

# Libre-échange, information, souveraineté, libéralisme et leurs incohérences

Karim BENYEKHFLEF

L'information est un instrument de savoir. Elle permet d'affranchir mais elle peut également asservir. Cette dualité n'est pas nouvelle. Ce qui apparaît nouveau ce sont les formidables développements technologiques propres à l'information. Celle-ci méconnaît les frontières ; se moquant allègrement de ce symbole d'un autre âge, l'information circule dans des réseaux ayant leur propre configuration géographique<sup>1</sup>, bien étrangère à celle que les nations ont, au fil des siècles, dessinée. Il est maintenant des autoroutes électroniques (Leahy, 1992) sillonnant la planète avec une superbe non dépourvue de mépris pour ceux qui vivent encore certaines contingences territoriales.

Cette évolution n'est évidemment pas le fruit d'une volonté de rendre le savoir accessible à tous. Il ne se cache pas derrière celle-ci un souci pédagogique ayant pour objet d'édifier une société informée et, par hypothèse, meilleure. Les infrastructu-

---

1. « Actually, electronic information networks act as, what geographers call, *functional economic areas*. Relevant examples of functional economic areas would be the area which a large city draws all its daily commuters or all the points served by an airline or trucking company. It is quite common for such functional economic areas to overlap several differing political jurisdictions. To date, the legal framework, domestic as well as international, has been able to adjust and adapt to new and different functional economic areas as they apply to the movement of persons and goods, i.e. tangibles ; and the nation-state has maintained its ability to monitor and control such flows of goods if and when desired. Mechanisms used to maintain a national boundary include customs and immigration, landing rights, import or export restrictions, tariffs, etc. In the area of electronic communications, *physical boundaries* that do exist are basically those that have been imposed on the carriers and communication networks not on the flow or content » (Knoppers, 1982, 9).

res communicationnelles apparaissent plutôt comme un support essentiel à la prise de décision commerciale et économique. Elles facilitent la gestion des affaires en minimisant les coûts afférents à la distance, au temps (délai), à la décentralisation et au facteur humain. La télématique permet donc une décision plus rapide sans égard au lieu de mise au point ou d'application et qui nécessite l'intervention d'un personnel de moins en moins nombreux. Il n'est pas dans notre intention de regretter une telle tendance, mais simplement de souligner l'évidence, à savoir que la notion de globalisation des marchés est née avec l'avènement des technologies de l'information. Celles-ci sont donc tributaires d'une logique économique et commerciale qui a vu leur éclosion et qui assurera leur pérennité.

L'information est multiforme. On ne saurait en effet la restreindre à une catégorie de signifiants. Elle comprend aussi bien des données personnelles que journalistiques ou scientifiques, mais force est de constater que l'information de nature économique et commerciale constitue le principal vecteur du développement technologique (Branscomb, 1983, 994). C'est bien ce type d'information qui importe et contribue à la constellation des réseaux mondiaux qui se tissent aujourd'hui. C'est cette information dont on cherche à assurer, à tout prix, la libre circulation<sup>2</sup>. C'est elle qui est synonyme de puissance.

Quelle est alors l'incidence de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ? Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner à propos de l'Accord canado-américain de libre-échange, le phénomène des échanges informationnels préexiste à tout traité (Benyekhlef, 1991, 438). En fait, le texte de l'ALENA ne fait que conférer un cadre plus formel à ces échanges : il avalise la pratique existante. Ainsi, l'article 1302(4) confère aux entreprises de chacune des parties contractantes la possibilité de recourir aux réseaux ou aux services publics de transport des télécommunications pour assurer la transmission d'informations, y compris les communications

---

2. Même les instruments cherchant à protéger la vie privée dans les échanges internationaux d'informations semblent reconnaître la prééminence du principe de la libre circulation de l'information. Lire à ce propos Karim Benyekhlef (1993), les pages 299 et suivantes. Nous faisons évidemment ici référence aux *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptées par l'OCDE, à la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, adoptée par le Conseil de l'Europe et à la *Proposal for a Council Directive on the Protection of Individuals in Relation to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data*, de la Commission des Communautés européennes.

internes des sociétés<sup>3</sup>, sur son territoire ou au-delà des frontières, et pour accéder aux informations contenues dans des bases de données ou autrement stockées sous forme exploitable par machine sur le territoire de toute partie. Au chapitre XIV, portant sur les services financiers, l'article 1407 facilite le traitement de l'information. Il y est précisé que chacune des parties autorisera une institution financière d'une autre partie à transférer, sous une forme électronique ou autre, vers et depuis son territoire, toute information dont le traitement est nécessaire à la conduite des affaires courantes de l'institution.

Il convient, dans un premier temps, de décrire la notion de souveraineté nationale. Dans un deuxième temps, il importe de cerner les possibles atteintes à la souveraineté suscitées par la libre circulation de l'information. Finalement, nous verrons que la notion de souveraineté nationale conduit l'interprète sur le terrain de l'aporie.

