spécifiquement mentionnés dans la Loi fondamentale, mais il faut présumer que leur construction et leur exploitation sont soumises à l'article 73(5), qui donne à la Fédération un droit de législation exclusive en ce qui concerne, notamment, la libre circulation des marchandises.

- **Les normes techniques et les normes d'hygiène et de sécurité**

Les alinéas 19 et 20 de l'article 74 établissent une compétence législative concurrente sur le commerce, notamment des produits médicaux, des produits alimentaires, des boissons, du tabac, des plantes, des produits agricoles et des animaux. Les normes de qualité relatives aux produits mis en vente font l'objet d'une législation fédérale. Par exemple, la Loi sur les aliments (*Lebensmittelgesetz*) porte sur les denrées alimentaires. Les dimensions des contenants sont établies par une loi fédérale. La publicité et l'étiquetage sont réglementés par une autre loi fédérale.

Toutefois, un certain nombre de normes et divers critères d'étiquetage sont subordonnés aux règles de la C.E.E. Par exemple, certains Allemands se plaignent que la C.E.E. va imposer des normes sur la bière qui sont contraires à la tradition allemande.

Un haut fonctionnaire d'un Land a déclaré qu'une province pouvait interdire la vente de produits dangereux, «mais nous essayons de coordonner nos efforts avec les autres Länder». Il n'apparaît pas clairement si cette autorité est dérivée de la compétence législative des Länder ou s'il s'agit d'une autorité discrétionnaire accordée dans le cadre de l'administration d'une loi fédérale.

- **Les transports**

Les pouvoirs fédéraux en matière de transports sont plus étendus qu'au Canada en ce qui concerne les routes, mais les installations portuaires sont exploitées par les provinces. Brème et Hambourg

reçoivent même une compensation spéciale à cet effet au titre des arrangements de péréquation entre les Länder. Un grand nombre d'articles de la Constitution traitent des questions de transport (voir la table des matières de la Loi fondamentale), notamment:

Article 73(5): La libre circulation des marchandises relève de la compétence exclusive de la Fédération.

Article 73(6): Les chemins de fer fédéraux et le trafic aérien sont de la compétence exclusive de la Fédération. Le principal réseau ferroviaire est en fait exploité par le Deutschebundesbahn (organisme fédéral).

Article 74(23): Les «chemins de fer autres que les chemins de fer fédéraux, à l'exception des chemins de fer de montagne» relèvent du domaine de compétence concurrente.

Article 74(22): La compétence concurrente s'applique aux questions de «trafic routier, circulation automobile, construction et entretien des routes à grandes distances, perception et répartition de péages pour l'utilisation de routes publiques par des automobiles....»

Article 90: La Fédération est propriétaire des autoroutes et des routes nationales construites avant 1949.

En 1974, les dépenses relatives aux routes ont été réparties de façon à peu près égale entre les trois ordres de gouvernement.

Les routes nationales (fédérales) sont financées par la Fédération, mais leur planification est essentiellement une responsabilité des Länder. En théorie, les provinces sont chargées de l'administration des routes nationales à titre d'agents de la Fédération en vertu de l'article 90, mais, en pratique, elles agissent comme si elles en étaient directement responsables et elles exercent des pouvoirs discrétionnaires importants sur la façon de dépenser les fonds fédéraux. La planification à long terme des routes nationales est débattue au sein du Bundesrat et elle peut mener à de vives controverses entre les provinces. Le Bundestag exerce toutefois un important pouvoir de contrôle financier. À l'été 1980, il a même adopté une nouvelle loi en vue de limiter la construction de routes dans le but de réduire les dépenses fédérales.

Les questions de tarifs de fret ferroviaires ne sont pas aussi controversées qu'au Canada. Deux facteurs contribuent peut-être à cette situation, abstraction faite du territoire moins étendu de l'Allemagne. D'une part, les tarifs ferroviaires et les subventions font l'objet d'une très grande «transparence» (il y a, par exemple, une subvention pour le charbon); d'autre part, les Länder sont représentés par des hauts fonctionnaires du gouvernement au niveau de l'Administration du *Bundesbahn.*

Les capitaux

Les dispositions constitutionnelles pertinentes sont celles qui traitent principalement de la libre circulation économique en général.

- **L'acquisition de propriétés immobilières**

En vertu de la Constitution, aucune province allemande n'a le pouvoir d'interdire l'achat de biens immobiliers par des Allemands non résidents d'un Land sur une base discriminatoire. De toute façon, une telle loi serait «intolérable». Les terres agricoles et les monuments historiques peuvent être protégés, comme peut l'être l'accès public des lacs, mais sans aucune discrimination. En théorie, il pourrait être exigé des étrangers qu'ils obtiennent une autorisation pour acheter des biens immobiliers, mais il ne semble pas exister de lois à cet effet.

- **Les prises de contrôle**

Les prises de contrôle par des entreprises allemandes étrangères à un Land ne créent d'habitude aucun ressentiment et elles peuvent même être bien accueillies si elles assurent de l'emploi aux travailleurs. La Bavière est peut-être une exception, surtout en ce qui concerne les institutions financières, mais il n'existe aucune possibilité juridique pour un Land de bloquer une prise de contrôle. Un haut fonctionnaire d'un petit Land a déclaré que «les Länder ne seraient pas intéressés par la question et ils n'en seraient probablement pas informés à l'avance». Toutes les personnes interrogées ont répondu qu'il s'agissait essentiellement d'une question qui relève de la compétence du *Kartelamt*, l'organisme fédéral chargé d'appliquer les lois fédérales sur la concurrence.

On a rappelé qu'à la fin des années 1950 le constructeur automobile bavarois BMW avait connu des difficultés et que, sans l'intervention d'une famille du nord de l'Allemagne, l'entreprise aurait été absorbée par Mercedes. Cette intervention a permis à BMW de demeurer une entreprise bavaroise indépendante.

LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Dispositions constitutionnelles qui concernent la libre circulation des personnes

En Allemagne, la libre circulation des personnes et le libre choix de la profession sont des droits fondamentaux garantis dans la Constitution. Les Constitutions des provinces doivent aussi respecter ces droits

fondamentaux, dont la Fédération est chargée d'assurer la sauvegarde (article 28). Il ne semble pas exister de jurisprudence en la matière, sauf en ce qui concerne les étrangers: «la question de la libre circulation des Allemands est réglée depuis longtemps et sa mise en doute est hors de question». Le seul problème mentionné a trait aux difficultés que connaissent les enseignants qui veulent aller d'une province à une autre lorsque le nombre d'enseignants est supérieur à la demande.

Il arrive souvent qu'un citoyen vive dans un Land et travaille dans un autre. L'uniformité des taux d'impôts et des taxes de vente simplifie les choses.

L'article 11(1) énonce un droit fondamental: «tous les Allemands jouissent de la libre circulation sur tout le territoire fédéral.» Aux termes de l'alinéa 2), ce droit peut être restreint par une loi fédérale pour, notamment, lutter contre un danger d'épidémie, préserver la jeunesse de l'abandon ou prévenir des délits.

Chacun doit signifier à l'autorité publique compétente tout changement de résidence ou de domicile. Les Länder sont chargés de l'administration de ce régime. En vertu de l'article 75(5), la Fédération a le droit d'édicter des règles générales (lois-cadres) en la matière, ce qui a été fait (*Bundesmeldegesetz*). Entre autres sujets, la loi limite le nombre de questions que les autorités peuvent poser à un citoyen. Le problème des banques de données est fort délicat et tout à fait d'actualité.

En plus du droit fondamental de libre circulation sur tout le territoire fédéral, l'article 12(1) garantit le droit de libre choix de la profession:

> Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et le lieu où ils reçoivent leur formation professionnelle. L'exercice de la profession peut être réglementé par loi ou en vertu d'une loi.

Dans la mesure où l'exercice d'une profession est réglementé, c'est une loi fédérale qui s'applique (voir ci-dessous).

Les travailleurs autres que les professionnels

Le droit du travail est un domaine de législation concurrente aux termes de l'article 74(12), mais il est fortement occupé par la Fédération. «Le droit du travail est de compétence fédérale», a déclaré un fonctionnaire de Land. Les négociations salariales se font au niveau national par des syndicats qui représentent de grands groupes industriels, par exemple les métallurgistes, les sidérurgistes, les ouvriers de la construction, etc., quelle que soit la région où ils vivent. Les traitements

et les conditions de travail de tous les fonctionnaires de la Fédération et des Länder, y compris les enseignants et les professeurs, sont négociés au niveau national, avec la participation des gouvernements de la Fédération et des Länder conformément à une loi fédérale adoptée en vertu de l'article 74a.

Beaucoup de travailleurs étrangers ont été admis en Allemagne et beaucoup d'étrangers ont profité des lois libérales de ce pays en matière d'asile politique. Une province ne peut pas limiter la libre circulation d'un travailleur pleinement autorisé à travailler en Allemagne par le Bureau fédéral du travail. En outre, dans le cas des ressortissants d'un pays membre de la C.E.E., il faut appliquer aussi les règles de la Communauté. Le Tribunal du Luxembourg a déclaré illégale une tentative de la France de confiner les ressortissants des autres pays membres de la C.E.E. à une région spécifique de la France.

Les professions libérales

Les négociations nationales du secteur public, ou leurs résultats, sont appliquées à certaines professions, comme, par exemple, les enseignants et les professeurs. Elles déterminent en outre les modalités du régime commun de pensions. Les enseignants ont quelques difficultés à se déplacer d'un Land à un autre en période de chômage élevé. Il semblerait que les notaires peuvent connaître des difficultés similaires en dépit du fait que le barreau et le notariat relèvent du domaine de la législation concurrente aux termes de l'article 74(1). L'admission aux professions médicales et aux autres professions et activités dans le domaine de la santé est également une compétence concurrente en vertu de l'article 74(19). Compte tenu des décisions du Tribunal constitutionnel en matière d'accès à l'université (voir ci-dessous), les Länder pourraient difficilement traiter de façon discriminatoire les professionnels originaires d'un autre Land, mais la situation des enseignants porte à croire que ce n'est pas impossible.

L'accès aux prestations de la sécurité sociale

Les assurances sociales, y compris l'assurance-chômage, font partie du domaine concurrent aux termes de l'article 74(12). L'article 87(2) stipule que «sont gérées comme organismes de droit public dépendant directement de la Fédération les institutions des assurances sociales dont la compétence territoriale dépasse le territoire d'un Land.» En fait, le régime des assurances sociales est bien établi depuis l'époque de Bismarck et la législation en matière de pensions, de santé, de chômage, etc., est d'origine fédérale. Les régimes d'assurance sont

administrés par des institutions semi-autonomes subventionnées par la Fédération. Ceux qui travaillent pour leur propre compte ne sont pas obligés d'y participer.

La sécurité économique des hôpitaux et la réglementation des tarifs d'hospitalisation font partie du domaine de législation concurrente aux termes de l'article 74(19a). Les régimes d'assurance-hospitalisation (*Krankenkassen*) sont réglementés par les Länder. En conséquence, le Bundesrat doit approuver les lois fédérales sur cette question. Les assurances contre les accidents sont de compétence fédérale. La prévoyance sociale (aide sociale) est un domaine concurrent en vertu de l'article 74(7). En fait, les lois d'aide sociale sont fédérales, mais les provinces et les communes administrent le régime de prestations fédérales, qu'ils peuvent éventuellement augmenter d'un supplément. En 1974, les dépenses des communes en matière d'aide sociale étaient à peu près égales au total des dépenses effectuées par les deux autres ordres de gouvernement.

L'assurance-chômage fait l'objet d'une loi fédérale, mais l'administration du régime est confiée à une institution de droit public à qui sont confiés les bureaux de main-d'œuvre locaux ainsi que les programmes de recyclage. Les Länder n'ont pas de bureaux de main-d'œuvre.

Les régimes de pensions et d'assurance-invalidité sont réglementés par des lois fédérales, mais administrés par deux institutions de droit public, l'une destinée aux cols blancs (*Angestellten*), l'autre à l'ensemble des autres travailleurs (*Arbeiter*). Les régimes sont subventionnés par la Fédération. En comparaison du niveau des gains, le régime de pensions public est relativement plus important en Allemagne qu'au Canada et il rend donc moins aigu qu'au Canada le problème des régimes privés non-transférables. Les régimes d'assurance privés sont soumis à une réglementation fédérale.

Le logement est un domaine concurrent aux termes de l'article 74(18). La Fédération et les Länder financent à parts égales un programme de logements sociaux (*Sozialwohnungsbau*). La crainte de perdre le privilège d'un logement social constitue un frein à la mobilité.

En résumé, la sécurité sociale est un domaine de compétence concurrente où les lois sont presque toutes d'origine fédérale. L'administration des différents régimes est confiée, soit à des organismes fédéraux de droit public, soit, en ce qui concerne l'assurance-maladie, l'aide sociale et le logement, aux Länder et aux communes. Il ne se pose aucun véritable problème d'accessibilité aux prestations sociales pour les personnes qui quittent un Land pour un autre.

Les droits politiques des travailleurs migrants

La loi-cadre fédérale sur la déclaration d'un changement de domicile définit également les droits politiques, dont le droit de vote. Les migrants doivent attendre quelques mois avant de pouvoir voter lors d'élections locales.

L'exclusion des travailleurs d'une autre province

Une province ne peut légiférer de manière à traiter de façon discriminatoire ou à exclure des Allemands ou des ressortissants de la C.E.E. domiciliés dans un autre Land. Il faut rappeler qu'un Land ne peut pas limiter la libre circulation des travailleurs étrangers ressortissants d'un pays qui n'est pas membre de la C.E.E. lorsque ceux-ci sont dûment autorisés par la Fédération à travailler en Allemagne. Il peut y avoir certaines exceptions, notamment la médecine.

AUTRES POUVOIRS ET POLITIQUES EN MATIÈRE DE LIBRE CIRCULATION

La politique de concurrence et la protection des consommateurs

La politique de concurrence

La législation allemande en matière de concurrence est particulièrement intéressante dans la mesure où elle est appliquée à trois différents niveaux: la C.E.E., la Fédération et les provinces. La délimitation des compétences suit les principes habituels de distinction entre les activités inter-États et intra-États. Les Länder se préoccupent uniquement des activités dont les effets se limitent au territoire d'un Land. En pratique, le domaine de compétence des Länder est très limité. Il comprendrait, par exemple, un cas où plusieurs entreprises conspireraient ensemble en vue de fausser un appel d'offres pour la construction d'un nouveau musée, ou encore la fusion de deux institutions financières. Au niveau d'une province, les services compétents en ces matières relèvent habituellement du ministère de l'Économie.

Le domaine de compétence fédérale est étendu et l'Allemagne se targue non seulement d'avoir une loi efficace, mais aussi de disposer d'un personnel tout aussi efficace pour l'appliquer. Ensemble, ils constituent, paraît-il, la meilleure forme de dissuasion contre les pratiques anti-concurrentielles. La loi fédérale est administrée par le *Kartelamt* fédéral, dont les bureaux sont à Berlin. Il semble que ce Bureau tire son autorité principale des pouvoirs concurrents accordés par l'article 74(16) en matière de «prévention des abus de puissance économique».

De plus, l'article 73(9) donne à la Fédération une compétence exclusive sur la protection de la propriété industrielle, les droits d'auteur et les droits d'édition. Le *Kartelamt* est supervisé par une Commission des monopoles indépendante, constituée de cinq membres. La Commission publie un rapport biennal sur les activités du *Kartelamt* en matière de fusions et de concentrations économiques; elle fait également rapport sur toute autre question pertinente.

Le *Kartelamt* est particulièrement intéressé à renforcer l'engagement allemand (il s'agit en fait surtout de l'engagement des partis conservateurs) à préserver la classe moyenne par la voie d'une politique dite *Mittelstandspolitik*. L'appauvrissement de la classe moyenne au cours des années 1920 aurait favorisé, croit-on, l'arrivée au pouvoir du régime nazi. L'Allemagne a pour politique d'aider les petites et moyennes entreprises à réussir et on estime que ces entreprises doivent pouvoir coopérer à des niveaux qui sont interdits aux plus grandes compagnies.

La C.E.E. s'intéresse de façon très active aux politiques de concurrence. Son but est d'assurer que les gains économiques et politiques que l'on peut attendre de l'intégration économique ne seront pas contrecarrés par des pratiques commerciales contraires à la libre concurrence. Les règles de la C.E.E. en matière de concurrence ont la préséance sur les lois nationales lorsque des pratiques commerciales ont une incidence appréciable sur les échanges transfrontiers au sein de la C.E.E.

La Commission de la C.E.E. ne connaît guère de difficultés de procédure dans la poursuite de ses politiques de concurrence[12] et il est raisonnable de penser que lorsque ses compétences se juxtaposent à celles des autorités nationales, ces dernières vont laisser le «sale boulot» à la Commission. Toutefois, un observateur indépendant, expert de ces questions, affirme que tel n'est pas le cas en Allemagne. Il demeure néanmoins que les activités de la Commission ont tendance à prendre le pas sur celles du *Kartelamt*. Le directeur d'une association commerciale déclare:

> Pour la plupart des compagnies allemandes, c'est le marché européen qui compte, et non pas le seul marché allemand. Une prise de contrôle dans l'industrie automobile constitue maintenant une question d'importance européenne plutôt que nationale. Ce que la Commission aurait ignoré il y a cinq ans ne pourrait éviter d'attirer son attention aujourd'hui. Personne ne peut donc affirmer que les règles de la C.E.E. sont appliquées avec mollesse et la Commission emploie un personnel nettement plus nombreux que le *Kartelamt*.

La protection des consommateurs

Il est fait mention plus haut des normes d'hygiène publique, des contrôles de qualité, de l'étiquetage et des marchandises dangereuses. Le *Kartelamt* s'occupe par ailleurs des questions de publicité trompeuse.

Il s'agit là d'un autre domaine où se juxtaposent les lois nationales et les règles de la Communauté. À titre d'exemple, il est suggéré dans le projet d'une règle communautaire sur la bière que les contenants portent la date limite de consommation du produit.

Les politiques structurelles et les politiques à long terme

- **L'éducation et la formation professionnelle**

Comme cela arrive couramment en régime fédéral, la responsabilité de l'éducation en Allemagne est confiée pour l'essentiel aux autorités provinciales. Le gouvernement fédéral allemand est toutefois beaucoup plus actif que le gouvernement fédéral canadien dans ce domaine. Les activités de la Fédération portent notamment sur les secteurs suivants:

- Participation à la planification et au financement de la construction universitaire par l'intermédiaire du mécanisme des Tâches communes (article 91a de la Loi fondamentale, explicité par la Loi sur la facilitation de la construction universitaire, 1970).

- Participation à la planification conjointe et au financement conjoint de la recherche scientifique (article 91b).

- Loi-cadre sur «les principes généraux de l'enseignement supérieur» (article 75).

- Participation à l'élaboration des plans en vue «d'un développement cohérent de l'ensemble du système d'éducation» (article 91b).

- «Participation aux négociations annuelles sur les traitements et les conditions de travail des enseignants et des professeurs (article 74a).

- Exercice d'un pouvoir de législation concurrente en matière «d'allocations d'études et d'apprentissage, et d'encouragement à la recherche scientifique» (article 74-13).

En ce qui concerne le point 3, la Loi-cadre sur les universités, adoptée conformément à l'article 75, est en fait un texte législatif très détaillé. Une des raisons en est que les gouvernements des provinces voulaient augmenter le contrôle du gouvernement sur les universités et ils croyaient qu'il serait plus facile de réaliser cet objectif par une action uniforme. Cette loi a «établi les principes fondamentaux qu'il faut suivre à l'égard des grandes questions qui se posent au niveau de l'éducation supérieure, notamment: l'efficacité des programmes, les conditions d'admission, d'inscription et d'obtention des diplômes; l'enseignement et la recherche ainsi que, dans une moindre mesure, les questions d'administration,...et la participation des divers groupes d'intérêts particuliers».[13]

En ce qui concerne le point 4, c'est-à-dire les plans pour l'ensemble du système d'éducation, une Commission fédérale-provinciale a été créée en 1970 et dotée du mécanisme habituel de prise de décisions pour les tâches communes.[14] Les décisions prises en vertu de ce mécanisme requièrent l'assentiment de la Fédération et d'au moins six des onze provinces. L'attitude adoptée par la Fédération, en matière de votes à la Commission, avec l'appui des provinces à gouvernement S.P.D., a permis au gouvernement fédéral d'imposer à plusieurs reprises aux Länder ses propres principes en matière d'éducation. Le plan à long terme élaboré par la Commission, et adopté par la Fédération et les gouvernements des Länder en 1973, couvrait tous les secteurs de l'éducation, du pré-scolaire à l'éducation pour les adultes. Il «a eu une influence considérable au niveau des grands débats sur les concepts d'éducation en Allemagne».[15]

En dépit du rôle important que joue la Fédération, les provinces ont réussi à imposer leurs propres politiques en matière de développement du système d'éducation. Au niveau de l'enseignement secondaire, par exemple, les provinces à gouvernement S.P.D., situées en général dans la partie septentrionale du pays, ont favorisé la création d'écoles polyvalentes; au contraire, les Länder conservateurs du Sud ont préféré maintenir le système d'écoles traditionnelles où les enfants sont orientés vers une formation théorique ou pratique. Il existe actuellement des différences marquées entre les deux systèmes et elles sont très mal accueillies par ceux qui déménagent d'une province à une autre.[16] C'est une maigre consolation pour les parents que les enfants peuvent faire leurs classes dans un autre Land sans payer de frais de scolarité. De tels frais seraient une cause de discrimination et, par conséquent, inconstitutionnels.

Au niveau des universités, il existe en fait un «marché» national unique des admissions. Ce système est tributaire des décisions du Tribunal constitutionnel qui ont favorisé de façon notable la coordination des politiques d'admission tout en protégeant les universités contre

un trop grand dirigisme des gouvernements. Les places sont rares dans les universités depuis le début des années 1970 et il a fallu adopter des restrictions quantitatives à l'admission dans certaines spécialités (*numerus clausus*). Le Tribunal a décrété que le principe du contingentement était contraire à l'article 12(1), qui donne aux Allemands le droit, entre autres, de choisir «le lieu où ils reçoivent leur formation». Le Tribunal a désavoué également un certain nombre de pratiques des provinces conçues pour accorder la préférence à leurs résidents, y compris une tentative d'un Land de réduire les frais de scolarité pour ses résidents. Toutefois, le Tribunal a su se montrer «suffisamment pragmatique pour reconnaître qu'il faudra maintenir ce contingentement tant que le nombre de places restera insuffisant.»[17] Suite à une décision rendue par le Tribunal en 1972, «les gouvernements de la Fédération et des Länder sont désignés conjointement responsables de la distribution des places et de l'évaluation... des capacités universitaires.»[18] La Conférence des premiers ministres est convenue que les provinces mettent sur pied un service central de répartition des places universitaires sur une base nationale. Un ordinateur installé à Dortmund compare les qualifications et les préférences des étudiants, et répartit les places vacantes. Certaines places sont attribuées sur la base d'un test d'aptitudes et les autres, par loterie.

En ce qui concerne la formation professionnelle, l'article 74(13) établit un pouvoir de législation concurrente en matière d'«allocations d'études et d'apprentissage, et d'encouragement à la recherche scientifique». La formation professionnelle est largement fondée sur un système d'apprentissage qui associe typiquement la formation en cours d'emploi à un programme structuré d'enseignement. Près de la moitié des jeunes qui quittent l'école à la fin de la scolarité obligatoire suivent un tel apprentissage, que ce soit dans le secteur de la fabrication ou dans celui des services. Environ 470 occupations reconnues exigent une formation structurée.

Il est reconnu que l'entreprise privée et le gouvernement ont une responsabilité commune en matière de formation professionnelle. La Fédération a la responsabilité d'établir les règles générales de formation et les provinces administrent le réseau d'écoles de formation professionnelle. Les règles générales de formation sont élaborées en consultation avec les entreprises et les syndicats. Elles spécifient la durée et le programme de formation. Vers le milieu des années 1970, le chômage a augmenté et le nombre de places d'apprentis dans les entreprises est devenu insuffisant. Une loi adoptée en 1976 stipule l'obligation de faire un inventaire annuel des places d'apprentis. Si l'offre est inférieure à la demande, le gouvernement a le pouvoir d'imposer une redevance aux plus grandes entreprises et les fonds ainsi obtenus seraient utilisés pour rétribuer les entreprises disposées à accepter un plus grand nombre d'apprentis.

- **L'aide publique à l'industrie et au développement régional**

En Allemagne, le nombre d'emplois disponibles a jusqu'à récemment dépassé le nombre de travailleurs à la recherche d'un emploi. Même aujourd'hui les taux de chômage varient peu d'une province à l'autre, contrairement à ce qui se produit au Canada. L'industrie secondaire et l'urbanisation sont distribuées de façon plus uniforme qu'au Canada et le produit intérieur brut par habitant varie beaucoup moins entre les Länder qu'entre les provinces canadiennes.[19]

Ainsi, l'intervention de l'État dans les questions de développement régional et industriel ne devrait pas être très poussée. En fait, les interventions gouvernementales en matière de *Strukturpolitik*, au niveau de la Fédération, des Länder et, plus récemment, des communes, se sont révélées significatives. Les dépenses élevées de la Fédération sont attribuables dans une large mesure à des causes politiques, comme, par exemple, l'engagement de l'État à réaliser l'uniformité des conditions de vie et les pressions des Länder pour un traitement égal. Au niveau des provinces, la Strukturpolitik représente le principal instrument d'action économique. C'est là qu'ils peuvent avoir une politique économique et leurs instincts compétitifs, qui ont évidemment des effets salutaires mais aussi des conséquences néfastes, trouvent ainsi une occasion de s'exprimer.

L'engagement national à maintenir l'uniformité des conditions de vie est mentionné dans la Loi fondamentale aux articles 72 et 106. Quant au développement régional et industriel, il se fonde sur un certain nombre d'articles de la Constitution: l'article 74(11), qui établit un pouvoir de législation concurrente sur les questions économiques; l'article 75(4), qui donne à la Fédération le droit d'adopter une loi-cadre aux fins, *inter alia*, de «l'aménagement du territoire», et l'article 91a, qui accorde à la Fédération le droit de participer à l'exécution de certaines tâches des provinces, y compris l'amélioration de la structure économique régionale et de la structure agraire, dans le cadre des tâches communes.

Beaucoup d'aspects des activités des gouvernements de la Fédération et des Länder touchent au développement régional et industriel notamment: les dépenses relatives aux installations et aux services de transport, les dégrèvements fiscaux pour certains investissements (au niveau fédéral uniquement, mais avec le consentement du Bundesrat), les subventions en vue d'encourager la recherche et le progrès technologique ainsi que, avec un apport majeur de la C.E.E., la politique nationale de l'industrie sidérurgique. Il n'y a pas de politique nationale explicite en matière de stratégie industrielle, c'est-à-dire que l'on ne connaît aucune politique visant à faciliter la croissance de certaines industries et la disparition de certaines autres.

Le principal programme conçu spécifiquement pour aider au développement économique est établi sous le régime des Tâches communes. Les régions de développement désignées englobent environ le tiers de la population et 60 p. cent du territoire de la République fédérale. Au sein des régions désignées, les industries qui s'installent à Berlin et dans les régions frontalières avec l'Allemagne de l'Est (*la Zonenrandgebiet*) reçoivent des subventions plus élevées que les autres. La Fédération et les Länder ont adopté le principe des «centres de croissance» (*Schwerpunktort*) ainsi que des critères communs de désignation des régions où les conditions du marché du travail justifient une assistance de l'État. Une partie de cette aide peut être réclamée «de droit» par les entreprises qui s'installent dans une région désignée et qui satisfont à certaines conditions. L'autre partie est laissée à la discrétion des provinces. Certaines provinces ont tendance à distribuer ces fonds discrétionnaires à des entreprises choisies, d'autres préfèrent les utiliser pour développer leur infrastructure.

Les plans quinquennaux adoptés successivement par la Fédération et les Länder ont l'avantage d'assurer une transparence de l'aide au développement régional et d'expliciter les objectifs nationaux pour toutes les parties en cause.

> Ces plans assurent une utilisation intégrée d'un ensemble d'instruments dont le seul objet est de promouvoir les politiques régionales. Dans cette perspective, leur application est obligatoire. Ces plans tracent également les grandes lignes (non obligatoires) de la planification des projets de la Fédération et des provinces dans d'autres domaines qui ont une incidence sur les politiques régionales, plus particulièrement les questions de transport, de logement et de rénovation urbaine.[20]
>
> Les programmes en vigueur avant l'adoption de ces plans sont décrits dans les textes officiels comme cet enchevêtrement antérieur de mesures qui donnaient l'impression que l'aide au développement s'appliquait à presque tout et partout.[21]

Le programme de développement régional est une tâche commune dont l'administration est confiée à un Comité fédéral-provincial présidé par le ministre fédéral de l'Économie et composé du ministre fédéral des Finances et d'un ministre pour chacune des onze provinces. Les décisions sont prises suivant le mode habituel de vote pour les Tâches communes: toute décision requiert le consentement de la Fédération et d'au moins six Länder. Les décisions sont prises habituellement à l'unanimité, sauf en période électorale.

Le coût de ce programme de Tâches communes est partagé de façon égale entre la Fédération et les Länder. Le Fonds régional de la C.E.E. est utilisé pour absorber une partie des coûts.

Les Länder ont soulevé des objections à certains programmes de Tâches communes dans d'autres domaines d'action, par exemple au sujet de la construction d'installations universitaires, mais ils reconnaissent généralement l'utilité du programme de développement régional. Les Länder les moins fortunés y voient même un complément précieux à la péréquation financière. Toutes les provinces semblent d'accord pour reconnaître qu'il est nécessaire d'assurer une certaine forme de coordination. Enfin, la Fédération a le pouvoir ultime de proposer un régime de coordination des subventions qui réduirait la marge de manœuvre des Länder par rapport au régime actuel, mais il est peu probable que le régime actuel s'effondre.

Il existe cependant des divergences d'opinions entre les provinces au sujet des critères utilisés pour désigner les régions dont les conditions du marché du travail les qualifient pour une aide. En 1980, trois critères étaient utilisés, avec une pondération respective de 2-2-1: la pénurie d'emplois, le niveau des revenus et l'état de l'infrastructure. L'application de ces critères a eu pour effet que les régions désignées sont typiquement des régions rurales et agricoles, peu industrialisées et sans grands services publics.

Au cours des dernières années, le chômage a durement frappé les régions plus industrialisées, ce qui, entre autres facteurs, a poussé un certain nombre de provinces à mettre sur pied leurs propres programmes de stimulants économiques, parallèlement au Programme des Tâches communes. La Rhénanie-Westphalie, qui est le Land le plus populeux de l'Allemagne et l'un des plus riches, en constitue le meilleur exemple; son gouvernement a toutefois accepté jusqu'ici d'offrir des stimulants moins généreux que ceux du régime commun. Le régime commun fixe des plafonds pour l'aide au développement tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des régions désignées; il maintient ainsi une discipline globale en matière d'aide au développement. Il faut donc supposer que les activités de la Rhénanie-Westphalie, ainsi que celles d'autres Länder, représentent une source de pressions en faveur de la révision des critères de désignation dans le cadre du régime commun. C'est là une excellente illustration de la façon dont un Land qui fait le poids peut exercer une influence proportionnellement supérieure à celle des autres provinces en dépit du fait que le régime commun ne lui donne pas un droit de vote plus important.[22]

En fait, les régions désignées pour 1981 et les années subséquentes vont faire l'objet d'une nouvelle délimitation en fonction des résultats du recensement de 1981 et, éventuellement, de l'application de nouveaux critères, mais rien ne permet d'affirmer actuellement que la Rhénanie-Westphalie et les autres Länder réduiront alors de façon notoire l'aide au développement qu'ils offrent, par exemple, sous forme

de «zones industrielles complètement aménagées et d'une aide financière généreuse».[23] La *Landesbanken*, banque publique des provinces, consent des prêts, qui sont parfois garantis par le Land. Aucun stimulant fiscal n'est cependant offert puisque le régime des impôts est déterminé par une loi fédérale.

La Bavière suit la Rhénanie-Westphalie par l'importance de son aide extérieure au développement. Son gouvernement préfère aider les régions rurales au lieu des régions urbaines, ce qui est également le cas dans le cadre du régime commun, en dépit d'une certaine atténuation de cette tendance. Toutefois, la Bavière s'intéresse aussi d'une façon très particulière aux petites et moyennes entreprises qui, à son avis, ne sont pas suffisamment encouragées dans le cadre du régime commun. Le gouvernement conservateur de la Bavière a pour principe de renforcer la *Mittelstandpolitik* (Politique d'encouragement de la classe moyenne) au lieu de favoriser la croissance du prolétariat industriel.

Les gouvernements locaux font également une promotion active en vue d'attirer les entreprises sur leur territoire, ce qui cause «de plus en plus de problèmes». En pratique, les gouvernements locaux sont moins sujets aux pressions financières des provinces que cela n'est le cas au Canada, même si les transferts fiscaux des provinces demeurent importants. En outre, certains Länder sont probablement complices de certaines activités locales. La concurrence entre les autorités locales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur d'un Land, s'exerce par l'intermédiaire des réductions accordées sur l'impôt d'affaires, (la *Gewerbesteuer*,) dont les recettes sont partagées entre tous les gouvernements. Leur action ne peut aller toutefois au-delà de certaines limites: une administration locale doit faire en sorte qu'elle ne traite pas d'une façon discriminatoire les contribuables de son territoire. En général, il lui est donc impossible d'accorder un congé fiscal à des entreprises choisies. Cependant, les autorités locales peuvent offrir des stimulants intéressants sous la forme de terrains à bas prix. On prétend même qu'un terrain bon marché peut représenter pour les entreprises un stimulant plus intéressant que les fonds offerts dans le cadre du régime des Tâches communes.

Les allégeances politiques à un parti jouent un rôle omniprésent en Allemagne et c'est ainsi que les activités des gouvernements locaux en matière de développement industriel, entre autres secteurs, offrent parfois à la population le choix entre traiter avec le gouvernement d'un parti au niveau local (par exemple un gouvernement C.D.U. à Francfort), ou avec le gouvernement d'un autre parti au niveau du Land (gouvernement S.P.D. de la Hesse).

Les ministres de l'Économie des provinces se réunissent deux ou trois fois l'an, habituellement en présence du ministre fédéral, mais ils n'ont pas choisi jusqu'ici d'intervenir de façon significative au sujet de la concurrence qui se fait à l'extérieur du régime commun. Les représentants des quatre Länder du nord de l'Allemagne se réunissent périodiquement. Ils ont notamment pour tâche de prévenir une concurrence excessive entre eux dans divers domaines, comme par exemple, l'amélioration des installations portuaires. Il s'agit toutefois d'une tâche très difficile selon les experts.

D'autres programmes de la Fédération et des Länder ont une incidence sur le développement industriel et régional. La Fédération administre un important programme d'aide à la recherche et au développement technologique, dont le budget annuel atteint quelque trois milliards de dollars. Les critiques font observer, entre autres choses, que ces fonds sont répartis de façon inéquitable entre les entreprises.[24] Certains Länder estiment que trop de subventions sont accordées dans les régions où il existe déjà de grandes industries et d'importants centres de recherche. Beaucoup de subventions fédérales, y compris les fonds versés au titre des divers programmes de Tâches communes, sont réparties entre les Länder selon le principe d'une distribution au prorata de la population, ou du moins en tenant compte étroitement du «principe d'équité»[25], mais il semblerait que tel ne soit pas le cas des subventions de recherche. En 1979, la Bavière, dont la population est à peine supérieure de 50 p. cent à celle de la Basse-Saxe, a reçu des subventions de recherche sept fois plus élevées que cette dernière.

