

LE RÉGIME D'APPLICATION PROVISOIRE DE L'AECG ENTRE LE CANADA ET L'UNION EUROPÉENNE

Yves Lejeune*

En attendant son entrée en vigueur intégrale, l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* (AECG/CETA) est d'application provisoire depuis le 21 septembre 2017, sans le système de règlement des différends entre investisseurs et États qu'il comporte. Cette partie de l'accord relève du domaine de compétence partagée entre l'Union et ses nombreux États membres, à la différence de la « politique commerciale commune » qui est de compétence exclusive de l'Union. Elle a été exclue du champ de l'application provisoire afin de déclencher celle-ci rapidement. Le consensus des deux Parties sur cette délimitation a permis de mettre en application la majeure partie de l'accord selon des procédures très différentes au Canada et au sein de l'Union européenne. L'AECG admet cependant plusieurs causes de fin prématurée de son application provisoire, parmi lesquelles l'échec définitif du processus d'approbation parlementaire et de ratification de n'importe quel État membre de l'Union.

Pending its full entry into force, the *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) is provisionally applied since September 21st, 2017, without the investor-state dispute settlement system it contains. This part of the agreement falls within the area of shared competence between the Union and its many Member States, unlike the "common commercial policy" which is an exclusive competence of the Union. It has been excluded in order to quickly trigger the provisional application of the agreement. The consensus of both Parties on this delimitation has made it possible to implement most of the agreement according to very different procedures in Canada and in the European Union. However, the CETA admits several causes for the premature termination of its provisional application, including the definitive failure of the parliamentary approval and ratification process of any Member State of the Union.

En espera de su plena entrada en vigor, el *Acuerdo Económico y Comercial General entre el Canadá y la Unión Europea* (AECG/CETA) se aplica provisionalmente desde el 21 de septiembre de 2017, sin el sistema de resolución de conflictos entre inversores y Estados que contiene. Esta parte del acuerdo entra en el ámbito de la competencia compartida entre la UE y sus numerosos Estados miembros, a diferencia de la "política comercial común" que es competencia exclusiva de la UE. Se ha excluido a fin de poner en marcha rápidamente la aplicación provisional del acuerdo. El consenso de ambas Partes sobre esta delimitación ha permitido la aplicación de la mayor parte del acuerdo según procedimientos muy diferentes en el Canadá y en la Unión Europea. Sin embargo, el AECG admite varias causas para la terminación prematura de su aplicación provisional, entre ellas el fracaso definitivo del proceso de aprobación parlamentaria y ratificación de cualquier Estado miembro de la Unión.

* Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

L'*Accord économique et commercial global (AECG)* entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part¹, a été signé à Bruxelles le 30 octobre 2016 par le premier ministre canadien Justin Trudeau et le président du Conseil européen Donald Tusk². Bien connu du professeur Daniel Turp qui a notamment dirigé un mémoire de fin d'études sur le sujet³, cet accord de libre-échange « de nouvelle génération » prévoyait sa mise en application provisoire dans l'attente de l'achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion définitive.

Depuis le 21 septembre 2017, la plus grande partie du texte⁴ de l'*AECG* est appliquée à titre provisoire après avoir été approuvée par le Parlement européen et celui du Canada. L'entrée en vigueur de l'accord complet ne sera possible qu'après les ratifications du Canada et de l'Union européenne, ainsi que l'approbation des parlements des vingt-sept États membres de l'Union suivie par le dépôt de leurs ratifications.

La décision d'appliquer provisoirement des accords internationaux n'est pas exceptionnelle, particulièrement en matière commerciale. L'application provisoire permet d'obtenir les premiers bénéfices attendus d'un accord de libre-échange sans devoir attendre la ratification des Parties contractantes ou d'un nombre déterminé d'entre elles. Il en va d'autant plus ainsi lorsqu'un traité négocié par l'Union européenne couvre non seulement des matières qui ressortissent à la compétence dite exclusive de l'Union, mais aussi des domaines relevant de compétences qu'elle partage avec ses États membres. Souvent ces derniers exigent alors de conclure l'accord conjointement avec l'Union⁵, de manière à donner à leurs parlements respectifs la possibilité d'approuver le résultat des négociations. En pareille hypothèse, les États membres doivent ratifier unanimement l'accord de concert avec l'Union, ce qui peut prendre plusieurs années et entraîner un retard important en ce qui concerne l'entrée en vigueur. En ce cas, le Conseil de l'Union européenne peut décider que les dispositions de l'accord relevant de la compétence de l'Union feront l'objet d'une application provisoire. Il réduit ainsi les inconvénients inhérents à la lenteur du processus de ratification.