## La souveraineté nationale

La souveraineté a d'abord servi Dieu, puis le monarque et finalement le peuple. Voilà une notion que chacun a cherché à définir, avec plus ou moins de succès, afin de servir les intérêts dont on voulait assurer la promotion. La souveraineté est alors une notion qui doit beaucoup à la créativité du philosophe<sup>4</sup>. Ces définitions plurielles confinent à l'aporie. Quoi qu'il en soit, la souveraineté est une notion française à l'origine qui apparaît, d'après Carré de Malberg, au Moyen Age :

[...] où [elle] a d'abord eu un rôle comparatif et servait à désigner le caractère d'une autorité qui est supérieure à une autre,

---

3. Cette expression est ainsi définie à l'article 1310 : « *Communications internes des sociétés* » s'entend des télécommunications par lesquelles une entreprise communique a) sur le plan interne ou avec ses filiales, succursales ou sociétés affiliées, selon le sens donné à ces termes par chacune des parties, ou b) sur une base non commerciale avec les autres personnes qui sont essentielles à ses activités économiques et qui entretiennent une relation contractuelle permanente avec elle, mais ne s'applique pas aux services de télécommunications fournis à des personnes autres que celles décrites dans les présentes.

4. S. Buck-Morss, « The rationale of modern sovereignty owes much to the inventive fantasy of philosophers », *Democratic Sovereignty : A Contradiction in Terms*, cité dans J.B. ELSHTAIN (1991, 1363).

pour se spécialiser dès le XVI<sup>e</sup> siècle dans un rôle superlatif, où [elle] ne servait plus qu'à désigner le caractère d'une autorité qui ne relève d'aucune autre et n'admet aucune puissance supérieure (Bacot, 1985, 9).

La souveraineté apparaît alors comme une construction théorique propre à affranchir le roi de l'omnipotence divine, c'est-à-dire à substituer à la souveraineté de Dieu celle du suzerain (Elshtain, 1991). Au surplus, la souveraineté a vocation de rassembler une Europe médiévale fragmentée :

Finally, Bodin's and Hobbes' notions of sovereign absolutism were also bolstered by the heteronomy (good word) or hopeless fragmentation and chaos (negative characterization) of medieval Europe, divided as it was into many kingdoms under an overreaching if underwriting (pardon the neologism) Holy Roman Emperor. This weak leadership, with the Pope meddling, was the most often cited explanation of the need for sovereign states. (Elshtain, 1991, 1366)

C'est donc dans cet arrière-plan que le philosophe fait preuve d'invention en laïcisant, en quelque sorte, la notion de souveraineté. Il s'agit alors de légitimer le pouvoir temporel. Cet acte de légitimation passe par un nécessaire emprunt au discours religieux. Ceci explique donc notamment le caractère d'absolu qui entoure le concept de souveraineté. Les termes « puissance », « pouvoir », « supériorité », « indépendance », « suprême » ne sont-ils pas associés, dans la psyché aussi bien politique que religieuse, à la souveraineté ?

De manière plus prosaïque et positiviste, on définit souvent cette notion comme la capacité d'un État d'influer directement sur les politiques sociales, économiques et culturelles qui lui permettent de se forger une identité propre et unique. De même, on peut noter que la territorialité et l'espace constituent un pivot autour duquel s'articule le concept de souveraineté nationale. En d'autres termes, la souveraineté se définit d'abord par rapport à la notion de frontières nationales. La frontière délimite dès lors un espace à l'intérieur duquel s'exerce la souveraineté de l'État.

Pourtant, l'absolutisme conceptuel s'attachant à la souveraineté ne peut manquer de soulever des difficultés. En effet, comment concilier cet attribut absolu, immuable et insaisissable de l'État avec les inévitables interdépendances des nations au regard notamment du droit international public ? Pouvoir illimité, d'une part, et soumission aux règles du droit international

librement consenties, d'autre part, le paradoxe apparaît clairement. Le professeur Morin affirme que cette antinomie est née avec la souveraineté elle-même :

Cette antinomie étonnerait si elle était nouvelle, mais née avec l'État souverain lui-même, elle découle immanquablement de ce système juridique ambigu qui veut que les États soient assujettis à des règles obligatoires qu'ils auraient, selon une certaine analyse, librement acceptées, et qu'ils soient à la fois les auteurs et les destinataires des règles du droit international (Morin, 1987, 48).

Le professeur Morin entreprend de réconcilier ces deux éléments paradoxaux en avançant la proposition selon laquelle la souveraineté appelle un minimum de règles contraignantes. Ainsi, « la souveraineté postule l'existence du droit » (Morin, 1987, 49). Il ne peut en être autrement pour le bien de la notion même de souveraineté. En effet, l'égalité des États souverains dans l'arène internationale, par exemple, est une règle de droit qui tempère l'absolutisme du concept de souveraineté<sup>5</sup>. Le droit apparaît alors nécessaire afin de maintenir le principe de souveraineté. Autrement, la volonté de puissance, sous-jacente à la souveraineté, n'aurait de cesse que lorsque l'État le plus fort aurait assuré sa prééminence<sup>6</sup>. Bref, le droit ponce les aspérités inhérentes au radicalisme conceptuel de la notion de souveraineté. Il s'agit de défaire, en partie, l'œuvre inventive du philosophe, de la relativiser au regard du réel, de quitter le monde évanescent de l'idéation afin d'adapter la souveraineté aux contingences du politique. Il importe alors de faire appel, ainsi que le suggère le professeur Morin, à un corpus de règles

---

5. « De même, la notion d'égalité des États, corollaire obligé de leur indépendance, est une pure création juridique, qui a peu à voir, certes, avec les réalités, mais fait bien ressortir qu'en l'absence de toute règle de droit, celles-ci auraient tôt fait de les assujettir inéluctablement les uns aux autres. Historiquement, la souveraineté et le système de droit qui en a découlé, tout imparfait qu'il fût, ont constitué un rempart contre l'hégémonie universelle » (Morin, 1987, 50).