En résumé, le développement régional et industriel (*La Strukturpolitik*) constitue le principal instrument d'intervention des provinces au niveau de la libre circulation des biens, des personnes et des investissements. Le développement régional est surtout confié au régime commun, qui maintient la discipline au niveau de la concurrence entre les Länder, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur du régime. La concurrence extérieure crée des problèmes pour les Länder plus petits et moins industrialisés. La politique de développement régional de l'Allemagne est critiquée.

De façon plus générale, on estime qu'un tel niveau de dépenses pour le développement régional est inutile dans un pays comme l'Allemagne. En outre, Bernd Reissert démontre d'une manière très convaincante que le mécanisme de prise de décisions par la Fédération et les provinces dans le cadre du régime des Tâches communes empêche la résolution des conflits intergouvernementaux et des problèmes éventuels et favorise plutôt la répartition des fonds entre les provinces suivant un principe d'égalité.[26]

Il demeure que le régime commun a imposé une certaine discipline à la concurrence néfaste. En outre, même si les régions du Nord, qui perdent, pour diverses raisons qui ne sont pas toutes de nature économique, une partie de leur population au profit du Sud sont insatisfaites, on ne peut dire qu'il existe en Allemagne une véritable controverse au sujet de la répartition des activités industrielles et économiques entre les régions. Du moins, la situation n'est absolument pas comparable à la controverse qui règne au Canada sur cette question. En conclusion, s'il peut être vrai que l'on évite de résoudre certains problèmes en appliquant un principe de traitement égal pour tous, c'est peut-être le prix qu'il faut payer pour assurer l'harmonie dans un régime fédéral.

De toute façon, il est peu probable que la *Strukturpolitik* ait influencé plus que d'une manière accessoire les décisions d'implantation des entreprises. Les entreprises allemandes visent un marché mondial ou européen plutôt que national, ce qui laisse à supposer une grande liberté de mouvement et une certaine propension à se laisser influencer pour aller s'installer à une cinquantaine ou une centaine de kilomètres de l'endroit qu'elles avaient initialement choisi. En fait, la plupart des entreprises ont tendance à s'intaller dans les régions prédéterminées par divers avantages naturels, par exemple les vallées du Rhin et de la Neckar.

- **La protection de l'environnement**

La législation fédérale est prédominante, mais parfois sous forme de lois-cadres. Les provinces sont généralement chargées de l'application. Un Bureau de coordination fédérale est installé à Berlin.

Un certain nombre de dispositions constitutionnelles traitent de cette question, mais il faut surtout noter les pouvoirs concurrents aux termes des articles

74(11a) Énergie nucléaire;

74(24) «Enlèvement des ordures, lutte contre la pollution de l'air et contre le bruit»;

ainsi que le droit fédéral d'adopter des lois-cadres aux termes des articles

75(3) «La chasse, la protection des sites naturels et des paysages»;

75(4) «la répartition des terres, l'aménagement du territoire et le régime des eaux.»

L'article 89 sur les voies fluviales fédérales s'applique également à ces questions.

Une publication officielle de 1977 affirme que le «chancellier Schmidt envisage d'inclure un droit à la protection de l'environnement dans la Loi fondamentale.»[27]

Compte tenu du fait que l'Allemagne compte des frontières communes et partage des fleuves importants avec plusieurs pays, les aspects internationaux de la protection de l'environnement revètent une importance particulière. La C.E.E. exerce aussi certaines responsabilités sur cette question.

Les lois fédérales, comme d'ailleurs les politiques de la C.E.E., sont largement fondées sur le principe du «pollueur payeur». La législation comprend:

- Une loi-cadre sur la gestion des eaux, complétée par les lois des Länder. (Voir aussi ci-dessous la Loi sur les redevances relatives aux eaux usées.)
- La Loi sur l'enlèvement des ordures, qui réglemente le traitement d'un grand nombre de déchets, à partir des ordures ménagères jusqu'aux carcasses d'automobiles.
- La Loi sur la conservation de la nature et la gestion des paysages, qui réglemente la planification des aménagements des paysages et assure la protection des plantes et des animaux.
- La Loi sur la protection contre les émissions, qui traite de la pollution de l'air, du bruit et des radiations.
- La Loi sur les concentrations de plomb dans l'essence, qui réglemente la teneur en plomb des carburants (ces dispositions font maintenant l'objet d'une coordination au niveau de la C.E.E.).
- La Loi sur les redevances relatives aux eaux usées, qui établit, entre autres, un taux de redevances calculé sur une base uniforme pour l'ensemble du territoire de la République fédérale.

Il paraîtrait que les Länder n'appliquent pas tous avec la même rigueur la Loi fédérale sur la pollution de l'air et que quelques-uns d'entre eux auraient récemment demandé un assouplissement de la loi fédérale contre la pollution de l'eau, sans doute la Loi de 1978 sur les redevances relatives aux eaux usées.

L'infrastructure commerciale

• Les banques

L'article 88 stipule que «la Fédération crée une banque d'émission en tant que banque fédérale.» Cette banque centrale, la *Deutsche Bundesbank*, est située à Francfort. Ses bureaux administratifs dans les provinces sont appelés *Landeszentralbank.*

La *Bundesbank* est dirigée par le Conseil de la Banque centrale, composé des membres du conseil d'administration de la *Bundesbank* et des présidents des banques centrales des provinces. Elle est nettement plus indépendante par rapport au gouvernement que ne le sont beaucoup d'autres banques centrales, ce qui convient fort bien à un pays qui a connu une «hyper-inflation» dans les années 1920 et une réforme monétaire en profondeur après la Deuxième guerre mondiale. La *Bundesbank* détermine la politique monétaire en toute indépendance par rapport au gouvernement de Bonn. Il semblerait que les banques centrales des Länder jouent un rôle important dans la détermination de la politique monétaire. Les présidents de ces banques sont désignés par le Bundesrat et nommés par le président de la République. Les autres membres de leurs conseils d'administration sont désignés par le Conseil de la Banque centrale et nommés par le président de la *Bundesbank.* Leur mandat est de huit ans.

La législation sur les banques fait partie du domaine de compétence concurrente de l'article 74(11). Les activités de l'ensemble des institutions de crédit en République fédérale sont réglementées par une loi fédérale, la *Kreditwesengesetz*, et supervisées par un bureau fédéral situé à Berlin, le *Bundesaufsichtsamt fuer das Kreditwesen.*

Le secteur des banques d'affaires est dominé par trois grandes banques, mais les Länder ont leurs propres banques d'épargne, les *Landbanken.* Il est mentionné ci-dessus que ces banques consentent des prêts aux industries locales et que les prêts peuvent être garantis par le gouvernement du Land. On prétend que la *Landbank* de Bavière a un chiffre d'affaires suffisant pour lui permettre de tenir tête, en Bavière, aux trois grandes banques d'affaires.

Les banques allemandes sont inhabituelles dans la mesure où elles détiennent du capital-actions des compagnies qui sont leurs clientes et dans la mesure où la responsabilité du marché secondaire des valeurs mobilières leur est confiée (voir ci-dessous). Les liens que crée cette participation de leurs représentants aux conseils d'administration de

beaucoup de grandes entreprises réduisent fort probablement la concurrence commerciale habituelle. «Le confortable réseau d'alliances entre les banques et les entreprises aide à garder en famille tous les contrats».[28]

- **Le droit commercial, le droit des compagnies et la réglementation du marché des valeurs mobilières**

Chacun de ces trois domaines est réglementé par une loi fédérale prioritaire: le Code civil allemand (*Buergerliches Gesetzbuch*) établit les principes du droit commercial. Il y a une Loi sur les compagnies (*Aktiengesetz*). Et les valeurs mobilières sont réglementées par un ensemble de dispositions du Code civil, de la Loi sur les compagnies, de la Loi sur la Bourse (*Boersegesetz*) et des lois sur les banques. Les Länder sont chargés du contrôle des Bourses, dont les activités relèvent du domaine de la législation concurrente en vertu de l'article 74(11).

Les paragraphes qui suivent traitent surtout de la réglementation des valeurs mobilières. Sont d'abord examinées les actions émises par les compagnies à responsabilité limitée, puis le marché des obligations. Abstraction faite de la prédominance des lois fédérales, les principales différences par rapport au Canada se situent au niveau du rôle que jouent les banques et au niveau de l'utilisation des titres au porteur au lieu des titres nominatifs. La réglementation des émissions d'actions et de leur commerce n'est pas aussi générale en Allemagne qu'aux États-Unis. Les directives de la C.E.E. commencent à avoir un certain effet, mais jusqu'ici mineur, sur la réglementation des valeurs mobilières dans les États membres.

La Loi sur les compagnies détermine les modalités de constitution d'une compagnie. Normalement, les nouvelles émissions d'actions sont souscrites par un consortium bancaire. Aucune action ne peut être vendue sur le marché public avant d'être admise à la Bourse. La banque d'émission des actions, qui est habituellement membre de la Bourse, garantit l'exactitude du prospectus, dont la publication constitue l'une des conditions imposées par la Loi fédérale sur la Bourse. La Bourse décide alors d'autoriser ou non la vente des actions, mais il n'y a jamais de problème à ce niveau puisque la banque garantit l'émission.

La Loi sur la Bourse prescrit un cadre organisationnel pour les Bourses; elle est appliquée par les Länder et doit être approuvée par le Bundesrat. Chaque Bourse compte un commissaire, nommé par le gouvernement du Land, et chargé d'en assurer le bon fonctionnement.

Le commissaire accorde le permis d'activités boursières et la Bourse choisit ensuite elle-même ses membres. Les banques en constituent le plus grand nombre car elles seules peuvent transmettre les ordres privés d'échange, d'achat ou de vente. En plus des banques, il y a des courtiers.

La République fédérale compte huit Bourses, dont la plus importante est celle de Francfort, suivie de près par les Bourses de Düsseldorf et de Munich. Aucune province ne compte plus d'une Bourse et trois n'en ont pas. Les droits sont partout les mêmes, mais chaque commissaire de Land doit approuver le tarif de la Bourse dont il est chargé.

La loi allemande sur les compagnies est fondée sur le principe des titres au porteur par opposition aux titres nominatifs qui sont en usage aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni. Ce système simplifie les échanges et les compensations quotidiennes. Il constitue l'une des raisons pour lesquelles les Allemands sont moins intéressés que les Américains par l'établissement d'un marché national des transactions boursières.

Les émissions d'obligations par les compagnies domiciliées en République fédérale doivent être approuvées par le ministère fédéral des Finances. Le Code civil stipule certaines conditions de solvabilité de l'emprunteur. Le ministère est habilité à établir les échéanciers, mais ces émissions sont en fait très rares.

Les obligations émises par un Land ou par une administration publique municipale ne sont pas soumises à l'approbation du ministère des Finances. Toutefois, si la conjoncture l'exige, le gouvernement fédéral peut, avec l'approbation du Bundesrat, adopter un décret aux termes duquel le Conseil des cycles d'affaires (*Konjunkturrat*) détermine les montants, les conditions et les échéanciers des emprunts effectués par les trois ordres de gouvernement. Ces trois niveaux sont représentés au sein du Conseil et la Banque centrale (*Deutsche Bundesbank*) a le droit de participer aux réunions. Le décret du gouvernement est valable pour une période d'un an, sauf si le Parlement en demande l'abrogation dans un délai de six semaines.

Les fiducies et les sociétés d'investissement sont considérées comme des banques et soumises à ce titre au contrôle du Bureau fédéral de Berlin chargé de la supervision des banques. Chaque fiducie ou société doit détenir un permis d'exploitation accordé aux termes d'une loi qui traite spécifiquement de ce type d'institutions financières.

• **Les impôts**

Trois des quatre principaux impôts du pays, soit l'impôt sur le revenu des particuliers, l'impôt sur le revenu des sociétés et la taxe à la valeur ajoutée, sont perçus par la Fédération en vertu de lois qui requièrent le consentement du Bundesrat. Par ailleurs, l'impôt sur le chiffre d'affaires est perçu par les communes.

Une loi fédérale adoptée avec le consentement du Bundesrat détermine, conformément à l'article 106(5), la répartition entre les communes (municipalités) des recettes de l'impôt sur le revenu des particuliers. Ces dernières reçoivent à l'heure actuelle environ 15 p. cent des recettes de l'impôt. Le solde des recettes de l'impôt sur le revenu des particuliers et le produit de l'impôt sur les sociétés doit être réparti de façon égale entre la Fédération et les Länder, conformément à l'article 106(3), ce qui constitue une importante garantie de l'autonomie des provinces et de l'équilibre de la fédération.

Les recettes de la taxe à la valeur ajoutée sont réparties périodiquement par voie d'une loi fédérale, qui requiert aussi le consentement du Bundesrat, entre la Fédération et les Länder. À l'heure actuelle, 67,5 p. cent vont à la Fédération et 32,5 p. cent aux Länder, mais 1,5 p. cent de la part fédérale est partagé entre les Länder dont le revenu par habitant est inférieur à la moyenne nationale.

De toute évidence, les provinces ne peuvent pas utiliser les grands impôts de façon à restreindre sciemment ou accidentellement la libre circulation, même si les recettes d'impôts moins importants comme ceux sur les successions et la fortune leur reviennent. Les impôts sur le capital, qui peuvent comprendre la valeur nette, et les impôts sur les successions ont produit en 1978 des recettes qui représentaient environ 3 p. cent des recettes de l'impôt sur le revenu des particuliers.

Les communes prélèvent un impôt dit d'affaires ou de fabrication (*Gewerbesteuer*), dont les recettes sont partagées entre la Fédération et les Länder après déduction de la part des communes, qui est de l'ordre de 60 p. cent. Les communes ne sont pas supposées utiliser cet impôt pour encourager des entreprises à s'installer sur leur territoire, mais certaines le font et les Länder ferment les yeux sur cette pratique. En 1978, l'impôt d'affaires a produit des recettes égales à environ un sixième des recettes de l'impôt sur le revenu des particuliers, mais légèrement supérieures à celles de l'impôt sur les sociétés. Le revenu imposable aux fins de l'impôt d'affaires est constitué à 85 p. cent des bénéfices réalisés et à 15 p. cent de la valeur nette des actifs. Les sommes payées au titre de cet impôt sont déductibles aux fins de l'impôt sur les sociétés.

MÉCANISMES

Sont présentés ci-dessous un certain nombre de mécanismes de coopération intergouvernementale ainsi que quelques programmes publics qui peuvent éventuellement intéresser les Canadiens en matière de libre circulation en Allemagne.

- Le rôle du Bundesrat dans la législation fédérale.
- Les lois-cadres fédérales, par exemple en ce qui concerne les personnes qui changent de domicile.
- La législation fédérale uniforme, appliquée par les Länder, par exemple au sujet des Bourses.
- Le mécanisme des Tâches communes.
- La représentation des Länder au niveau de l'administration des chemins de fer fédéraux.
- La désignation par le Bundesrat des présidents des banques centrales des Länder.
- Le montant relativement élevé des pensions payées par le régime public.
- La répartition centralisée des places dans les universités.
- L'obligation habituelle d'une formation théorique et pratique pour occuper de nombreux emplois, ainsi que le système d'apprentissage.
- Les lois et les taux d'impôts communs, avec partage des recettes.
- La supervision du *Kartelamt* fédéral par une Commission des monopoles indépendante.

TEXTE DES ARTICLES PERTINENTS DE LA CONSTITUTION

Extraits de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne

Article 11 [Liberté de circulation]

(1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation sur tout le territoire fédéral.

(2) Ce droit ne peut être restreint que par la loi ou en vertu d'une loi et dans les seuls cas où il n'y a pas de base d'existence suffisante et où il résulterait des charges particulières pour la collectivité, ainsi que dans les cas où la restriction est nécessaire pour parer à un danger menaçant l'existence ou le régime libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, pour lutter contre un danger d'épidémie, contre des cataclysmes ou des accidents particulièrement graves, pour préserver la jeunesse de l'abandon ou pour prévenir des délits.[29]

Article 12 [Libre choix de la profession]

(1) Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et le lieu où ils reçoivent leur formation professionnelle. L'exercice de la profession peut être réglementé par loi ou en vertu d'une loi.

(2) Nul ne peut être astreint à un travail déterminé, si ce n'est à un service dans le cadre d'une obligation coutumière générale, égale pour tous et de caractère public.

(3) Le travail forcé n'est admissible que dans les cas d'une peine privative de liberté prononcée par un tribunal.

Article 70 [Législation de la Fédération et des Länder]

(1) Les Länder ont le droit de légiférer dans la mesure où les pouvoirs législatifs ne sont pas conférés à la Fédération par la présente Loi fondamentale.

(2) Les compétences de la Fédération et des Länder sont délimitées par les dispositions de la présente Loi fondamentale sur la législation exclusive et la législation concurrente.

Article 71 [Législation exclusive de la Fédération, notion]

Dans les matières relevant de la législation exclusive de la Fédération, les Länder n'ont le pouvoir de légiférer que si une loi fédérale les y autorise expressément et dans la mesure prévue par cette loi.

Article 72 [Législation concurrente de la Fédération, notion]

(1) Dans les matières relevant de la législation concurrente, les Länder ont le pouvoir de légiférer tant que et dans la mesure où la Fédération ne fait pas usage de son droit de légiférer.

(2) Dans ce domaine, la Fédération a le droit de légiférer dans la mesure où apparaît un besoin de réglementation législative fédérale:

1. parce qu'une question ne peut être réglementée efficacement par la législation des différents Länder, ou

2. parce que la réglementation d'une question par une loi de Land pourrait affecter des intérêts d'autres Länder ou de la collectivité, ou

3. parce que la protection de l'unité juridique ou économique et notamment le maintien de l'homogénéité des conditions de vie au-delà des frontières d'un Land l'exigent.

Article 73 [Législation exclusive, catalogue]

La Fédération a le droit de législation exclusive dans les matières ci-dessous:

1. affaires étrangères, ainsi que défense, y compris la protection de la population civile;[31]

2. nationalité dans la Fédération;

3. liberté de mouvement, passeports, immigration, émigration, extradition;

4. change, crédit et monnaie, poids et mesures, comput;

5. unité du territoire douanier et commercial, traités de commerce et de navigation, liberté de circulation des marchandises, échanges de marchandises et mouvement des paiements avec l'étranger, y compris la protection douanière et la protection des frontières;

6. chemins de fer fédéraux et trafic aérien;

7. postes et télécommunications;

8. statut du personnel au service de la Fédération et des organismes de droit public qui dépendent directement de la Fédération;
9. protection de la propriété industrielle, des droits d'auteur et droits d'édition;

10. collaboration de la Fédération et des Länder

    a) en matière de police criminelle

    b) à la défense du régime libéral et démocratique, de l'existence et de la sécurité de la Fédération ou d'un Land (protection de la constitution) et

c) à la protection contre des activités sur le territoire fédéral qui, par l'emploi de la force ou par des préparatifs dans ce sens, compromettent les intérêts extérieurs de la République fédérale d'Allemagne,

création d'un Office fédéral de la police criminelle et répression internationale de la criminalité;[32]

11. statistique destinée à des buts fédéraux.

Article 74 [Législation concurrente, catalogue]

La législation concurrente s'étend au domaine ci-dessous:

1. droit civil, droit pénal et régime pénitentiaire, organisation judiciaire, procédure judiciaire, barreau, notariat et consultation juridique;

2. état civil;

3. droit d'association et de réunion;

4. droit de résidence et d'établissement des étrangers;

(4)a) droit des armes et explosifs;[33]

5. protection des biens culturels allemands contre l'émigration à l'étranger;

6. réfugiés et expulsés;

7. prévoyance sociale;

8. nationalité dans les Länder;

9. dommages de guerre et réparations;

10. assistance aux mutilés de guerre et aux survivants des victimes de la guerre ainsi qu'aux anciens prisonniers de guerre;[34]

10a. tombes militaires et tombes d'autres victimes de la guerre et victimes de la tyrannie;[35]

11. droit économique (mines, industries, énergie, artisanat, professions industrielles et commerciales, banques et bourse, assurances de droit privé);

11a. production et utilisation de l'énergie nucléaire à des fins pacifiques, construction et exploitation d'installations à cet effet, protection contre les dangers occasionnés par la libération d'énergie nucléaire ou par des radiations ionisantes et élimination des substances radioactives;[36]

12. droit du travail, y compris l'organisation sociale des entreprises, la protection du travail, le placement, assurances sociales, y compris l'assurance-chômage;

13. allocations d'études et d'apprentissage, encouragement à la recherche scientifique;[37]

14. droit de l'expropriation en ce qui concerne les matières visées aux articles 73 et 74;

15. transfert du sol, des ressources naturelles et des moyens de production en propriété collective ou en d'autres formes d'économie collective;

16. prévention des abus de puissance économique;

17. développement de la production agricole et forestière, mesures destinées à assurer le ravitaillement, importation et exportation des produits agricoles et forestiers, pêche en haute mer et pêche côtière, protection des côtes;

18. mutation des biens fonciers, droit de la propriété foncière et régime des baux ruraux, logement, colonisation intérieure et propriété familiale;

19. mesures contre les épidémies et les épizooties dangereuses pour la collectivité, admission aux professions médicales et aux autres professions et activités dans le domaine de la thérapeutique, commerce des produits médicaux et pharmaceutiques, des stupéfiants et toxiques;

19a. sécurité économique des hôpitaux et réglementation des tarifs d'hospitalisation;[38]

20. protection du commerce des produits alimentaires et stimulants, des produits d'usage courant, des fourrages, des semences et des plants agricoles et forestiers, protection des arbres et des plantes contre les maladies et les parasites, ainsi que protection des animaux;[39]

21. navigation au long cours, cabotage, signalisation maritime, navigation intérieure, service météorologique, routes maritimes et eaux intérieures servant au trafic public;

22. trafic routier, circulation automobile, construction et entretien des routes à grande distance, perception et répartition de péages pour l'utilisation de routes publiques par des automobiles;[40]

23. chemins de fer autres que les chemins de fer fédéraux, à l'exception des chemins de fer de montagne;

24. enlèvement des ordures, lutte contre la pollution de l'air et contre le bruit.[41]

Article 74a[42]

1. La législation concurrente s'étend en outre au traitement et à la retraite des personnels de la fonction publique liés par un contrat de

service et de fidélité de droit public, pour autant que la Fédération n'a pas le droit de législation exclusive en vertu de l'article 73 N° 8.

2. Les lois fédérales en vertu de l'alinéa 1 requièrent l'approbation du Bundesrat.

3. L'approbation du Bundesrat est requise aussi pour les lois fédérales en vertu de l'article 73 N° 8 dans la mesure où elles prévoient pour la hiérarchie ou le calcul du traitement et de la retraite, y compris l'évaluation des fonctions ou d'autres montants minima ou maxima, des barèmes différents de ceux des lois fédérales en vertu de l'alinéa 1.

4. Les alinéas 1 et 2 valent mutatis mutandis pour le traitement et la retraite des juges de Land. L'alinéa 3 s'applique mutatis mutandis aux lois en vertu de l'article 98 alinéa 1.

Article 75 [Règles générales de la Fédération, catalogue] [43]

Sous réserve des conditions prévues à l'article 72, la Fédération a le droit d'édicter des règles générales sur:

1. le statut des personnes au service de la fonction publique des Länder, communes et autres organismes de droit public, pour autant que l'article 74a ne stipule rien d'autre;[44]

1a. les principes généraux de l'enseignement supérieur;[45]

2. le statut général de la presse et de l'industrie cinématographique;

3. la chasse, la protection des sites naturels et des paysages;

4. la répartition des terres, l'aménagement du territoire et le régime des eaux;

5. les déclarations de séjour et l'identité.

Article 89 [Voies fluviales fédérales]

(1) La Fédération est propriétaire des anciennes voies fluviales du Reich.

(2) La Fédération administre les voies fluviales fédérales par ses propres services. Elle assume, en matière de navigation intérieure, les tâches gouvernementales qui dépassent le cadre d'un Land et, en matière de navigation maritime, les tâches qui lui sont confiées par la loi. Sur demande d'un Land, elle peut confier à celles-ci, à titre d'administration déléguée, l'administration de voies fluviales fédérales situées sur le territoire de ce Land. Si une voie fluviale traverse le territoire de plusieurs Länder, la Fédération peut en confier l'administration à celui des Länder qui est proposé par les autres.

(3) En matière d'administration, d'aménagement et de construction de voies fluviales, les besoins de la culture du sol et le l'économie hydraulique doivent être sauvegardés en accord avec les Länder.

Article 91a [Précisions concernant les tâches communes] [46]

(1) La Fédération concourt dans les secteurs suivants à l'exécution des tâches des Länder, si ces tâches sont importantes pour la collectivité et si la coopération de la Fédération est requise pour l'amélioration des conditions de vie (tâches communes):

1. Agrandissement et construction d'universités et de grandes écoles, y compris les cliniques universitaires,

2. Améliorations de la structure économique régionale,

3. Amélioration de la structure agraire et de la protection côtière.

(2) Les tâches communes seront précisées par loi fédérale avec l'accord du Bundesrat. La loi doit contenir des principes généraux pour leur exécution.

(3) La loi prend des dispositions relatives à la procédure et à des institutions en vue d'un plan-cadre commun. L'inscription d'un projet dans le plan-cadre requiert l'accord du Land sur le territoire duquel il sera exécuté.

(4) Dans les cas prévus à l'alinéa 1 N^{os} 1 et 2, la Fédération assume la moitié des dépenses dans chaque Land. Dans les cas prévus à l'alinéa 1 N^{o} 3, la Fédération assume au moins la moitié; il faut que la participation soit uniforme pour tous les Länder. Les modalités seront réglées par la loi. L'attribution des fonds demeure fonction des prévisions budgétaires.

(5) Le gouvernement fédéral et le Bundesrat doivent sur demande être tenus au courant de l'exécution des tâches communes.

Article 91b [Coopération de la Fédération et des Länder à la planification de l'enseignement et à la recherche] [47]

La Fédération et les Länder peuvent sur la base de conventions passées entre eux coopérer à la planification de l'enseignement et à la promotion d'institutions et de projets de recherche scientifique d'importance suprarégionale. La répartition des coûts est réglée dans la convention.

Article 105 [Douanes, monopoles, impôts]

(1) La Fédération a le droit de législation exclusive en matière de douanes et de monopoles fiscaux.

(2) La Fédération a le droit de législation concurrente sur les autres impôts si le produit de ces impôts lui revient ou si les conditions de l'article 72 alinéa 2 sont réunies.[48]

(2a) Les Länder ont le pouvoir de légiférer en matière d'impôts sur les biens de consommation et d'impôts sur les signes extérieurs de richesse tant que et dans la mesure où ils ne sont pas similaires aux impôts régis par des lois fédérales.[49]

(3) Les lois fédérales en matière d'impôts dont le produit revient totalement ou en partie aux pays ou aux communes (associations intercommunales), requièrent l'approbation du Bundesrat.

Article 106 [Ventilation du produit de l'impôt] [50]

(1) La Fédération a droit au produit des monopoles et des impôts suivants:

1. droits de douane,

2. impôts sur la consommation, dans la mesure où il ne reviennent pas aux Länder en vertu de l'alinéa 2, conjointement à la Fédération et aux Länder en vertu de l'alinéa 3 ou aux communes en vertu de l'alinéa 6,

3. impôts sur le trafic routier de marchandises,

4. impôts sur les mutations de capitaux, impôts sur les conventions d'assurances, taxe sur les lettres de change,

5. impôts exceptionnels sur le capital et prélèvements au titre de la péréquation des charges,[51]

6. impôt complémentaire à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les sociétés,

7. droits perçus dans le cadre des Communautés européennes.

(2) Les Länder ont droit au produit des impôts suivants:

1. impôts sur le capital,

2. impôts sur les successions,

3. taxe de circulation sur les véhicules automobiles,

4. impôts sur les mutations et transactions, pour autant qu'il ne revient pas à la Fédération en vertu de l'alinéa 1 ou conjointement à la Fédération et aux Länder en vertu de l'alinéa 3,

5. impôt sur la bière,

6. impôts sur les maisons de jeu.

(3) Le produit de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le chiffre d'affaires revient conjointement à la Fédération et aux Länder (impôt communautaire), pour autant que le produit de l'impôt sur le revenu n'est pas affecté aux communes en vertu de l'alinéa 5. La Fédération et les Länder participent pour moité au produit de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés. Les parts respectives de la Fédération et des Länder à l'impôt sur le chiffre d'affaires sont fixées par une loi fédérale, qui requiert l'accord du Bundesrat. La ventilation s'inspire des principes suivants:

1. Dans le cadre des recettes ordinaires, la Fédération et les Länder ont un droit égal à la couverture de leurs dépenses nécessaires. Le volume des dépenses doit être calculé en fonction d'une planification financière portant sur plusieurs années.

2. Les besoins de couverture de la Fédération et des Länder doivent être harmonisés de manière à assurer une juste péréquation, à éviter de grever trop lourdement les contribuables et à maintenir une certaine unité de conditions de vie sur l'ensemble du territoire fédéral.

(4) Il convient de redéfinir les quotes-parts de la Fédération et des Länder à l'impôt sur le chiffre d'affaires si le rapport entre les recettes et les dépenses de la Fédération et des Länder évolue de manière sensiblement différente. Si une loi fédérale impose aux Länder des dépenses supplémentaires ou leur retire des recettes, la charge supplémentaire imposée par la loi fédérale, qui requiert l'accord du Bundesrat, peut être compensée aussi par des subventions de la Fédération si elle est de courte durée. La loi définira les principes qui présideront au calcul de ces subventions et à leur répartition entre les Länder.

(5) Les communes reçoivent une partie des recettes de l'impôt sur le revenu, que les Länder doivent transférer à leurs communes au prorata des prestations d'impôts de leurs habitants. Les modalités sont précisées par une loi fédérale, qui requiert l'accord du Bundesrat. Elle peut stipuler que les communes fixent des taux de perception pour la part communale.

(6) Les communes ont droit au produit des impôts réels, le produit des impôts locaux sur la consommation et les signes extérieurs de richesse revient aux communes ou aux associations intercommunales en fonction de la législation régionale. Il faut accorder aux communes le droit de fixer les taux de perception des impôts réels dans le cadre des lois. Si un Land n'a pas de communes, le produit des impôts réels et des impôts locaux sur la consommation et sur les signes extérieurs de richesse lui revient. La Fédération et les Länder peuvent participer par un prélèvement au produit de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux. Les modalités du prélèvement sont fixées par une loi fédérale, qui requiert l'approbation du Bundesrat. Selon la législation régionale, les impôts réels et la quote-part communale du produit de l'impôt sur le revenu peuvent servir de bases de calcul pour des prélèvements.

(7) Un certain pourcentage de la part des Länder au produit total des impôts communautaires va aux communes et aux associations intercommunales; il est fixé par la législation régionale. C'est elle d'ailleurs qui décide si et dans quelle mesure le produit des impôts régionaux va aux communes (associations intercommunales).

(8) Si La Fédération met en œuvre dans un Land ou une commune (association intercommunale) un projet particulier qui entraîne directement pour ce Land ou cette commune (association intercommunale) des dépenses supplémentaires ou une diminution des recettes (charges spéciales), la Fédération accordera la compensation

nécessaire si et dans la mesure où il serait abusif d'exiger d'eux qu'ils supportent ces charges supplémentaires. La compensation tiendra compte d'indemnités versées par des tiers et d'avantages financiers découlant de ce projet.

(9) Les recettes et dépenses des communes (associations intercommunales) sont considérées également comme recettes et dépenses des Länder au sens de cet article.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. Il existe en outre une péréquation «implicite» dans la façon de distribuer le produit de la taxe à la valeur ajoutée. Une province relativement pauvre comme le Slesvig-Holstein tire, dit-on, 40 p. cent de son budget des paiements de transfert et de péréquation. Toutefois, ces fonds comprennent probablement certains transferts de la C.E.E. attribuables à l'important secteur agricole du Land.

2. Survey of the West Germany Economy, *The Economist*, 8 novembre 1980.

3. Cette loi fédérale, ainsi que la Loi sur la construction des routes fédérales, entre dans la catégorie administrative dite d'Auftragsverwaltung, en vertu de laquelle la Fédération est en droit de donner des instructions aux gouvernements des Länder. Il existe aussi des lois-cadres fédérales dans certains domaines. Chaque province adopte alors sa propre loi, qui incorpore les dispositions de la loi fédérale et les complète par des dispositions spécifiques. Chaque Land administre ainsi une loi de Land et non une loi fédérale, à laquelle s'appliquent des règles de droit différentes. Pour plus de renseignements sur les lois-cadres et d'autres aspects du fédéralisme allemand susceptibles d'intéresser les Canadiens, voir l'étude de J.A. Hayes, *German Federalism Revisited*, document diffusé par l'auteur, en date du 16 juillet 1980.

4. Introduction de la brochure *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne*, Office de presse et d'information, gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, Bonn. Le Bundesrat est une institution fédérale. Les Parlements des Länder n'ont pas le droit de donner aux délégués des Länder des instructions de vote. Les votes de chaque gouvernement, qui varient légèrement en nombre selon la population du Land, sont exprimés en bloc. Voir *La Chambre de la Fédération*, Centre d'information sur l'unité canadienne, Ottawa, 1978, pages 25 et 26.

5. Le C.D.U. est toutefois un peu moins intégré que le S.P.D.

6. La représentation des partis au sein du collège électoral est déterminée suivant un principe essentiellement similaire à la méthode qui aurait servi à la détermination de la représentation des partis au nouveau Sénat canadien proposé dans le projet de loi C-60, présenté en 1978. Voir *La Chambre de la Fédération,* page 17.

7. Un régime fédéral politiquement intégré offre un avantage: lorsque des partis politiques différents sont au pouvoir à des niveaux différents de gouvernement, un citoyen peut défendre sa cause en suivant plusieurs intinéraires. Par exemple, des électeurs écologistes d'une ville du Land de BadeWurtemberg, gouverné par le parti S.P.D., ont obtenu qu'un député fédéral S.P.D. intervienne avec succès pour priver d'aide fédérale un projet de construction d'une nouvelle route locale. L'affiliation à des partis existe aussi au niveau des communes.

8. Pendant presque toute la période qui s'est écoulée depuis la Deuxième Guerre mondiale, les gouvernements de l'Allemagne, au niveau de la Fédération et des Länder, ont été des gouvernements de coalition. Toutefois, à l'été 1980, seuls quatre gouvernements étaient constitués par des coalitions: Bonn, La Hesse et Berlin (tous S.P.D.-F.D.P.) et la Sarre (C.D.U.-C.S.U.).

9. Nevil Johnson, *Federalism and Decentralisation in Germany*, H.M.S.O., Londres, 1973, voir pages 3 et 60.

10. Il en va de même des relations entre les provinces. Par exemple, trois Länder coopèrent à l'exploitation de la deuxième plus importante station de radio et de télévision de l'Allemagne, la Norddeutscher Rundfunk. Au début de 1980, les deux Länder C.D.W. de Slesvig-Holstein et de Basse-Saxe ont menacé de se retirer de l'arrangement tripartite parce qu'ils estimaient que les programmes étaient dominés par des éléments de gauche. Le troisième Land, où se trouve la station, est Hambourg, que gouverne le S.P.D.

11. Le Conseil de la planification financière (Finanzplanungsrat), est un organisme fédéral-provincial qui devait jouer un important rôle de coordination. Son histoire est fort bien présentée par le professeur Jack Knott dans une communication intitulée *Federalism, Macroeconomic Guidelines, and Budget Policy in West Germany*, présentée lors d'une réunion de l'Association américaine des sciences politiques, à Washington, en septembre 1977.