En l'occurrence, le Conseil de l'Union européenne avait décidé de proposer au Canada de limiter l'application provisoire du futur accord essentiellement aux

¹ Mieux connu en Europe sous son acronyme anglais « CETA ». Voir *Accord économique et commercial global*, Canada et Union européenne, 30 octobre 2016, [2017] JO L 11/23 [*AECG*].

² La veille, les représentants des vingt-huit États membres de l'Union avaient déjà signé le traité. Le Royaume-Uni a ratifié l'*AECG* en novembre 2018, mais sa sortie de l'Union européenne devrait l'en retirer automatiquement dès la fin de la période de transition. Voir à ce sujet Emmanuel Castellarin, « Le sort des accords internationaux de l'Union européenne après le retrait du Royaume-Uni » (2018) 28:2 Lexis-Nexis 28.

³ Florence Beaudet, *Le processus de conclusion de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG) en regard des principes du fédéralisme et de la démocratie*, mémoire de maîtrise en droit international, Université de Montréal, 2018.

⁴ Essentiellement celle qui dépend de la compétence exclusive de l'Union européenne (plus de 90% de l'accord).

⁵ Voir *infra* section I, B sur cette formule dite de l'accord « mixte ».

dispositions qui relèvent de la « politique commerciale commune »⁶ et, partant, de la compétence exclusive de l'Union au titre de l'article 3, paragraphe 1, e) du traité sur le fonctionnement de l'Union (ci-après, le *TFUE*)⁷.

On sait que les Parties sont toujours libres de convenir qu'un traité ou une partie de celui-ci s'appliquera à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur⁸. Le premier paragraphe de l'article 25 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 le suppose⁹; le premier paragraphe de l'article 25 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* du 21 mars 1986 (non encore en vigueur) le laisse entendre également¹⁰. Ces dispositions sont classiquement interprétées en ce sens qu'elles permettent à chaque Partie, sur base du traité qu'elle a signé, de prendre l'engagement unilatéral de se conformer provisoirement aux (ou à certaines des) dispositions du traité alors que celui-ci n'est pas encore entré en vigueur¹¹. Les dispositions provisoirement appliquées ne sont obligatoires à ce titre qu'en droit international; elles n'ont d'effet en droit interne que si et dans la mesure où le droit constitutionnel le permet. Ceci explique que les traités soumis à application provisoire comme l'*AECG* prévoient en général qu'ils ne confèrent ni

⁶ Définie à l'article 207, paragraphe 1, du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*. Le *Traité de Rome* du 25 mars 1957 porte aujourd'hui cet intitulé, que lui a donné le *Traité de Lisbonne* du 13 décembre 2007. Voir CE, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, [2012] JO, C 326/49 [TFUE].

⁷ Le 4^e considérant de la *Décision (UE) 2017/38 du 28 octobre 2016 du Conseil de l'Union européenne relative à l'application provisoire de l'AECG* indique que seules « certaines parties de l'accord relevant de la compétence de l'Union peuvent être appliquées à titre provisoire ». L'article premier de la décision exclut du champ de cette application temporaire toutes les parties de l'accord qui ne relèvent pas des compétences de l'Union. Voir CE, *Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres d'autre part*, [2017] JO, L 11/1080 [Décision (UE) 2017/38]. Dans une déclaration n° 15 faite le 28 octobre à l'occasion de l'adoption de la décision (UE) 2017/37 autorisant la signature de l'accord au nom de l'Union, le Conseil a solennellement confirmé que « seules les questions relevant de la compétence de l'Union européenne fer[ai]ent l'objet d'une application provisoire ». Voir CE, *Décision (UE) 2017/37 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] JO, L 11/14 [Décision (UE) 2017/37]. Voir *infra* section I sur la délimitation du champ de l'application provisoire de l'*AECG*.

⁸ Toutefois certains États d'Amérique latine affirment que leurs constitutions n'admettent pas l'application provisoire des traités. Voir par ex Claude Schenker, « L'application provisoire des traités : Droit et pratique suisses » (2015) 25:2 RSDIE 217 à la p 228.