6. « La souveraineté, en effet, c'est-à-dire l'indépendance par rapport aux autres États et la suprématie interne de chacun, n'a de sens et ne peut d'ailleurs subsister que dans un cadre qui offre un minimum de garanties à cette liberté et à ce pouvoir. Dès lors que deux ou plusieurs États souverains sont en présence, ce cadre doit comporter des règles imposées par les exigences mêmes du maintien de leurs souverainetés respectives, sinon les uns sont appelés à être assujettis aux autres et ce processus n'aura logiquement de cesse que lorsque l'État le plus puissant aura prévalu sur l'ensemble » (Morin, 1987, 49).

juridiques propres à tempérer et à policer les velléités absolutistes de la souveraineté.

Le principe fondamental, sous-jacent à l'édiction de ce corpus, est l'égalité des États. Les règles sont donc présentées comme des normes nécessaires, respectueuses de l'égalité de traitement. Ces règles prescrivent notamment les comportements des États souverains en tenant compte, est-il besoin de le rappeler, de l'égalité *de jure* de ces derniers. Ce postulat primordial - égalité - suppose donc une neutralité des règles. Du même souffle, on ne cesse pourtant de réaffirmer la primauté de la souveraineté. La décolonisation de l'après-guerre et son explosion quantitative d'États illustrent l'importance accordée à cette notion. La participation au concert des nations ne peut se concevoir sans les attributs sacramentels de la souveraineté. Il existe donc une tension permanente et irréductible entre la souveraineté et le droit. Nous reviendrons sur ce point.

## Les atteintes

Alors que beaucoup s'entendent sur l'importance du principe de la libre circulation de l'information, composante de la liberté d'information, d'autres craignent que le primat accordé à cette notion n'amenuise gravement la souveraineté de l'État. Les deux discours assument sans les relever les incohérences du libéralisme juridique. En fait, il s'agit, dans les deux cas, de variations positivistes sur le thème de l'information tentant, dans la tradition juridique libérale, de procéder à l'équilibrage d'intérêts divergents en présumant l'existence de règles neutres et objectives. Cet exercice ne postule pas bien sûr la mise en cause des structures mêmes du droit international. Nous examinerons cette question au point suivant. Pour l'instant, il convient de présenter rapidement les arguments selon lesquels la libre circulation de l'information attente, dans une certaine mesure, à la souveraineté des États.

« L'information est devenue un moyen national d'existence nécessaire et, sans elle, un État est menacé de *prolétarianisation* de l'information », écrit Van Grevenstein (1986)<sup>7</sup>. Dans nos sociétés post-industrielles, l'information est devenue une denrée nécessaire au fonctionnement harmonieux et efficient de toute

---

7. Nos italiques. La présente section est en grande partie extraite de Benyekhlef, *supra* note 5, p.457 à 467.

l'organisation sociale. Les luttes incessantes menées par les pays du Tiers-Monde afin d'accéder aux sources d'information et d'acquérir les moyens de gérer celle-ci illustrent clairement le rôle fondamental de l'information dans le développement des nations (Bortnick, 1981). Puisque l'information participe au développement et au bien-être des États, il est donc normal que ceux-ci se donnent les moyens de la contrôler :

One reason for the development of informatics policies and the erection of barriers to the flow of information is the preservation of national sovereignty. Information is a resource that yields economic, political, and technological advantages. National sovereignty, in the context of information, refers to a country's desire to control its own information resources and the advantages flowing therefrom. Other countries use of these resources threatens the LDCs' [less developed countries] national sovereignty by undermining this control (Bortnick, 1981, 338)

L'information est dès lors perçue comme une ressource naturelle :

Les données s'affirment de plus en plus comme une matière première stratégique, abondante certes à l'état brut, mais dont la disponibilité au degré d'élaboration requis constitue la clé du succès dans la concurrence internationale. (Madec, 1982, 30)

À cet égard, le Canada est un exemple illustrant les atteintes potentielles à la souveraineté nationale suscitées par les flux transfrontaliers de données. En fait, le Canada est un exemple saisissant de fuite informationnelle. Un flux nord-sud de données s'est instauré, au profit des États-Unis, qui se module finalement sur les échanges économiques (Gotlieb, Dalfen et Katz, 1974, 246). En fait, les auteurs ne parlent pas de flux, mais plutôt d'un torrent<sup>8</sup>. Ainsi, des données de toute nature quittent le territoire canadien pour être conservées ou traitées aux États-Unis. La position prédominante des États-Unis sur le marché de l'information et de son traitement constitue un fac-

---

8. « There is probably no part of the world that is more interlinked by information than North America, and in particular, the United States and Canada [...]. Whether the flow of information is in print or electronic form, and whether its mode -wire, cable, or satellite- the flow is, from a Canadian standpoint, more than a flow : it is an *onrushing flood of information* of overwhelming social, economic, and cultural significance » (Gotlieb, Dalfen et Katz, 1974, 229) (nos italiques).

teur qui explique cette fuite au même titre que la proximité géographique et l'intégration économique. L'ALÉNA exacerbera cette fuite informationnelle. Les services dépendent en effet, en grande partie, d'échanges d'informations et l'information, comme nous le savons, sert de support essentiel à la prestation des services.