12. Voir la chapitre sur la Communauté économique européenne.

13. Christian W. Zoellner, *Federal-Laender Relations in Education and Cultural Affairs in the Federal Republic of Germany*, in R. L. Matthews (ed.), *Federalism in Australia and the Federal Republic of Germany*, ANU Press, Canberra, 1980, page 183.

14. Pour plus de renseignements sur le mécanisme des tâches communes, voir J.A. Hayes, *German Federalism Revisited.*

15. Les citations sont de Zoellner, *Federal-Laender Relations...* page 183.

16. Cette insatisfaction demeure même si «aucun autre État fédéral n'a su réaliser, grâce à la coopération de ses membres, un niveau de normalisation et de coordination comparable à celui atteint par l'intermédiaire de la Conférence (des ministres de l'Éducation)». Zoellner, *Federal-Laender Relations...*, page 177.

17. *The Economist*, 23 août 1980, page 42.

18. Zoellner, *Federal-Laender Relations..., page 177.*

19. Voir les statistiques de population et de PIB des Länder allemands dans *The Economist*, Survey of the West German Economy, 8 novembre 1980, page 20.

20. Chapitre VIII, page 158, d'un rapport publié en 1976 par l'O.C.D.E. sur les problèmes des régions. Ce chapitre constitue une source utile de renseignements sur la politique de développement régional de l'Allemagne jusqu'à cette époque, soit avant que le chômage ne devienne un problème grave.

21. Rapport de l'O.C.D.E. sur les problèmes des régions, page 163.

22. Le droit de vote de ce Land est légèrement pondéré au Bundesrat et, en conséquence, au niveau de la législation fondamentale qui gouverne le régime, mais chaque Land dispose du même droit de vote dans l'administration du régime.

23. Publicité du gouvernement de la Bavière, *The Economist*, 8 novembre 1980.

24. *The Economist*, Survey of the West German Economy, 8 novembre 1980, page 20.

25. Bernd Reissert, *Responsibility Sharing and Joint Tasks in West German Federalism, In Principles of federal policy co-ordination in the Federal Republic of Germany* Centre for Research on Federal Financial Relations, ANU, Canberra, 1978.

26. Bernd Reissert, *Responsibility Sharing and Joint...*

27. *Protection de l'environnement, Conservation de la nature*, brochure d'information n° 9, publiée par l'Office de presse et d'information du gouvernement de Bonn, 1977.

28. *The Economist*, Survey of the West German Economy, 8 novembre 1980, page 20.

29. Amendé par la loi fédérale du 24 juin 1968 (J.O.F. 1 page 709).

30. Amendé par les lois fédérales du 19 mars 1956 (J.O.F. 1 page 111) et du 24 juin 1968 (J.O.F. page 709).

31. Amendé par les lois fédérales du 26 mars 1954 (J.O.F. 1 page 45) et du 24 juin 1968 (J.O.F. 1 page 711).

32. Inséré par la loi fédérale du 28 juillet 1972 (J.O.F. 1 page 1305).

33. Inséré par la loi du 28 juillet 1972 (J.O.F. 1 page 1305) et amendé par la loi du 23 août 1976 (J.O.F. 1 page 2383).

34. Amendé par la loi fédérale du 16 juin 1965 (J.O.F. 1 page 513).

35. Inséré par la loi fédérale du 16 juin 1965 (J.O.F. page 513).

36. Inséré par la loi fédérale du 23 décembre 1959 (J.O.F. 1 page 813).

37. Amendé par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 363).

38. Inséré par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 363).

39. Amendé par la loi fédérale du 18 mars 1971 (J.O.F. 1 page 207).

40. Amendé par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 363).

41. Amendé par la loi fédérale du 14 avril 1972 (J.O.F. 1 page 593).

42. Inséré par la loi fédérale du 18 mars 1971 (J.O.F. 1 page 206).

43. Amendé par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 363).

44. Amendé par la loi fédérale du 18 mars 1971 (J.O.F. 1 page 206).

45. Inséré par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 363).

46. Inséré par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 359).

47. Inséré par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 359).

48. Amendé par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 359).

49. Inséré par la loi fédérale du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 359).

50. Amendé par les lois fédérales du 23 décembre 1956 (J.O.F. 1 1077) et du 12 mai 1969 (J.O.F. 1 page 359).

51. i.e. les contributions imposées aux personnes n'ayant pas subi de dommages de guerre et devant servir à indemniser celles qui en ont subi.

LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

Dispositions constitutionnelles et administratives régissant la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux

La présente partie traite principalement de la Communauté économique européenne, mais elle aborde à l'occasion certains aspects des deux autres communautés européennes: la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom).

LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

Page

Sources et remerciements 295

Description de la Communauté 297
Développement de la C.E.E. 297
Principales caractéristiques de la C.E.E. 299
Objectifs et dispositions du Traité 299
Institutions 300
• Le Conseil des ministres 301
• La Commission 301
• Le Parlement européen 302
• Le Comité économique et social 303
• La Cour de justice 303
Lois de la Communauté 304
Le budget 306
Éléments d'un régime fédéral 307
Perspectives d'élargissement de la Communauté 308

La libre circulation des produits, des services, des personnes et des capitaux 309
Résumé 309
Objectifs de la Communauté 310
Pratiques interdites 310
Droits garantis 312
Harmonisation des législations 313
Comment promouvoir normalement l'harmonisation 314
Résultats obtenus 315
• Biens 315
• Services 317
• Capitaux 317
• Personnes 317
Biens et services 318
Dispositions du Traité et interprétation: biens 318
• Droits de douane et impositions intérieures discriminatoires 319
• Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent 321
• Monopoles d'État ayant un caractère commercial 324
Dispositions du Traité et interprétation: les services 325
• Les personnes 325
• Sociétés de droit civil ou commercial 328
Dispositions du Traité et interprétation: entreprises publiques 328
• Obligation générale faite aux États membres 329
• Gestion de services d'intérêt économique général 330
• Rôle de superviseur confié à la Commission 331
• Sujets d'intérêt particulier 331
Publicité 331
L'agriculture, y compris la Politique agricole commune et les «taux verts» 332
Les services des banques et des assurances 335

Énergie ... 337
Pêche ... 338
Préférences des gouvernements en matière d'achats ... 338
Pipelines et lignes de transmission ... 341
Normes de santé et de sécurité et normes techniques ... 341
Transports ... 345
Capitaux ... 346
Les personnes ... 348
Dispositions du Traité et leur interprétation ... 348
Travailleurs dans des secteurs autres que les professions ... 349
Les professions ... 351
Admissibilité des migrants aux avantages sociaux ... 353
Droits politiques des migrants ... 354
Discrimination contre les travailleurs des autres États membres ... 354
Passeport et permis de conduire de la communauté ... 354
Autres pouvoirs et politiques relatifs à la libre circulation ... 355
La politique de concurrence ... 355
Protection du consommateur ... 357
Politiques à long terme et politiques structurelles ... 359
• Éducation et formation professionnelle ... 359
• Aides accordées par les États à l'industrie et au développement régional ... 360
• Protection de l'environnement ... 368
Infrastructure commerciale ... 369
• Le Système monétaire européen ... 369
• Droit commercial, droit corporatif et réglementation des valeurs mobilières ... 370
• Harmonisation fiscale ... 373
Mécanismes de la communauté ... 378
Droit de la Commission à prendre des initiatives et majorité qualifiée du Conseil ... 379
Majorité anonyme de la Cour ... 379
Effet direct ... 379
Doctrine du remède le moins restrictif ... 380
Préavis et autorisations préalables ... 380
Poursuites intentées à la Commission ... 381
Directives ... 381
Reconnaissance mutuelle des critères d'inspection et de contrôle ... 381
Harmonisation: minimum, facultative et intégrale ... 382
Financement conjoint ... 382
Comité d'arbitrage comprenant des étrangers ... 383
Personnel de la Commission: un bassin d'experts ... 383
Symposium ... 383

Notes de référence ... 385

SOURCES ET REMERCIEMENTS

La présente étude au sujet de la Communauté économique européenne (C.E.E.) a été rédigée en février 1981. Elle s'inspire largement de quatre sources de référence écrites et du résultat d'entrevues avec des fonctionnaires de la Commission des Communautés européennes, qui se sont déroulées à Bruxelles en mai 1980.

SOURCES ÉCRITES

- Wyatt, Derrick et Dashwood, Alan, *The Substantive Law of the EEC*, Londres, Sweet and Maxwell, 1980.

Je me suis largement inspiré de cet ouvrage aussi excellent que récent, avec l'aimable autorisation des auteurs. Quelques-unes des sections de la présente étude, notamment celles qui ont trait à l'interprétation juridique des dispositions du traité, ne sont qu'un résumé du texte plus détaillé de cet ouvrage. Les chercheurs sérieux devraient consulter directement cette source de référence.

- Publications de la Commission.

Les services d'information de la Commission rendent accessibles des publications utiles, aussi bien sous forme abrégée que sous forme de textes plus détaillés. Parmi les publications abrégées que j'ai consultées figurent deux collections *Dossier de l'Europe* et *Documentation européenne*. J'ai également consulté d'autres publications, tel que le *Treizième rapport général* de la Commission, qui sont citées dans les notes de référence à la fin du texte.

Le texte des articles du traité est tiré de l'édition abrégée du *Traité constituant la Communauté économique européenne*, publiée par l'Office des Publications officielles des Communautés européennes, 1979.

- Publications de Price Waterhouse & Co.

L'un des guides les plus remarquables, aussi bien par son utilité que par sa brièveté, dans le domaine de la C.E.E. et des dispositions du Traité relatives à la libre circulation, est l'ouvrage intitulé *Doing business in the European Communities*, octobre 1980. Des renseignements plus détaillés au sujet du droit des sociétés et de la fiscalité, par exemple, figurent dans les *Bulletins de la C.E.E.* qui sont publiés périodiquement par Price Waterhouse.

- Articles de presse.

La source la plus fréquemment mentionnée est *The Economist* de Londres, pour la période comprise entre la fin de 1979 et janvier 1981.

ENTREVUES

J'aimerais exprimer ma plus vive reconnaissance à tous les fonctionnaires de la Commission qui m'ont si généreusement fait don de leur temps, et j'aimerais remercier en particulier:

Jean-Jacques Beuve Méry
Christopher Cruickshank
Dirk J. Dekker
Dermott John Devine
Leslie Duck
Hans Claudius Ficker
Joseph Gilchrist
Gerhard Hipp
Gérard Imbert
R. Martin
Pierre Ohlmann
John K. Temple Lang
John S. Vigors
Richard Wainwright
Erick Zimmermann

Je remercie également Gwyn Morgan et Dan Roseman, de la Délégation de la Commission à Ottawa, pour l'aide et les conseils qu'ils ont bien voulu me fournir. C'est grâce à John Klassen, de la Délégation canadienne à Bruxelles, que les entrevues ont pu avoir lieu.

John A. Hayes
février 1981

DESCRIPTION DE LA COMMUNAUTÉ[1]

La C.E.E. est une tentative de création d'un marché commun sans barrières douanières à partir d'éléments relativement réfractaires, et qui est caractérisée par une admirable volonté de réussir. Parce qu'il s'agit d'une tentative récente, où il a fallu tenir compte des caractéristiques d'après-guerre des économies modernes, il est intéressant d'étudier le traité, les institutions et les mécanismes de consultation qui ont été mis en place afin d'atteindre cet objectif. Même s'il faut reconnaître que la Commission peut parfois manifester un excès d'enthousiasme pour ce qui est de «l'harmonisation» des législations nationales disparates, si la Communauté, qui n'est qu'un embryon de système fédératif, réussit à harmoniser ou envisage d'harmoniser une activité donnée, cela devrait suffire pour que les systèmes fédératifs s'y intéressent, notamment les pays comme le Canada, qui ont un marché plus restreint que celui de la C.E.E.. De manière générale, même les pays qui ont des marchés plus importants doivent s'y intéresser, qu'ils soient ou non constitués en fédération. La zone d'échanges délimitée par la C.E.E. et par les nombreux pays avec lesquels cette dernière a signé des accords est tellement étendue que certaines des dispositions communes finiront par influencer obligatoirement la totalité du marché mondial. Cela est particulièrement vrai dans le cas des normes industrielles et des pratiques commerciales.

Les six premiers membres de la Communauté étaient l'Allemagne, la France, l'Italie, la Belgique, la Hollande et le Luxembourg. La Grande-Bretagne, le Danemark et l'Irlande ne devaient y adhérer que le 1er janvier 1973 et la Grèce, le 1er janvier 1981. À l'heure actuelle, la Communauté représente une population totale d'environ 270 millions d'âmes. L'Espagne et le Portugal pourraient adhérer à la Communauté vers 1984. La zone de libre-échange pour les produits industriels comprend tous les pays de l'Association européenne de libre échange (A.E.L.E.), et des traités commerciaux de caractère particulier ont été signés avec de nombreux autres pays, y compris ceux du tiers-monde.

DÉVELOPPEMENT DE LA C.E.E.

Le précurseur de l'actuelle C.E.E. et de ses structures institutionnelles a été la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), qui établit un marché commun pour les produits du charbon et de l'acier des Six. Le Traité de Paris, du 18 avril 1951, comporta la création d'une Haute Autorité indépendante des gouvernements, d'un Conseil des ministres, d'une Cour de justice et d'une Assemblée parlementaire. Les buts poursuivis étaient de nature plutôt politique

qu'économique : par une intégration économique et politique accrue, on voulait éviter toute répétition de la Deuxième Guerre mondiale.

Le Traité de Paris prévoyait l'abolition des droits de douane à l'importation et à l'exportation, des pratiques commerciales qui empêchent l'acheteur de choisir librement ses fournisseurs, de même que les subventions. Les pouvoirs d'intervention de la Haute Autorité dans l'évolution du marché libre étaient limités, mais dans certains cas celle-ci pouvait établir les prix et imposer des amendes s'il y avait atteinte aux critères de la concurrence. La CECA représentait le premier palier d'un fédéralisme européen.[2]

On tenta ensuite de créer une Communauté européenne de défense, en vue d'intégrer les différentes armées et d'offrir un cadre acceptable au réarmement de l'Allemagne. À la même époque, une Assemblée ad hoc, dont le noyau était constitué par l'Assemblée de la CECA, envisagea l'éventualité d'une communauté politique. Les recommandations de l'Assemblée ad hoc soumises en mars 1953 proposaient ce qui suit :

- un marché commun;
- une sécurité commune;
- une politique étrangère commune;
- l'adhésion à une convention des droits et libertés.

L'espoir d'une union politique rapide fut bientôt déçu lorsque le Parlement français rejeta, en août 1954, le traité de la Communauté européenne de défense. En 1955, les six membres décident de procéder de façon plus prudente et de former une union politique indirectement, par le biais d'une intégration économique accrue. Ils nomment un comité, qui devait leur soumettre le Rapport Spaak en avril 1956. Ce rapport recommandait la création d'un marché commun et soulignait le caractère indispensable d'une supervision institutionnalisée de son évolution, «étant donné qu'il serait impossible d'énumérer de façon exhaustive les procédures et mécanismes nécessaires pour atteindre le but recherché».[3]

Deux séries de négociations furent entreprises parallèlement: la première, entre les Six, aboutit au Traité de Rome le 25 mars 1957; la seconde, entre sept autres pays européens, aboutit à l'Association européenne de libre-échange, (A.E.L.E.) le 3 mai 1960. Le Traité de Rome créait la Communauté économique européenne (C.E.E.) de même que la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom). Les accords institutionnels étaient analogues à ceux de la CECA;

plus tard, les institutions furent fusionnées, c'est-à-dire que la Haute Autorité de la CECA fut intégrée à la Commission de la C.E.E.

Le Royaume-Uni réussit enfin à adhérer à la Communauté, le 1er janvier 1973, en même temps que l'Irlande et le Danemark. On pouvait lire dans le livre blanc du gouvernement britannique (1970) que «le développement et l'exploitation de la technologie industrielle moderne, dont dépendent de plus en plus notre emploi et notre revenu, exigent des affectations plus importantes de ressources à la recherche et au développement, et des marchés plus étendus que ceux dont pourrait disposer toute nation d'Europe occidentale».[4]

Par ailleurs, en octobre 1972, les chefs d'État ou de gouvernement des Six conviennent à Paris de créer une union européenne. En décembre 1974, le premier ministre de la Belgique, M. Leo Tindemans, est chargé d'élaborer un rapport sur ce qu'on entendait par cette expression. Ce rapport fut soumis le 29 décembre 1975.[5] Il proposait «une série de mesures dont, notamment: une politique extérieure commune, une union économique et monétaire, des politiques sociale et régionale européennes, des actions sectorielles communes dans des secteurs industriels de pointe, des politiques touchant directement les citoyens de la Communauté et un sérieux renforcement des institutions communautaires».[6] Le rapport de Leo Tindemans, plusieurs fois à l'ordre du jour du Conseil européen, n'a pas encore eu de suites directes. Le Conseil européen est le Conseil des ministres (voir plus loin).

Le Système monétaire européen, mis en vigueur en mars 1979, est suivi au mois de juin des premières élections directes au Parlement européen.

La Grèce est devenue le dixième État membre le 1er janvier 1981. Des mesures de transition seront appliquées pendant quelques années avant que la Grèce ne soit totalement intégrée.

PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA C.E.E.

Les paragraphes suivants énumèrent les principaux objectifs ainsi que les dispositions du traité, les institutions, la nature de la législation de la Communauté et le budget de la Communauté.

Objectifs et dispositions du Traité

Le préambule du Traité[7] précise que les signataires sont «déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens» et «décidés à assurer par une action commune

le progrès économique et social de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe». À l'article 2, le Traité ajoute que «La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit».

L'article 3 énumère les activités de la Communauté, à savoir:

- l'élimination, entre les États membres, des droits de douane à l'entrée et à la sortie des marchandises, et des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux;
- l'établissement d'une union douanière;
- l'adoption d'une politique commune dans les domaines de l'agriculture et des transports;
- l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée;
- la coordination des politiques économiques;
- le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun;
- la création d'un Fonds social, en vue d'améliorer les possibilités des travailleurs;
- l'institution d'une banque d'investissement;
- l'association des pays et territoires d'outre-mer.

L'article 7 stipule que «dans le domaine d'application du présent traité [...] est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations».

Un autre traité a institué l'Euratom pour réglementer la coopération dans le domaine de l'utilisation pacifique de l'énergie atomique, domaine où les Six ont constaté en 1957 leur retard par rapport à d'autres pays comme les États-Unis ou la Grande-Bretagne.

Institutions

L'article 4 prévoit la création de quatre institutions: une Assemblée (devenue le Parlement européen), un Conseil des ministres avec la participation de tous les États membres, une Commission de fonctionnaires désignés et une Cour de justice qui siège au Luxembourg. De

plus, «le Conseil et la Commission sont assistés d'un Comité économique et social exerçant des fonctions consultatives».

- **Le Conseil des ministres**

Le Conseil prend la plupart des décisions importantes de la Communauté et il est la source de la législation de cette dernière (nous y reviendrons plus tard). Ses interventions doivent s'inscrire dans le cadre des traités et, à quelques exceptions près, elles doivent donner suite à des recommandations formulées par la Commission. Il compte un ministre de chaque État membre, qui change selon le sujet à l'étude. La présidence est exercée à tour de rôle par chaque ministre des affaires étrangères pour une durée de six mois.

Le Conseil statue à l'unanimité ou à la majorité qualifiée, comme prévu par les traités. Chaque membre a un nombre de voix proportionnel à sa population, le total, avant l'adhésion de la Grèce, étant de 58 voix: les quatre principaux États membres avaient dix voix chacun, la Hollande et la Belgique cinq voix chacune, le Danemark et l'Irlande trois voix chacun, et le Luxembourg deux voix. La majorité qualifiée exige au moins 41 voix et, dans certains cas, ces voix doivent être exprimées par au moins six États membres. Le budget de la Communauté peut être approuvé par une majorité qualifiée. Toute combinaison de deux États membres principaux, comme l'Allemagne et la France, peut constituer une minorité obstructionniste. Dans la pratique, la plupart des décisions sont prises à l'unanimité. En vertu d'une convention, les questions qui, de l'avis de l'un des États membres, touchent aux «intérêts vitaux» de celui-ci, ne peuvent être résolues que par un vote unanime.

L'habitude de prendre des décisions à l'unanimité a ses avantages, mais le processus de prise de décision s'en trouve ralenti et l'unanimité devient de plus en plus difficile à atteindre, à mesure que le nombre des États membres s'accroît.

- **La Commission**

La Commission est, en termes constitutionnels, un corps exécutif qui fait des propositions au Parlement (le Conseil) en vue de l'application et de la sauvegarde des dispositions des traités. Son personnel constitue la fonction publique de la Communauté. Avant l'adhésion de la Grèce, la Commission comptait 13 membres: deux provenant de chacun des quatre États membres principaux et un provenant de chacun des cinq États membres plus petits. Les membres de la Commission sont nommés par les gouvernements des États membres, et leur mandat de quatre ans est renouvelable. Les États membres

principaux ont pris l'habitude de nommer un membre appartenant à un parti d'opposition en même temps qu'un membre du parti au pouvoir. Les membres de la Commission doivent être indépendants: ils ne représentent pas le gouvernement qui les a nommés, tout comme ils ne sollicitent ni n'acceptent ses instructions. La Commission statue à la majorité simple. Elle est collectivement responsable vis-à-vis du Parlement européen; celui-ci peut dissoudre la Commission, bien qu'il ne puisse en congédier les membres. L'obligation qui est faite à la Commission de répondre aux questions des parlementaires fournit à ces derniers un important mécanisme de contrôle. Le Parlement peut aussi poursuivre la Commission ou le Conseil s'ils ne s'acquittent pas de leurs obligations en vertu du Traité (article 175).

La Commission est souvent l'alliée du Parlement face au Conseil. La Commission et, dans une certaine mesure, le Parlement représentent les intérêts de la Communauté plutôt que ceux des États membres.

La Commission, tout comme le Conseil, cherche à éviter les votes majoritaires, ce qu'on a commencé à lui reprocher. Certains voudraient qu'elle adopte une attitude plus ferme face au Conseil. Il est, cependant, difficile à un corps nommé de faire face à un corps élu, même si, pour les fins de la Communauté, le Conseil est indirectement plutôt que directement élu.

- **Le Parlement européen**

Le Parlement est devenu un corps directement élu en 1979. La loi électorale applicable est celle qui prévaut dans chacun des États membres. Le Parlement comptait à l'époque 410 sièges, et il est possible que ce nombre ait changé depuis l'adhésion de la Grèce. Les quatre États membres principaux avaient chacun un nombre de sièges égal, et les cinq membres plus petits un nombre de sièges légèrement pondéré en fonction de leur population. Le nombre de sièges par million de personnes (population de 1976) s'établissait comme on le verra plus bas. La liste commence par l'État membre le moins peuplé et se termine par le plus peuplé.

	Nombre de sièges	Par millions de personnes
Luxembourg	6	16,9
Irlande	15	4,7
Danemark	16	3,2
Belgique	24	2,4
Hollande	25	1,8
France	81	1,5
Royaume-Uni	81	1,4
Italie	81	1,4
Allemagne	81	1,3

Cependant, le Parlement n'est pas encore une institution puissante. Il n'a aucun pouvoir réel de légiférer; dans certains cas, il peut retarder des décisions, car le Traité oblige le Conseil des ministres à consulter le Parlement avant de procéder. De par ses fonctions, il «exerce les pouvoirs de délibération et de contrôle qui lui sont attribués par le présent Traité» (article 137). Il exprime son avis au sujet des propositions de la Commission, avant que celles-ci ne soient soumises au Conseil, et la Commission modifie habituellement ses propositions après avoir reçu l'avis du Parlement. Le Parlement jouit également de certains pouvoirs en ce qui concerne le budget de la C.E.E., dont on reparlera plus loin.

Les socialistes, qui regroupent le plus grand nombre d'élus au Parlement en 1979, ne constituent pas le groupe le plus cohérent, ni même la majorité. Il serait difficile de former une coalition durable parmi les groupes qui représentent les différents partis.

- **Le Comité économique et social**

Le Comité économique et social émet des avis spécialisés au sujet de propositions législatives et autres. Il est composé d'employeurs, d'employés et d'autres groupes d'activité. Les membres sont nommés par le Conseil des ministres statuant à l'unanimité. À l'exemple des membres de la Commission, les membres de ce Comité doivent agir de façon indépendante et ne doivent ni solliciter ni suivre des instructions. Le Comité doit être consulté au sujet de certaines questions dont «la libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement, la liberté de fournir des services, et dans tous les cas où l'harmonisation des dispositions des lois nationales, règlements ou mesures administratives pourrait comporter des amendements à la législation des États membres».[8]

- **La Cour de justice**

La Cour de justice est la Cour suprême de la Communauté, chargée d'interpréter la législation de la Communauté. La principale source de cette législation se trouve dans les traités. La Cour compte neuf juges nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres.

> La convention selon laquelle un juge est nommé pour chaque État membre (une habitude établie et non une règle immuable) permet d'assurer une connaissance instantanée du système judiciaire de chacun des pays. Les juges sont nommés pour un mandat de six ans, et le renouvellement de ce mandat est la règle plutôt que l'exception. Leurs décisions sont toujours présentées sans préciser si le verdict a été prononcé à l'unanimité ou à la majorité, et leurs délibérations

demeurent secrètes. Ainsi, aucun gouvernement d'un État membre ne peut déterminer si son propre juge a aidé ou compromis sa cause.[9]

«Le rôle essentiel de la Cour consiste à examiner la légalité des Actes du Conseil et de la Commission, à déterminer si un État membre s'est conformé ou non à ses obligations en vertu des lois de la Communauté, et à rendre une décision préliminaire à la demande d'une cour nationale d'un État membre quant à l'interprétation des lois de la Communauté».[10] L'application des lois de la Communauté est généralement assurée par l'intermédiaire des cours nationales.

Lois de la Communauté

Les lois de la Communauté découlent de lois fondamentales et secondaires. Les lois fondamentales sont comprises dans les traités,[11] qui représentent en fait la Constitution de la Communauté. Les deux principaux instruments de législation secondaire sont les règlements et les directives. Les accords conclus par le Conseil des ministres avec des pays tiers font également partie des lois de la Communauté.[12]

Deux aspects importants méritent d'être retenus dans le cas des lois de la Communauté. En premier lieu, elles ont préséance sur les lois nationales; en second lieu, certaines lois fondamentales et secondaires confèrent «de nombreux droits individuels aux nationaux des États membres. Ces droits deviennent ensuite partie intégrante du corpus de lois nationales dans chacun des États et, au besoin, les particuliers peuvent les invoquer dans leurs propres cours de justice».[13]

Les cours de certains États membres ont proclamé il y a quelques années que la ratification des traités de la Communauté par leurs gouvernements respectifs était inconstitutionnelle; d'autres ont même affirmé que du fait que les traités avaient été ratifiés par des lois nationales, ils pouvaient être abrogés par des lois subséquentes. La Cour du Luxembourg a cependant statué que les lois de la Communauté sont essentiellement constitutionnelles et, «sur la base de l'analogie avec les régimes fédératifs», la Cour considérait les lois découlant des traités comme ayant préséance sur les lois nationales, même lorsque ces dernières sont plus récentes ou sont de nature constitutionnelle. La primauté des lois de la C.E.E. s'applique aussi bien aux lois fondamentales qu'aux lois secondaires.

Le Traité de la C.E.E. stipule que dans certains cas particuliers le Conseil des ministres adopte des règlements ou émet des directives en vue de l'application des dispositions du Traité. La recherche de l'unani-

mité au sein du Conseil ralentit le processus. La Commission peut dans certains cas adopter elle-même des règlements, notamment dans le domaine de l'agriculture. Comme nous l'avons vu précédemment, le Conseil ne statue, dans la plupart des cas, que sur des propositions faites par la Commission.

Les règlements ont des conséquences juridiques plus sérieuses que les directives, du fait qu'ils peuvent être directement invoqués dans les cours nationales, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être nécessairement reproduits dans les dispositions statutaires des divers pays. Ils ont également un effet direct, c'est-à-dire qu'ils créent non seulement des obligations entre les États membres, mais qu'ils comprennent aussi des dispositions qui confèrent des droits juridiques à toute personne physique ou morale face à d'autres personnes ou à l'un des États membres. Ces droits sont protégés dans les cours nationales, et les décisions de la Cour du Luxembourg en assurent l'interprétation uniforme dans toute la Communauté. Les directives, qui s'adressent aux gouvernements des États membres, ont pour objet d'harmoniser les lois ou les mesures administratives. Elles lient les États membres quant aux mesures à atteindre, mais le choix des méthodes est laissé aux autorités de chaque pays. Par exemple, celles-ci, peuvent avoir recours à des mesures administratives plutôt qu'à l'adoption de lois, comme le font déjà deux États membres quand il s'agit d'appliquer la directive relative aux achats par les gouvernements.

Les articles du Traité et, dans une moindre mesure, les directives, peuvent avoir un effet direct, mais cela demeure une question d'interprétation juridique par la Cour du Luxembourg. À titre d'exemple, l'article 119 a été jugé comme ayant un effet direct. Cet article contraint les États membres à appliquer le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail. Dans l'affaire *Defrenne,* la Cour avait statué que les personnes intéressées peuvent invoquer ce droit dans les cours nationales, non seulement contre les autorités publiques, mais aussi dans toutes les conventions collectives et dans les contrats. La Cour avait cependant statué que sa décision ne pouvait s'appliquer qu'à l'avenir et non pas rétroactivement.[14]

L'article 119 avait été inséré dans le Traité surtout parce que la France était préoccupée par la concurrence qui s'exerçait contre son industrie textile, et non pas en raison de son intérêt pour l'égalité des droits dans le cas des femmes. Grâce à cet article, la Communauté a pu établir ces dernières années de bons précédents dans le domaine de l'égalité des droits.

Le budget

Le budget est établi en unités de compte européennes (UCE), chaque unité étant un panier pondéré des monnaies des États membres. Une UCE équivalait en février 1981 à un peu plus de un dollar américain. Le budget de 1981 dépassera le montant de 20 milliards d'UCE, ce qui représente un peu moins de 1 p. cent du produit interne brut de la Communauté. En 1977, il était égal à 2,4 p. cent du total des budgets nationaux des États membres; la proportion actuelle peut avoir légèrement augmenté.

Le budget est établi par la Commission, débattu par le Parlement et adopté enfin par le Conseil des ministres. Celui-ci peut l'adopter à la majorité qualifiée. Le Parlement peut suggérer des modifications, et il peut rejeter l'ensemble du budget, comme il le fit pendant quelque temps dans le cas du budget de 1980; en cas de rejet, la Communauté ne peut engager que des dépenses de même niveau que celui de l'année précédente et ce, au rythme de un douzième du montant par mois.

À partir de 1978, (en théorie; en pratique, à partir de 1979) le budget a été financé par les sources de revenus affectées à cette fin par la Communauté, c'est-à-dire sans recourir aux contributions directes des budgets nationaux des États membres. Ces sources de revenus sont les droits prélevés sur les produits agricoles et le sucre (droit sur les importations, en vertu de la politique agricole commune, et d'autres droits comme ceux de la «co-responsabilité», payés par les producteurs laitiers de la C.E.E.), tous les droits de douane de la Communauté et une partie de la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.) de chaque pays.

C'est depuis 1970 que les États membres sont convenus d'attribuer à la Communauté une source de revenus, en lui fixant un plafond de 1 pour cent de l'assiette commune de cotisation de la T.V.A. Cependant, il a fallu attendre l'application par les États membres de la sixième Directive du Conseil au sujet de la T.V.A., par l'incorporation de ses dispositions dans leur législation nationale et l'harmonisation conséquente de l'assiette fiscale pour le prélèvement de la T.V.A., avant que cette mesure n'ait pris effet.

Il semble à présent que le plafond de 1 p. cent sera atteint à l'occasion du budget de 1982. Il s'ensuit que le plafond devra être relevé, ou bien il faudra songer à l'affectation de nouvelles sources de revenus (on avait suggéré une taxe sur les importations de pétrole), sans quoi il faudra réviser la politique agricole commune (PAC), poste qui grève le plus sérieusement le budget, afin de réduire les dépenses.

Il existe une forte controverse parmi les États membres, qui ne sont pas tous d'accord quant à la justesse de la répartition des charges et des bénéfices à l'intérieur du budget, qu'au sujet des effets économiques globaux de l'intégration. Dès le début, les États membres avaient rejeté la notion de «juste retour» selon laquelle chaque pays devait recouvrer l'équivalent de sa contribution. Cependant, les comparaisons entre contributions et recettes se poursuivent inévitablement. Étant donné que les effets de la PAC se font surtout sentir chez les principaux importateurs de produits alimentaires, ceux qui contribuent le plus au budget sont l'Allemagne et le Royaume-Uni, cependant que «tous les petits pays (riches ou pauvres) réalisent un beau profit».

Dans un rapport daté de 1978, la Commission décrivait ainsi le budget: «Non négligeable en termes absolus, mais plutôt minuscule en termes relatifs, complètement déséquilibré en faveur d'une seule politique, le budget communautaire reflète la réalité d'une intégration financière très partielle et extrêmement ponctuelle. Il ne constitue actuellement ni l'instrument véritable du financement d'une gamme significative de politiques, ni un instrument de redistribution digne de ce nom, ni un instrument de stabilisation économique».[15]

Outre le budget, il existe d'autres instruments financiers qui imposent des responsabilités financières à la Communauté, à savoir: la Banque européenne d'investissement et les divers mécanismes de crédit.

ÉLÉMENTS D'UN RÉGIME FÉDÉRAL

La C.E.E. présente certaines caractéristiques d'un régime fédéral: institutions et budget communs, possibilité de libre circulation, notamment des biens et des personnes, et tentative d'harmonisation des politiques économiques par le biais du Système monétaire européen et par d'autres moyens. L'indécision du Parlement quant au choix de son emplacement, fut-il Bruxelles, le Luxembourg ou Strasbourg, est une autre caractéristique des régimes fédéraux. À bien d'autres égards, cependant, la Communauté est loin de représenter un régime fédéral: absence d'un gouvernement représentatif et démocratiquement élu au niveau de la Communauté, d'une monnaie commune, d'une politique étrangère commune, de forces de défense communes, de toute tentative d'harmonisation des régimes de sécurité sociale et des prestations, le caractère restreint du budget et des mesures de redistribution des revenus.

PERSPECTIVES D'ÉLARGISSEMENT DE LA COMMUNAUTÉ

L'Espagne et le Portugal avaient espéré adhérer à la C.E.E. dès le 1er janvier 1983, mais il semble que la date de 1984 soit plus probable. L'agriculture espagnole et le surplus de main-d'œuvre portugaise constituent des problèmes auxquels il va auparavant falloir trouver des solutions. Il est peu probable que la Turquie puisse devenir membre de la Communauté dans un avenir prévisible. Toute nouvelle candidature peut être bloquée par l'un des États membres.

LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS, DES SERVICES, DES PERSONNES ET DES CAPITAUX

RÉSUMÉ

Contrairement au Canada, la C.E.E. n'est pas un régime fédéral. Elle devrait cependant nous intéresser à plus d'un titre. En premier lieu, il s'agit d'une tentative moderne d'instauration et de maintien de la libre circulation qui tient compte des problèmes d'actualité tels que l'intervention de l'État sous forme d'aide aux entreprises commerciales ou d'acquisition de ces dernières. En second lieu, vu la faiblesse des structures politiques devant garantir la libre circulation, il faut davantage recourir aux dispositions de caractère juridique. La structure fédérale du Canada ayant donné des signes de faiblesse ces dernières années, l'expérience de la C.E.E. n'en est que plus pertinente. Le Traité de la C.E.E. et les autres règlements relatifs à la libre circulation imposent, dans certains cas, aux États membres des obligations plus lourdes que celles prévues par la réglementation canadienne correspondante. Cependant, leur application présente parfois des difficultés. Le respect des règlements relatifs à la libre circulation, dans tout pays ou dans toute communauté, dépend d'une bonne combinaison des pouvoirs judiciaires et des pouvoirs politiques. La Communauté accuse quelques déficiences à ce dernier plan.