⁹ Article 25.1 : « Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur : a) Si le traité lui-même en dispose ainsi, ou b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière ». Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 25.1 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

¹⁰ Article 25.1 : « Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur : a) Si le traité lui-même en dispose ainsi, ou; b) Si les États et les organisations ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière » [nos italiques]. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, 21 mars 1986, 25:3 ILM 543, art 25.1 [Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI].

¹¹ Voir Daniel Vignes, « Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités » (1972) 18:2 AFDI 181 à la p 181.

droits ni obligations qui puissent être directement invoqués devant les juridictions internes des Parties¹².

Il n'est évidemment pas question de reprendre ici l'ensemble de la théorie générale de l'application provisoire des traités¹³ à propos de l'*AECG*. Nous étudierons seulement le régime que cet accord établit pour sa propre application à titre provisoire en combinant son article 30.7 avec les articles 25 des *Conventions de Vienne sur le droit des traités* ainsi qu'avec les dispositions du droit interne du Canada et les règles de l'Union européenne en la matière.

L'article 30.7 de l'*AECG* est intitulé : « *Entrée en vigueur et application provisoire* » [nos italiques]. Son paragraphe 3, alinéa a), se lit comme suit :

Les Parties peuvent appliquer provisoirement le présent accord à compter du premier jour du mois suivant la date à laquelle elles se sont notifié réciproquement l'accomplissement de leurs obligations et procédures internes respectives nécessaires à l'application provisoire du présent accord, ou à toute autre date convenue entre les Parties¹⁴.

Il convient en premier lieu de délimiter le champ de l'application provisoire de l'accord (I). On examinera ensuite les différents aspects de cette mise en application au Canada et dans l'Union européenne (II) avant de distinguer les causes de son éventuelle cessation (III).

I. Le champ de l'application provisoire

Comme l'Union européenne souhaitait décider elle-même avec le Canada la mise en application provisoire de l'*AECG*, le champ ouvert à cette opération dépendait

¹² Art 30.6(1), de l'*AECG*; considérant 6 de la *Décision (UE) 2017/38 du Conseil du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord*. Voir *AECG*, *supra* note 1; *Décision (UE) 2017/38*, *supra* note 7.

¹³ Une bibliographie sélective est annexée au Cinquième rapport de la Commission du droit international des Nations Unies sur l'application provisoire des traités. Voir *Cinquième rapport sur l'application provisoire des traités, établi par Juan Manuel Gómez-Robledo, Rapporteur spécial*, Doc off AG NU, 73^e sess, supp n° 10, Doc NU A/CN.4/718/Add. 1 (2018). Voir aussi Danaï Azaria, « Provisional Application of Treaties » dans Duncan B Hollis, dir, *The Oxford Guide to Treaties*, 2^e éd, Oxford University Press, 2020, 229; Catherine Brölmann et Guido Den Dekker, « Treaties, provisional application » dans Rüdiger Wolfrum, dir, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2020, en ligne : <opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1486?rskey=NjX4Az&result=1&prd=MPIL>.

¹⁴ Cette disposition ainsi que les trois alinéas du même paragraphe qui la suivent ont été applicables dès l'adoption du texte de l'*AECG* en tant que « dispositions d'un traité qui réglementent [...] les [...] questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité » en vertu de l'article 24, paragraphe 4, des *Conventions de Vienne sur le droit des traités*. Voir Denise Mathy, « Article 25 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, dir, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, Oxford University Press, 2011 à la p 650. L'application provisoire est une faculté juridique pour les Parties de par la simple signature que leurs représentants ont apposée sur le texte du traité. Elles peuvent décider une mise en application provisoire bien que le traité ne soit pas encore en vigueur à proprement parler.

du constat de l'éventuelle « mixité » de l'accord au sens du droit de l'Union européenne (A). Une fois cette mixité établie, il importait d'en tirer les conséquences (B).

A. L'éventualité de la « mixité »

Un an avant la signature de l'*AECG*, la Commission européenne avait saisi la Cour de justice de l'Union d'une demande d'avis en vue de déterminer si l'Union disposait de la compétence pour signer et conclure seule un accord de libre-échange avec Singapour, paraphé en septembre 2013¹⁵.