Ces flux unilatéraux d'informations minent la souveraineté nationale puisque l'État n'est pas en mesure de contrôler des données relatives aux composantes privées et publiques de l'organisation sociale, car elles sont hors de sa juridiction, et cette situation a pour effet de rendre totalement inutiles les normes internes afférentes au contrôle de l'information. Gotlieb, Dalfen et Katz (1974) résument bien les effets néfastes de ces flux unilatéraux :

The sovereignty issue arises in the following manner : Data accumulation and storage are part of the process of decisionmaking, the effectiveness of which depends to an increasing degree on access to massive amounts of data, which are only manageable when computerized. Prima facie at least, the physical location of computerized data banks would appear to be an important factor in regulating access to them and therefore in affecting decisionmaking ability. The transfer of Canadian data to American data banks means that potentially, at least, Americans will have the means to make decisions about Canadians that depend on that data. Conversely, to the extent that Canadians lack data about themselves -whether because they lack the computer capacity needed to effectively use the data or because important parts of the data are withheld by another state- they will be unable to make important decisions affecting their future. This can result in a national self-perception of impotence, an inability to effect one's vital choices, and the effective erosion of one's political sovereignty. (Gotlieb, Dalfen et Katz, 1974, 247)

Les conséquences économiques d'une telle fuite informationnelle sont évidentes : on prive le pays du développement d'une industrie informationnelle locale<sup>9</sup> et, du même

---

9. « It is the long run consequences flowing from the aggregated level of data exports that tend to be deleterious to the economic interests of an exporting State [...] As is true for the entire framework of foreign competition, the export of data (which has the economic effect of the importation of a data processing service) will undermine the production end of the information industry by negatively affecting the demand for jobs in the industry, which in turn will depress the demand for hardware and software production unless



coup, on assiste à l'exportation de données financières et économiques fondamentales pour la croissance. L'État n'a plus de contrôle sur ces informations et doit compter sur la coopération d'un État étranger (ou de ses nationaux) afin d'y avoir accès pour être en mesure d'élaborer ses stratégies économiques et budgétaires<sup>10</sup>. On crée une dépendance malsaine à l'endroit de l'étranger. Bouachera précise que cette dépendance génère des servitudes, limite la capacité d'anticipation<sup>11</sup> et entrave le processus de décision (Bouachera, 1987, 272-273).

On peut certes parler, dans un tel cas, de vulnérabilité économique<sup>12</sup>. Le rôle des grandes entreprises multinationales n'est pas à négliger dans l'étude de ce phénomène. En effet, la circulation internationale de l'information n'est-elle pas vitale pour les opérations des entreprises multinationales ? Zimmerman (1982) écrit à ce propos :

The complexity of international business today places a premium on the speed and accuracy of information flow. No longer can business transactions profitably occur over a number of days. In order to benefit from innumerable business opportuni-

---

these aspects of the industry can rely on export markets. The loss of economic activity and its attendant consequences, both to the industry itself and to the economy in general owing to the multiplier phenomenon, is one of the most serious long-run consequences of unwisely high aggregated levels of data export » (Gotlieb et Katz, 1976, 9-10).

10. « Where significant amounts of data of a particular kind are stored outside the country, the ability of governments to make valid statistical use of such data for policy development, planning, or programs will depend upon its accessibility at its foreign locations. Information pertaining to levels of personal indebtedness, foreign investments, or any other data that is informative of domestic monetary outflows, which, as a result of specific business transactions are likely to be stored outside of the country in significant amounts, would be of interest from the standpoint of the policy-making responsibilities of governments » (Gotlieb et Katz, 1976, 10).

11. L'auteur cite Bruno Lanvin : « La capacité d'anticiper des mouvements à court et à très court terme requiert la collecte, le stockage et le traitement ultra-rapide de grandes quantités d'informations. C'est par conséquent au dedans des frontières de cet empire de la nanoseconde que, désormais, réside la compétitivité » (Bouachera, 1987, 272).

12. « Developing nations view barriers to transborder data flow as necessary to prevent dependence on developed nations, which may result in economic vulnerability. Economic vulnerability is associated with the loss of control over data when it is sent to a processing or storage country, or whenever a developing nation must depend exclusively on the developed nations for technological services or informations » (Damon, 1986-87, 279).

ties, transactions must occur in hours, or even minutes. Since a large part of international business decisions today take place in multinational corporations with branches in the various parts of the world, computerized communication links are the only means to achieve the necessary transmission speed. (Zimmerman, 1982, 604)

Par conséquent, les entreprises ont tendance à centraliser l'information au siège de leur maison-mère. Les filiales transmettent des données au siège social où celles-ci sont stockées et traitées. Le contrôle de l'information échappe donc complètement aux filiales et l'État-hôte est incapable d'exercer une influence ou un contrôle sur ces données qui, ultimement, affectent la nation (Damon, 1986, 280). Les décisions sont prises outre-frontières. On remarque alors que les multinationales ont encouragé la circulation internationale de l'information. Du même souffle, cette circulation accrue de l'information a accentué le phénomène de multinationalisation (Bouachera, 1987, 296).