Les problèmes qui s'opposent à la promotion de la libre circulation dans la Communauté sont énormes, indépendamment du fait que chaque pays a une langue, une histoire et une culture différentes. On trouve différents systèmes judiciaires au niveau des États, notamment depuis l'adhésion du Royaume-Uni et de l'Irlande, tous deux sous le régime de la «common law». Il existe de grandes disparités au niveau du revenu, de l'ordre de un à quatre, entre les régions les plus riches et les régions les plus pauvres, de même qu'il existe divers régimes politiques et des perceptions différentes du rôle qui doit échoir à l'État.

La Communauté doit créer un marché commun sans gouvernement fédéral, sans monnaie unique, et avec un budget relativement restreint. On ne saurait ignorer, dans une union confédérale, les incertitudes qui existent au niveau de l'investissement et des échanges. Le parti travailliste au Royaume-Uni ne cesse de parler du retrait éventuel de son pays. Il existait toutefois aussi une volonté d'arriver à des compromis et de progresser, et on a adopté pour cela un traité aux dispositions assez strictes et des institutions communes pour en contrôler l'application. Compte tenu de l'ampleur de l'entreprise, les résultats obtenus ont été impressionnants. Le rôle de la Commission, qui consiste à mettre de l'avant des propositions en vue de la libre

circulation, a été un facteur clé. Cela a été également le cas du rôle joué par la Cour de justice de la Communauté au Luxembourg. Les efforts énergiques de la Commission et les décisions de la Cour ont poussé les gouvernements des États membres dans la voie de l'intégration à un rythme plus rapide qu'ils ne l'auraient fait, qu'ils sont soumis aux pressions politiques changeantes de leurs électorats respectifs.

Le présent résumé au sujet de la libre circulation au sein de la C.E.E. fera une rétrospective rapide des objectifs de la Communauté, des pratiques interdites, des droits garantis, des législations harmonisées et des moyens de parvenir à cette harmonisation, et des résultats globaux apparemment obtenus jusqu'ici.

Objectifs de la Communauté

Les objectifs énumérés au préambule et à l'article 2 du Traité instituant la C.E.E. visent notamment à «établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens» et à promouvoir un relèvement accéléré du niveau de vie «par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres». Pour ce qui est de la libre circulation entre les États membres, les activités clés de la Communauté, énumérées à l'article 3, sont les suivantes:

- l'élimination, entre les États membres, des droits de douane à l'entrée et à la sortie des marchandises, et des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux;

- l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée;

- le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun.

Pratiques interdites

Un certain nombre d'articles du Traité interdisent la discrimination en raison du pays d'origine ou de destination. Ce principe fondamental ressort du texte de l'article 7 et des jugements prononcés par la Cour. D'autres articles interdisent également la discrimination à l'intérieur des États membres, au niveau des entreprises et des produits. Il existe certaines exceptions, assorties des mécanismes de contrôle pertinents. Il s'agit avant tout d'instaurer un marché libre, avec un minimum d'obstacles artificiels à la libre circulation.

Cette interdiction de la discrimination et des autres obstacles à la libre circulation est mieux illustrée par les exemples qui suivent.

- Les charges fiscales appliquées aux échanges entre États membres sont interdites, qu'elles aient ou non un caractère protectionniste. Parmi les charges interdites, citons celles qui permettraient à certains États membres de se procurer des matières premières à meilleur compte que d'autres États, et les impositions intérieures qui constitueraient une discrimination à l'égard du commerce d'autres États membres.

- Les restrictions quantitatives, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres. Cela comprend «toutes les mesures prises par les États membres, qui sont susceptibles de faire obstacle, directement ou indirectement, réellement ou virtuellement, au commerce intra-communautaire». Il existe une exception dans le cas des restrictions en rapport avec la moralité et la santé publiques, mais celles-ci ne doivent «constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce des États membres».

- Les monopoles d'État qui pratiquent la discrimination à l'égard des États membres sont interdits. Aucun monopole d'État ne peut se voir attribuer le droit exclusif d'importer, car il y aurait risque de discrimination.

- Les entreprises publiques, ainsi que les entreprises privées, sont soumises aux règlements de la Communauté. Par exemple, une directive du gouvernement demandant à une entreprise métallurgique propriété de l'État d'accorder la préférence aux clients du pays, en cas de pénurie, serait illégale. L'article 90(2) prévoit une exception dans le cas des entreprises publiques chargées de la gestion des services, comme les transports, mais cette exception semble se situer dans un cadre bien limité.

- L'interdiction relative aux mesures d'effet équivalent pour ce qui est des restrictions quantitatives s'applique aussi aux achats effectués par les gouvernements, à quelque palier que ce soit. La Communauté a émis deux directives, qui lient les États membres, «pour permettre un meilleur contrôle de l'observation de cette interdiction». Les petits contrats et certains secteurs ne sont pas soumis aux procédures d'appel et d'acceptation d'offres, énoncées dans les directives, mais, en définitive, aucun contrat ne devrait établir de discrimination.

- Les frais de transport qui établissent une distinction fondée sur le pays d'origine ou de destination sont interdits. Sont également interdits, à moins d'autorisation par la Commission, les frais qui pourraient favoriser certaines entreprises ou industries.

- On ne doit pas faire obstacle à l'investissement direct entre États membres, y compris les prises de contrôle, pour des raisons de nationalité.

- Les aides de l'État peuvent «menacer l'existence même du marché commun». Celles qui faussent la concurrence entre États membres sont interdites, sauf exceptions. Les principales exceptions sont contrôlées par la Commission.

Droits garantis

Les travailleurs salariés et indépendants, et leurs ayants droit, ainsi que les entreprises commerciales, ont le droit de s'établir dans tout État membre et d'y poursuivre leurs activités au même titre que les ressortissants dudit État. Leur droit à la non-discrimination a un «effet direct», aux termes des lois de la Communauté. En d'autres termes, ce droit est protégé par les cours nationales, et les particuliers peuvent s'adresser à ces cours pour obtenir réparation des autorités publiques ou des entreprises privées.

Dans le cas des professions, le droit d'établissement et le droit de fournir des services dans un autre État membre sont bien réels, mais leur exercice doit être facilité par des mesures d'application de la part des autorités nationales, telles qu'une entente sur la reconnaissance mutuelle des diplômes. Cependant, pour ce groupe de personnes, comme pour les autres, la discrimination en raison de la nationalité est interdite. Par exemple, si un architecte a les qualifications nécessaires pour adhérer à une association nationale, il doit pouvoir y adhérer sans égard à sa nationalité.

D'autres exemples de droits conférés aux ressortissants des États membres figurent ci-après

- Le Conseil et la Commission exercent leurs fonctions «en rendant possible l'acquisition et l'exploitation de propriétés foncières situées sur le territoire d'un État membre» par un ressortissant de tout autre État membre, sous réserve des restrictions en rapport avec la Politique agricole commune.

- Aucun travailleur d'un autre État membre ne doit faire l'objet d'un traitement différent en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, et en particulier pour ce qui a trait à la rémunération, au congédiement et, s'il devenait chômeur, à sa réintégration ou à son réemploi. Les travailleurs migrants doivent également jouir des mêmes avantages sociaux et fiscaux accordés aux travailleurs du pays, que ces avantages figurent ou non au contrat de travail.

- Les enfants des travailleurs migrants ont le droit d'accéder à l'enseignement général, à l'apprentissage et aux cours de formation professionnelle, dans les mêmes conditions que les ressortissants de tout État. Les enfants font leurs études dans la langue du pays d'accueil, mais en vertu d'une directive de 1977, ils devraient avoir le choix de faire leurs études dans la langue et la culture d'origine.

- En ce qui concerne les prestations de la sécurité sociale, un règlement du Conseil adopté en 1971 assure aux migrants de la Communauté et à leurs ayants droit le même traitement que celui réservé aux citoyens du pays d'accueil, le cumul de leurs paiements effectués dans différents États membres, et le versement, pendant qu'ils résident dans un État membre, de prestations provenant d'un autre État membre où ils en ont acquis le droit.

- La Cour a statué que les travailleurs et les travailleuses doivent recevoir une rémunération égale pour un même travail, et cette décision est en voie d'application. Le même traitement au niveau de la sécurité sociale entrera en vigueur en 1984.

Harmonisation des législations

Dans de nombreux domaines, le Traité demande aux États membres d'harmoniser leurs législations, leurs mesures administratives et leurs politiques. La Politique agricole commune (PAC) en est un exemple. D'autres exemples nous sont fournis par les mesures visant à abolir les restrictions à la liberté d'établissement et l'harmonisation des politiques économiques et des taxes indirectes. Le Traité n'aborde pas certaines questions telles que la protection des consommateurs et de l'environnement, mais la Communauté s'est conformée à la logique des objectifs visés par le Traité afin de promouvoir l'harmonisation dans ce domaine aussi. À titre d'exemple, les nouvelles entreprises doivent satisfaire les exigences environnementales, sans l'aide financière des gouvernements. Le Conseil a également statué que l'éducation est inséparable du rôle dévolu par le Traité à la Commission, soit celui de

promouvoir une étroite collaboration sur le plan de la formation professionnelle et de l'emploi. L'article 235 prévoit les pouvoirs d'action conférés au Conseil qui, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées pour atteindre les objectifs de la Communauté lorsque le Traité n'a pas prévu les pouvoirs nécessaires.

Lorsqu'il existe une clause échappatoire, comme dans le cas de l'article 36, qui a trait aux restrictions d'importation justifiées pour des raisons de santé ou de moralité publique, ou pour d'autres raisons, on tente d'harmoniser les mesures adoptées par les États membres, qui pourraient être jugées recevables en tant que clause échappatoire, mais qui constitueraient cependant une menace pour le commerce de la Communauté. C'est pour cela qu'il existe un grand nombre de directives au sujet des «entraves techniques aux échanges». À titre d'exemple, les dispositifs de sécurité des automobiles sont déjà standardisés.

On essaie, par ailleurs, d'harmoniser des domaines qui ne sont pas réglementés par les gouvernements, tels que les normes industrielles volontaires.

Qu'est-ce qui n'est pas harmonisé? Comment en définir les limites? Les fonctionnaires de la Commission déclarent qu'il n'y a pas harmonisation dans le cas des mesures qui n'ont que des effets indirects sur la concurrence et le commerce de la Communauté. Par exemple, les Italiens pouvaient considérer par le passé qu'il était plus facile d'obtenir le divorce en Allemagne, et ont changé leur lieu de résidence pour cette raison. Mais aucune tentative n'a été faite en vue d'harmoniser les lois sur le divorce. D'autre part, certaines mesures ont une incidence on ne peut plus claire sur les coûts des fabricants: par exemple, dans le domaine de la responsabilité civile, lorsqu'un défaut du produit peut causer des blessures aux usagers. En Italie, l'usager doit prouver la négligence de la part du fabricant. En France, le fabricant est responsable qu'il y ait eu négligence ou non; il doit souscrire une assurance, qui vient s'ajouter à ses coûts. Ces différences ont une incidence directe sur le commerce et la concurrence, et la Commission doit s'efforcer d'harmoniser les politiques nationales. Il faut reconnaître, cependant, qu'il est difficile de distinguer les effets directs des effets indirects dans ce domaine.

Comment promouvoir normalement l'harmonisation

Plusieurs mécanismes permettent de promouvoir l'harmonisation, et certains d'entre eux sont énumérés à l'article 189. L'un des princi-

paux mécanismes, le plus fréquemment utilisé, est la directive. Normalement, la Commission formule une proposition qui est examinée par le Parlement et par le Comité économique et social, qui représente le point de vue des experts, avant d'être adoptée à l'unanimité par le Conseil des ministres. «La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens». Par exemple, les instances nationales peuvent choisir de donner suite à une entente du Conseil au sujet de la politique gouvernementale des achats, soit par voie de législation, soit par des règlements d'application.

Lorsqu'une directive est émise, aucun État membre ne peut plus adopter des mesures différentes de celles qui y figurent et qui s'appliquent aux mêmes questions. C'est là du moins ce que l'on peut déduire d'une décision de la Cour au sujet d'une directive intéressant la protection de la santé. Le seul recours laissé aux États membres consiste à faire modifier la directive par voie d'amendement adopté par le Conseil.

L'une des difficultés dans le cas des directives est le fait qu'il faut attendre plusieurs années avant leur adoption. Une autre difficulté est due au fait que la Commission doit consacrer une bonne partie de son temps à contrôler et à adapter les anciennes directives plutôt qu'à en rédiger de nouvelles pour résoudre les problèmes en suspens.

Résultats obtenus

Peut-on dire qu'il existe un marché commun qui assure la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes?

- **Biens**

Même si les réalisations sont nombreuses dans le domaine de la libre circulation des biens, l'établissement d'un marché unique se heurte encore à divers obstacles. Il faut considérer le nombre de monnaies et le fait qu'elles ne cessent de fluctuer. Les «frontières fiscales» sont encore nécessaires, en raison des disparités qui existent dans les États membres au niveau des taux de taxation à la valeur ajoutée (T.V.A.) et des impôts indirects qui s'appliquent aux différents produits. Les voyageurs se voient accorder un dégrèvement fiscal qui équivaut à une franchise en douane.

Dans le cas des marchandises comme les voitures, il existe des différences de prix marquées d'un État membre à l'autre, en raison des concessions à caractère exclusif, de la diversité des taux de majoration et de la T.V.A. La firme BMW Belgique s'est vu récemment infliger une amende par la Commission pour avoir essayé d'empêcher ses concessionnaires de se lancer sur le marché allemand où les prix étaient maintenus à un niveau plus élevé par les concessionnaires du pays. Les amendes imposées par la Commission peuvent être contestées en appel devant la Cour, mais celle-ci statue toujours en faveur de la protection des importations parallèles, c'est-à-dire que personne n'a le droit d'empêcher l'importation des marchandises du pays où les prix sont le plus bas dans un pays où les prix sont le plus élevés, dans les cas où le fabricant pratique une double politique des prix. Les différences de prix sont également dues au fait que la Communauté n'a pas encore instauré dans certaines régions une politique commerciale commune vis-à-vis des pays tiers. Par exemple, certains fabricants dans les États membres négocient, avec l'assentiment de leurs gouvernements respectifs, des ententes séparées avec les industriels japonais afin de limiter les envois de postes de télévision.

Dans le domaine de l'agriculture, les prix arrêtés d'un commun accord sont convertis non pas aux taux de change courants mais aux taux de ce que l'on appelle la monnaie verte, afin de protéger l'agriculteur et, le cas échéant, le consommateur, contre les fluctuations trop marquées de la monnaie. Cela s'est traduit par des différences de prix marquées entre États membres, aux taux de change réels.

Pour certains de leurs achats, les gouvernements favorisent encore les marchandises et les services de leurs pays respectifs, vu que les procédures prescrites dans les directives peuvent être contournées en pratique, sinon en théorie. Les aides accordées par les États aux entreprises qu'ils contrôlent ne sont pas assez transparentes, et elles peuvent échapper au contrôle de la Commission. Les aides accordées par les États aux secteurs en difficulté, depuis le début de la dernière récession, ont joui de dispenses assez généreuses de la part de la Commission, qui ne les a pas assujetties aux règlements habituels.

L'incidence du Traité sur le «commerce inter-États» a fait l'objet d'une large interprétation, qui demeure cependant plus limitée qu'aux États-Unis. Les États membres disposent encore d'importants «pouvoirs de police». Aussi les barrières techniques aux échanges, découlant de la diversité des exigences et des normes dans le domaine de la santé et de la sécurité, constituent-elles encore un problème. Même si l'harmonisation a déjà été accomplie sur de nombreux plans, il reste encore beaucoup à faire.

- **Services**

Les services sont fréquemment fournis au niveau local, et dans tous les cas les fournisseurs de services locaux jouissent généralement d'avantages importants. Certaines dispositions ont été prises en vue de faciliter la fourniture de services par des institutions de crédit, des compagnies d'assurance, des entreprises de transport et des professionnels établis dans d'autres États membres, mais il reste beaucoup à faire et les progrès s'annoncent plutôt lents. L'une des principales tâches consisterait à créer un environnement juridique et commercial pour la C.E.E., afin de faciliter la conclusion de contrats commerciaux.

- **Capitaux**

La Communauté n'étant pas encore une union monétaire, les restrictions de change sont permises dans certains cas et elles sont maintenues de façon plus ou moins permanente par certains États membres. Les transactions moins critiques, qui ne comportent pas généralement des mouvements de capitaux à des fins spéculatives, ont cependant été libéralisées par tous les États membres.

Il demeure encore des lacunes au niveau de l'harmonisation des lois sur les compagnies et les valeurs mobilières, qui font obstacle à l'investissement. L'investissement est également freiné par l'incertitude inhérente à toute union qui n'a pas de monnaie commune et par la structure plus fragile des confédérations par rapport à celle des fédérations.

Bien qu'aucune discrimination ne doit être exercée à l'égard de l'investissement direct, pour des raisons de nationalité, il existe, en fait, des sentiments nationaux profonds, notamment à l'égard des prises de contrôle, qui sont généralement respectés.

Différents États membres accordent d'importants subsides afin d'attirer l'industrie. Le niveau des subsides est contrôlé par la Commission.

- **Personnes**

En l'absence d'une citoyenneté commune, les réalisations relativement à la libre circulation des personnes sont vraiment impressionnantes. Le fait que de nombreux droits ont un effet direct et qu'ils sont ainsi protégés par les cours nationales revêt une haute importance. Il existe encore des problèmes dans le secteur des professions, bien que

l'on ait accompli de sérieux progrès en ce qui concerne la profession médicale. Il y a désormais reconnaissance réciproque des diplômes des médecins, infirmières, dentistes, vétérinaires et sages-femmes.

Les États membres sont récemment convenus d'offrir aux étudiants des chances égales d'accès aux universités de la Communauté, mais il faudra sans doute attendre encore quelque temps avant que cette décision ne soit effectivement appliquée. Entre-temps, le Royaume-Uni a accepté que les droits acquittés par les étudiants de la C.E.E. ne soient pas supérieurs à ceux des étudiants britanniques, droits qui sont inférieurs à ceux qu'acquittent les étudiants d'outre-mer.

Dès 1983, les permis de conduire de tous les États membres seront interchangeables sans examen, et à partir de 1986 les États membres délivreront aux nouveaux conducteurs un permis de conduire unique à l'intérieur de la Communauté.

BIENS ET SERVICES

Dispositions du Traité et interprétation: biens[16]

Le Titre Premier de la Deuxième Partie du Traité de la C.E.E., comprenant les articles 9 à 37, est entièrement consacré à «la libre cirulation des biens». Comme nous le verrons plus loin, d'autres articles méritent aussi d'être considérés.

La garantie de la libre circulation énoncée dans des articles clés tels que les articles 12 et 30 a été largement interprétée par la Cour du Luxembourg, cependant que les «clauses échappatoires», comme l'article 36, ont fait l'objet d'une interprétation étroite. Il est bien connu que la très controversée garantie des libres échanges, énoncée à l'article 92 de la Constitution australienne, a sérieusement limité les possibilités d'adoption de lois précises par les provinces de l'Australie, et pourtant à un certain égard la garantie énoncée à l'article 30 impose davantage d'obligations aux États membres de la C.E.E., même si elle n'est pas une fédération.[17] La Cour a statué que dans certains cas les prix maximums au détail, bien que fixés au même niveau pour les biens locaux et les biens importés, pouvaient en réalité exercer une certaine discrimination à l'égard des importations et porter atteinte à la garantie.

La Cour a également statué que lorsque les charges fiscales permettent à certains États membres de se procurer des matières premières à meilleur compte que d'autres États membres, il y a

incompatibilité avec l'article 3(f) où l'objectif est exprimé en ces termes: un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun.[18]

Les paragraphes ci-après ont trait aux dispositions du Traité qui se rapportent aux trois causes possibles de barrières à la libre circulation:

- les droits de douane et les impositions intérieures discriminatoires;
- les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent, y compris les pouvoirs prévus à l'article 36;
- les monopoles d'État ayant un caractère commercial.

Il existe une quatrième source possible d'entraves, soit les mesures de protection destinées à sauvegarder la balance des paiements, mais du fait que le Canada a une union monétaire, les dispositions pertinentes du Traité de la C.E.E. ne présentent qu'un intérêt relatif, et nous ne nous y attarderons pas.[19]

Les différences qui caractérisent les deux premières causes d'entraves mentionnées plus haut, soit les charges fiscales et les restrictions quantitatives, présentent avant tout un intérêt historique, car l'effet des barrières est toujours le même ; les articles du Traité qui portent sur l'une et l'autre catégorie d'entraves sont bien distincts, et il existe une jurisprudence à part dans chaque cas. Par conséquent, nous tiendrons compte de ces différences dans la présente partie. Il convient de remarquer que la protection de la libre circulation offerte par ces articles s'applique non seulement aux produits qui sont originaires des États membres mais aussi aux «produits en provenance de pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans les États membres» (article 9(2)). La libre circulation signifie en effet que les produits ont été dédouanés.

• Droits de douane et impositions intérieures discriminatoires

Ces causes de barrières font l'objet des articles 9 à 17 et 95 à 99. L'article 12 est un article clé:

> Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles.

L'article 95 s'applique mieux que l'article 12 aux charges fiscales qui font partie d'un régime d'impositions intérieures (voir plus loin).

La Cour a clairement statué, dans le cas de l'article 12 et des articles concomitants (articles 9 et 13, par exemple), que «l'instauration d'un marché commun entre les États membres exige plus que l'élimination des mesures de protection». Ainsi, «toute charge pécuniaire [. . .] appliquée unilatéralement aux produits nationaux ou étrangers en raison du fait qu'ils traversent une frontière [. . .] constitue une charge d'effet équivalent [. . .] même si elle n'est pas imposée au profit de l'État, si elle n'est ni discriminatoire ni protectionniste par ses effets, et si le produit auquel elle s'applique ne fait la concurrence à aucun produit national».[20]

La Cour a ordonné la suppression d'une charge appliquée par la Belgique aux importations de diamants bruts, dont le produit devait permettre le versement de prestations de sécurité sociale aux travailleurs de l'industrie du diamant. Dans certains cas, la Cour permet la perception de droits d'inspection qui n'ont pas un caractère discriminatoire, qui font partie des coûts du service fourni et qui ne contournent pas les dispositions du Traité.

L'article 95 interdit les *impositions intérieures discriminatoires* dans le cas des produits importés, et cette règle «constitue un principe de base essentiel du marché commun». Le premier paragraphe de l'article 95 interdit les «impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires». On entend par «indirectement» les impositions qui frappent les matières premières ou les parties constituantes des produits. Le deuxième paragraphe étend l'interdiction aux impositions qui permettent de protéger indirectement d'autres produits.

Malgré les difficultés que présente à l'occasion l'interprétation juridique de l'article 95, la Cour du Luxembourg a statué que cet article a un effet direct: c'est-à-dire qu'il doit être appliqué par les cours nationales, sans que les institutions de la Communauté ou les États membres aient à prendre des dispositions en vue de son application. «Même si cette disposition suppose l'évaluation des facteurs économiques», faisait observer la Cour, «cela n'exclut pas que les cours nationales ont le droit et le devoir de veiller à ce que les règlements du Traité soient respectés, lorsqu'elles peuvent déterminer [. . .] que les conditions nécessaires à l'application de l'article sont réunies».[21]

Lorsqu'il est statué qu'un article a un effet direct, la protection qu'il offre ne saurait être atermoyée ni même diluée par les processus longs et laborieux de la législation secondaire de la Communauté, tels que la rédaction d'une directive du Conseil qui exige l'assentiment unanime de ce dernier.

En ce qui concerne les exportations, l'article 12 interdit les taxes, l'article 34 interdit les restrictions quantitatives, et l'article 96 interdit toute stimulation des importations pouvant découler d'une ristourne d'impositions supérieure aux impositions intérieures dont a été frappé le produit.

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

À l'époque de la signature du Traité de Rome, les restrictions quantitatives étaient l'une des principales entraves aux échanges entre les États membres. Les articles 30 et 36 prévoient l'élimination de ces restrictions à l'importation comme à l'exportation. L'article 30 s'applique aux importations, l'article 34 aux exportations, cependant que l'article 36 est une «clause échappatoire». L'article 30 est rédigé en ces termes:

> Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres, sans préjudice des dispositions ci-après.

Les «dispositions ci-après» mentionnées à l'article 30 renvoient aux dispositions transitoires, maintenant expirées, qui ont précédé l'article 36, et aux dispositions spéciales relatives aux monopoles d'État examinés plus loin.

La Cour a largement défini les «mesures d'effet équivalent» comme étant «toutes les mesures prises par les États membres, qui sont susceptibles de faire obstacle, directement ou indirectement, réellement ou virtuellement, au commerce intra-communautaire».[22] La Cour a également procédé à des tests de discrimination plutôt complexes, au lieu des tests simples, pour déterminer si les produits étrangers sont réellement défavorisés.

Un simple test de discrimination consiste à déterminer si les produits étrangers sont assujettis à des mesures différentes. À cet égard, la Cour a interdit les mesures suivantes:

- L'inspection sanitaire des produits manufacturés, aux frontières nationales, lorsque les produits nationaux analogues ne font pas l'objet d'une telle inspection.

- Les mesures nationales qui exigent des licences d'importation et d'exportation pour les échanges au sein de la Communauté, même si ces licences sont accordées de façon automatique.

- Les contrôles de la qualité des exportations vers les autres États membres.

En poussant davantage son raisonnement, la Cour a statué que l'application de mesures identiques aux produits nationaux et étrangers peuvent plus sérieusement défavoriser ces derniers. Dans un cas, l'un des États membres avait imposé les prix maximums au détail pour le sucre. Cependant, tout État membre aurait encore la possibilité d'imposer un système plus général de contrôle des prix, pour tenir compte de la situation économique, par exemple, sans pour autant contrevenir aux dispositions de l'article 30. Il pourrait procéder ainsi en vertu de la clause des «droits réservés» relative à l'article 30, aux termes de laquelle la Cour permet les mesures qui font obstacle aux échanges, «mais qui sont spécifiquement mentionnées dans d'autres parties du Traité, notamment au chapitre des mesures fiscales, ou qui sont autorisées d'office parce qu'elles constituent la preuve explicite ou implicite des pouvoirs retenus par les États membres». Lorsqu'il exerce ces pouvoirs réservés, tout État membre doit tenir compte, au moins, d'une restriction majeure: les mesures qui font obstacle aux échanges ne doivent pas être disproportionnées par rapport à leur finalité. Elles ne doivent pas être employées lorsque les mêmes résultats peuvent être obtenus par des moyens restrictifs moins sévères pour les échanges intra-communautaires.[23]

Comme dans le cas des charges fiscales (voir plus haut), la Cour a fait abroger, dans le cas de l'article 30, les mesures qui n'ont aucun effet ni finalité protectionniste. Il s'agit notamment des mesures qui favorisent des échanges commerciaux particuliers, comme les importations directes à partir de pays tiers, plutôt que les importations par l'intermédiaire d'un État membre, ainsi que certains importateurs particuliers.[24]

Un autre exemple de l'étendue des articles 30 et 34 nous est fourni par le fait que les dispositions relatives à la commercialisation en vertu de la Politique agricole commune (PAC) doivent elles aussi en tenir compte. L'article 40 permet au Conseil des ministres de déroger aux dispositions du Traité, relatives à la libre circulation, pour atteindre les objectifs de la PAC, énoncés à l'article 39, mais l'organisation commune des marchés agricoles ne peut y déroger que «dans des circonstances exceptionnelles».[25] L'article 40(3) spécifie que l'organisation commune «doit exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté».

L'article 36 est la principale clause échappatoire: sa finalité et son étendue peuvent être comparées aux «pouvoirs de police» des États américains. Il est rédigé en ces termes:

> Les dispositions des articles 30 à 34 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit,

justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

«Même si l'article 36 peut permettre des mesures qui ont un effet discriminatoire, la discrimination ne doit pas être arbitraire, comme le spécifie clairement l'article en question, et les mesures prises sur la base de cet article ne doivent pas entraver le commerce au-delà du degré qui est nécessaire à la réalisation des objectifs visés».[26]

Malgré ces contraintes, nombre de mesures ont survécu à l'application de l'article 36. Par conséquent, si elles ne doivent pas se révéler une entrave au commerce, elles doivent être harmonisées avec les mesures adoptées par les autres États membres, ce qui est fait par voie de directives de la Communauté. Dans le langage de la Communauté, la plupart de ces mesures sont désignées entraves techniques aux échanges, et un grand nombre découle de l'adoption de normes pour les produits alimentaires et industriels.[27] Certains États membres ont fait preuve d'une remarquable ingéniosité. Par exemple, les autorités italiennes ont exigé que les portes des réfrigérateurs vendus en Italie soient plus épaisses que dans les autres États membres, sous prétexte que le climat était plus chaud dans leur pays. Au mois de juin 1979, près de 180 directives relatives aux entraves techniques avaient été adoptées, et 60 autres étaient sur le point d'être approuvées. Mais il suffit de peu pour susciter une entrave ou une barrière (les directives exigent l'unanimité) et son élimination exige des efforts gigantesques. Le travail de la Commission européenne «équivaut à vider à la petite cuiller une baignoire dont les robinets ne cessent de couler».[28]

La Commission a été encouragée par la décision rendue récemment par la Cour dans le cas du cassis de Dijon, car celle-ci semble avoir restreint sensiblement l'étendue de l'exemption prévue à l'article 36 en statuant qu'un produit qui satisfait aux exigences juridiques de l'État membre de fabrication doit être accepté par les autres États membres, à moins d'une «raison impérieuse».[29] Si les espoirs de la Commission sont fondés, il devrait y avoir moins de tentatives d'harmonisation des législations des États membres par le mécanisme laborieux des directives approuvées à l'unanimité.

On peut relever une dernière cause d'entraves sous la rubrique des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent. La Communauté n'a pas encore adopté, de façon définitive, une politique com-

merciale commune vis-à-vis des pays tiers. Par conséquent, il se produit parfois des cas où «un produit peut être librement importé dans l'un des États membres à partir d'un pays tiers, mais que l'entrée lui soit refusée dans un autre État». Les bananes importées d'Amérique centrale semblent être un exemple (voir plus loin la section consacrée à l'Agriculture). Dans ce cas, «la Commission peut autoriser un État membre à prendre des mesures de protection à l'égard d'un produit qui circule librement dans un autre État membre».[30]

- **Monopoles d'État ayant un caractère commercial**

Ces monopoles, qui comprendraient au Canada les régies des alcools provinciales, sont assujettis à un article spécial du Traité de Rome, soit l'article 37. Cet article visait deux buts: en premier lieu, mitiger l'effet des autres articles sur la question délicate des monopoles d'État pendant la période de transition, expirée à la fin de 1969, et en second lieu, interdire de façon permanente les barrières commerciales dans le cas des produits (et non les services), qui pourraient être dues à cette cause particulière. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 37 prévoit l'aménagement progressif des monopoles d'État de manière à exclure toute discrimination, et l'alinéa 2 interdit la création de nouveaux monopoles qui pourraient avoir des effets discriminatoires. L'article 37 se lit en partie comme suit:

> (1) Les États membres aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon qu'à l'expiration de la période de transition soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.
>
> Les dispositions du présent article s'appliquent à tout organisme par lequel un État membre, *de jure* ou *de facto*, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués.
>
> (2) Les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés à l'alinéa 1 ou qui restreignent la portée des articles relatifs à l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres.

Ce ne sont pas les monopoles d'État qui sont interdits, mais ceux qui comportent des formes inacceptables de discrimination. Lorsque la Communauté fut élargie en 1973, la Commission était d'avis que certains monopoles n'avaient pas encore été aménagés par les premiers États membres de façon à se conformer aux dispositions de l'alinéa 1. Il s'agissait en l'occurrence des monopoles français des

alcools, du tabac et du pétrole, et des monopoles italiens des allumettes et du tabac. Le monopole français du pétrole consiste à accorder simplement des licences d'importation à des entreprises privées.[31] Les licences d'importation pour le commerce intra-communautaire sont normalement interdites.

En 1976, une décision de la Cour interprétait l'article 37(1) comme suit: dès la fin de la période de transition, soit le 31 décembre 1969, aucun monopole national présentant un caractère commercial ne pouvait se voir attribuer le droit exclusif d'importation à partir des autres États membres. La raison invoquée reposait essentiellement sur le fait que l'existence de ce droit ne pouvait assurer l'abolition de la discrimination (l'article 37(1) précise bien «soit assurée»). De plus, il existe des risques de discrimination; l'article 30 ayant été jugé comme portant sur des dispositions qui pourraient avoir des effets possibles sur le commerce, la Cour a statué qu'il était logique d'appliquer une interprétation parallèle à l'article 37.[32]

Selon Wyatt et Dashwood, l'interprétation libérale donnée par la Cour aux articles précédents, soit les articles 30 et 34, a sensiblement réduit l'effet pratique de l'article 37.[33]

Dispositions du Traité et interprétation: les services

Les services moyennant rémunération peuvent être fournis aussi bien par les particuliers que par les entreprises. Nous étudierons chacun de ces deux groupes séparément, et nous essaierons de déterminer s'ils sont défavorisés lorsqu'ils fournissent des services à «l'étranger».

- **Les particuliers**

Au Canada, la province de résidence des personnes est déterminée de façon plus souple que dans les fédérations européennes d'Allemagne ou de Suisse, où tout changement d'adresse doit être signalé officiellement aux autorités provinciales. La différence entre la Communauté et le Canada est encore plus marquée, car il y a des distinctions qui accompagnent le fait d'être citoyen de tel ou tel pays. Vu l'importance de ces distinctions dans les années 50, le Traité de la C.E.E. a dû consacrer tout un chapitre (articles 52 à 58) au «droit d'établissement», qui équivaut au droit dans une fédération de s'établir dans une autre province et d'y entreprendre des activités économiques à titre de travailleur indépendant ou d'entrepreneur. Le cas des travailleurs est réglementé dans d'autres articles.

Les articles relatifs au droit d'établissement protègent contre la discrimination ceux qui s'établissent dans un autre État membre. Par exemple, l'article 52 stipule «entreprendre une activité... aux conditions auxquelles ils devraient satisfaire s'ils venaient dans cet État au moment où ils veulent accéder à cette activité».[34] Ainsi, toute personne *établie* dans un autre État membre et y fournissant des services est juridiquement habilitée à ce faire, sans que s'exerce contre elle une quelconque discrimination en raison du fait qu'elle vient d'un autre État membre.

Les services peuvent être aussi fournis au-delà des frontières par des personnes établies dans un État membre à des personnes établies dans un autre État membre. Le chapitre III du Traité (articles 59 à 66) consacre cette situation. Cependant, ce chapitre ne s'applique pas aux services qui sont réglementés par d'autres articles, tels que les services de transport, les services bancaires et les assurances, qui sont reliés aux mouvements de capitaux (voir article 61).

L'article 59 préconise la suppression progressive des restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté. Depuis la fin de la période de transition, la discrimination pour des raisons de nationalité ou de résidence est interdite.