Jusqu'où allait le domaine de la « politique commerciale commune » au sens de l'article 207 du *TFUE*? Dans son avis 2/15 du 16 mai 2017 donné en assemblée plénière¹⁶, la Cour estima qu'une grande partie du projet d'accord avec Singapour relevait de la compétence exclusive de l'Union dans le domaine de la politique commerciale commune, mais que certaines dispositions envisagées relevaient de la compétence partagée entre l'Union et les États membres¹⁷, au sens que donne à cette expression l'article 4 du *TFUE*¹⁸. Il s'agissait tout d'abord des dispositions relatives aux investissements étrangers autres que directs, donc les investissements dits « de portefeuille »¹⁹ qui constituent en quelque sorte le « volet extérieur de la libre circulation des capitaux »,²⁰ mais ne relèvent pas de la politique commerciale commune puisque celle-ci ne s'étend qu'aux seuls investissements étrangers directs²¹. Il s'agissait ensuite du système de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États (ci-après, RDIE)²². Pour la Cour, ce régime instituait un mécanisme permettant de soustraire de tels différends à la compétence juridictionnelle des États membres, ce qui requerrait le consentement de ceux-ci²³.

¹⁵ C'était l'un des premiers projets d'accords de libre-échange bilatéraux dits de « nouvelle génération ». Il comportait à l'époque un chapitre consacré à la protection des investissements et au règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États. Ce chapitre en fut dissocié avant que l'accord, désormais intitulé « accord de partenariat et de coopération » ne soit finalement signé à Bruxelles le 19 octobre 2018 et qu'il puisse entrer en vigueur le 21 novembre 2019. Un second accord, mixte, avec Singapour, sur la protection des investissements fut également signé le 19 octobre 2018, et est encore en voie de ratification.

¹⁶ *Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017 sur l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour*, C-2/15, [2017] ECLI EU:C:2017:376 (CJE) [*Avis de la Cour sur l'accord entre l'UE et Singapour*].

¹⁷ *Ibid* aux para 241, 293.

¹⁸ Parmi les techniques de répartition des compétences au sein d'ensembles fédéraux *sensu lato*, les compétences « partagées » se situent à mi-chemin entre les compétences parallèles, les compétences conjointes et les compétences concurrentes avec primauté du droit fédéral. Si l'Union européenne exerce sa compétence externe dans un domaine de compétence partagée, son acte prime les actes nationaux qui lui sont contraires et réalise une « préemption » en la matière, du moins en principe.

¹⁹ *Avis de la Cour sur l'accord entre l'UE et Singapour*, *supra* note 16 aux para 225, 256.

²⁰ Selon l'expression d'Emmanuel Castellarin, « La négociation et la conclusion de l'accord économique et commercial global avec le Canada (CETA) et des autres accords récents de libre-échange de l'Union européenne » (2017) 63 AFDI 627 à la p 629.

²¹ *TFUE*, *supra* note 6, art 207.1.

²² Mieux connu en Europe sous l'acronyme anglais ISDS (*Investor State Dispute Settlement*).

²³ *Avis de la Cour sur l'accord entre l'UE et Singapour*, *supra* note 16 au para 285 et s.

La Cour de justice en conclut que le régime de RDIE envisagé dans l'accord de libre-échange « ne saurait [...] être instauré sans le consentement » des États membres²⁴ et qu'en ce qui concerne les investissements étrangers autres que directs, cet accord « ne saurait être approuvé par l'Union seule »²⁵. À suivre l'opinion ainsi exprimée, l'accord déjà paraphé aurait apparemment dû prendre la forme d'un accord « mixte » au sens du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire d'un accord conclu à la fois par l'Union et ses États membres, d'une part, et par un ou plusieurs États tiers, d'autre part.

Pourtant, lorsqu'un traité comme l'*AECG* comporte des dispositions qui relèvent de la compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres, s'ensuit-il nécessairement qu'il ne puisse être conclu que par l'Union et les États membres agissant de concert, comme une première lecture de l'avis 2/15²⁶ permet de le supposer?

La réponse est négative. La Cour s'en est expliquée quelque temps plus tard²⁷. Par les constatations exposées dans l'avis, la haute juridiction se serait en fait :

bornée à prendre acte de l'impossibilité, mise en avant par le Conseil au cours de la procédure relative à cet avis, de recueillir en son sein la majorité requise pour que l'Union puisse exercer seule la compétence externe qu'elle partage avec les États membres en la matière²⁸.