La mainmise des entreprises multinationales sur l'information, matière première, ainsi que leur utilisation systématique de celle-ci dans le cadre de leurs opérations ont amené certains auteurs à s'interroger sur la capacité du droit international de régir adéquatement les firmes multinationales :

L'autonomie des multinationales semble se renforcer par rapport à la structure des États nations ; celles-ci sont en train de développer à côté des économies nationales une économie internationale parallèle dotée de ses règles propres de fonctionnement, de sa logique et de son droit. (Bouachera, 1987, 269)

Les règles du droit international cherchant à asseoir la coopération, l'égalité et le développement ne représentent plus que des virtualités théoriques qui ont tôt fait de s'évanouir au contact des réalités multinationales qui sont dictées par la recherche du profit sans souci moral. Voilà une critique qui, par son scepticisme à la Morgenthau, n'en relève pas moins d'une appréhension du droit international public qui s'inscrit dans la lignée libérale<sup>13</sup>.

---

13. Sur l'école du scepticisme en droit international, lire l'analyse critique qu'en fait Martti Koskenniemi (1989).

## Les incohérences

Le libéralisme fonde les règles du droit international public. Les deux idées fondamentales du libéralisme, l'autonomie de l'individu et le consentement de ce dernier à l'établissement de tout ordre social (subjectivisme), se retrouvent telles quelles dans les relations internationales. On parle alors de la « souveraineté » des États et du « consentement » préalable et nécessaire à la soumission aux règles internationales (subjectivisme). Ceci ne doit pas étonner puisque la plupart des auteurs « libéraux » ayant développé leurs théories en se référant à la personne, unité d'action et de réflexion, ont ensuite simplement transposé celles-ci sur le plan international en substituant l'État à l'individu :

To be sure, none of the classic liberal theorists showed any particular interest towards international relations or international law. On the other hand, most of them felt that they had to say something about this matter too. And they did this by adopting the « domestic analogy » -assuming that the principles which they regarded as valid in inter-individual relations could, on the whole, be applied inter-state relations as well (Koskenniemi, 1989, 68).

Le libéralisme nous enseigne également que, de préserver la « liberté », un certain « ordre » doit exister afin de restreindre celle-ci (Koskenniemi, 1989, 52). La conciliation de ces deux principes antagoniques relève de la règle de droit (*rule of law*)<sup>14</sup>.

En droit international, deux principes dominant donc : premièrement, l'absolue souveraineté des États et, deuxièmement, la subjectivité, résultat bien évidemment du nécessaire consentement des États à l'élaboration de règles ayant pour dessein de les gouverner. Cette subjectivité signifie et suppose l'absence de toute morale universelle ou de toute valeur objective. Aucune hiérarchie valorielle ne saurait être établie<sup>15</sup>. Deux

---

14. « This reconciliation rests on the Rule of Law : a legitimate social order is one which is objective ; that is which consists of formally neutral and objectively ascertainable rules, created in a process of popular legislation. The more the order is neutral and ascertainable (that is, the more it is normative and concrete) the better the freedoms (as mediated through legislation) can be guaranteed. If objectivity showed itself an illusion, this reconciliation, and the justification of liberalism, would collapse », (Koskenniemi, 1989, 52).

15. « There is no accessible *objective value, intelligible essence, virtue, or platonic form*. There can be *no natural distinctions among things, nor any*

propositions découlent de ces principes. Tout d'abord, il va de soi que les États sont égaux entre eux. En effet, « States must be equal in the moral sense, because no pre-existing objective morality can judge their conduct » (Purvis, 1991, 95). Ensuite, il est également logique, dans le cadre de cette démonstration, d'affirmer que toute décision de nature morale ne peut être prise que par des États souverains, éléments unitaires de l'ensemble international. À cet égard, le principe de subjectivité « requires that, at the level of the sovereign, all moral choice is equally valid » (Purvis, 1991, 94).

Cette vision théorique suppose au plan politique un seul et unique objectif : la liberté<sup>16</sup>. Il s'agit de maximiser celle-ci. On comprendra aisément que dans l'ordre international, comme dans l'ordre interne par ailleurs, il puisse se produire un choc des libertés. En effet, les États ne peuvent poursuivre cet objectif isolément sans se heurter de plein fouet (Purvis, 1991, 95 ; Morin, 1987). Il importe alors de trouver un moyen propre à assurer la médiation de ces intérêts (libertés) qui risquent autrement de s'entrechoquer. Dans la théorie libérale, cette tâche est dévolue au droit international, dont la légalité est fondée sur la règle de droit (*rule of law*) (Purvis, 1991, 95). Ces multiples règles tiennent compte bien sûr du postulat selon lequel les États sont égaux entre eux. Elles doivent être appliquées également pour tous. Par conséquent, ces règles sont dites neutres et objectives :

International legal principles are said to enforce those rights neutrally and objectively. International law's claimed objectivity comes then from a purported ability to apply abstract principles to concrete problems, creating legal solutions that reflect only the legitimate normative bias of international law. Objectivity is thus an epistemological claim about the possibility of

---

*hierarchy of essences that might serve as the basis for drawing up general categories of facts and classifying particulars under those categories. There can be nothing about an idea that is central to its meaning or name » (Purvis, 1991, 94).*