En définitive, que les services soient fournis par un ressortissant d'un autre pays à l'intérieur d'un État membre ou au-delà d'une frontière nationale, le Traité interdit toute discrimination. Bien qu'il puisse surgir des différends à l'occasion, les types de discrimination semblent être toujours les mêmes; la distinction faite par le Traité entre le droit d'établissement et la libre prestation de services s'est attirée des critiques.[35] La liste ci-après fournit quelques exemples de pratiques pouvant donner lieu à une discrimination, pratiques qui sont déconseillées par la Communauté:[36]

Restriction de l'accès à une activité rémunérée

- exigeant une autorisation ou la délivrance d'un document,
- en la rendant plus coûteuse, si elle exige un cautionnement,
- en limitant les droits d'un actionnaire ou d'un administrateur d'une société.

Restriction de l'*exercice* d'une telle activité, en empêchant toute personne

- de participer à certains types de transactions, telles que les baux,

- de faire des soumissions en vue d'obtenir des contrats publics,
- de contracter des emprunts,
- de bénéficier des aides accordées par l'État.

La Cour a, en fait, statué que les droits en rapport avec la discrimination, qui sont implicitement contenus dans les articles clés 52 à 59, ont un effet direct et qu'ils n'exigent, de la part des institutions de la Communauté et des États membres, aucune mesure autre que celle destinée à *faciliter l'exercice* desdits droits. Toute personne peut donc s'adresser aux cours nationales pour en obtenir l'application. Il n'est pas toujours nécessaire de prendre des dispositions afin de faciliter l'exercice de ces droits, sauf que cela pourrait s'imposer dans le domaine des qualifications professionnelles. Dans une autre section du présent travail, nous examinerons les progrès réalisés jusqu'ici. La Cour a aussi statué contre toute discrimination déguisée ou directe.[37]

Un cas intéressant, où la Cour n'a pas interdit la discrimination, a trait à la question de savoir si les règlements de la Fédération italienne de football pouvaient légalement exclure les joueurs étrangers. La Cour a statué que même si le Traité protégeait les ressortissants d'un État membre sur le plan de la libre circulation et de la prestation de services, il ne pouvait, dans ce cas particulier, empêcher l'adoption de règlements pour des raisons qui n'étaient pas de nature économique: «la pratique des sports n'est assujettie aux lois de la Communauté que dans la mesure où elle constitue une activité économique au sens de l'article 2 du Traité».[38] Wyatt et Dashwood ajoutent le commentaire suivant:

> La véritable explication du raisonnement de la Cour réside dans le fait que l'article 7 du Traité interdit toute distinction pour des raisons de nationalité qui, si elle était permise, pourrait compromettre la création d'un marché unique entre les États membres et l'établissement «d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens»; il n'interdit pas ce genre de distinction pour des raisons non-économiques, afin de protéger les intérêts qui sont conformes à l'objet et à la finalité du Traité.[39]

Les termes «compromettre», «non-économiques» et «conformes» peuvent clairement se prêter à différentes interprétations, mais à l'intérieur de la Communauté les questions culturelles sont exclusivement réglementées par les États membres,[40] de sorte que ces distinctions sont, dans la pratique, moins difficiles à faire qu'à l'intérieur d'une fédération où le gouvernement central a certaines responsabilités législatives dans le domaine de la culture.

- **Sociétés de droit civil ou commerciales**

On entend par «sociétés de droit civil ou commerciales» les entreprises, constituées en conformité de la loi ou non, qui sont par exemple juridiquement habilitées à intenter ou à subir des poursuites. Le Traité exclut les sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif et qui n'ont aucun rapport avec les objectifs économiques visés par lui (article 58).

D'une manière générale, les sociétés doivent faire l'objet d'un traitement identique à celui qui est réservé aux personnes physiques ressortissant aux États membres (article 58), mais dans ce cas il est plus difficile d'appliquer le test destiné à déterminer si une société peut se prévaloir du droit d'établissement et, par conséquent, du droit de fournir des services à l'intérieur d'un État membre ou de la Communauté. La situation est rendue plus difficile par la façon dont les différents systèmes juridiques de la Communauté envisagent la question et par le fait que les États membres n'ont pas encore ratifié la Convention de reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes juridiques de 1968.[41]

Dispositions du Traité et interprétation: entreprises publiques[42]

Les entreprises commerciales contrôlées par l'État, ou contrôlées par des intérêts privés, mais protégées pour des raisons d'État contre les rigueurs de la concurrence, peuvent poser des problèmes dans une situation de marché commun. Les entreprises d'un État membre ou d'une province sont parfois habilitées à concurrencer dans des conditions inégales, pour la fourniture de biens et de services, avec les entreprises appartenant à la même entité politique ou à d'autres entités politiques. Outre l'article 37 relatif aux monopoles d'État pour les produits (voir plus haut), le Traité de la C.E.E. prévoit spécifiquement ce type de situation à l'article 90. Par exemple, la Société Radio-Canada serait une entreprise publique au sens de l'article 90. (Même si les objectifs de Radio-Canada ne sont pas économiques, cette société entreprend des activités économiques lorsqu'elle achète des programmes, embauche du personnel et vend de la publicité.)

Ainsi, alors que l'article 222 du Traité de la C.E.E. permet aux États membres de décider individuellement du régime de la propriété, l'article 90 est destiné «à combler ce qui risque de se révéler une sérieuse lacune dans le régime fondamental envisagé par le Traité». Même si «l'orientation autoritaire par la Cour de justice européenne demeure encore limitée», Wyatt et Dashwood sont d'avis que l'article a pour effet de limiter uniquement les dérogations aux règles de la Communauté.[43]

L'article 90 comporte trois paragraphes que nous examinerons tour à tour: l'obligation générale faite aux États membres, les qualifications en rapport avec «la gestion de services d'intérêt économique général» et le rôle de surveillance confié à la Commission.

- **Obligation générale faite aux États membres**

Cette obligation est énoncée au premier paragraphe:

> Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94.

L'article 7 interdit la discrimination pour des raisons de nationalité, les articles 85 à 91 énoncent les règles relatives à la concurrence, et les articles 92 à 94 traitent des aides accordées par les États.

Le premier paragraphe de l'article 90 s'applique d'abord aux entreprises publiques. Pour distinguer une entreprise publique d'une entreprise privée, la Commission et d'autres commentateurs considèrent comme primordial le fait de savoir si l'État exerce une influence prépondérante sur les décisions de l'entreprise. «Il s'agira d'une entreprise publique si l'État ... est en mesure d'en façonner la politique».[44]

Il convient de remarquer «qu'une directive du gouvernement demandant à une entreprise métallurgique propriété de l'État d'accorder la préférence aux clients du pays, en cas de pénurie, serait immédiatement jugée comme une mesure contraire à l'article 34 (interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation et des mesures d'effet équivalent).»[45]

L'article 90(1) s'applique ensuite aux entreprises, publiques ou privées, auxquelles les États membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs. «Le raisonnement qui justifie cette catégorie repose sur le fait que l'État est délibérément intervenu pour exempter totalement ou partiellement l'entreprise en question des règles de la concurrence, et qu'il doit en subir les conséquences.» Un exemple de ce genre d'entreprises privées nous est fourni par les sociétés de télévision commerciale au Royaume-Uni».[46]

De l'avis de la Commission (ni confirmé, ni rejeté par la Cour), «la responsabilité aux termes de l'article 90(1) ne présuppose pas une action positive de la part de l'État membre lui-même: il suffit simplement qu'une entreprise publique ou une entreprise jouissant de droits

spéciaux ou exclusifs se rende coupable d'une inconduite qui, de la part de l'État, aurait comporté une violation du Traité».[47]

- **Gestion de services d'intérêt économique général**

Les qualifications au sujet de ce rôle sont énoncées au deuxième paragraphe de l'article 90:

> Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.

On distingue dans ce cas deux catégories d'entreprises: celles qui sont chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et celles qui présentent le caractère d'un monopole fiscal. Pour ce qui est de ces dernières, la façon dont l'article 90(2) a été interprété laisse entendre qu'elles sont essentiellement régies par l'article 37. Ainsi, la principale catégorie est celle des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général. Wyatt et Dashwood font remarquer qu'au Royaume-Uni on pourrait classer parmi ce genre d'entreprises la British Rail, la British Airways, les Commissions régionales de l'électricité (Electricity Boards) et la BBC, mais non les entreprises nationalisées, chargées uniquement de produire des biens plutôt que de gérer un service régulier.

Le terme «échec» a été interprété de manière à ce que les règles normales du Traité s'appliquent à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt général, à moins que l'application de ces règles «rende impossible et non simplement plus difficile la tâche confiée à l'entreprise en question. On parviendra rarement à une conclusion à partir de ce test.» Cependant, il se peut que l'octroi de subsides indispensables au maintien d'un service permette de rendre le test concluant.[48]

L'article 90(2) ne libère pas les États membres de leurs obligations en matière de procédures, comme celle d'informer la Commission, en temps utile, au sujet de l'institution ou de la modification des aides, sauf dans des cas exceptionnels.[49]

- **Rôle de superviseur confié à la Commission**

Ce rôle est clairement énoncé au paragraphe 3 de l'article 90:

> La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse les directives ou décisions appropriées aux États membres.

En vertu de ce paragraphe, la Commission peut adresser aux États membres des communications qui les lient juridiquement, et elle peut prendre aussi bien des mesures préventives que des mesures correctives. En ce sens, les pouvoirs conférés à la Commission sont à la fois plus effectifs et plus souples que son pouvoir de contrôle général en vertu de l'article 169, qui se lit comme suit:[50]

> Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombe en vertu du présent Traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.
>
> Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice.

La Commission élaborait en 1979 un projet de directive afin d'introduire une plus grande transparence dans les relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.[51]

SUJETS D'INTÉRÊT PARTICULIER

Publicité

La publicité figure parmi les services assujettis aux dispositions normales du Traité. Elle doit cependant faire l'objet d'un contrôle de la part des instances nationales. Un cas intéressant est celui du réseau français de télévision belge, qui n'autorise pas la publicité, et qui applique une loi nationale aux termes de laquelle les programmes étrangers doivent supprimer toute publicité lorsqu'ils sont télédiffusés en Belgique par voie de l'antenne communautaire. Les tribunaux belges ont sollicité l'opinion de la Cour de justice de la C.E.E. au Luxembourg, afin de déterminer si l'application de cette loi dérogeait aux dispositions du Traité relatives à la libre circulation. La Cour de la C.E.E. statuait en mars 1980 que l'application de ladite loi ne dérogeait pas aux dispositions du Traité.

Par ailleurs, il a été statué que certains règlements relatifs à la publicité dérogeaient aux dispositions du Traité. La Cour a statué que «les lois françaises interdisant toute publicité dans le cas du whisky et du gin, mais non dans celui du cognac, sont injustes. Devant la Cour, les Français ont allégué que le whisky et le gin présentaient des dangers, car ces boissons sont consommées comme apéritifs, l'estomac vide, alors qu'il en va tout autrement pour le cognac, qui est consommé comme digestif après un repas.»[52]

L'agriculture, y compris la Politique agricole commune et les «taux verts»

«Le marché commun agricole est sans doute le domaine où l'Europe a progressé le plus dans la voie de l'intégration.»[53] Les dépenses dans le secteur agricole représentent régulièrement de deux tiers à trois quarts du budget de la Communauté et font l'objet de plus de 90 p. cent des lois secondaires de la Communauté. Cela découle de la Politique agricole commune (PAC), qui prévoit notamment des négociations politiques tous les ans, ayant pour objet de déterminer les prix des produits agricoles. En mars 1980, et à la suite de ces négociations, les agriculteurs français pendaient Mme Margaret Thatcher (premier ministre de Grande-Bretagne) en effigie.

L'agriculture pose toujours des problèmes, lors des négociations internationales portant sur la politique commerciale. La France n'aurait jamais acquiescé à l'instauration d'un marché commun qui aurait exclu l'agriculture: c'est ce qui explique l'adoption d'une politique agricole commune par la Communauté.

L'article 39 énumère les cinq principaux objectifs de la PAC:

- accroître la productivité;
- relever le revenu des agriculteurs;
- stabiliser les marchés;
- garantir la sécurité des approvisionnements;
- assurer des prix raisonnables aux consommateurs.

Sauf dans le cas du dernier objectif, les résultats obtenus sont satisfaisants. Le nombre des travailleurs agricoles a été réduit de moitié depuis 1960, ce qui révèle l'ampleur des rajustements. Les prix demeurent, cependant, deux à trois fois plus élevés que les prix mondiaux. Le prix du beurre est quatre fois plus élevé. Les énormes excédents ne font que s'accumuler avant d'être déversés dans le marché mondial, au désespoir des autres fournisseurs.

Pour atteindre les objectifs de la PAC, «différents marchés de produits agricoles ont été progressivement organisés, sur la base de trois principes fondamentaux: l'unicité du marché, la préférence communautaire, la responsabilité financière communautaire.»

L'*unicité du marché* implique «la liberté totale des échanges» au sein de la C.E.E., y compris «l'harmonisation des réglementations administratives, sanitaires et vétérinaires»; elle implique aussi des prix communs et des règles de concurrence identiques.[54]

Il existe quatre principaux types d'organisation du marché. Le type d'organisation le plus important embrasse environ 72 p. cent de la production agricole de la C.E.E.. Il s'agit d'un système de soutien des prix, en vigueur dans l'ensemble de la Communauté: la Communauté achète et «stocke» les produits agricoles lorsque les prix tombent en-dessous du niveau de soutien. Des taxes variables sont prélevées sur les importations bon marché toute l'année. Le deuxième type d'organisation embrasse environ 25 p. cent de la production. Il offre une protection contre les importations bon marché par le biais de mesures *saisonnières*, telles que les droits à l'importation. En vertu de ces deux types d'organisation, les pays à l'extérieur de la Communauté, sauf dans le cas de contingentements spéciaux, sont réduits à l'état de fournisseurs résiduaires, c'est-à-dire qu'ils ne fournissent au cours d'une année donnée que les produits en pénurie au sein de la Communauté. C'est là la signification de l'expression *préférence communautaire.* La *responsabilité financière commune* signifie que la PAC est financée par le budget de la Communauté.

La PAC offre une aide structurelle aussi bien au niveau des agriculteurs qu'à celui du soutien des prix et de la protection des marchés, mais cette aide demeure relativement limitée. Les gouvernements des États membres allouent, à cette même fin, des montants beaucoup plus considérables à partir de leurs propres budgets.

Dès qu'une organisation commune du marché est instaurée dans le cas d'un produit agricole, les associations nationales de commercialisation ne doivent pas en compromettre l'efficacité; celles-ci semblent être entièrement assujetties aux règles de la concurrence prévues à l'article 85(1).[55]

La PAC pose un certain nombre de problèmes. Citons les fluctuations monétaires à l'intérieur de la C.E.E., les dérogations aux règlements par les États membres, les excédents agricoles et les coûts de la PAC en général.

Examinons le premier problème, soit celui des fluctuations monétaires. Le franc français a été dévalué en 1969. Cela aurait dû normalement entraîner une augmentation des prix des aliments pour le consommateur, mais le gouvernement français n'aurait pas été prêt à accepter cette situation. Peu de temps après, le gouvernement allemand décidait de ne pas réduire les prix payés à ses agriculteurs par suite de la réévaluation du mark. Les États membres ont donc introduit ce que l'on appelle les «taux verts», différents des taux du marché, afin de convertir les prix agricoles arrêtés annuellement d'un commun accord et exprimés en unités de compte européennes, en leur monnaie nationale. Ces taux verts sont décidés par chaque État membre, en fonction des pressions politiques du moment. Il s'ensuit qu'il n'y a plus d'unicité du marché, car même si les prix convenus sont uniformes en unités de compte européennes, leurs équivalents en monnaie nationale aux taux du marché peuvent accuser de grands écarts. En 1977, on constatait un écart de 40 p. cent entre les prix pratiqués au Royaume-Uni et en Allemagne.[56] Depuis l'instauration du Système monétaire européen (voir plus loin la section consacrée à ce sujet) en 1979, les écarts ont été considérablement réduits.

Pour décourager les achats à bas prix dans un État membre et la vente au prix fort dans un autre État membre, la Communauté a adopté, comme mesure «temporaire», un mécanisme de «montants compensatoires monétaires.» Ce mécanisme fonctionne comme suit: si un État décide de protéger ses agriculteurs contre une réévaluation de sa propre monnaie de 10 p. cent,[57] une taxe de 10 p. cent est prélevée sur les importations de produits agricoles de toute origine, que ce soit la C.E.E. ou autre, et des subsides de 10 p. cent sont accordés à toutes les exportations. C'est la Communauté qui reçoit le produit de la taxe à l'importation et qui verse les subsides. En définitive, les citoyens des États membres sont les perdants, car ils apportent une contribution nette à la Communauté si les importations de produits agricoles dépassent les exportations.

Même si le Système monétaire européen a permis de réduire les fluctuations monétaires et d'alléger le problème des taux verts, la Communauté n'en est pas entièrement satisfaite, en raison des distorsions qu'il entraîne, et du coût qu'il représente pour la Communauté (plus de un milliard de dollars par an).

Examinons le deuxième problème de la PAC, soit celui des États membres qui dérogent à ses dispositions. En 1980, M. Roy Jenkins, ancien président de la Commission, s'était sérieusement demandé si la France avait pris «la décision générale de déroger aux règlements». Vers la fin de 1979, la Cour du Luxembourg avait condamné les restrictions françaises à l'importation d'agneau britannique. La guerre

de l'agneau prit fin avec l'adoption d'une politique «non commune»: les prix à la consommation au Royaume-Uni seraient beaucoup plus bas qu'en France.

Le troisième problème est celui des excédents. Plusieurs mesures correctives sont appliquées ou envisagées. Toute baisse des prix de soutien affecterait davantage les petits agriculteurs, et le soutien direct du revenu, destiné à leur venir en aide, interdit pour le moment sauf dans des circonstances particulières, pourrait se révéler un cauchemar administratif.

Le quatrième problème est celui des coûts: non seulement ceux des excédents et les autres dépenses budgétaires de la Communauté, mais aussi les coûts élevés pour les consommateurs. L'un des plus graves problèmes politiques qui se posent à la Communauté est celui des incidences variables de la PAC sur les différents États membres.

La principale pression, en vue d'une révision générale de la PAC, se situe au niveau des revenus du budget de la Communauté: le plafond de 1 p. cent du produit de la T.V.A. sera probablement atteint en 1982.

Les services des banques et des assurances

L'article 61(2) prévoit que «la libération des services des banques et des assurances qui sont liées à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux». Tous les services des banques et des assurances ne sont pas liés à des mouvements de capitaux (on pourrait dire, par exemple, que certains types d'assurances à risques représentent un simple paiement de services[58]), et ils jouissent des garanties qui s'appliquent normalement à la libre circulation, aux termes du Traité. Il y a eu, en fait, une sérieuse libération des mouvements de capitaux (voir plus loin la section consacrée aux capitaux).

Le personnel de la Commission affirme qu'il a accompli d'énormes progrès pour ce qui est de faciliter le droit d'établissement des succursales bancaires et des succursales des compagnies d'assurances. La question qui se pose est celle de savoir lequel des États membres est responsable de la protection des déposants et des détenteurs de polices.

Pour ce qui est des services bancaires, la directive 77/780 portant sur les institutions de crédit prévoit en partie qu'une succursale établie dans un autre État membre doit se conformer aux lois dudit État, mais

qu'on ne lui refusera pas l'autorisation de commencer à opérer uniquement parce que son siège social est situé dans un État membre étranger. On envisage d'émettre des directives au sujet de la garantie des dépôts, de l'échange de renseignements en matière de crédit, de la publicité bancaire, etc.[59]

Pour ce qui est des assurances, les fonctionnaires de la Commission déclarent: «la liberté d'établissement est totale, et [ils] essayent d'instaurer la même liberté pour les prestations de services». La liberté d'établissement est garantie par la directive 73/239 relative à l'assurance directe, à l'exclusion de l'assurance-vie[60] et par la directive 79/267 relative à l'assurance-vie directe. En vertu de ces directives, le contrôle d'une succursale incombe à l'État membre où se trouve le siège social, cependant que les risques doivent être couverts conformément aux lois de l'État membre où la police est souscrite. Ces dispositions relatives au contrôle sont considérées comme un important progrès par les fonctionnaires de la Commission. Les succursales ont à présent une «marge de solvabilité» qui est contrôlée par le pays où se trouve le siège social; ainsi, la principale obligation financière est placée sous le contrôle d'une seule autorité. Cette mesure est complétée par un échange de renseignements entre les autorités chargées du contrôle dans les divers États membres. Auparavant, toute compagnie devait satisfaire aux exigences en matière de solvabilité du pays où la police était souscrite, en déposant un cautionnement auprès des autorités.

La première étape visant à garantir la liberté pour les prestations de services d'un pays à l'autre est la directive relative à la co-assurance: tout risque dans un État membre peut être couvert dans un autre État grâce à ce moyen. En mai 1980, un projet de directive était soumis au Conseil des ministres en vue de garantir la liberté totale pour les prestations de services d'assurance d'un État membre à l'autre. On espérait que cette directive serait approuvée dans des délais relativement brefs. Il existe une directive au sujet de l'harmonisation de la responsabilité civile dans le cas des véhicules à moteur, de même que plusieurs projets de directives dont un consacré à l'harmonisation des contrats d'assurance.[61]

Il est curieux de constater, pour ce qui est des compagnies d'assurances, que les progrès ont été davantage réalisés dans le cas du droit d'établissement plutôt que dans celui du droit de fournir des services d'un pays à l'autre: la situation est totalement inversée dans le cas des avocats. Il n'y a aucun doute qu'une présence physique et financière s'impose si l'on veut gagner la confiance de l'État membre d'accueil.

Énergie[62]

La Communauté importe, surtout sous forme de pétrole, près de la moitié de l'énergie qu'elle consomme et, depuis le début de la crise énergétique de 1973, on a essayé à plusieurs reprises d'élaborer une politique énergétique commune. Les traités ne prévoient aucune autorité globale indépendante. Le traité de la CECA ne porte que sur le charbon. Le traité de l'Euratom institue un marché unique pour le combustible nucléaire, bien que les États membres aient encore tendance à négocier séparément avec les fournisseurs d'uranium étrangers. La production et la distribution de formes d'énergie primaire, telles que le pétrole et le gaz naturel, sont réglementées par les dispositions générales des traités, mais les gouvernements interviennent directement et indirectement dans un grand nombre d'activités qui intéressent le marché de l'énergie: contrôle et possession partielle du pétrole de la mer du Nord par le gouvernement britannique, système des licences d'importation de pétrole du gouvernement français, licences pour les centrales nucléaires et les services publics, politiques fiscales, normes industrielles.

Les publications de la Commission soulignent la nécessité d'une stratégie commune dans les termes suivants:

- Les États membres ont des objectifs économiques et sociaux communs, et ces objectifs sont de plus en plus assujettis à l'approvisionnement en énergie.

- Étant donné le caractère incertain de l'approvisionnement, la Communauté doit adopter une politique de diversification, ce qui exige une stratégie commune.

- Les dispositions prises par les États membres—adoption de normes, aide à l'investissement, etc.—peuvent, si elles ne sont pas harmonisées, faire obstacle à la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun ou fausser le jeu de la concurrence. Différentes normes obligatoires relatives à la consommation de carburant sont appliquées en Europe, et ces normes tendent à isoler le grand marché nécessaire à l'expansion de l'industrie automobile.

Le Conseil des ministres a, en fait, tracé les grandes lignes de la politique énergétique commune en décembre 1976. Le Conseil prit par la suite un certain nombre de mesures précises dont trois directives de caractère obligatoire, en 1978 et 1979, ayant trait à la performance des appareils destinés à chauffer l'eau et les bâtiments, et à l'indication de la consommation d'énergie sur les appareils ménagers.

La Commission a fait d'autres propositions, telles que l'harmonisation des prix du pétrole et des taxes pétrolières, l'adoption de normes de construction obligatoires pour les nouveaux bâtiments et la fourniture d'une aide financière en vue de la modification des bâtiments existants.

Pêche

De sérieuses tentatives furent faites en 1980 par les États membres afin d'arriver à un accord au sujet d'une politique de pêche commune. Une entente fut conclue au mois d'octobre quant aux règles de conservation et modalités d'application, mais au 31 décembre, soit la date cible, aucun accord n'était encore intervenu au sujet des questions plus délicates de l'accès aux zones de pêche et de l'attribution de quotas. Le Royaume-Uni a une influence déterminante, étant donné que ses eaux renferment près des deux tiers du poisson de la C.E.E. Dès qu'un accord sera conclu, il sera soumis au contrôle des inspecteurs de la Commission.

Préférences des gouvernements en matière d'achats

L'article 30 interdit les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent. Cela s'applique aux achats effectués par les gouvernements, à quelque palier que ce soit, auprès d'autres États membres, ainsi qu'aux achats en général. Comme nous l'avons vu plus haut, l'article 90 relatif aux entreprises publiques offre peu de possibilités de déroger aux dispositions de l'article 30. Cependant, la Communauté a adopté deux directives du Conseil dans ce domaine, afin d'instaurer «des conditions de concurrence égales dans le cas des contrats (publics) dans tous les États membres, en vue d'offrir un degré de transparence qui permette de mieux contrôler cette interdiction».[63]

La première directive, qui a trait aux contrats de travaux publics, a été adoptée le 26 juillet 1971. La deuxième, adoptée le 21 décembre 1976, a trait aux contrats d'approvisionnements publics. Ces deux directives se ressemblent quant à la forme, et notre exposé dans la présente partie a trait à la deuxième directive. La principale différence réside dans le fait que la première directive s'applique uniquement aux contrats de travaux publics d'un montant d'un million d'unités de compte européennes et plus, cependant que la deuxième directive fixe le minimum des contrats d'approvisionnements publics à 200 000 unités de compte. Les contrats au-dessous de ces minimums demeurent présumément assujettis aux dispositions de l'article 30 et non à la procédure de contrôle établie par les directives.

La directive au sujet des contrats d'approvisionnements est un long document qui comporte en préambule, 29 articles, de nombreux alinéas et des annexes.[64] Elle a pour objet de prévenir le recours aux différents stratagèmes couramment utilisés pour accorder la préférence aux fournisseurs nationaux. À cet effet, la directive comprend des règles communes au sujet des spécifications techniques, de l'annonce des contrats, des critères de sélection des entrepreneurs, et de l'adjudication des contrats. Au départ, les problèmes à résoudre sont évidemment plus difficiles que ceux qui se posent à l'intérieur d'une fédération; à titre d'exemple, il n'y a pas de système bancaire commun pouvant faciliter l'information sur la responsabilité financière des entrepreneurs. Les règles de publicité communes exigent que tous les contrats assujettis aux dispositions de la directive soient annoncés au Journal officiel des Communautés européennes, dans la forme prescrite par la directive.

Il y a des exceptions: les organismes chargés de la gestion des services de transport en sont exemptés, de même que ceux qui assurent la gestion «des services de production, de distribution et de transmission ou de transport dans le cas de l'eau, de l'énergie et des télécommunications». Ainsi, les services publics conventionnels ne seraient pas touchés par la directive.[65] Il y a d'autres exceptions: par exemple, les considérations d'ordre artistique, les cas d'urgence, le remplacement des pièces d'origine et les marchandises cotées sur un marché de produits de la Communauté. Les États membres doivent soumettre un rapport annuel portant sur le nombre et la valeur totale de ces exemptions jusqu'au 1er janvier 1981. Il faut remarquer, du moins sur le plan théorique, que toutes ces exemptions n'ont rien à voir avec les dispositions fondamentales de l'article 30, mais qu'elles se rapportent plutôt aux exigences en matière de procédure, énoncées dans la directive.[66]

La directive précise bien qu'il n'est pas question de suspendre l'application des articles 36 et 223 du Traité. L'article 36 a déjà été examiné plus haut, sous la rubrique *Dispositions du Traité et interprétation:* biens. L'Article 223 a trait à la responsabilité qu'ont les États membres de veiller à leur propre sécurité. Le matériel de guerre ne tomberait pas sous l'article 30, cependant que «les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires» continueraient d'être assujettis aux règles normales du Traité.

Et voilà pour les exemptions. Quant aux produits qui ne sont pas exemptés, dans quelle mesure les dispositions du Traité et les directives sont-elles efficaces?

À première vue, les règles communes empêcheraient les instances publiques dans les États membres de déroger *de façon manifeste* aux dispositions de l'article 30, en exerçant une discrimination à l'égard des fournisseurs ressortissant aux autres États membres. Ainsi, il ne serait plus possible d'annoncer des politiques, et encore moins d'adopter des lois, qui accorderaient la préférence aux fournisseurs locaux. Wyatt et Dashwood nous donnent quelques exemples d'actes qui seraient contraires aux dispositions du Traité:[67]

- La politique d'un ministère qui consisterait à ne pas acheter du matériel de bureau importé.

- Une règle statutaire qui obligerait les services publics à se procurer de l'énergie par le truchement exclusif d'un organisme d'achats de l'État.

- Une directive gouvernementale demandant à une entreprise publique d'acheter ses voitures de service auprès d'un fabricant nationalisé.

Il est cependant difficile de déceler la discrimination cachée et d'agir en conséquence. Un fonctionnaire de la Commission déclarait qu'il était trop tôt pour se prononcer au sujet de l'efficacité de la directive relative aux approvisionnements publics, mais que la directive de 1971 concernant les travaux publics s'était avérée un «échec». M. Steven Joseph de l'École des Affaires de Paris, qui s'est consacré à l'étude des barrières non tarifaires entre les États membres, écrit au sujet des achats par les gouvernements «qu'il faudrait pardonner au profane de croire que les règles et directives de la C.E.E. existent uniquement pour être affichées sur le papier et bafouées dans la réalité».[68] La presse rapportait en décembre 1980 que le ministère de l'industrie du Royaume-Uni avait l'intention de favoriser les fournisseurs britanniques en fractionnant les commandes «afin que par leur volume limité elles passent inaperçues de la GATT». On ne sait pas encore dans quelle mesure les particuliers et les compagnies peuvent invoquer l'aide des tribunaux nationaux pour faire respecter les règles établies. Cela est particulièrement vrai dans le cas des directives, l'article 189 laissant aux instances nationales «la compétence quant à la forme et aux moyens», afin d'atteindre les objectifs convenus. Dans le cas des directives relatives aux contrats publics, tous les États membres ne les appliquent pas par voie de législation, ce qui rend plus problématique le recours aux tribunaux.

Il existe un Comité consultatif pour les contrats publics, qui est composé de représentants des États membres et qui se réunit deux ou

trois fois par an, afin de conseiller la Commission. Tout problème peut être soulevé à ces occasions.

Pipelines et lignes de transmission

Le transport par ces moyens semble être exclu, probablement de façon involontaire, par les dispositions des articles qui s'appliquent spécifiquement aux transports. C'est du moins ce que l'on pourrait déduire à la lecture du texte de l'article 84. Cependant, l'utilisation sinon la construction de pipelines et de lignes de transmission est probablement régie par des articles du Traité ayant un caractère plus général et se rapportant à l'instauration d'un marché commun pour les produits, avec suppression des barrières et de la discrimination. Il semblerait que la construction de certains pipelines et lignes de transmission ne puisse être décidée par le Conseil agissant à la majorité qualifiée, mais qu'elle doive faire l'objet d'une entente entre les États membres intéressés.

Normes de santé et de sécurité et normes techniques

Même si ce titre semble offrir une certaine commodité, le sujet réel est le «pouvoir de police» exercé par les composantes politiques des fédérations et, dans le cas de la C.E.E., par les États membres. Il s'agit non seulement des normes relatives à la santé et à la sécurité, ainsi qu'à la standardisation des produits industriels, mais aussi des mesures imposées pour des raisons morales et, dans le cas de la C.E.E., de bien d'autres questions.[69] Pour des raisons morales, le Royaume-Uni a pu interdire l'importation de films pornographiques produits en Allemagne.

La Communauté désigne la plupart des obstacles qui découlent du recours à ce pouvoir de supervision comme étant des barrières techniques aux échanges. Ils ont été définis comme suit: «difficultés résultant, pour les échanges de marchandises, des divergences entre les dispositions nationales concernant la qualité, la composition, le conditionnement ou le contrôle des produits».[70] La Communauté consacre une grande partie de ses efforts à l'harmonisation des législations nationales des États membres dans ce domaine. Quelque 200 à 300 cas figurent constamment aux registres de la Commission. La Commission fait remarquer que l'harmonisation n'est pas entreprise uniquement dans le but d'harmoniser les diverses législations, mais pour des raisons bien précises. La première raison était l'élimination des entraves aux échanges. Une entrave peut survenir de façon involontaire, comme dans le cas des États membres dont le point de vue diffère honnête-

ment au sujet des normes de sécurité les plus appropriées, ou de façon volontaire, pour des raisons de protection, malgré l'injonction qui figure à la fin de l'article 36. Les barrières techniques peuvent créer des obstacles aux échanges, bien plus insidieux que les droits de douane.[71] Par la suite, la protection de l'environnement et du consommateur et, plus récemment encore, la nécessité d'économiser de l'énergie, ont constitué de nouvelles raisons pour ce qui est de l'harmonisation.[72]

Lorsqu'il est clair qu'une barrière a un caractère protectionniste, elle sera interdite en vertu de l'article 30. Si, indépendamment de son bien fondé ou de son absence de bien-fondé, elle se révèle conforme au pouvoir de police prévu à l'article 36, la Commission peut par la suite demander au Conseil d'adopter à l'unanimité, en vertu de l'article 100, une directive pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Comme nous l'avons vu précédement, l'importante décision rendue par la Cour dans le cas du cassis de Dijon, à la fin de 1978, a probablement limité la portée de l'article 36 et étendu celle de l'article 30. Moins les mesures adoptées se révéleront conformes aux dispositions de l'article 36, moins il y aura lieu de rechercher l'harmonisation des législations par voie de directives, un processus qui peut normalement demander plusieurs années. «L'élimination des entraves techniques aux échanges à l'intérieur de la Communauté est un processus de longue haleine». Au mois de mai 1980, les conséquences probables de la décision rendue par la Cour n'étaient pas encore tout à fait claires, aucune autre explication n'ayant été fournie au sujet de ce que la Cour entend par «raison impérieuse».[73]

Entre-temps, les directives adoptées ont atteint un nombre considérable. Dans la décennie qui a précédé le mois de juin 1979, un total de 180 directives a été adopté: 130 pour les produits industriels et 50 pour les produits alimentaires. Soixante directives additionnelles sont en instance d'approbation. «Un plus grand nombre sera encore nécessaire pour éliminer les barrières techniques les plus sérieuses.»

Les directives ont été adoptées notamment dans les domaines suivants:

- Automobiles. En juin 1979, il fallait encore adopter trois directives, en plus des 39 directives existantes, en vue d'instaurer une spécification européenne complète. «Cela représente un degré d'harmonisation plus poussé que celui qui existe entre les États des États-Unis d'Amérique». Les tracteurs et les machines agricoles ont également fait l'objet d'un grand nombre de directives.

- Instruments de mesure: par exemple, les taximètres.

- Matériel électrique: par exemple, interférences radio-électriques causées par les appareils ménagers, normes de sécurité, indication de la consommation d'énergie sur les appareils ménagers.

- Produits chimiques. «De nombreuses directives» ont été adoptées afin d'améliorer la sécurité et de protéger l'environnement.[74]

- Textiles: description standard des fibres.

- Produits alimentaires: terminologie standard, étiquetage et conditionnement standard, additifs standard.