Dans cette perspective, écrit Mme Marianne Dony :

lorsque l'objet d'un accord relève d'un domaine de compétence partagée entre l'Union et les États membres [...], on est en présence d'une "mixité facultative" en ce sens que les États membres peuvent, mais ne doivent pas nécessairement être parties à l'accord. L'accord peut être conclu par l'Union et ses États membres, en tant qu'accord mixte, mais l'Union peut aussi décider d'exercer seule sa compétence partagée, pour peu que le Conseil [...] le décide [...]²⁹.

²⁴ *Ibid* au para 292.

²⁵ *Ibid* au para 244.

²⁶ Pour des commentaires de l'avis 2/15, voir notamment : Maria Rosaria Calamita, « Il nuovo "doppio binario" della politica commerciale dell'Unione europea » (2018) 20:4 *Diritto pubblico comparato ed europeo* 855; Alain Hervé, « L'avis 2/2015 de la Cour de justice : et maintenant, que faire du partage des compétences entre l'Union et ses États ? » (2017) 53:3 *C de D eur* 693; Andreas Schöpgens et Gert Van Calster, « Multilevel Constitutional Review and EU External Treaty Making After Opinion 2/15 » (2018) 23:4 *European Foreign Affairs Rev* 439; Sean Van Raepenbusch, « Le clair-obscur des compétences externes de l'Union. Quelques réflexions autour de l'avis 2/15 de la Cour de justice de l'Union du 16 mai 2017 » dans Paschal Paschalidis et Jonathan Wildemeersh, éd., *L'Europe au présent! Liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 739.

²⁷ *Allemagne c Conseil*, C-600/14, [2017] ECLI EU:C:2017:935 (CJE).

²⁸ *Ibid* au para 68.

²⁹ Marianne Dony, « Retour sur les compétences externes implicites de l'Union » (2018) 54:1 *C de D eur* 109 à la p 174. Voir aussi Stanislas Adam et al., « Chronique de jurisprudence de l'Union. Les relations extérieures (1^{er} janvier 2017-31 décembre 2019) » (2020) 56:1 *C de D eur* 311 aux pp 339-341. Toutefois, selon un arrêt ultérieur de la Cour, le droit international conventionnel peut imposer à l'Union et aux États membres l'obligation d'agir conjointement au sein d'un organisme international, en l'occurrence la Commission pour la protection de la faune et de la flore marines de l'Antarctique instituée

Il va de soi que si l'*AECG* comportait des dispositions relevant de la compétence exclusive des États membres, la mixité de l'accord serait non pas facultative, mais juridiquement nécessaire.

B. Les conséquences de l'éventuelle « mixité »

En l'occurrence, la Commission européenne a fini par opter pour la formule de l'accord mixte, à cheval sur les compétences de l'Union et sur celles des États membres, chacune de ces Parties devant « agir dans le cadre des compétences dont elle dispose et dans le respect des compétences de toute autre [P]artie contractante »³⁰. Il a fallu ensuite délimiter la partie de l'accord qu'il serait proposé au Canada d'appliquer provisoirement.

1. LE CHOIX DE LA « MIXITÉ » FORMELLE

En 2016, le choix de la « mixité » pour l'*AECG* n'a pu reposer sur un fondement juridique incontesté, puisque la Cour de justice de l'Union n'avait pas encore donné son avis sur la compétence requise pour conclure le projet d'accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour. Pareil choix a d'ailleurs souvent un caractère politique³¹. D'habitude, la Commission européenne craint la lenteur des procédures de ratification des accords mixtes. Elle préfère que les décisions de signature, de mise en application provisoire et de ratification d'un accord de libre-échange soient prises par le Conseil statuant à la majorité qualifiée prévue par les articles 207 (section 4), et 218 (section 8), du *TFUE*³². Au contraire, les États membres préfèrent la formule de la « mixité » qui leur octroie un droit de veto de fait sur les décisions du Conseil³³ et permet à leurs parlements respectifs de peser sur le résultat des négociations.

Dans un premier temps, la Commission européenne avait proposé au Conseil – c'est-à-dire en réalité aux États membres qui sont représentés au Conseil – d'appliquer provisoirement l'intégralité de l'accord économique et commercial général

par la Convention de Canberra du 20 mai 1980. Voir *Commission c Conseil*, C-626/15 et C-659/16, [2018] ECLI EU:C:2018:925 aux para 129-133. Voir aussi Stanislas Adam, *ibid* aux pp 341-343.