16. « Liberalism hides this consequence by keeping its rights theory purely formal -that is, linking it to an unsubstantiated view of *liberty*. This is where it differs from the natural law of medieval theory. Liberalism is no grand political theory. It provides no material legitimation for social practices, no programme to the Government, no ends or values to be pursued beyond the general and formal aim of maximizing liberty. It liberates citizens to look after their subjective interests, while the market-place is left to determine whatever is socially valuable, in economic and in politic terms. » (Koskenniemi, 1989, 64-65).

legal knowledge, and the neutrality of legal solutions relates to the purported detachment of the process from some substantive outcome other than the preservation of sovereign liberty. (Purvis, 1991, 95-96)

Or c'est là un paradoxe majeur du libéralisme. Comment peut-on, d'un même souffle, prétendre à l'inexistence d'une normativité objective ou d'une universalité valorielle (subjectivisme), fondement de la théorie libérale, et ensuite affirmer l'existence de règles neutres et objectives propres à assurer la médiation et le règlement des conflits<sup>17</sup>? Résoudre les conflits de libertés par le recours à des règles neutres et objectives, qui sont décrétées telles parce qu'il importe notamment de respecter l'égalité des parties, alors que cette dernière postule l'impossibilité ou l'inexistence d'un ordre valoriel universel et objectivant, constitue certes une tentative à rapprocher de la quadrature du cercle.

Ainsi, on prétend que le principe de la libre circulation de l'information constitue un principe reconnu du droit international (Pinto, 1981 ; 1984). Ce principe *objectif* nous renseigne sur les limites inhérentes à l'action des États. Ces derniers ne peuvent en effet restreindre la libre circulation de l'information ou la liberté d'information dont elle est une composante. Toutefois, le subjectivisme, l'un des fondements du libéralisme, s'oppose à ce que la libre circulation de l'information constitue un principe objectif et universel. On ne peut, par le recours à une transcendance morale -qui n'existe pas-, distinguer le juste de l'injuste, le bien du mal, la permission de l'interdiction. Par conséquent, pour reprendre les termes de Purvis, la légalité libérale, fondée sur le rejet d'une intelligibilité objective et prétendant, du même coup, assigner un contenu objectif au principe de la libre circulation de l'information (liberté d'information), révèle, par là, sa profonde incohérence. L'interprète peut donc remarquer que le subjectivisme constitue un obstacle sérieux à l'élaboration d'une théorie cohérente de la justice :

The principle of subjective value preclude the possibility of an objective truth from which a theory of justice can be derived. Moral consensus, to the degree it exists, is only the sum of moral decisions made by sovereigns. Given moral disagreement

---

17. « Herein lies the contradiction that has been the object of the critical attack on the internal logic of liberalism : liberalism cannot deny the existence of objective value and at the same time claim to resolve international conflicts through an appeal to rules of objective neutrality » (Purvis, 1991, 96).

between them, logic cannot reconcile their positions. International society cannot come to have a theory of justice by creating a democratic or pluralist theory of justice from the competing theories because we possess no rational way of weighing the claims of one against another. Even the metaphor of weighing is inappropriate and misleading. Any system of deciding or acting must rest on a political theory, like majority rule, which by itself embodies a substantive commitment of the type subjective value precludes. Any program for action must accept some first principle as essential to the correct method of proceeding. (Purvis, 1991, 97)

De même, le raisonnement traditionnel afférent au droit international « operates within a restricted intellectual structure » (Purvis, 1991, 98). Ainsi, par exemple, il est impensable, dans la tradition libérale, de remettre en cause le principe même de souveraineté. Celui-ci apparaît comme un donné incontestable. Il devient une vérité objective et première :

Liberalism purported to explain the ordering of the world through the abstract notion of sovereignty, a particular theory about the origin and nature of state power [...] The liberalism collapses the « is » and the « ought » by never questioning the rightness or propriety of dividing international life into spheres of sovereign authority. Liberalism suggests that sovereigns simply are, and do not need to be justified. But sovereignty, like liberty, does not rest on purely descriptive grounds. The doctrines of liberal public international law guard against its erosion. Like all natural law claims, the sovereign-centric theory of world order is normative. It must necessarily present itself as an ethical and political statement about the way international life ought to be structured. What began as an abstraction about international life became an objectified assumption about the way the world really was, until finally it assumed the normative content of an unquestioned and unquestionable truth. (Purvis, 1991, 100-101)

Là encore, l'incohérence apparaît. En effet, le libéralisme prétend constituer une simple approche procédurale du traitement des problèmes sans intention politique : « It purports to be a procedural principle, merely an objective neutral structure within which different political theories compete for influence » (Purvis, 1991, 100). Pourtant, ses structures mêmes imposent à l'interprète certains postulats qui ne laissent aucune place aux théories contraires ou divergentes. Le subjectivisme s'efface au

profit d'un dogmatisme « objectif ». Le libéralisme indique clairement à l'interprète le raisonnement permis et écarte toute thèse qui ne s'inscrit pas dans sa matrice<sup>18</sup>. L'idéologie libérale impose donc des choix normatifs qu'elle travestit sous les dehors de l'objectivité :

From the insight that international law has a normative structure directing its content, New Stream scholars have sought to establish several principles. Normativity in law implies choice, that is, there exists no autonomous non-normative rationale to prefer one norm over another. Liberalism has accepted some norms, including liberty and sovereignty, while rejecting others. By presenting itself as a neutral and objective system, liberal legality provides no awareness of the political and moral nature of its hidden substantive commitments. (Purvis, 1991, 102)