Une directive relative aux matériaux de construction a déjà été proposée, et les travaux se poursuivent quant à plusieurs Eurocodes concernant la sécurité, l'acceptabilité et la durabilité des bâtiments.[75]

Après la communication d'une directive, les États membres disposent habituellement d'une période de 18 mois, avant d'en introduire les dispositions dans leurs législations respectives et de les mettre en vigueur. Les directives sont mises à jour périodiquement, afin de suivre les progrès techniques. Les États membres qui appliquent des directives rappellent les provinces d'un État fédéral qui appliquent les lois adoptées par le gouvernement central.

Les directives permettent de réaliser deux genres d'harmonisation: une harmonisation facultative et une harmonisation totale. C'est l'harmonisation facultative qui est la plus courante. Dans cette situation, il y a coexistence des normes de la Communauté et des normes nationales, mais seuls les produits conformes aux normes de la Communauté peuvent être vendus dans tous les États membres. Un fabricant qui souhaiterait vendre uniquement sur le marché intérieur n'a à se préoccuper que des normes nationales. C'est l'harmonisation facultative qui intervient pour la plupart des produits industriels comme les automobiles.

L'harmonisation totale signifie que les normes nationales ont été remplacées par les normes de la Communauté. «Cela est particulièrement vrai lorsque les exigences en matière de santé et de sécurité publiques s'opposent à la prolifération de normes nationales concurrentielles.»[76] Exemples: substances dangereuses, biodégradabilité des détersifs et interférences radio-électriques causées par les appareils ménagers. Dans ces cas, les produits qui ne répondent pas

aux normes ne doivent même pas être vendus sur le marché national du fabricant. Par ailleurs, aucun État membre ne peut imposer des normes plus rigoureuses que celles de la Communauté.

Dans le cas des cosmétiques, une directive proposée (et probablement en vigueur à présent) illustre bien la portée des directives concernant les produits virtuellement nocifs. Cette directive avait pour objet de limiter l'utilisation de substances dangereuses, d'exiger certains renseignements sur les emballages et d'interdire les arguments publicitaires injustifiés. Tout en établissant les normes de la Communauté, la directive proposée conférait, entre autres, à tout État membre le droit de suspendre la vente d'un produit jugé dangereux pour la santé. Cette suspension serait valable pour une période d'un an, au cours de laquelle la Commission pourrait déterminer le bien-fondé scientifique des dangers appréhendés.[77]

La Commission fait remarquer que l'harmonisation par voie de directive n'implique pas nécessairement une uniformisation sur le plan de l'esthétique industrielle. On peut adopter des normes de sécurité pour les voitures, sans que toutes les voitures se ressemblent.

L'élimination des barrières par voie de directive comporte un sérieux inconvénient. «Alors qu'il y a quelques années, les fonctionnaires de la Commission avaient pour tâche d'élaborer de nouvelles propositions et de les justifier auprès des autres institutions de la Communauté, de nos jours la plus grande partie de leur travail consiste à gérer les directives en vigueur, c'est-à-dire à contrôler leur application par les États membres (près de 250 griefs reliés à des dérogations sont en suspens) et à les adapter aux progrès techniques.»[78] «Il ne s'agit pas autant d'accumuler des directives comme d'éliminer les entraves aux échanges.» Par conséquent, la Commission a l'intention de consacrer autant d'efforts à prévenir les nouvelles entraves qu'à éliminer les entraves existantes.

Lors de l'annonce de cette nouvelle politique par la Commission, il existait déjà des procédures destinées à prévenir l'apparition de nouvelles entraves, mais elles n'avaient pas donné de bons résultats. Bien que les États membres aient «l'obligation morale» de soumettre leurs projets de lois à la Commission, celle-ci doit faire connaître sa réponse et le Conseil doit agir dans les délais prévus; en réalité, la technicité du sujet rend ces délais très courts. Dès l'été de 1980, la Commission avait l'intention de formuler des propositions précises au sujet de l'amélioration des procédures.

Outre les barrières dues aux mesures législatives ou administratives des gouvernements, il existe d'autres entraves qui découlent de

l'adoption de normes volontaires par le secteur industriel dans les États membres. Les normes industrielles sont de la compétence des gouvernements nationaux, sous réserve, bien entendu, des dispositions du Traité, dont certaines ont déjà été mentionnées. Cependant, les normes qui ne sont pas obligatoires ne dérogent pas aux dispositions des articles 30 et 34; elles ne peuvent non plus faire l'objet de directives, l'article 100 ayant trait uniquement aux dispositions prises par les gouvernements. La Commission est donc obligée de promouvoir la coopération entre les différentes instances nationales intéressées. Il existe en Europe deux organismes privés qui s'occupent de la coordination des normes: l'un dans le domaine de l'électricité, l'autre dans le cas d'autres produits. Cependant, de nombreuses normes ne font l'objet d'aucune coordination. De l'avis de la Commission, ces organismes sont inefficaces, et il faudrait que leurs réunions «cessent d'être consacrées à la confrontation des intérêts nationaux, pour devenir un véritable lieu de rencontre où les experts des différents pays mettraient leur savoir en commun.»[79]

Pour combler les lacunes constatées dans le domaine des normes volontaires, la Commission a annoncé son intention de collaborer plus étroitement avec les instances nationales responsables de la politique de standardisation et d'envisager d'autres mesures.[80]

Transports

Il s'agit-là d'un important secteur, qui revêt le plus haut intérêt pour ce qui est de la libre circulation, de même que pour l'économie des États membres en général. La Deuxième Partie du Traité de la C.E.E., intitulée «Les fondements de la Communauté», comprend des articles clés relatifs à la libre circulation. Le Titre IV de la Deuxième Partie comprend les articles 74 à 84, qui intéressent les transports par chemin de fer, par route et par voie navigable. En vertu de l'article 74, les États membres sont tenus d'adopter une politique commune pour ces modes de transport. Après la période de transition, cette politique sera appliquée par le Conseil à la majorité qualifiée pour ce qui est des règles communes applicables au transport international, par exemple. Deux genres de discrimination sont expressément interdits: discrimination en raison du pays d'origine ou de destination des produits transportés (article 79) et discrimination dans l'intérêt «d'une ou de plusieurs entreprises ou industries», sauf si elle est autorisée par la Commission (article 80).

Bien que l'application d'une politique des transports commune comporte de sérieux problèmes,[81] nous avons réuni un certain nombre d'exemples de réalisations au crédit de la Communauté:

- Il existe, depuis 1955, des «tarifs internationaux directs» pour le transport du charbon et de l'acier par chemin de fer, calculés d'après le rapport prix-distance, quel que soit le nombre de frontières à traverser. La fluctuation des taux de change constitue une difficulté réelle, que l'on ne rencontre pas à l'intérieur d'une fédération.

- Des mesures permettant d'établir des comparaisons entre les systèmes de comptabilité ferroviaires et d'uniformiser les principes de comptabilisation des coûts ont été exécutées.

- Des règlements prévoyant le maximum des heures de conduite dans le cas des camionneurs ont été instaurés.

L'article 84 confie au Conseil la responsabilité de décider des dispositions à adopter pour la navigation maritime et aérienne. Une politique commune a été adoptée pour ces deux types de navigation.[82]

Les modes de transport qui font l'objet du Titre IV ne sont pas assujettis aux articles du Traité qui portent sur la concurrence, notamment l'article 85(1); ils sont régis par des règlements distincts. Il semblerait, de même, que la navigation maritime et aérienne ne soit pas non plus directement assujettie à l'article 85, mais que les États membres ou la Commission puissent «présumément» prendre des mesures en vertu des dispositions transitoires contenues dans les articles 88 et 89.[83] En mai 1980, des rapports de presse indiquaient que certaines compagnies aériennes du secteur privé avaient l'intention de porter devant la Cour européenne les ententes du cartel qui régissent actuellement le transport aérien à l'intérieur de la C.E.E.

CAPITAUX[84]

L'élimination des barrières à la libre circulation des capitaux est prévue dans plusieurs articles du Traité. Cependant, la Communauté n'étant pas une union monétaire, des restrictions aux mouvements de capitaux sont prévues afin de protéger les conditions et la stabilité de l'économie, et ce genre d'objectif a préséance sur la libre circulation des capitaux[85]. Ainsi, l'équilibre économique mentionné à l'article 104 prévaut sur l'article 67, qui est le principal article consacré à la libre circulation des capitaux.

On allègue que le Traité ne donne pas une définition pratique des mouvements de capitaux, bien qu'un effort ait été tenté dans ce sens

dans deux directives de la Communauté où l'on énumère certaines transactions précises. Cette énumération étant différente du résultat d'autres tentatives au niveau international, force nous est de conclure qu'il s'agit là d'un problème difficile à résoudre.

Les directives adoptées groupent les transactions dans quatre catégories, le principe général étant qu'une plus grande liberté soit accordée dans le cas des transactions les moins controversées qui, d'une manière générale, ne s'inscrivent pas dans des mouvements de capitaux de type spéculatif. L'Italie et l'Irlande et, pour certaines catégories, la France, le Danemark et probablement les Pays-Bas maintiennent encore des restrictions aux mouvements de capitaux. Les autres États membres ont dans l'ensemble libéralisé leur réglementation. Les restrictions maintenues en France et en Italie ont en partie pour objet de réduire l'ampleur de l'évasion fiscale.

L'investissement direct entre États membres, y compris les prises de contrôle, ne doit pas être empêché pour des raisons de nationalité, bien que certains sentiments politiques subsistent dans tous les États membres. Par exemple, Daimler Benz n'oserait pas se porter acquéreur de Peugeot. On affirme que les sociétés étrangères désireuses d'acquérir la majorité des actions de sociétés françaises caractérisées par une haute technologie en seraient découragées et probablement empêchées par des mesures gouvernementales. En décembre 1980, un article de presse disait: «des banquiers fortement influencés par le gouvernement français ont fait obstacle à la tentative du groupe italien Ferruzzi d'acquérir Beghin-Say, la plus grande raffinerie de sucre de France».[86] La France n'est probablement pas le seul pays à commettre ce genre d'infraction.

La liberté d'acquérir et d'exploiter des propriétés foncières dans un autre État est garantie aux ressortissants de la Communauté par l'article 54(3)(e) du Traité, sous la seule réserve des restrictions prévues par la politique agricole. Cette garantie est probablement limitée aux personnes et aux sociétés qui s'établissent sur les propriétés ainsi acquises. Il n'est pas clairement établi que d'autres articles du Traité garantissent aux investisseurs de la Communauté le droit d'acquérir des propriétés foncières qu'ils n'ont pas l'intention d'occuper. À l'exception du domaine agricole, il semble qu'aucune autre loi ne vienne s'opposer à l'achat de propriétés foncières par des personnes résidant à l'extérieur de la Communauté.

On s'explique mal également cette subsistance de certains dégrèvements de l'impôt sur le revenu, qui sont de nature à encourager l'investissement intérieur, mais qui contreviennent à l'article 67, à savoir: *Kuponsteuer* en Allemagne, l'*avoir fiscal* en France et le *crédit d'impôt*[87] en Belgique.

Il existe, a cet égard, de sérieuses entraves à la libre circulation. L'une d'elles est cette incertitude dans laquelle se trouvent les investisseurs face à la fluctuation des taux de change. D'autres sont dues à l'infrastructure juridique de l'investissement que la Commission s'efforce d'harmoniser. De sérieux efforts sont également fournis dans le domaine du droit corporatif, bien qu'il reste beaucoup à faire, des progrès considérables ont été réalisés dans la voie d'une réglementation des valeurs mobilières et des institutions de crédit, comme les banques, et des propositions ont été formulées pour l'harmonisation de l'impôt sur les corporations et autres impôts. Les raisons sous-jacentes sont la protection des investisseurs et, dans le cas des prises de contrôle, celle des employés également.

LES PERSONNES

Dispositions du Traité et leur interprétation[88]

En ce qui concerne la libre circulation des personnes, la distinction entre le Canada et la C.E.E. réside dans le fait qu'il existe au Canada une citoyenneté commune, avec de nombreux droits y afférents pour ceux qui changent de province, droits qui sont pour la plupart tenus pour acquis, cependant qu'au sein de la C.E.E. la citoyenneté relève des États membres, et que seuls certains droits en vertu du Traité établissent une forme de citoyenneté dans le cas de la Communauté. Par ailleurs, le Traité a surtout trait aux questions économiques. Tous ces facteurs expliquent pourquoi, dans le cas de la libre circulation des personnes, le Traité adopte une approche apparemment compliquée. En effet, il comporte trois rubriques intitulées respectivement: les travailleurs (articles 48 à 51), le droit d'établissement pour les travailleurs indépendants et les sociétés (articles 52 à 58) et la liberté de fournir des services au-delà des frontières des États membres (articles 59 à 66). La distinction entre travailleurs et travailleurs indépendants n'a peut-être plus de raison d'être, à la lumière des interprétations données par la Cour et qui confèrent aux travailleurs indépendants un grand nombre des droits conférés aux travailleurs. De plus, certaines complications peuvent survenir: au Royaume-Uni, la plupart des médecins sont salariés, alors que par ailleurs ils sont pour la plupart indépendants. Nous avons déjà vu que certains problèmes pouvaient aussi découler de la distinction entre le droit d'établissement et le droit de fournir des services.

Malgré le caractère économique du Traité, le but recherché était de nature politique, et la libre circulation des personnes est l'un des

principaux facteurs qui contribueront à unir l'Europe. La Cour l'a bien compris. Elle «a clairement interprété les dispositions des articles 48 à 51 du Traité, et les lois d'application qui en découlent, de façon plus libérale que ne l'auraient permis les considérations purement fonctionnelles du Traité reliées à ses seuls objectifs écomomiques».[89]

Travailleurs dans des secteurs autres que les professions[90]

Les droits aux termes des articles pertinents ont fait l'objet d'une large interprétation par la Cour, selon le principe que les personnes ne sont pas uniquement des travailleurs. L'article 48 et la directive principle 68/360 de 1968, qui assure l'entrée et le droit de résider aux travailleurs de la Communauté, ont été jugés comme ayant un effet direct. Les ressortissants de la Communauté peuvent entrer dans un État membre pour y chercher du travail et, une fois employés, ils doivent recevoir un permis de résidence qui consacre leur droit, et ce droit existe indépendamment du permis. Aucun permis de travail n'est exigé. La famille immédiate du travailleur a également le droit de travailler et de résider dans le même pays. De plus, «les États membres ne peuvent exiger ni visas de sortie ni documents équivalents des travailleurs ou des membres de leurs familles».

Un travailleur qui devient volontairement chômeur n'est plus un «travailleur» au sens de l'article 48, et il peut perdre son droit de résidence. On peut, cependant, alléguer qu'aussi longtemps qu'il recherche un emploi, il est protégé par l'article 48. S'il «devient évident qu'il aura de la difficulté à trouver un emploi, on peut lui demander de retourner à son pays d'origine ou à l'État membre où il a occupé son dernier emploi. Une période d'emploi prolongée dans l'un des États membres confère, cependant, au travailleur en chômage les mêmes privilèges que ceux dont jouit un membre de l'effectif de la main-d'œuvre locale, c'est-à-dire l'admissibilité égale et indéfinie aux prestations de chômage du pays hôte».

Le règlement 1612/68 assure aux familles des travailleurs les même droits à l'admissibilité à un emploi et aux conditions d'emploi. En ce qui concerne l'admissibilité, il existe une exception «lorsque les exigences linguistiques sont rendues nécessaires par la nature du poste à combler». Les services d'emploi des États membres sont censés aider les travailleurs migrants de la même façon qu'ils le font dans le cas de leurs concitoyens. Un certain nombre de dispositions ont été prises afin de faciliter l'égalité d'accès à l'emploi. Par exemple, les années de service dans la marine marchande de plusieurs États peuvent être accumulées par les marins en vue d'obtenir un brevet.

Aucun travailleur migrant ne doit faire l'objet d'un traitement différent «en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, et en particulier pour ce qui a trait à la rémunération, au congédiement et, s'il devenaient chômeur, à sa réintégration ou à son réemploi». Le règlement 1612/68 exige également que l'on octroie aux travailleurs migrants «les mêmes avantages sociaux et fiscaux accordés aux travailleurs du pays». La Cour a statué que ce règlement s'applique à tous les avantages de cette nature, qu'ils soient mentionnés ou non dans le contrat d'emploi. Tout État membre doit accorder aux travailleurs ressortissant aux autres États membres les mêmes avantages juridiques qu'il accorde à ses propres citoyens.

La famille immédiate des travailleurs a également droit à ces avantages. Par exemple, le règlement prévoit que «les enfants d'un travailleur résidant sur le territoire d'un État membre a le droit d'accéder à l'enseignement général, à l'apprentissage et aux cours de formation professionnelle, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État».

L'article 48(3) stipule que la libre circulation peut être limitée pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Des dispositions analogues figurent à l'article 56(1) au sujet du droit d'établissement. Une directive de 1964 contient des sauvegardes en matière de procédure et précise que ces dispositions ne peuvent être invoquées à des fins économiques. La Cour insiste pour que ces dispositions soient interprétées de façon rigoureuse. Par exemple, le casier judiciaire d'une personne ne constitue pas une raison suffisante pour lui refuser l'entrée. À une occasion, la Cour a permis au Royaume-Uni d'exercer de la discrimination à l'égard d'un ressortissant hollandais et de le refouler alors qu'il s'apprêtait à occuper un emploi dans l'Église de la Scientologie. La nature exceptionnelle du cas est soulignée dans un jugement ultérieur de la Cour, dans lequel celle-ci invoque la Convention européenne des Droits de l'Homme comme norme éventuelle permettant de juger les actes des États membres. Une disposition moins importante figure également à l'article 48(4): une exception dans le cas des emplois dans l'administration publique. Cette disposition ne s'applique pas à tous les emplois. Elle «peut être invoquée afin de restreindre l'*accès* de citoyens étrangers à *certaines activités* dans l'administration publique, mais non afin de justifier la discrimination après que ces derniers aient accédé à un emploi», sauf dans le cas d'une promotion éventuelle à un poste délicat.

Outre ces dispositions du Traité, la politique sociale de la Communauté est en grande partie consacrée aux travailleurs. Il existe des directives qui ont trait aux droits des employés en cas de fusion, faillite des sociétés et congédiements massifs, ainsi que des directives préconisant une rémunération égale pour les travailleurs masculins et les

travailleurs féminins (une décision de la Cour a été déterminante dans ce domaine) ainsi que l'égalité d'accès aux possibilités d'emploi. Les femmes et les hommes auront droit aux mêmes avantages du régime de sécurité sociale dès 1984. Une recommendation (ne liant pas les États membres) a également été formulée au sujet de la semaine de 40 heures et des congés annuels rémunérés de 4 semaines. Le Fonds social européen accorde des subsides afin d'aider à la réalisation des programmes de formation et, dans certains cas, aux frais du changement de résidence des travailleurs qui vont occuper un nouvel emploi.

Les paragraphes qui précèdent ont trait aux migrants qui ressortissent aux États membres et non à des pays tiers à l'extérieur de la Communauté. Les premiers sont moins mobiles que les Canadiens et les Américains, au plan géographique, professionnel et social. Ils représentaient les trois quarts des migrants à l'intérieur de la C.E.E., mais ils ne représentent plus aujourd'hui que le tiers. Les migrants originaires des pays tiers ne jouissent pas de droits équivalents; par exemple, les Turcs ne peuvent pas se rendre en Allemagne pour y chercher du travail. La libre circulation des travailleurs de la Grèce, le dixième État membre de la C.E.E., sera instituée sur une période de plusieurs années. Durant cette période, ils jouiront d'un statut préférentiel par rapport aux citoyens des pays tiers.

Même si la Communauté a inscrit à son actif d'importantes réalisations au plan de la libre circulation des travailleurs, on ne peut encore affirmer que les migrants de la Communauté jouissent intégralement des mêmes avantages que les citoyens des États membres d'accueil. Le «Programme d'action en faveur des travailleurs migrants et de leurs familles» (*Bulletin des Communautés européennes*, Supplément 3/76), mis de l'avant par la Commission, définit les domaines où de nouvelles mesures s'imposent. Le Conseil s'est contenté de prendre note du programme d'action, ayant trait aux migrants de la Communauté et des pays tiers, et il est peu probable que des mesures sérieuses soient adoptées afin de donner suite à ce programme aussi longtemps que la situation économique actuelle persistera dans le monde.

Les professions

Alors que l'article 48 est l'article clé pour ce qui est de la libre circulation des travailleurs, les dispositions correspondantes dans le cas des travailleurs indépendants, y compris les professionnels, sont contenues dans l'article 52, qui aborde et qui définit le droit d'établissement, et dans l'article 59, qui se rapporte à la prestation de services au-delà des frontières séparant les États.[91]

Le droit d'établissement peut être brièvement défini comme étant le droit de s'établir dans un État membre et d'y entreprendre des activités économiques. Les travailleurs indépendants de la Communauté jouissent de ce droit, et ils ont généralement le même droit que les travailleurs de recevoir un traitement égal, de demeurer dans le pays d'accueil après la retraite, etc. La Cour a donné une grande impulsion à la libre circulation des professionnels, bien que des obstacles majeurs doivent encore être surmontés.

Dans le cas des professionnels, les difficultés sont reliées aux exigences en matière de diplômes et de licences, et ces difficultés sont beaucoup plus nombreuses que dans le cas des travailleurs. Même si le droit d'établissement a un effet direct, il doit dans ces cas être facilité par la législation secondaire de la Communauté visant à instaurer la reconnaissance mutuelle des diplômes.[92] La reconnaissance des diplômes médicaux «doit être considérée comme un fait sans précédent».[93] Dans le cas des médecins, infirmières, dentistes, vétérinaires et sages-femmes, la Commission établit des normes minimales qui sont administrées par les États membres. Pour ces personnes le droit d'établissement revêt une grande importance. Seule une petite proportion se déplacera, en raison des difficultés naturelles, mais le principe demeure important. La question des qualifications des pharmaciens est présentement à l'étude.

À l'instar du domaine médical, mais à l'opposé du domaine juridique, l'architecture et le génie ont un caractère universel. Même si l'on a lentement avancé vers la reconnaissance mutuelle des diplômes d'architecte, l'avenir semble maintenant plus brillant.

Les possibilités de reconnaissance mutuelle des diplômes d'avocat, et par conséquent les possibilités d'instauration d'un droit d'établissement véritable demeurent minces. Les questions de comptabilité sont compliquées par les divergences du droit corporatif et du droit fiscal des États membres, mais les perspectives s'améliorent dans ce domaine. En raison des besoins des sociétés multinationales, il semble qu'une tendance s'amorce en ce qui concerne l'harmonisation des méthodes comptables et des exigences en matière de divulgation. Entre-temps, la Commission a proposé dans le cas des comptables une directive contenant un objectif plus limité que la reconnaissance mutuelle des diplômes, soit l'établissement des qualifications minimales des vérificateurs officiels.

L'article 55 exclut le droit d'établissement lorsque l'autorité publique serait exercée par les personnes intéressées: par exemple, les notaires. Cependant, la Cour interprète cette exclusion de façon plus étroite, de sorte que ce droit n'est refusé que dans le cas de certaines *fonctions* des professionnels et non pour l'ensemble de la profession.

Un autre problème sérieux qui se pose à la Communauté dans le domaine des qualifications professionnelles est dû au fait que, contrairement à la situation qui prévaut au Canada et aux États-Unis, les systèmes d'enseignement ne présentent aucune unité.

Entre-temps, chaque fois que l'absence d'une reconnaissance mutuelle des diplômes fait obstacle à l'exercice sérieux du droit d'établissement, la Commission s'efforce d'offrir aux professionnels, par voie de directives, la possibilité de fournir des services au-delà des frontières qui séparent les États membres.

En ce qui concerne les services d'avocats, lorsque le barreau exige des qualifications scolaires avant l'admission et qu'un candidat d'un autre État membre possède un équivalent reconnu, ce candidat doit être admis. Il peut même plaider en Cour; par exemple, un avocat français pourrait théoriquement représenter un client devant la Chambre des Lords. Cependant, lorsque les lois locales exigent qu'un client soit représenté par un avocat, on pourrait demander à l'avocat étranger de se faire accompagner par un avocat local et, dans ce cas, les règlements du pays d'accueil s'appliquent. Un avocat peut simplement conseiller ses clients dans un autre État membre, sans comparaître devant la Cour et, dans ce cas, les règlements de son propre pays s'appliquent. Dans tous ces cas, l'avocat étranger doit faire usage de son propre titre et non du titre utilisé par les avocats dans le pays où la prestation de services a lieu.

Que les services soient fournis dans le pays où l'on a choisi de s'établir ou au-delà des frontières qui séparent les États membres, les professionnels ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de nationalité ou de langue et, dans le cas de prestation de services au-delà des frontières, pour des raisons de non résidence.

Admissibilité des migrants aux avantages sociaux

Cette question est vitale à la libre circulation, et le Traité la reconnaît comme telle. En vertu de l'article 51, le Conseil «adopte dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs». Dans la C.E.E., où les régimes de rentes publics sont, dans certains pays, relativement plus importants que les régimes privés, comparativement au Canada, l'adoption de dispositions appropriées ne saurait être négligée.

Le règlement du Conseil de 1971 assure aux migrants de la Communauté et à certains de leurs ayants droit le même traitement que

celui réservé aux ressortissants du pays, ainsi que l'accumulation des cotisations faites par les travailleurs migrants dans les différents pays et le versement des prestations par un État membre aux travailleurs résidant dans un autre État membre. Il existe, cependant, de sérieuses divergences au niveau des structures et des avantages des régimes de sécurité sociale des États membres; rien n'a encore été fait en vue d'une harmonisation. On s'est contenté d'assurer la réalisation des objectifs les moins larges parmi ceux qui sont énumérés dans cette section. Un exemple de l'interprétation relativement généreuse de ces objectifs par la Cour est le fait que ces prestations médicales sont versées aux travailleurs qui reçoivent des soins dans un autre État membre pendant leurs vacances. Selon la Cour, la libre circulation des travailleurs n'est pas strictement limitée par les exigences économiques du marché commun, et la suppression des limites territoriales pour ce qui est de l'application des divers régimes de sécurité sociale apportera inévitablement des avantages aux migrants et, à l'occasion, à des personnes qui n'entrent pas dans la catégorie des travailleurs.[94] Les travailleurs de la Communauté qui traversent les frontières quotidiennement sont assujettis à la législation de la sécurité sociale du pays où ils travaillent, en vertu de laquelle les coûts des services de santé et de bien-être seront couverts dans le pays de résidence. Le fait que l'assistance sociale soit plus généreuse dans certains pays ne joue pas un rôle déterminant dans la décision de se déplacer.

Droits politiques des migrants

Le droit de vote dans les élections locales est accordé aux migrants dans certains États membres, et il semble qu'une entente générale soit sur le point d'intervenir à ce sujet. Le droit des migrants de voter aux élections d'État et aux élections nationales et de se porter candidats semble moins imminent. Les questions de citoyenneté sont du ressort des États membres.

Discrimination contre les travailleurs des autres États membres

Ce genre de discrimination est juridiquement contraire aux règles du Traité, sauf dans le cadre relativement restreint des exceptions prévues (voir plus haut).

Passeport et permis de conduire de la Communauté

D'après les fonctionnaires de la Commission, les perspectives d'adoption d'un passeport pour la Communauté sont bonnes. Les

règles du Traité relatives à la libre circulation ont déjà eu des répercussions sur l'autonomie des États membres pour ce qui est des passeports, et même pour ce qui est de l'exercice des prérogatives royales au Royaume-Uni. Les États sont tenus de délivrer et de renouveler les passeports afin de permettre la libre circulation à l'intérieur de la Communauté.[95]

Une entente a été conclue vers le milieu de 1980 au sujet du permis de conduire de la Communauté. À compter de 1983, tous les permis de conduire des pays de la C.E.E. seront échangeables sans examen, et en 1986 les États membres devront commencer à délivrer le permis de conduire commun aux pays de la Communauté.

AUTRES POUVOIRS ET POLITIQUES RELATIFS À LA LIBRE CIRCULATION

La politique de concurrence

Les règles de concurrence énoncées dans le Traité sont un facteur clé dans l'instauration d'un marché commun:

> Il serait futile d'exiger l'abolition des droits de douane et des charges d'effet équivalent, ainsi que celle des restrictions quantitatives d'effet équivalent, si l'on peut continuer à isoler les marchés nationaux par des pratiques restrictives de la part des entreprises ou par des politiques d'aide de l'État, en vertu desquelles les industries nationales sont avantagées au plan de la concurrence.[96]

Les dispositions du Traité s'appliquent aussi bien aux entreprises publiques et privées qu'aux aides accordées par les États. Une publication de la Commission[97] énonce les objectifs de la politique européenne de concurrence comme suit:

(1) empêcher les entreprises de rétablir des frontières moins visibles par des accords de répartition des marchés, des interdictions d'exporter, etc.;

(2) empêcher que de trop fortes concentrations de pouvoir économique ne se traduisent par des pratiques nuisibles aux consommateurs ou aux firmes concurrentes; et

(3) empêcher que les aides accordées par les pouvoirs publics nationaux créent des discriminations ou des distorsions de concurrence qui fausseraient le fonctionnement correct de l'économie de marché et menaceraient l'existence même du marché commun.

Les dispositions du Traité relatives au «Règles de concurrence» sont contenues dans les articles 85 à 91 et celles relatives aux «Aides accordées par les États» aux articles 92 à 94. Le préambule du Traité de la C.E.E. et les articles fondamentaux 2 et 3 ont également «joué un rôle important dans la constitution d'une jurisprudence en matière de concurrence».[98]

Les aides accordées par les États sont examinées plus loin, dans une autre partie de la présente étude. Les paragraphes qui suivent sont consacrés aux restrictions, aux échanges et aux concentrations de pouvoir économique.

À quelques exceptions près, les dispositions du Traité et le règlement 17 de 1962 permettent à la Commission, qui est chargée d'administrer la politique de concurrence, d'exercer des pouvoirs analogues à ceux des gouvernements nationaux pour s'attaquer aux pratiques restrictives et à «l'abus de position dominante». L'un des pouvoirs dont elle ne dispose pas, sauf dans le cas du charbon et de l'acier en vertu du Traité de la CECA, est celui d'empêcher les fusions, bien que certaines fusions puissent automatiquement constituer un abus de position dominante.

Les articles 85 et 86 interdisent certaines pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres, et c'est ce passage qui permet de distinguer les pouvoirs de la Commission de ceux des autorités nationales en matière de concurrence. En fait, ce passage a fait l'objet d'une interprétation très large de la part de la Cour: «son application constitue virtuellement une formalité, mais de toute façon elle ne présente pas de sérieux obstacles aux infractions.»[99] La Cour a statué que ses effets sur les échanges peuvent être directs ou indirects, réels ou virtuels, et qu'ils peuvent surgir, même si une entente de caractère restrictif n'intéresse ni les importations ni les exportations. Cependant, la Commission n'interviendra que si une entente affecte sensiblement les échanges.

Les entreprises sont tenues d'aviser la Commission au sujet de toute entente susceptible de contrevenir aux règles établies. Afin de réduire sa propre charge de travail et d'atteindre certains objectifs de sa politique, tels que l'encouragement aux petites entreprises, ou de s'adapter à l'évolution de l'économie, la Commission institue des exemptions en ce qui concerne les pratiques interdites et la procédure de notification. Par exemple: «quand la demande de certains produits enregistre une régression structurelle imprévisible, la Commission peut autoriser sous certaines conditions des accords de réduction concertée des sur-capacités.»[100]

La Commission jouit de pouvoirs d'exécution considérables. Avec l'autorisation des États membres, elle a accès aux locaux et aux documents pertinents. Elle peut aussi imposer des amendes, sous réserve d'une révision par la Cour du Luxembourg. Elle impose des amendes aux sociétés qui abusent d'une position dominante pour pratiquer des prix plus élevés dans un État membre plutôt que dans un autre; et même lorsqu'une société n'a pas une position dominante, mais qu'elle se livre à des pratiques analogues, en empêchant les «exportations parallèles» du marché ou les prix sont bas au marché où ils sont élevés, la Commission peut imposer une amende.

La Commission peut être souvent mieux placée pour prendre des mesures contre ces pratiques que les instances chargées du contrôle de la concurrence dans les États membres, qui ont aussi le pouvoir d'appliquer les lois de la Communauté, étant donné que la procédure judiciaire des instances nationales a tendance à être plus lente. Certains avocats se plaignent du fait que la Commission agit simultanément en qualité de procureur, juge, jury et bourreau. Il s'ensuit que l'application des lois est en grande partie confiée à la Commission, qui éprouve souvent des difficultés en raison du manque de personnel. Un autre facteur qui rend moins efficace la loi de la Communauté sur la concurrence est l'absence d'une doctrine structurée, comme celle qui existe aux États-Unis et en vertu de laquelle le plaignant peut intenter des poursuites afin d'obtenir réparation des dommages subis par suite des pratiques restrictives.

L'application par la Communauté de l'article 85, ayant trait aux ententes restrictives, a donné de meilleurs résultats que l'application de l'article 86 relatif à l'abus de position dominante, surtout en raison de la difficulté de soumettre une preuve convaincante à la Cour dans ce dernier cas.

Protection du consommateur

Le Traité de la C.E.E. ne mentionne les consommateurs qu'en rapport avec la Politique agricole commune et la politique de concurrence. Dans les années 1970, le projet de la Communauté au plan de la protection du consommateur a commencé à prendre forme, et il constitue actuellement le principal stimulant de l'harmonisation des lois et des mesures administratives. Ce sont les articles fondamentaux 2 et 3 du Traité qui semblent sanctionner l'intervention de la Communauté. En juin 1979, la Commission adressait au Conseil un projet de Résolution du Conseil qui disait notamment: «l'amélioration de la qualité de la vie est l'une des tâches de la Communauté», et «la réalisation de cette

tâche exige une politique de protection et d'information du consommateur, qui doit être appliquée au niveau de la Communauté.»

Même si le Traité ne mentionne pas spécifiquement la «qualité de la vie» en tant qu'activité ou tâche précise, il aborde certains aspects de la protection des consommateurs et des travailleurs, et il n'y a aucun doute que le manque de coordination de ces activités au niveau national a une incidence directe sur les échanges de produits et de services. Voici un extrait d'une publication de la Commission[101]:

> Ouverture des marchés nationaux et libre circulation des produits à travers la Communauté: du même coup, les problèmes de consommation ont pris une dimension européenne:
>
> le consommateur ne doit pas être, par exemple, désavantagé au plan de la garantie, du service après vente, etc., lorsqu'il achète un produit provenant d'un autre pays membre, où les dispositions en vigueur sont moins contraignantes;
>
> inversement, les dispositions nationales assurant les droits des consommateurs ne doivent pas avoir pour effet de créer de nouveaux obstacles au libre échange.
>
> Il appartient donc à la Communauté d'uniformiser les réglementations protectrices, pour garantir à la fois le bon fonctionnement du marché commun et les intérêts des consommateurs européens.

La Résolution du Conseil, en date du 14 avril 1975, prévoit «une charte des droits du consommateur européen et un plan d'action». Les cinq droits fondamentaux, qui constituent un moyen d'orienter la politique des États membres plutôt que des droits applicables sur le plan juridique, sont les suivants[102]:

(1) Santé et sécurité:
Un certain nombre de directives ont pour objet d'harmoniser les lois. Certaines de ces directives ont déjà été mentionnées dans la section consacrée aux normes.

(2) Protection des intérêts économiques:
Un certain nombre de directives ont été proposées, dont une au sujet de la responsabilité des fabricants dans le cas des blessures causées aux consommateurs par des produits défectueux et une autre au sujet de la publicité mensongère. Des règlements au sujet du contrôle des agences de tourisme sont à l'étude.