La démonstration pourrait continuer : indétermination de la règle de droit (Purvis, 1991, 105-108) et réversibilité constante des arguments juridiques<sup>19</sup>. Pourtant, d'aucuns pourraient prétendre que les États se sentent obligés par les règles du droit international. En d'autres termes, le droit international, à bien des égards, semble faire autorité. Au surplus, les États ne se réfèrent-ils pas très souvent dans leurs discours aux règles du droit international, sous-entendant dès lors que celles-ci ont une force et une autorité qui transcendent leur origine libérale ? Purvis avance une explication originale. Des référents culturels et historiques expliqueraient l'autorité apparente du droit international :

Ideological mystification provides another example of international law's self-validation. Liberal ideology makes political choice look either like unquestionable « natural » law or logical

---

18. « Liberalism ideology does more than just structure international life, it fills it with normative content. It defines, normatively and structurally, the context within which we consider issues [...] The normative structure of international law operates at many levels. It defines what jurists consider legal reasoning. In the process of adopting some peremptory norms and foreclosing others. Liberal ideology establishes the boundaries of legitimate argument. Since ideology defines the type of solutions legal argument is capable of producing, the substantive and procedural rules of international law are shaped by liberalism's ideological structure », (Purvis, 1991, 102).

19. « By reversibility, New Stream scholars mean that any international legal doctrine can justify multiple and competing outcomes in any legal debate » (Purvis, 1991, 108).

compulsion. In this sense it mystifies and obfuscates the international order it has established [...] Liberal ideology provides sovereigns with a self-validating escape from the need to reason to their acceptance of international law's authority. Sovereigns embrace the purported naturalness and coherence of an ethical theory that is sovereign-centric. In turn, this allows them to believe in the neutrality of the liberal theory of politics and the liberal theory of adjudication. Sovereigns thus come to accept the authority of international law and the rule of law as neutral, determinant, and coherent system, when, in fact, it is none of these things. (Purvis, 1991, 113)

Ces incohérences se vérifient, en quelque sorte, lorsque l'interprète examine la problématique conflictuelle de la libre circulation de l'information et de la souveraineté. Ces incohérences revêtent alors un atout, en quelque sorte, pratique.

Comment en effet procéder à une équilibrage objective des intérêts afférents à la libre circulation de l'information et de ceux relatifs à la souveraineté ? Comment la règle de droit, fondement de la légalité internationale, peut-elle arbitrer, dans un contexte neutre et objectif, un tel conflit ? Le professeur Morin, notamment, prétend que le droit limite la souveraineté. Cette limitation se veut bien évidemment neutre et objective. Mais il n'en est rien. Les choix normatifs que suppose une telle mise en équilibre sont loin de revêtir la défroque de l'objectivité. Ils sont plutôt le fruit des rapports de force politiques et économiques contextuels au débat. Autrement dit, le recours au droit ne constitue plus qu'une méthodologie propre à cautionner les choix politiques et économiques auxquels les parties en sont arrivées. Il s'agit donc de traduire ces choix politiques et économiques en termes juridiques afin de les revêtir des atouts de la neutralité et de l'objectivité dont le droit est porteur dans la tradition libérale.

Le débat relatif au « choc conflictuel » entre la libre circulation de l'information et le principe de souveraineté nationale nous semble, à cet égard, exemplaire. Ainsi, les pays développés, dans leur quasi-totalité, prônent une libre circulation de l'information. En effet, l'information, avons-nous déjà dit, apparaît comme un élément central dans la prise de décision des multinationales. Ces entreprises ne pourraient plus s'attaquer aux marchés étrangers si elles ne disposaient pas de cette ressource et si elles ne peuvent, lorsqu'elles en disposent, la traiter librement. Il est évident que cette position des pays développés est fondée sur des impératifs économiques primordiaux. Pourtant, ces mêmes pays, les États-Unis en tête, n'hésitent pas à



invoquer, dans le cadre de ce débat, la liberté d'information, dont la libre circulation est une composante, telle qu'elle est consacrée dans divers instruments internationaux relatifs aux droits humains. On pense sans doute ennoblir ces intérêts économiques en les travestissant sous les dehors de considérations afférentes aux droits de l'Homme (Benyekhlef, 1993, 282-306). En fait, on cherche ici, entre autres, à traduire des choix stratégiques en termes juridiques, comme si la substitution d'un langage (stratégique) à un autre (juridique) avait pour effet de neutraliser toute tension contentieuse du débat.

Dès lors, le principe de souveraineté doit, dans le cadre de ce conflit bien précis, céder le pas aux contingences économiques ou stratégiques. En fait, dans le discours libéral, on prétendra que la libre circulation de l'information, notion fondamentale des droits de la personne, l'emporte, dans la plupart des circonstances<sup>20</sup>, sur le principe de souveraineté nationale. On aura alors procédé à une appréciation de deux principes divergents et privilégié finalement l'un sur l'autre. Ce résultat, motivé par des considérations économiques, sera présenté comme une mise en application des normes relatives à la règle de droit (*rule of law*).

L'ALENA ne constitue donc qu'un appareillage juridique confortant les choix stratégiques des parties contractantes. Jusque-là, rien de nouveau. Ne reconnaît-on pas au droit, dans l'idéologie libérale, la fonction de « normaliser » les relations politiques et économiques des parties ? Toutefois, la reconnaissance, dans ce document international, de la prééminence de la libre circulation de l'information sur la souveraineté nationale ne peut manquer d'avoir des répercussions dans l'interprétation future de ces deux notions pour les pays qui n'y sont pas parties. En effet, on ne saurait sous-estimer, conformément à l'idéologie libérale, l'importance du précédent. Autrement dit, cette donnée juridique constitue maintenant un élément de l'argumentation juridique renforçant la position des tenants de la libre circulation de l'information. On présente alors dorénavant le document international comme un résultat juridique neutre et dépouillé de toute velléité stratégique. La boucle est bouclée. Les intérêts des puissants pourront changer au fil du

---

20. Certaines circonstances s'opposeront à la libre circulation de l'information. On peut penser à la sécurité nationale ou à l'intérêt national. Là encore, des considérations stratégiques feront en sorte que l'appréciation juridique sera différente. L'argumentaire juridique aura tôt fait de trouver des justifications apparemment neutres et logiques expliquant que la souveraineté l'emporte, dans *ces circonstances particulières*, sur le principe de la libre circulation de l'information.

temps. Il suffira alors d'adapter le droit à ces nouvelles conditions. Le langage et la logique juridique du libéralisme sont suffisamment souples (plasticité) pour permettre de tels retournements. L'ALENA a donc un effet contraignant. Le même raisonnement peut s'appliquer aux autres instruments internationaux ayant la même vocation.

Les intérêts stratégiques des puissants sont l'arrière-plan réel et obligé dont l'interprète doit tenir compte. Ces intérêts stratégiques transitent, libéralisme oblige, par la règle de droit à des fins purement cosmétiques. Une analyse critique du droit convainc l'interprète des incohérences du libéralisme et, surtout, des difficultés de celui-ci à maintenir une aura de neutralité. Il importe, nous semble-t-il, de dénoncer ces impostures afin, notamment, de chasser des esprits cette *false consciousness* dont parlent les *Critical Legal scholars* (Heller, 1984, 132)<sup>21</sup>. En effet, la réflexion ne saurait avancer si on continue à attribuer au droit des vertus apaisantes qu'il ne possède pas.

## Conclusion

L'information constitue aujourd'hui un instrument de pouvoir pour les entreprises multinationales. Les technologies de communication permettent aux entreprises de gérer l'information à peu de frais et facilitent la prise de décision. Les États développés ne sont pas insensibles à ces avantages. À l'heure de la globalisation des marchés, pour employer un truisme à relent aujourd'hui liturgique, les nations savent très bien qu'il importe de faciliter les échanges d'informations entre

---

21. « In addition, the structuralist theory of the subject suggests an answer to a central problem for Critical Theory : why so many individuals apparently do not recognize their own self-interest and throw in their lot with serious political change. Within any structuralism, such false consciousness is to be expected precisely because an individual's phenomenal or experienced sense of *self* is a material product serving the collective reproduction of a social order. If one can overcome the conceptual difficulty of the analyst seeing behind the structure in which he or she lives, the strategy for pursuing political change becomes visible : Delegitimation involves exposing what appears as natural on the surface of a cultural world (e.g., individuality) to be the contingent product of historical forces. The program of critique is to disclose the structure of, and to reconstitute as a determinate, collective ordering, what had been given the discursive privilege of not being analyzed ».

les entreprises. Cette réalité économique incontournable se doit d'être traduite dans des termes juridiques afin d'acquérir une légitimité dans l'univers libéral. On confond alors notamment libre-échange et libre circulation de l'information. Cette confusion n'est pas innocente. Elle permet de maquiller des considérations économiques en préoccupations relatives aux droits de la personne. La libre circulation des données économiques et commerciales devient ainsi *ipso facto* une composante de la liberté de l'information, droit de la personne.

Une analyse critique du droit international public permet à l'interprète de constater que la prééminence de la libre circulation de l'information sur le principe de souveraineté nationale constitue simplement la reconnaissance d'intérêts contingents. La règle de droit facilite cette reconnaissance en lui attribuant une justification juridique neutre et objective présumément dépourvue des scories subjectives dont les conflits de puissance sont porteurs. Le droit constitue alors un instrument de pure légitimation de la force et de la puissance. Qui peut bien en être encore étonné ?

## Références bibliographiques

BACOT, G. (1985), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éditions du CNRS.

BENYEKHLEF, K. (1993), *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Éditions Thémis.

BENYEKHLEF, K. (1991) « La souveraineté et le contrôle des échanges internationaux d'informations », 25 *RJT*, 433.

BORTNICK, J. (1981), « International Information Flow : The Developing World Perspective », 14 *Cornell International LJ*, 333.

BOUACHERA, L. (1987), *Les flux transfrontières de données et le droit international*, Thèse de doctorat déposée à l'Université de Paris I, Paris.

BRANSCOMB, A.W. (1983), « Global Governance of Global Networks : A Survey of Transborder Data Flow in Transition », 36 *Vanderbilt LR*, 985.

DAMON, L.J. (1986-87), « Freedom of Information Versus National Sovereignty : The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder Data Flow Problems », 10 *Fordham International LJ*, 262.