(3) Réparation des dommages:
On s'efforce actuellement d'uniformiser et de simplifier les procédures juridiques, en vue du règlement des plaintes des consommateurs.

(4) Information et éducation:
La Communauté a mis en œuvre un projet pilote d'éducation au métier de consommateur dans les écoles. Vingt écoles dans tous les États membres ont participé à ce projet en octobre 1979. Le Conseil a également adopté une règle obligatoire dans le cas des détaillants, qui doivent afficher les prix des produits alimentaires de façon à permettre les comparaisons entre prix unitaires (au kilo ou au litre).

(5) Représentation du consommateur:
Des dispositions ont été prises en vue de la consultation des consommateurs.

Politiques à long terme et politiques structurelles

• Éducation et formation professionnelle[103]

Bien qu'ils mentionnent la formation professionnelle, les traités ne font aucune allusion à une politique de l'éducation. Par exemple, l'article 118 du Traité de la C.E.E. confie à la Commission la mission de «promouvoir une collaboration étroite» en ce qui concerne la formation professionnelle et l'emploi. L'éducation ne peut être dissociée de ces deux domaines.[104]

Un programme d'action de la Communauté en matière d'éducation a été adopté par une décision du Conseil en date du 9 février 1976, qui doit être appliquée aussi bien au niveau national qu'au niveau de l'Europe. Un Comité de l'éducation, composé de représentants des États membres et de la Commission, coordonne et contrôle la réalisation de ce programme.

Ce programme comprend les éléments suivants:

(1) Formation culturelle et professionnelle des ressortiments des autres États membres des Communautés et des pays non membres, et éducation de leurs enfants.

Les enfants doivent recevoir un apprentissage dans la langue du pays d'accueil, mais ils auront aussi «la possibilité de recevoir un enseignement dans leur langue et culture d'origine.»[105]

(2) Correspondance entre les systèmes éducatifs.

Afin de contribuer à la reconnaissance mutuelle des qualifications et de promouvoir ainsi la libre circulation.

Et de faciliter la libre circulation des enseignants et des étudiants à tous les niveaux d'éducation.

(3) Encouragement de l'enseignement des langues étrangères.

Les ministres de l'éducation sont convenus d'encourager l'inclusion d'études européennes dans les programmes scolaires. Par ailleurs, l'Institut universitaire européen, un institut post-universitaire, a été établi à Florence où il sera le centre des études sur l'Europe et ses problèmes.

Les États membres ont récemment adopté le principe de l'égalité d'accès aux universités pour les étudiants de la Communauté. Le Royaume-Uni a décidé d'imposer aux étudiants universitaires de la C.E.E. les mêmes droits d'inscription que dans les cas des étudiants britanniques, et non les droits plus élevés imposés aux étudiants de l'étranger.

Dans le domaine de la formation professionnelle, l'intervention de la Communauté est bien structurée. Par exemple, le Fonds social européen et la Communauté européenne du charbon et de l'acier versent des subsides pour la formation et le recyclage des travailleurs qui auraient normalement de la difficulté à se trouver un emploi.

- **Aides accordées par les États à l'industrie et au développement régional**

On remarque dans ce domaine les dépenses effectuées par les gouvernements nationaux, et au sujet desquelles les traités imposent des limites, et les dépenses plus limitées, mais assez importantes encore, effectuées par les institutions de la Communauté. Ce sujet sera examiné sous quatre différentes rubriques: a) dispositions du Traité relatives aux aides accordées par les États, b) aides au niveau sectoriel, c) aides au niveau régional, et d) aides en général, et entreprises publiques.

(a) Dispositions du Traité relatives aux aides accordées par les États[106]

Un manque de coordination au niveau des aides accordées par les États peut se traduire par des avantages injustes pour les entreprises de l'un des États membres, par une «neutralisation réciproque» des politiques individuelles des États membres, par un «déplacement des difficultés» d'un État membre à un autre, ou même par la création de nouvelles difficultés. Une coordination au niveau de la Communauté est, par conséquent, indispensable si l'on veut que les objectifs écono-

miques des États membres soient atteints grâce aux aides accordées par les pouvoirs publics, sans que les pays ne se créent mutuellement des inconvénients ou des dépenses.[107] Même s'il existe certaines dispositions dans le Traité de la CECA, la présente section s'inspire simplement des articles 92 à 94 du Traité de la C.E.E.

L'article 92(1) contient une interdiction générale des aides accordées par les États qui faussent la concurrence, étant donné qu'elles affectent les échanges entre les États membres. En général, les aides accordées par les pouvoirs publics affectent les échanges entre États. La Cour a défini les mesures qui constituent des aides accordées par les États dans le cadre du Traité de la CECA et, en réponse à une question écrite par le Parlement de la C.E.E., la Commission en a fourni une liste en 1963, liste qui a été modifiée en 1968. Cette liste est très longue, et la Cour en donne une large interprétation.[108] L'effet des aides est considéré comme étant plus important que leur forme ou leur objet, et les aides accordées par les autorités régionales ou locales sont prises en considération au même titre que les aides accordées par les autorités centrales. Dans la plupart des cas, la Cour n'a aucune difficulté à déterminer si une aide interdite a été accordée. Elle éprouve de la difficulté dans un seul cas: lorsque le pays d'accueil accepte d'aménager une infrastructure qui libère une entreprise de certains coûts qu'elle aurait dû normalement prendre en charge.

L'article 92(2) prévoit des exceptions assez claires, telles que les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles.

L'article 92(3) prévoit des exceptions importantes à l'interdiction générale contenue à l'article 92(1). Quatre types d'aide *peuvent* être considérés comme étant compatibles avec le marché commun. Ces catégories, dont la deuxième est en réalité la combinaison de deux catégories, s'établissent comme suit:

(a) aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi;

(b) aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'interêt européen commun

- comme le nettoyage du Rhin, l'économie d'énergie ou la recherche et le développement,

ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre;

- la Commission s'en est servie comme d'une «soupape de sûreté face aux difficultés économiques que subissent les États membres depuis 1974»; par exemple, aide destinée à assurer la survie de certaines firmes et à créer des emplois pour les jeunes[109]

(c) aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun . . .

- à remarquer que la condition au sujet de l'intérêt commun ne s'applique pas aux situations régionales plus sérieuses, mentionnées au paragraphe a);

- la Commission a autorisé les aides aux industries malades, telles que les chantiers navals et les textiles, ainsi qu'aux industries de croissance, comme l'électronique.

(d) autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.

Les articles 93 et 94 sont consacrés aux modalités d'application de l'article 92. La responsabilité en incombe principalement à la Commission; tout appel par un État membre ou une entreprise affectée doit être déféré à la Cour du Luxembourg. La procédure établie est particulièrement intéressante, et elle mérite que l'on s'y attarde.

En vertu de l'article 93, la Commission est tenue de procéder à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans les États. Si, après avoir avisé les intéressés, elle constate qu'une aide n'est pas compatible avec les règles du marché commun, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer dans le délai qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 169 et 170.

L'État en cause a en théorie la possibilité de retarder un jugement défavorable. Il peut en appeler au Conseil, afin que celui-ci statue à l'unamimité que l'aide en question doit être considérée comme compatible, par dérogation à l'article 92. En réalité, il est improbable qu'une renonciation unanime soit aussi facile à obtenir. Si le Conseil ne rend pas sa décision dans les trois mois, la Commission peut reprendre la procédure.

Les États membres doivent informer la Commission au sujet «des projets tendant à instituer ou à modifier des aides», et la Commission dispose, par décision judiciaire, d'un délai de deux mois pour faire connaître son opposition. En vertu de l'article 94, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut entre autres exempter certaines catégories d'aide de cette prodédure de notification: jusqu'à présent, elle n'a pas encore exercé ce pouvoir.

Si une aide n'a pas été signalée ou si la Commission s'y est opposée, n'importe quel particulier peut s'adresser aux cours nationales pour empêcher l'octroi de l'aide en question, c'est-à-dire que l'exigence en matière de procédure a un effet direct.

(b) Aides au niveau sectoriel

La politique de la Commission en ce qui concerne les aides sectorielles prévues à l'article 92 est mieux exposée dans le contexte de la politique industrielle de la Communauté.[110] La Communauté participe à la restructuration des industries en crise et à la promotion des industries de croissance.

Dans le cas des industries en crise, la Communauté «permet les plans de sauvetage à condition qu'ils n'entraînent pas une sur-capacité [...] et qu'ils ne maintiennent pas un statu quo insatisfaisant.»[111] Voici les industries qui bénéficient d'une aide sectorielle:

- Acier. Un cartel volontaire a été récemment remplacé par un plan obligatoire de quotas de production, administré par la Commission en vertu de l'article 58 du Traité de la CECA. Les divers subsides de la Communauté, normalement reliés aux subsides des gouvernements nationaux, permettant de recycler et de réinstaller les travailleurs, ne seront pas interrompus.

- Chantiers navals. La Commission a décidé que la production devait être réduite de 40 p. cent et que les aides devaient s'aligner sur cet objectif.

- Textiles. Les aides à l'exploitation sont totalement interdites: les autres catégories d'aides doivent s'accompagner d'une réduction de la capacité. Toute aide est interdite dans le cas des fibres synthétiques, étant donné l'ampleur de la sur-capacité et le fait que cette industrie peut survivre sans aucune aide.

En ce qui concerne les industries de croissance, l'intervention est justifiée par le fait que «la mise en commun des capacités industrielles

sera nécessaire pour atteindre la dimension indispensable qu'impose la concurrence internationale». C'est notamment le cas de l'industrie aéronautique et de l'industrie informatique. Pour ce qui est de ces industries et d'autres industries, comme celle des produits pharmaceutiques, l'approche générale peut être décrite en ces termes: «Ce sont les industries de croissance qui peuvent améliorer la situation de l'emploi. Cependant, il faudra éliminer les obstacles à l'intérieur de la C.E.E., afin d'éviter la fragmentation du marché et de rendre compétitifs les producteurs de la C.E.E. sur le marché international.»

(c) Aides au niveau régional

Il existe des aides qui sont accordées par la Communauté et des contrôles sur les aides relativement plus importantes qui sont accordées par les États membres.

Le seul véhicule pour les aides de la Communauté, spécifiquement consacré à l'aide au niveau régional, est le Fonds de développement régional européen. La plus grande partie de ce fonds est attribuée selon un système accepté de quotas par pays. Tous les États membres en profitent; avant l'adhésion de la Grèce, l'Italie recevait environ 39 p. cent des fonds alloués, le Royaume-Uni 27 p. cent et la France et ses départements d'outre-mer 17 p. cent. L'Irlande et l'Italie étaient les principaux bénéficiaires, par tête d'habitant.

Les quotas attribués par le Fonds sont dépensés par les États membres en fonction de leurs priorités, et ils profitent aux régions choisies par ces derniers. Les fonds ne sont pas attribués *globalement* aux divers gouvernements, mais en fonction de projets précis approuvés par la Commission. Les gouvernements nationaux peuvent remettre les fonds directement aux investisseurs ou considérer ces fonds comme un remboursement partiel des aides accordées aux projets en question. Voici ce qui arrive en réalité: «dans tous les États membres, les subsides aux projets industriels sont retenus par les instances nationales. Pour ce qui est des projets d'infrastructure, les subsides sont remis aux autorités locales intéressées, bien que la méthode puisse varier d'un pays à l'autre.»[112]

Les demandes de subsides ne peuvent être formulées que par l'intermédiaire des instances nationales des États membres, dans le cadre de leurs programmes régionaux, et le Fonds impose un plafond à sa participation aux coûts des projets. La Commission examine les demandes et consulte le comité des politiques régionales, qui est composé de représentants des États membres, avant de prendre une

décision. En cas de désaccord, la question est soumise au Conseil des ministres.

Une petite partie du Fonds, provisoirement limitée à 5 p. cent, n'est pas soumise au système des quotas. Elle a pour objet de contribuer à la réalisation des politiques de la Communauté dans d'autres domaines ou de neutraliser les effets négatifs qu'elle pourrait avoir au niveau régional.

L'aide au niveau régional ne représente qu'une partie relativement restreinte du budget de la C.E.E.. Il n'y a pas de système de péréquation pour les États membres. Les principaux transferts de revenus entre les régions ont lieu par le biais des débours en vertu de la Politique agricole commune (PAC). Étant donné que ces transferts profitent surtout aux régions les plus riches du nord de l'Europe, en raison des types de produits agricoles les mieux subventionnés, on considère «que la PAC vient en réalité détruire la politique régionale officielle de la C.E.E. Le budget de la C.E.E. pour les seuls produits laitiers est six fois supérieur au fonds régional.»[113]

L'aide de la Communauté au développement régional est également canalisée par d'autres moyens qui ne sont pas exclusivement consacrés à cette fin. Il s'agit notamment de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, de la Banque européenne d'investissement, qui prête près de 70 p. cent de ses fonds aux projets entrepris dans les régions les moins développées, du Fonds social européen, qui sert la plupart du temps à subventionner la formation des travailleurs, surtout dans les régions affectées par des problèmes, et du Fonds agricole européen. De plus, des prêts spéciaux à des taux d'intérêt réduits seront consentis à l'Italie et à l'Irlande durant les prochaines années, en raison de leur participation au Système monétaire européen (voir plus loin la section consacrée à ce sujet).

Le total des aides de la Communauté au niveau régional n'a pas été négligeable, même si de l'avis de la Commission ces aides ont été trop éparpillées pour être suffisamment efficaces.[114]

La plus grande partie des aides régionales est attribuée par l'intermédiaire des budgets et des institutions des États membres. «Le Fonds d'aide régionale de la C.E.E. est restreint, car les États membres préfèrent distribuer eux-mêmes leurs propres stimulants.» Chaque État membre a ses propres programmes de développement régional. Les stimulants fiscaux sont utilisés de façon active. Le coût d'une usine chimique, par exemple, construite dans une région de développement particulière du Royaume-Uni, peut être amorti au bout d'un an, grâce

aux dégrèvements fiscaux. Les annonces publiées par l'Autorité de développement industriel de l'Irlande promettant aux industries manufacturières: «aucune taxe sur les profits à l'exportation jusqu'en 1990, puis un maximum de 10 p. cent sur tous les profits jusqu'à la fin du siècle.»

Le contrôle des aides accordées par les pouvoirs publics au développement régional est prévu aux articles 92 à 94 afin de prévenir «les enchères à l'aide». De plus, les règles communes permettent «de s'assurer que les stimulants sont plus importants dans les régions qui en ont le plus grand besoin et non dans celles qui peuvent payer le plus.»[115]

La Commission adopte une série de principes pour s'acquitter de ses obligations quant au controle des aides au niveau régional. La plus récente série est entrée en vigueur à compter du 1er janvier 1979 et le demeurera pendant une période initiale de trois ans.[116] Voici donc les principes en question:

- Différents plafonds sont imposés selon les régions. Ces plafonds varient d'un maximum de 75 p. cent des coûts de l'investissement initial, soit 13 000 unités de compte européennes par emploi créé, pour les régions comme l'Irlande, le Sud de l'Italie et Berlin Ouest, à 25 p. cent des coûts de l'investissement initial pour certaines régions non spécifiées, comme celles qui sont plus centrales ou plus industrialisées. Le Groenland n'est soumis à aucun plafond. Des dérogations à ces plafonds peuvent être autorisées dans certains cas, sous réserve d'un avis à la Commission et de l'approbation préalable de cette dernière.

- L'aide ne doit pas être disséminée dans une région à son niveau maximum.

- Les aides doivent être «transparentes», c'est-à-dire qu'il doit être possible d'évaluer les avantages par rapport aux coûts de l'investissement initial. De concert avec les États membres, la Commission a établi les critères de comparaison entre les différentes catégories d'aides.

(d) Aides en général et entreprises publiques

Nous avons déjà mentionné les aides accordées de façon générale par les institutions de la Communauté: par exemple, les prêts consentis par la Banque européenne d'investissement (B.E.I.). «L'institution Ortoli», récemment créée et appelée à juste titre le Nouvel instrument de la Communauté, a pour objet de compléter les activités de la B.E.I.,

en rendant possible l'octroi de prêts à des projets «qui sont conformes aux objectifs prioritaires de la Communauté dans les secteurs de l'infrastructure et de l'énergie.» Cette institution est administrée conjointement par la B.E.I. et par la Commission ; les prêts sont consentis pour le compte et aux risques de la Communauté et non de la B.E.I.[117]

Les États membres ont eux aussi des programmes d'aide générale, qui ne visent aucune région et aucun secteur en particulier. Ils aiment détenir des pouvoirs statutaires qui leur permettent d'intervenir rapidement, lorsque les circonstances l'exigent. Ces programmes d'aide générale posent un problème à la Commission, car il faut attendre leur mise en vigueur dans des cas précis avant de déterminer si les subsides entrent dans le cadre des exceptions prévues à l'article 92. Par conséquent, la Commission exige un préavis dans le cas des subsides, que ce soit sous forme de programmes destinés à des régions ou à des secteurs particuliers, dans le cadre de programmes d'aide générale, ou sous forme de subsides individuels importants.[118]

La Commission fut avisée il y a quelques années au sujet d'un subside que le gouvernement hollandais voulait accorder à Philip Morris, un fabricant de cigarettes. Le plan d'aide générale du gouvernement hollandais autorise un subside spécial de 4 p. cent dans le cas des investissements d'envergure. La Commission a statué que le subside en question n'était pas justifié et, à l'été de 1979, elle décidait de l'interdire. Philip Morris porta le cas devant la Cour. Bien que d'autres cas aient déjà été entendus par la Cour pour des raisons techniques, pour déterminer, par exemple, ce qui constitue une aide, c'était la première fois que le jugement de la Commission était remis en question. Philip Morris alléguait que la Commission était tenue de prouver que le subside additionnel viendrait fausser le marché ; de son côté, la Commission alléguait qu'elle n'était pas en mesure de définir le marché dans une situation hypothétique. On s'attendait à ce que la décision de la Cour influe sérieusement sur les pouvoirs de la Commission. Le cas devait être entendu à la fin de l'été 1980.

À l'hiver 1980-1981, on ne parvint pas à s'entendre au sujet du plafond à appliquer dans le cas des subsides destinés à compenser les taux d'intérêt relatifs au financement des exportations. La France alléguait que la Communauté n'était pas habilitée à fixer des plafonds aux États membres, alors que la Commission affirmait le contraire.

La question se complique davantage lorsque l'aide est accordée à des entreprises publiques. Ce genre d'aide est assujetti aux contrôles prévus aux articles 90 à 92 et 94, mais l'application de ces articles par la Commission est rendue difficile par l'absence de transparence dans les transactions financières entre les gouvernements nationaux et les

entreprises qu'ils contrôlent. Le 25 juillet 1979, la Commission «mit au point son approche générale au sujet de l'élaboration d'une directive sur la transparence des relations entre États membres et entreprises publiques.»[119] Elle émit, par la suite, une directive aux termes de l'article 90(3) qui autorise la Commission à «adresser les directives ou décisions appropriées aux États membres» pour ce qui est des articles en question. Cette directive se heurta notamment à l'opposition de la France, du Royaume-Uni et de l'Italie, qui allèguent que la Commission n'est pas habilitée à émettre une directive *générale*, ce pouvoir étant réservé au Conseil en vertu de l'article 94. Selon un article de presse publié en octobre 1980, ces pays ont décidé de porter leur cas devant la Cour.

La directive de la Commission demande à tous les États membres de tenir un registre de l'aide financière accordée aux entreprises publiques ayant eu un certain chiffre d'affaires minimum au cours des deux dernières années. «Si elle soupçonne des irrégularités, la Commission veut avoir le pouvoir de consulter les livres.»

- **Protection de l'environnement**

Ce sujet étant relativement récent, aussi bien au niveau des politiques nationales que des politiques internationales, il n'est pas mentionné dans la Traité de la C.E.E. Cependant, le Traité semble être assez souple pour permettre une intervention de la part de la Communauté, le Conseil ayant adopté un certain nombre de directives qui s'appliquent aux États membres devant la Cour du Luxembourg. Ces pouvoirs semblent être contenus dans le préambule et les premiers articles du Traité. Par exemple, le préambule stipule que l'objectif des États membres est «l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples».

Une publication de la Commission[120] trouve une justification à l'intervention de la Communauté dans les facteurs suivants:

(1) Le préambule du Traité.

(2) La plupart des lacs et des fleuves de l'Europe sont partagés par plusieurs pays.

(3) Les masses d'air pollué par l'anhydride sulfureux circulent à travers tout l'Europe.

(4) Alors qu'un pays peut essayer de protéger les oiseaux migrateurs, un autre peut essayer de les massacrer.

(5) Pour permettre que les produits comme les détersifs puissent faire l'objet d'un commerce libre, il faudra harmoniser les niveaux admissibles de pollution.

(6) La lutte contre la pollution augmente les coûts des fabricants. «Si les mêmes obligations et les mêmes règles ne sont pas appliquées à tous les industriels du marché commun, la concurrence sera faussée.»

(7) Il faudra procéder à de nombreux travaux de recherche: les laboratoires européens ont intérêt à coopérer pour se répartir le travail.

(8) «Moins préoccupée que les gouvernements nationaux par des problèmes de gestion à court terme, la Communauté est en bonne place pour dégager des vues à long terme.»

Voici quelques exemples des mesures prises par la Communauté:

(1) Une directive exige qu'un préavis soit donné avant toute décharge de substances dangereuses dans les pièces d'eau.

(2) Il existe des directives au sujet des gaz d'échappement des véhicules à moteur et de la teneur en plomb du pétrole.

(3) Certaines directives spécifiant les niveaux de bruit des voitures, camions, motocyclettes et matériel de construction.

(4) Il existe un programme conjoint pour les déchets radioactifs.

(5) Des recherches communes se déroulent au Centre de recherches conjoint de la Communauté, situé à Ispria, en Italie.

Il subsiste cependant de sérieuses lacunes au plan de l'harmonisation à l'intérieur de la Communauté. Dans les régions économiquement moins avancées, les règles environnementales sont parfois moins rigoureuses que partout ailleurs; par exemple, dans le cas d'une usine de produits chimiques.

En 1975, la Communauté adoptait le principe selon lequel le «pollueur assumait les frais». Des exceptions sont acceptées dans le cas des aides accordées par les États aux entreprises existantes, à condition d'observer certaines règles. Les nouvelles entreprises doivent satisfaire aux exigences environnementales sans l'aide financière de l'État.[121]

Infrastructure commerciale

• Le Système monétaire européen[122]

L'absence d'une union monétaire est un sérieux obstacle à une intégration plus poussée. La meilleure solution de rechange consiste à

limiter les fluctuations des taux de change entre États membres à l'intérieur d'un cadre étroit. C'était là l'objectif poursuivi par les dispositions relatives au «Serpent» (qui n'ont pas été couronnés de succès) et la raison principale qui sous-tend la création du Système monétaire européen (S.M.E.), en vigueur depuis le 13 mars 1979. Tous les États membres, à l'exception du Royaume-Uni, ont accepté d'y participer. La participation de la France était conditionnelle, car elle dépendait de la suppression progressive des montants compensatoires monétaires découlant des «taux verts» dans le secteur agricole.

«Afin d'aider les pays les moins prospères à respecter les disciplines monétaires et économiques prévues par le système, des mesures économiques d'accompagnement ont été décidées.» L'Italie et l'Irlande bénéficieront de prêts à très faibles taux d'intérêt, destinés à financer des projets d'infrastructure. Des articles de presse rapportent que ces taux seront inférieurs de trois points à ceux qui sont normalement consentis dans le cas des cotes de crédit triple A de la C.E.E.

Selon une publication de la Commission, le S.M.E. «constitue une étape importante sur la voie de l'union monétaire.»

- **Droit commercial, droit corporatif et réglementation des valeurs mobilières**

La Communauté est particulièrement active dans ce domaine,[123] qui a une incidence importante sur de nombreux autres domaines tels que la législation du travail et la protection des consommateurs qui, à leur tour, peuvent avoir de sérieuses répercussions sur la libre circulation. Par exemple, les lois nationales dans la Communauté, ainsi que le code de conduite de l'O.C.D.E., exigent que les sociétés indemnisent les travailleurs surnuméraires. Ce genre de responsabilité peut se traduire par des écarts sensibles, et les différences au niveau des exigences nationales peuvent déterminer le lieu d'implantation des entreprises.

La Communauté cherche à créer un «environnement juridique» sous-jacent. «Afin d'encourager la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux, et d'instaurer un système où la concurrence n'est pas faussée, au sein de la Communauté, il faut absolument adopter des mesures de rapprochement des législations des États membres et créer une loi de la Communauté qui soit applicable directement».[124]

L'adoption de règlements par le Conseil peut permettre l'institution d'une loi de la Communauté qui soit applicable directement. L'un des

règlements envisagés offrirait aux personnes intéressées la possibilité de créer une société européenne, «Societas Europea», qui n'aurait aucun lien juridique avec l'un quelconque des États membres. Un autre règlement établirait une structure juridique pour les entreprises conjointes à l'occasion de projets particuliers. L'environnement juridique de la Communauté serait étayé par diverses Conventions, dont les suivantes:

(1) Convention sur la juridiction et l'application des jugements civils et commerciaux.

(2) Convention européenne sur les brevets.

(3) Convention de 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales. Le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark n'y ont pas encore adhéré.

(4) Projet de convention sur les fusions internationales.

(5) Projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

(6) Projet de convention sur les faillites et modalités de liquidation.

On envisage également un règlement visant à créer une marque de commerce et un Bureau des marques de commerce de la Communauté, aux termes de l'article 235 du Traité de la C.E.E. Ce règlement serait complété par une directive harmonisant les lois nationales sur les marques de commerce. L'article 235 est intéressant à ce point de vue:

> Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées.

L'environnement juridique de la Communauté serait renforcé par des directives visant à harmoniser les lois des États membres. Plusieurs directives ont déjà été adoptées en rapport avec différents aspects du droit commercial, et l'on envisage l'adoption d'autres directives à ce sujet. Elles tombent généralement sous l'article 54(3)(g) qui vise à sauvegarder les intérêts des investisseurs, des créanciers, des employés, etc. Une proposition controversée est celle qui a trait au projet de cinquième directive relative à la structure et à l'administration des sociétés, directive qui prévoit une représentation des employés au niveau de la gestion des grandes sociétés.

Nous avons déjà fourni certaines données au sujet du droit d'établissement dans le cas des sociétés.[125] Certaines directives facilitent

l'exercice de ce droit prévu à l'article 58. Il est impossible de transférer le siège social d'une société à l'intérieur de la Communauté, d'un État membre à l'autre, sans avoir auparavant dissout la société en question. Il n'a pas encore été établi juridiquement si cette exigence concernant la dissolution déroge à l'article 58. «Cette question sera éclaircie dès que les États membres auront ratifié la Convention de 1968 relative à la reconnaissance mutuelle des Sociétés et des personnes morales.»[126] La Convention aborde certaines divergences au sujet de la définition du siège social officiel d'une société. Entre-temps, il n'est pas difficile de créer dans un autre État membre des filiales ou des succursales entièrement contrôlées, sauf dans le cas de certaines entreprises comme les banques et les compagnies d'assurances pour lesquelles des exigences particulières doivent être observées.

La question du transfert des sièges sociaux est reliée aux fusions des sociétés. Il est presque impossible de procéder à une fusion *de jure* de deux sociétés ayant chacune son siège social dans un État membre différent. Seules les prises de contrôle («fusions économiques») sont possibles. La Commission cherche à rendre possibles les fusions *de jure*, avec les garanties appropriées pour toutes les parties intéressées, y compris le personnel.

Le Programme général de la Commission au sujet de l'abolition des restrictions à la liberté d'établissement stipule qu'un État membre, au sein duquel une société s'établit, n'a pas le droit d'exiger que les administrateurs de la société, les associés ou les actionnaires soient des ressortissants de cet État en particulier, à condition que la société parvienne à prouver qu'elle a des liens ininterrompus et effectifs avec l'économie de l'État.

Directement reliée aux travaux de la Communauté au sujet du droit commercial et du droit corporatif est cette tentative de la C.E.E. d'harmoniser les lois qui régissent l'industrie des valeurs mobilières.[127] On envisage de créer l'infrastructure d'un marché commun des capitaux. On compte y parvenir surtout au moyen de directives où les exigences minimales sont définies. Les États membres ont la latitude d'imposer des exigences plus rigoureuses, à condition qu'elles n'aient pas un caractère discriminatoire.

Deux directives permettent pour le moment à n'importe quelle société domiciliée dans l'un des États membres de faire coter ses actions dans toutes les bourses des valeurs de la Communauté. Une troisième directive, en voie d'élaboration, rendra obligatoire la publication de certains renseignements financiers au moins deux fois par année. On a également proposé l'adoption de directives au sujet des offres de prise en charge, des échanges internes, des sociétés de fonds mutuels (fidéicommis), du courtage des valeurs mobilières, etc.[128]

La Commission avait l'intention d'organiser, au mois de novembre 1980, un symposium où l'on étudierait la création possible d'une bourse des valeurs européenne. On essaye également de relier les différents systèmes nationaux de compensation, afin de faciliter le traitement des transactions internationales. Les quelques pays où l'on utilise les titres au porteur plutôt que les titres nominatifs sont plus ou moins reliés sur ce plan. Alors que l'Italie songe à adopter le système des titres au porteur, le Royaume-Uni et l'Irlande semblent vouloir retenir le système des titres nominatifs. L'idée d'une bourse des valeurs européenne fut, dans une certaine mesure, suggérée par le marché des Euro-obligations, dont le système de compensation se trouve au Luxembourg.

- **Harmonisation fiscale**

Les dispositions fiscales du Traité de la C.E.E. sont contenues dans les articles 95 à 99. Tous ces articles, à l'exception de l'article 99, ont trait aux sauvegardes relatives à l'octroi d'une préférence aux produits nationaux, au détriment des produits des autres États membres. Nous avons déjà examiné dans une autre section du présent document les principales interdictions imposées aux États membres qui exercent ce genre de discrimination par le biais d'une imposition intérieure.[129]

L'article 99 demande à la Commission et au Conseil d'harmoniser les différents modes d'imposition indirecte «dans l'intérêt du marché commun».

Quelques années après la signature du traité de la C.E.E., le Rapport Neumark essayait de déterminer le degré d'harmonisation fiscale que rendrait possible l'instauration d'un marché commun.[130] Un fonctionnaire de la Commission en résumait les conclusions comme suit:

> (1) Pour ce qui est de l'impôt indirect, il faut que le régime fiscal et les taux d'imposition soient presque identiques.
>
> (2) Pour ce qui est de l'impôt sur les sociétés, il faut une certaine harmonisation de la structure fiscale et une approximation des taux d'imposition.
>
> (3) Il ne faut pas se préoccuper outre-mesure de l'harmonisation du régime de l'impôt sur le revenu des particuliers, ni des taux d'imposition.[131]

Au début, les fonctionnaires de la Commission avaient pensé que l'harmonisation fiscale encouragerait l'intégration économique. Cependant, on devait constater par la suite une période de progrès sensibles au niveau de l'intégration et des progrès relativement modestes au niveau de l'harmonisation fiscale. À présent, on est d'avis que l'harmonisation fiscale suivra plutôt qu'elle ne précédera l'intégration économique.

On a par ailleurs réalisé d'énormes progrès sur le plan de l'harmonisation du principal domaine de l'impôt indirect, soit la taxe sur le chiffre d'affaires. La taxe d'accise sur certains produits, comme les boissons alcooliques, a toujours suscité des différends entre les États membres, bien que récemment certains progrès aient aussi été réalisés dans ce domaine. Pour ce qui est de l'impôt direct, seuls des progrès relativement modestes ont été enregistrés, mais les travaux se poursuivent au sujet d'un certain nombre de propositions importantes. Nous examinerons à tour de rôle ces trois domaines, soit la taxe sur le chiffre d'affaires, la taxe d'accise et la taxe directe.

(a) Taxe sur le chiffre d'affaires

Les États membres avaient des taxes de vente du genre «cascade», en vertu desquelles des taxes étaient payées chaque fois que des produits changeaient de mains, sans égard à la notion de valeur ajoutée. Ces taxes se sont traduites par des avantages qui ont rendu plus compétitives certaines sociétés. Par exemple, un constructeur automobile verticalement intégré a pu obtenir des avantages à trois niveaux: par rapport à ses concurrents locaux qui n'étaient pas verticalement intégrés, sur les importations, et par rapport à ses concurrents sur les marchés d'exportation. La Communauté est convenue de remplacer les taxes en cascade par une (T.V.A.). «La T.V.A. a été adoptée non pas parce qu'elle facilitait de façon particulière la libre circulation, mais parce qu'elle remplaçait un système qui était défavorable à la libre circulation.»

Cela avait lieu en 1973. Il a fallu attendre jusqu'en 1977 pour que le Conseil adopte l'importante sixième directive au sujet de la T.V.A., établissant une base de cotisation uniforme, et ce n'est qu'en 1979 que cette directive entra en vigueur dans tous les États membres. La sixième directive ne fut adoptée qu'à la suite des pressions ayant pour objet de permettre à la Communauté de se doter d'un budget équivalent au maximum à un pour cent du produit de la T.V.A.[132] D'autres directives ont été nécessaires par la suite et le seront encore à l'avenir. Par exemple, une directive proposée en 1980 établirait une procédure communautaire unique pour les exemptions relatives à la T.V.A. et à la taxe d'accise dans le cas des fournitures destinées aux navires, aux avions et aux trains assurant le transport international.[133]

Les voyageurs sont encore soumis à une inspection en douane à l'intérieur de la Communauté, en raison des taux différents qui existent encore au niveau de la T.V.A. et de la taxe d'accise. Chaque pays applique un taux uniforme pour ce qui est de la T.V.A., et les taux peuvent varier de 10 à 20,25 p. cent selon le pays. Cependant, il se trouve encore des pays qui ont trois taux, et d'autres deux ou un seulement. La France applique un taux élevé de 33,33 p. cent, un taux uniforme de 17,6 p. cent et un taux bas de 7 p. cent. Le Royaume-Uni applique un seul taux (uniforme) de 15 p. cent.

Les «frontières fiscales» qui survivent encore à l'intérieur de la Communauté ont obligé les États membres à collaborer, afin de s'assurer que l'on appliquait les taux d'imposition appropriés et que l'on accordait les exemptions prévues; il s'agissait, en fait, d'un processus beaucoup plus compliqué que celui de la collaboration entre provinces canadiennes pour ce qui est de la taxe de vente. Par ailleurs, une franchise en douane est accordée aux voyageurs.

Par une savante combinaison des taux de la T.V.A. et de la taxe d'accise, les États membres parviennent à varier la nature de leurs revenus fiscaux, de façon à taxer plus lourdement les produits d'importation, sans pratiquer ouvertement une quelconque discrimination. Par exemple, le Danemark ne construit pas d'automobiles, mais il impose de lourdes taxes d'accise sur les ventes dans ce domaine. Les produits de fabrication locale ne sont soumis qu'à la T.V.A.; on n'y ajoute aucune taxe d'accise ou, à l'occasion, une taxe d'accise minimale. Les pays qui appliquent plus d'un taux pour la T.V.A. peuvent prélever cette taxe ainsi que la taxe d'accise de la même façon. Le même phénomène s'est parfois produit au Canada dans le cas de la taxe de vente provinciale, mais les montants en cause étaient moins élevés. Au Danemark, le total des taxes sur une automobile est égal à 200 p. cent de sa valeur au moment de l'importation.

(b) Taxe d'accise

Dans ce domaine, l'harmonisation est insignifiante. Certains États membres appliquent des dizaines de taxes d'accise. La Commission a proposé un certain nombre de directives en 1972 et en 1973. «La proposition de base était une directive cadre prévoyant qu'après l'élimination des frontières intérieures, seuls cinq types de taxes d'accise seraient appliqués à l'intérieur de la Communauté: ces taxes seraient prélevées sur la bière, le vin, les spiritueux, le tabac et les huiles minérales.»[134]

La taxe d'accise sur la bière, le vin et les spiritueux a sérieusement perturbé les échanges dans la Communauté. En février 1980, la Cour

du Luxembourg statuait que les taxes imposées par la France, l'Italie, le Danemark et l'Irlande équivalaient à une discrimination à l'égard des produits des autres États membres, et qu'elles contrevenaient aux dispositions de l'article 95. En novembre 1980, un article de presse déclarait qu'il existait une possibilité d'entente, en vertu de laquelle les États membres prélèveraient des taxes d'accise en proportion plus ou moins directe de la teneur en alcool des boissons.

Comme dans le cas d'un grand nombre de boissons alcooliques, le prix des cigarettes à la consommation est constitué en grande partie par la taxe d'accise. En France, la taxe est calculée sur la valeur du produit, alors qu'en Allemagne et au Royaume-Uni elle représente un montant déterminé selon la quantité. Les fabricants de cigarettes français tirant parti des subsides accordés au tabac local, la base de calcul de la taxe pour les cigarettes locales est inférieure à celle des cigarettes importées. Le taux d'imposition sur la valeur étant très élevé, les fabricants locaux acquittent moins de taxes et jouissent ainsi d'un avantage considérable. En France, les cigarettes Marlborough sont deux fois plus chères que les Gauloises. Deux directives ont été adoptées, afin de réduire progressivement les avantages accordés aux fabricants de cigarettes français.

(c) Taxe directe[135]

Il existe une directive à ce sujet, et un certain nombre de nouvelles directives ont été proposées. La directive en vigueur facilite la coopération entre autorités fiscales de la C.E.E. dans le domaine de l'impôt direct. Il existe une directive analogue dans le cas de la T.V.A. Certains pays tiers adjacents aimeraient participer à cette entente qui «va au-delà des ententes normalement comprises dans les accords fiscaux bilatéraux».

Deux directives proposées ont été publiées en 1969, mais elles n'ont pas encore été adoptées. L'une a trait au traitement fiscal des dividendes distribués par une filiale dans un État membre à la société mère dans un autre État. On ne s'est pas encore entendu au sujet du pourcentage de la participation à une entreprise qui donne lieu à des rapports société mère-filiale. L'autre directive proposée a trait au traitement fiscal des fusions internationales.

Les sociétés sont soumises à deux régimes fiscaux au sein de la C.E.E. Le premier est un régime «traditionnel», comme celui des Pays-Bas et du Luxembourg, en vertu duquel les bénéfices des sociétés et les dividendes reçus par des particuliers sont imposés séparément. Le second est un régime «d'imputation» qui permet à un actionnaire de réduire sous forme de crédit fiscal la totalité ou une partie de

l'impôt sur une société de sa propre dette fiscale. Ce dernier régime est en vigueur dans les sept autres États membres, où seul un crédit fiscal partiel est accordé.

La Commission est d'avis que le marché commun doit adopter une structure commune pour ce qui est de l'impôt sur le revenu des sociétés, et elle considère que le régime des imputations offre en fin de compte un certain nombre d'avantages. Elle est également d'avis que les taux d'imposition des sociétés et les taux des crédits fiscaux ne doivent pas trop varier d'un État membre à l'autre (elle a suggéré une fourchette précise), et que chaque pays devrait normalement appliquer un seul taux d'imposition dans le cas des sociétés. Le crédit fiscal devrait être accordé par l'État membre où le bénéficiaire est assujetti à l'impôt sur le revenu mais, à moins de stipulation contraire dans les accords bilatéraux, il devrait être imputé au budget de l'État où se trouve la société qui distribue les dividendes. Toutes ces propositions ont été réunies dans un projet de directive en 1975.

Le Parlement européen fait connaître son avis au sujet des projets de directives. Sans se prononcer officiellement dans le cas du projet de directive de 1975, il adoptait en mai 1979 une résolution dans laquelle il précisait que les propositions à l'étude n'allaient pas assez loin. Il se montrait particulièrement préoccupé au sujet de l'harmonisation des règlements des États membres relatifs à la détermination des bénéfices imposables des sociétés ; par exemple, comment comptabiliser la dépréciation et évaluer les stocks. À son avis, le fait d'harmoniser la structure générale et les taux ne résoudrait que la moitié du problème. La Commission a poursuivi ses travaux dans ce sens et, en 1979, le Conseil commençait à examiner l'ensemble de la question.[136]

Une autre importante directive proposée, et publiée en 1976, a pour objet d'éviter la double imposition dans les cas de transfert des bénéfices entre sociétés affiliées, mais situées dans des États membres différents. La double imposition pourrait intervenir lorsque les autorités fiscales dans différents États membres ne s'entendent pas, par exemple, au sujet des niveaux de prix appropriés (et des bénéfices correspondants) qui devraient s'appliquer dans le cas des éléments constitutifs expédiés par une société mère à une filiale. Cette double imposition «pourrait fausser les conditions de la concurrence, affecter la libre circulation des capitaux et se révéler contraire à la notion de marché commun».

La Commission propose la création d'un comité qui serait chargé d'étudier ces problèmes. Ce comité serait composé d'un nombre égal de représentants de chacune des autorités fiscales pertinentes et d'un nombre inégal de personnalités de marque n'ayant aucun lien avec les

autorités fiscales. Les décisions de ce comité seraient prises à la majorité, et les autorités fiscales les publieraient à leur entière discrétion.

La question des stimulants fiscaux destinés à attirer les industries dans certains États membres ou régions de développement a déjà été abordée dans une partie antérieure de la présente étude.[137]

Pour ce qui est de l'impôt sur le revenu des particuliers, une directive proposée a été publiée en 1980 «touchant à la libre circulation des travailleurs». Cette directive est particulièrement importante dans le cas des travailleurs dans les régions frontalières, soit ceux qui habitent dans un État membre et qui travaillent dans un autre. Selon cette directive, les travailleurs frontaliers devraient être imposés là où ils habitent. Cependant l'État membre où ils travaillent aurait le droit d'imposer leur revenu, cet impôt devant servir à couvrir leur dette fiscale dans le pays de résidence. Les travailleurs recevraient un remboursement dans le pays de résidence en cas d'imposition excessive.

Dans une section antérieure du présent document, intitulée *Capitaux*, nous avons brièvement mentionné certains stimulants en matière d'impôt sur le revenu qui semblent contrevenir aux dispositions de l'article 67 du Traité de la C.E.E. qui, dans le cas des capitaux, interdit «les discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties, ou sur la localisation du placement». En Allemagne, le *Kuponsteuer* a été adopté il y a une vingtaine d'années lorsque les autorités voulaient empêcher que les achats d'obligations allemandes par des étrangers ne viennent accentuer la pression à la hausse de la valeur du mark. Il s'agit d'une taxe retenue sur les intérêts des obligations, qui ne s'applique qu'aux coupons encaissés par les non-résidents. Cette taxe est toujours en vigueur.

L'*avoir fiscal* français et le *crédit d'impôt* belge «sont réservés aux actionnaires résidents, et ils ont pour objet de préserver l'épargne nationale en vue de son investissement dans l'industrie locale».[138] La France a récemment annoncé une exemption fiscale, jusqu'à concurrence d'un montant maximum, sur les revenus annuels de ses résidents provenant de titres et d'obligations français.

MÉCANISMES DE LA COMMUNAUTÉ

Le sujet des mécanismes de décision, d'harmonisation et d'application de la Communauté, y compris les interactions entre les différentes institutions, mérite une étude à part. Les paragraphes qui suivent

contiennent quelques brefs commentaires sur les principaux mécanismes, qui seraient susceptibles d'intéresser les Canadiens.

En raison du caractère confédéral de la Communauté, un grand nombre de questions doivent être harmonisées, aux termes du Traité, par voie d'entente entre les gouvernements des États membres et par l'intermédiaire de leurs représentants au Conseil des ministres. L'harmonisation, telle qu'elle est prévue dans le Traité et dans les règlements ou les directives, est caractérisée par une certaine souplesse. Cette souplesse peut se traduire, à titre d'exemple, par l'adoption progressive de nouvelles dispositions ou par la discrétion dont peut user la Commission pour autoriser ou contrôler les dérogations aux règles communes.[139]

Droit de la Commission à prendre des initiatives et majorité qualifiée du Conseil

Une disposition courante du Traité est celle qui permet au Conseil de statuer à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.[140] En fait, dans de nombreux cas, le Conseil *ne peut* agir que sur proposition de la Commission, de sorte que la séparation des pouvoirs apparaît clairement à ce niveau. Le droit de la Commission à prendre des initiatives est fondamental au plan de l'harmonisation. Cependant, le Conseil a parfois recours aux atermoiements. Les décisions sont généralement retardées jusqu'à ce que l'on parvienne à établir l'unanimité, même lorsque celle-ci n'est pas nécessaire. Plus le nombre d'États membres sera élevé, plus il sera difficile d'établir cette unanimité.

Majorité anonyme de la Cour

En vertu d'une convention, chaque État membre nomme un juge à la Cour. Les délibérations de la Cour sont tenues secrètes et les décisions sont collectives, afin qu'aucun État membre ne puisse déterminer dans quel sens «son» propre juge a voté.

Effet direct

Les règlements, certaines dispositions du Traité et, à un moindre degré, les directives ont un effet direct, c'est-à-dire qu'ils créent non seulement des obligations entre les États membres, mais qu'ils confèrent aux particuliers et aux sociétés des droits que ces derniers peuvent invoquer dans leurs cours nationales. Cela permet de mieux faire

appliquer les obligations contractées par les États membres. Pour avoir un effet direct, une disposition doit répondre à un certain nombre de critères, dont les suivants:

- La disposition doit être suffisamment claire et précise pour être appliquée par les pouvoirs judiciaires.

- Elle doit prévoir une obligation inconditionnelle.

- L'obligation doit être «menée à bien et juridiquement parfaite», et sa réalisation ne doit pas dépendre des mesures prises subséquemment par les institutions de la Communauté ou par des États membres ayant des pouvoirs discrétionnaires en la matière.[141]

Doctrine du remède le moins restrictif

Cette doctrine est appliquée par la Cour du Luxembourg, tout comme elle est appliquée par les cours des États-Unis lorsque les États se servent de leur pouvoir de police pour ériger des barrières à la libre circulation. Les mesures qui créent ce genre d'entraves, et qui sont permises pour des raisons valables, ne doivent pas créer des entraves exagérées. Donc, si une autre mesure moins restrictive permet d'obtenir le même résultat, c'est cette dernière mesure qui doit être adoptée.

Préavis et autorisations préalables

Une disposition courante de la Communauté est celle qui exige des États membres et des particuliers d'aviser la Commission, dans les délais prévus, lorsque des barrières sont appréhendées, auxquelles la Commission pourrait opposer des objections. Par exemple:

- Les états membres doivent aviser la Commission concernant les aides accordées par les États à l'industrie

- Les sociétés doivent aviser la Commission concernant l'établissement des prix

Outre les préavis, cette disposition peut être étendue pour exiger aussi des autorisations préalables. Par exemple:

- Les sociétés doivent demander l'autorisation pour entreprendre la décharge de substances dangereuses dans les cours d'eau.

L'effet direct des exigences en matière de procédure, en ce qui a trait aux aides accordées par les États, présente un intérêt particulier

(voir plus haut la partie consacrée à ce sujet). Cela veut dire que les sociétés ou les particuliers intéressés peuvent poursuivre en cour les États membres qui négligent de faire respecter les exigences en matière de préavis.

Poursuites intentées à la Commission

Des poursuites peuvent être intentées à la Commission pour un grand nombre de raisons. Par exemple, si la Commission néglige d'aviser les États membres au sujet de leurs obligations aux termes du Traité, toute partie intéressée peut saisir la Cour en vertu de l'article 175 pour dérogation au droit d'être avisé. De plus, si la Commission venait à abuser de ses pouvoirs, on pourrait demander à la Cour d'intervenir. Certains appels ont été entendus et reçus au sujet du montant des amendes infligées par la Commission dans des cas d'établissement des prix. Par ailleurs, la société Philip Morris Ltd. a poursuivi la Commission lorsque celle-ci a statué qu'une aide particulière accordée par le gouvernement hollandais était inacceptable.

Directives

Les directives, qui exigent normalement l'unanimité du Conseil, sont adressées aux États membres. Elles ont ceci d'intéressant qu'elles lient les États membres quant au résultat à atteindre, mais non quant aux méthodes utilisées pour atteindre ce résultat. «Les pratiques ne doivent pas être nécessairement uniformes; il suffit qu'elles soient compatibles avec le marché commun.» Les États membres doivent aviser la Commission au sujet des mesures qu'ils adoptent. Les particuliers et les sociétés qui ne sont pas satisfaits de l'application de ces mesures au niveau national peuvent demander à la Commission d'intervenir. La Commission a le devoir, en vertu de l'article 169, d'aviser tout État membre qui manque à ses obligations aux termes du traité et d'intenter, éventuellement, des poursuites contre lui.

Une fois adoptée, une directive ne peut être modifiée que conformément à la procédure prévue à l'article du Traité qui la régit. La plupart des directives sont adoptées en vertu de l'article 100, qui exige un assentiment unanime aussi bien à l'adoption que lors de toute modification ultérieure.

Reconnaissance mutuelle des critères d'inspection et de contrôle

Au plan de l'harmonisation des législations, l'objectif commun consiste à ce que tous les États membres acceptent que l'approbation d'un produit (ou le contrôle d'une société financière, par exemple) par l'un des États membres soit considérée comme satisfaisant à leurs

propres exigences juridiques. Parfois, une annexe est ajoutée, comme c'est le cas de la directive proposée pour les fidéicommis (sociétés de fonds mutuels). Dès qu'un fidéicommis est approuvé par l'État membre où il se trouve, il peut opérer dans toute la Communauté, sous la surveillance dudit État membre. Cependant, lorsqu'il commercialise ses fonds mutuels dans un autre État membre, le fidéicommis est assujetti aux règlements de commercialisation qui sont en vigueur dans l'État membre en question.

Harmonisation: minimum, facultative et intégrale

L'harmonisation des législations permet normalement aux États membres d'imposer des normes plus rigoureuses; par exemple, la réglementation des valeurs mobilières. Cependant, ils ne peuvent agir de la même façon dans les cas «d'harmonisation intégrale», notamment dans le domaine des normes techniques.

L'harmonisation des normes techniques peut prendre deux formes; elle peut être intégrale ou facultative. L'harmonisation intégrale signifie que les seules normes acceptables sont celles de la Communauté. Elle intervient généralement lorsqu'il s'agit de protéger la santé ou la sécurité; par exemple, l'interdiction de toute substance toxique dans les cosmétiques. L'harmonisation facultative signifie que les normes de la Communauté doivent être acceptées par tous les États membres, mais que d'autres normes, en général moins rigoureuses, peuvent être utilisées sur les marchés locaux, chaque gouvernement ayant la latitude de refuser les normes locales des autres États membres. Il n'est pas nécessaire d'imposer des normes communes pour les produits industriels ou les produits alimentaires qui répondent aux besoins locaux ou régionaux.

Financement conjoint

Le financement conjoint d'une politique commune, comme la Politique agricole commune, est considéré comme un facteur d'harmonisation. Ainsi, Finn Gundelach, ancien Commissaire à l'agriculture de la C.E.E., avait déclaré que la responsabilité financière commune vis-à-vis de la PAC était indispensable, si l'on voulait protéger la libre circulation des produits à l'intérieur de la Communauté. Il faisait probablement allusion au fait qu'aucun État membre ne devait entreprendre un quelconque financement tout seul, comme dans le cas des suppléments du revenu accordés aux agriculteurs.

Comité d'arbitrage comprenant des étrangers

Le comité proposé dans le projet de directive au sujet de la double imposition comprendrait, outre un nombre égal de représentants de chacun des États membres, un nombre inégal de personnalités de marque n'ayant aucun lien avec les autorités fiscales. Les décisions de ce comité seraient prises à la majorité, mais elles seraient publiées à la discrétion des États membres.

Personnel de la Commission: un bassin d'experts

Le fait que la Commission a un personnel considérable provenant de tous les États membres, et que ce personnel est concentré en un seul endroit, présente un important avantage: on dispose d'un grand bassin de renseignements et d'expertises sur les lois et les pratiques de tous les États membres, bassin auquel tout membre du personnel peut accéder au moyen du téléphone. Le personnel joue aussi un rôle au plan de la recherche et c'est le lieu de rencontre des idées. Certains États membres adoptent parfois des propositions formulées par la Commission, même si les autres États décident de faire autrement.

Symposium

La Commission organise parfois des symposiums où l'on étudie des questions au sujet desquelles elle aimerait faire agir les États membres, ou à tout le moins les faire réfléchir.

NOTES DE RÉFÉRENCE

1. La présente section est en partie inspirée des sources suivantes:

- D. Wyatt et A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, Partie 1, Londres, Sweet and Maxwell, 1980.
- *Uniting Europe: The European Community since 1950,* Bruxelles, Commission de la C.E.E., 1975.
- *Étapes européennes,* Luxembourg, Commission de la C.E.E., 1980.
- *Doing business in the European Communities,* Price Waterhouse & Co., octobre 1978.

2. Wyatt et Dashwood, page 4.

3. *Ibid.,* page 8

4. Cité dans Wyatt et Dashwood, page 20. L'expression «nation d'Europe occidentale» pourrait être remplacée, avec plus de justesse, par celle de «province canadienne».

5. *Bulletin des Communautés européennes,* Supplément 1/76. Voir aussi Supplément 5/75, contenant le point de vue de la Commission, et Supplément 9/75.

6. *Étapes européennes,* Commission de la C.E.E., Luxembourg, 1980, page 56.

7. Il s'agit ici du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne.

8. *Doing business in the European Communities,* Price Waterhouse & Co., page 14.

9. *The Economist,* 17 novembre 1979, page 63.

10. *Doing business in the European Communities,* page 14.

11. Le Traité de Paris instituant la CECA et les Traités de Rome instituant la C.E.E. et l'Euratom.

12. Wyatt et Dashwood, page 96.

13. *La Cour de justice des Communautés européennes*, Documentation européenne 1976/3.

14. Voir commentaires dans Wyatt et Dashwood, pages 31 et 32.

15. Citation dans *Le budget de la Communauté européenne, Documentation européenne,* 1/79, page 35. Voir l'excellente étude des objectifs éventuellement plus larges du budget de la Communauté dans le *Rapport du groupe de réflexion sur le rôle des finances publiques dans l'intégration européenne,* Bruxelles, avril 1977, plus généralement désigné Rapport MacDougall.

16. La présentation et la plus grande partie du contenu de cette section sont inspirés de l'ouvrage de Wyatt et Dashwood, Partie III, *La libre circulation des biens,* pages 77 à 122. Cependant, l'étude poussée et détaillée des auteurs a été simplifiée pour les fins de la présente étude.

17. Wyatt et Dashwood, pages 100 à 102.

18. Wyatt et Dashwood, page 91. Les auteurs font également remarquer, dans un renvoi au bas de la page 97, que le Rapport Spaak avait attiré l'attention sur le fait que l'élimination des entraves à l'importation avait accru l'interdépendance des États membres et que, par conséquent, il ne fallait pas qu'il y ait des entraves à l'exportation non plus, les États membres dépendant désormais des sources d'approvisionnement.

19. Voir Wyatt et Dashwood, chapitre 12.

20. Wyatt et Dashwood, page 84.

21. Citation dans Wyatt et Dashwood, page 29.

22. Citation dans Wyatt et Dashwood, page 99.

23. Voir Wyatt et Dashwood, pages 99 à 104.

24. *Ibid.,* pages 102 et 103.

25. *Ibid.,* pages 104 et 105, et chapitre 16, notamment la page 219.

26. Wyatt et Dashwood, page 106.

27. Voir la section correspondante, plus loin dans la présente étude.

28. *L'élimination des entraves techniques aux échanges, Le dossier de l'Europe* 12/79, juin 1979.

29. Voir le *Treizième rapport général sur les activités des Communautés européennes, 1979,* Bruxelles, février 1980, page 284 et 285.

30. Wyatt et Dashwood, page 108.

31. Wyatt et Dashwood, pages 116, 117 et 119.

32. Wyatt et Dashwood, pages 113 et 114.

33. *Ibid.,* page 120.

34. Sous réserve des dispositions du Traité relatives aux capitaux, notamment celles qui intéressent la balance des paiements. L'article 54(e) recommandé au Conseil et à la Commission de permettre l'acquisition de terrains et de bâtiments par les migrants, dans la mesure où l'agriculture n'est pas menacée.

35. Wyatt et Dashwood, page 182.

36. *Ibid.,* page 186.

37. Voir Wyatt et Dashwood, page 194.

38. *Ibid.,* page 202.

39. *Ibid.*, page 202. La citation «d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens» est extraite du préambule du Traité.

40. On essaie, cependant, d'harmoniser les législations dans certains domaines: par exemple, certains aspects de l'éducation. Voir plus loin la section consacrée à ce sujet.

41. Voir Wyatt et Dashwood, pages 195 et 199, et plus loin dans le présent document la section consacrée au droit commercial et corporatif.

42. Le contenu de cette section est entièrement inspiré de l'ouvrage de Wyatt et Dashwood, chapitre 22. Il faut remarquer qu'il existe au Canada des entreprises publiques fédérales dont on ne trouve l'équivalent dans la Communauté qu'au niveau des États membres.

43. Voir Wyatt et Dashwood, pages 364 et 365.

44. Wyatt et Dashwood, page 366.

45. *Ibid.*, page 369.

46. *Ibid.*, page 367.

47. *Ibid.*, page 368.

48. Wyatt et Dashwood, page 372.

49. *Ibid.*, page 372 et 373.

50. *Ibid.*, pages 376 et 377.

51. Wyatt et Dashwood, renvoi au bas de la page 376.

52. *The Economist,* 1er novembre 1980, page 50.

53. *La Cour de justice des Communautés européennes, Documentation européenne* 1976/3, page 19.

54. *La politique agricole commune de l'Europe. Le dossier de l'Europe* 9/79. Publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, mai 1979, page 3.

55. Wyatt et Dashwood, page 251.

56. *The Economist,* 1er novembre 1980.

57. Le Royaume-Uni a adopté un montant compensatoire monétaire de «plus 10,4 p. cent», à compter du 3 novembre 1980.

58. Wyatt et Dashwood, page 203.

59. Voir les *Bulletins des Communautés européennes,* n° 43 de mai 1979, n° 45 d'octobre 1979 et n° 46 de décembre 1979, publiés par Price Waterhouse & Co. Les deux premiers chiffres du numéro d'une directive indiquent son année d'adoption. Après adoption, les directives sont publiées au Journal officiel des Communautés européennes, de même que les projets de proposition lorsqu'ils atteignent un certain palier.

60. *The Economist* du 29 novembre 1980, page 54, rapportait que l'application de cette directive était bloquée par certains États membres.

61. Bulletin des Communautés européennes 46, Price Waterhouse & Co.

62. Voir *Croissance et économies d'énergie, Le dossier de l'Europe* 16/79 de septembre 1979: *Des énergéies nouvelles pour la Communautés, Le dossier de l'Europe* 1980/2 de janvier-février 1980; et *Doing Business in the European Communities;* Price Waterhouse & Co., octobre 1979, page 79.

63. Extrait du préambule de la directive du Conseil du 21 décembre 1976 relative aux contrats d'approvisionnements publics.

64. Publiée au *Journal officiel des Communautés européennes,* volume 20, n° L13, 15 janvier 1977.

65. Il semblerait que le Code du GATT contienne les mêmes exemptions.

66. La directive exempte les «autorités contractantes» des exigences en matière de procédure, mais non les produits en question.

67. Wyatt et Dashwood, pages 366 à 368.

68. Lettre à *The Economist*, 21 juin 1980, page 6.

69. Voir texte de l'article 36 du traité de la C.E.E., reproduit plus haut sous la rubrique *Dispositions du traité et interprétation: marchandises.*

70. *La politique industrielle de la Communauté, Le dossier de l'Europe 3/79*, février 1979, page 3.

71. *L'élimination des entraves techniques aux échanges, Le dossier de l'Europe* 12/79, juin 1979.

72. Voir *Euroforum*, no 26/78, 4 juillet 1978, annexe 2: *Directives pour que les produits circulent librement.*

73. Voir plus haut la section intitulée *Dispositions du Traité et interprétation: marchandises.*

74. L'O.C.D.E est également active dans ce domaine, ce qui prouve que ce genre de problème dépasse les frontières d'une entité aussi étendue que la C.E.E.

75. *Treizième rapport général sur les activités des communautés européennes*, Bruxelles, février 1980, page 76.

76. *L'élimination des entraves non tarifaires pour les échanges intracommunautaires, Documentation européenne*, 1976/2, page 8.

77. *Ibid.*, page 15.

78. *Entraves techniques aux échanges: nouvelle approche de la Commission, Bulletin* EC1-1980, page 13.

79. *Ibid.*, page 14.

80. *Entraves techniques aux échanges: nouvelle approche de la Commission, Bulletin EC1-1980*, pages 14 et 15.

81. Voir *La politique commune des transports, Le dossier de l'Europe* 20/79, nov.-déc. 1979. Les obstacles dans le domaine du transport routier sont particulièrement sérieux; par exemple, les différents règlements relatifs aux dimensions des véhicules et différentes mesures fiscales frappant les véhicules.

82. Voir *La politique commune des transports, Le dossier de l'Europe*, 20/79, nov.-déc. 1979, pages 4 et 6.

83. Wyatt et Dashwood, page 251.

84. Voir C.W.M. van Ballegooijen, *Free movement of capital in the European Community, Legal Issues of European Integration*, 1976/2, publié par Kluwer, aux Pays-Bas. Voir aussi les Bulletins de la C.E.E., n° 20 de décembre 1975 et 36 d'avril 1978, Price Waterhouse & Co.

85. Pour connaitre les dispositions défavorables aux barrières voir articles 3(c), 67(1), 68 à 73, 54(3)(e) et (106). Les restrictions aux mouvements de capitaux sont permises selon les articles 73, 108 et 109.

86. *The Economist*, 6 décembre 1980, page 67.

87. Voir plus loin la section intitulée «Harmonisation fiscale».

88. Voir Wyatt et Dashwood, Partie IV.

89. Wyatt et Dashwood, page 126.

90. Voir Wyatt et Dashwood, chapitre 13. Toutes les citations de cette partie sont extraites de cette source.

91. Voir plus haut la section intitulée *Dispositions du traité et interprétation: les services*.

92. La réciprocité n'est pas un principe normal de la Communauté.

93. Wyatt et Dashwood, page 193.

94. Wyatt et Dashwood, page 161.

95. *Ibid.*, page 128.

96. Wyatt et Dashwood, page 248. La partie VI de l'ouvrage, qui représente une centaine de pages, est consacrée à une étude approfondie des règles et de la politique de concurrence de la C.E.E..

97. *La politique européenne de concurrence, Le dossier de l'Europe* 14/79, juillet-août 1979.

98. Wyatt et Dashwood, page 248.

99. Wyatt et Dashwood, page 259. Voir aussi les pages 282 à 284 et la page 319 pour ce qui est de la distinction entre les pouvoirs de la

Communauté et les pouvoirs des instances nationales, par exemple lorsqu'une loi nationale interdit une pratique commerciale que la Commission n'interdit pas.

100. *Le dossier de l'Europe*, 14/79, juillet-août 1979.

101. *La Communauté européenne et les consommateurs, Le dossier de l'Europe* 13/79, juillet-août 1979, page 3.

102. Voir Bulletin de la C.E.E. n° 45, octobre 1979, Price Waterhouse & Co. et *Le Dossier de l'Europe* 13/79.
Le Bulletin no 46 de décembre 1979, pages 13 et 14, contient la liste de toutes les directives existantes et envisagées.

103. Cette section est largement inspirée de la publication *Vers une politique européenne de l'éducation, Documentation européenne*, 1977/2 et d'articles de presse.

104. *La Communauté européenne et l'Éducation, Le Dossier de l'Europe* 18/79, octobre 1979, page 2.

105. Appliqué par une directive du Conseil, 25 juillet 1977 (77/486/C.E.E.).

106. Voir Wyatt et Dashwood, chapitre 20, dont la présente section est inspirée.

107. Wyatt et Dashwood, page 323.

108. *Ibid.*, page 324.

109. Wyatt et Dashwood, page 329.

110. Voir *La politique industrielle de la Communauté, Le dossier de l'Europe* 3/79, février 1979.

111. Pour un exposé détaillé des critères de la Commission dans le cas des aides sectorielles, voir Wyatt et Dashwood, pages 336 et 337.

112. *Le Développement régional et la Communauté européenne, Le Dossier de l'Europe* 10/79, mai 1979, page 7.

113. *The Economist*, 6 décembre 1980, page 56.

114. *Le Développement régional et la Communauté européenne, Le Dossier de l'Europe 10/79*, mai 1979, page 5.

115. *Le Développement régional et la Communauté européenne, Le Dossier de l'Europe 10/79*, mai 1979, page 3.

116. Voir Wyatt et Dashwood, pages 337 et 338.

117. *Treizième rapport général sur les activités des Communautés européennes, 1979*, Bruxelles, février 1980, page 59.

118. Wyatt et Dashwood, pages 335 et 336.

119. *Treizième rapport général*, page 102.

120. *La Communauté européenne et la protection de l'environnement, Le dossier de l'Europe 4/79*, février 1979. Voir aussi *La Communauté européenne et le problème de l'eau, Le dossier de l'Europe 6/80*, avril 1980.

121. *La politique de concurrence de la Communauté européenne, Documentation européenne, 1976/4*, page 20.

122. Voir *Le système monétaire européen, Le dossier de l'Europe 7/79*, avril 1979, source des commentaires et citations de la présente section.

123. Voir *Company law harmonisation* dans *Doing business in the European Communities*, Price Waterhouse & Co., octobre 1978; *Harmonisation status report of company law and business related subjects, Bulletin nº 46 de la C.E.E.*, décembre 1979, Price Waterhouse & Co.; et le *Treizième rapport général de la Commission*, février 1980, pages 78 à 82.

124. *Treizième rapport général*, page 78. Le terme «rapprochement» est celui qu'emploie la Communauté à la place de «harmonisation».

125. Voir plus haut la section intitulée: *Dispositions du Traité et interprétation: les services*.

126. Wyatt et Dashwood, page 197.

127. Pour une étude détaillée de cette question, voir E. Wymeersch, *Control of securities markets in the European Community*, publié par la Commission des Communautés européennes, Bruxelles-Luxembourg, 1978.

128. Voir le *Bulletin nº 46 de la C.E.E.*, Price Waterhouse & Co., et le *Treizième rapport général*, pages 106 et 107.

129. Voir *Dispositions du Traité et interprétation: marchandise*.

130. Dr Fritz Neumark, *Rapport du Comité fiscal et financier*, C.E.E., 1962. Voir aussi les volumes 1 et 2 du Rapport MacDougall, *Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration*, Bruxelles, avril 1977.

131. Au Canada, les personnes se déplacent plus facilement d'une province à l'autre que les ressortissants de la C.E.E. d'un État membre à l'autre, de sorte que l'harmonisation de l'impôt sur le revenu des particuliers devrait nous préoccuper davantage. De plus, il existe au Canada une législation fiscale au niveau fédéral et au niveau des provinces, et un besoin constant d'harmoniser les dispositions fiscales à ces deux niveaux, une complication qui n'existe pas dans la Communauté.

132. Voir plus haut la section intitulée *Description de la Communauté*.

133. Le *Bulletin nº 47 de la C.E.E.*, Price Waterhouse, de mars 1980 contient une étude intéressante au sujet de l'harmonisation fiscale à l'intérieur de la C.E.E. Cette étude fait la synthèse des directives existantes et des directives proposées.

134. *Bulletin n° 47 de la C.E.E.*, Price Waterhouse. Les huiles minérales soumises à une taxe d'accise sont probablement celles qui servent de combustible.

135. Voir le *Bulletin n° 47 de la C.E.E.*, Price Waterhouse, qui est la source principale de la présente section.

136. Voir le *Bulletin no* 47 de la C.E.E., Price Waterhouse, et le *Treizième rapport général* de la Commission, page 109.

137. Voir la section intitulée *Aides accordées par les États à l'industrie et au développement régional.*

138. C. W. M. van Ballegooijen, *Free movement of capital in the European Economic Community, Legal Issues of European Integration* 1976/2, publié par Kluwer, Pays-Bas, page 10.

139. Voir, par exemple, l'article 80(1) de la C.E.E. qui permet à la Commission d'autoriser des tarifs de transport discriminatoires. L'article 93 relatif aux aides accordées par les États est un bon exemple de la souplesse des dispositions en matière de contrôle.

140. Pour une explication de la majorité qualifiée, voir la section 2 du présent document, intitulée *Description de la Communauté.*

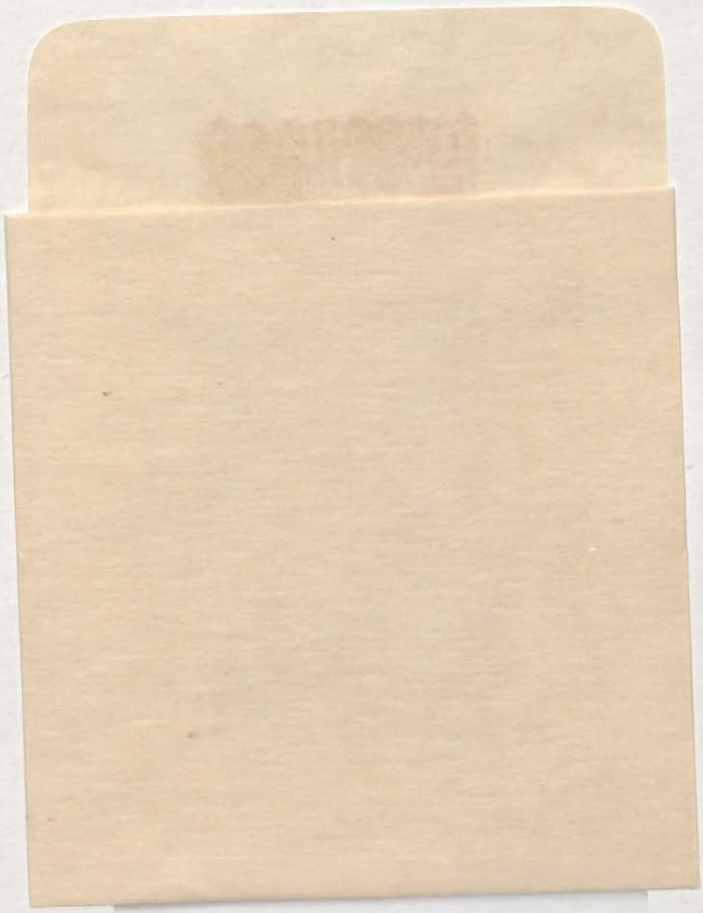
141. Wyatt et Dashwood, pages 27 et 28.

HB 1989 .H314 Author/*Auteur*	Hayes, John A.
c.1 Title/*Titre*	La mobilité économique au Canada : une étude comparative. 1982

Date	Borrower *Emprunteur*	Room *Pièce*	Telephone *Téléphone*

0133-34.3 (10/70) 7530-21-029-4581

Date	Borrower *Emprunteur*	Room *Pièce*	Telephone *Téléphone*



INDUSTRY CANADA/INDUSTRIE CANADA
41182