³⁰ *Commission c Conseil*, C-28/12 [2015] ECLI EU:C:2015:282 au para 47.

³¹ Voir par ex Marc Maresceau, « A Typology of Mixed Bilateral Agreements » dans Christophe Hillion et Panos Koutrakos, éd, *Mixed Agreements Revisited – The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 11 à la p 16; Guillaume Van Der Loo et Ramses A Wessel, « The Non-Ratification of Mixed Agreements : Legal Consequences and Solutions » (2017) 54:3 Common Market L Rev 735 aux pp 737-738.

³² Ce qui est juridiquement possible si le projet d'accord ne comprend que des dispositions relevant de la compétence exclusive de l'Union et des dispositions relevant du domaine de compétence que l'Union partage avec les États membres.

³³ Tous les États membres doivent en effet se déclarer prêts à signer un accord mixte. Ce n'est pas à dire que la règle de la majorité qualifiée ne s'applique pas au sein du Conseil pour les décisions de signature, de mise en application provisoire ou de ratification de pareil accord par l'Union. La décision de le signer au nom de l'Union doit être adoptée à la majorité qualifiée. En revanche, la signature de l'accord mixte par les représentants de tous les États membres « implique un consensus des représentants de ces États, et donc leur accord unanime ». Voir *Commission c Conseil*, *supra* note 30 au para 52. Voir *Décision (UE) 2017/38*, *supra* note 7. Voir aussi Van Der Loo et Wessel, *supra* note 31 à la p 759.

avec le Canada³⁴. Paradoxalement, en juillet 2016, alors que la phase dite d'examen juridique ou de « toilettage » de l'*AECG* était achevée depuis plus de quatre mois, la Commission proposa au Conseil de le considérer comme un accord mixte « pour qu'il puisse être rapidement signé et appliqué à titre provisoire »³⁵. Sans cette concession, la majorité qualifiée nécessaire au Conseil pour prendre ces décisions n'aurait probablement pas pu être obtenue³⁶.

2. LA DÉLIMITATION DU CHAMP DE L'APPLICATION PROVISOIRE

Il fut donc décidé de proposer au Canada qu'en attendant la ratification de tous les États membres de l'Union européenne, l'application provisoire du traité porte sur toutes les dispositions qui se rattachent à la politique commerciale commune de l'Union européenne ainsi que sur certaines parties de l'accord qui appartiennent au domaine de compétence partagée, notamment les chapitres 22, 23 et 24 concernant respectivement le commerce et le développement durable, le commerce et le travail, le commerce et l'environnement, pour autant que l'application provisoire de ces chapitres respecte la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.

Toutefois le champ de l'application provisoire ne serait pas limité aux dispositions qui ressortissent à la compétence matérielle exclusive de l'Union ou aux aspects de la compétence partagée qui ont été évoqués ci-dessus. Il inclurait nécessairement les clauses finales de l'*AECG* qui réglementent « les questions qui se posent nécessairement avant l'entrée en vigueur du traité [et] sont applicables dès l'adoption du texte »³⁷, c'est-à-dire essentiellement les articles 30.1³⁸, 30.7³⁹ et 30.11⁴⁰ de l'accord. Ces dispositions « valent aussi sous le régime de l'application provisoire »⁴¹, à la différence des clauses finales qui concernent les procédures d'amendement (article 30.2) ou l'extinction du traité (article 30.9).

Toutes les dispositions qui n'étaient pas expressément exclues pourraient être appliquées dès la mise en application provisoire de l'*AECG*. L'article 30.7, section 3, alinéa d), contient à cet égard deux règles fondamentales. La première étend le champ

³⁴ CE, *Décision du conseil relative à l'application provisoire de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2016] COM(2016) 470 à p 13, en ligne : <ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-470-FR-F1-1.PDF>.

³⁵ CE, communiqué, « La Commission européenne propose la signature et la conclusion d'un accord commercial entre l'UE » (5 juillet 2016), en ligne <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_2371>.

³⁶ Neuf États membres seulement – dont le Royaume-Uni – soutenaient l'idée que la conclusion de l'*AECG* relevait de la compétence exclusive de l'Union. L'opposition des dix-neuf autres États signifiait pour la Commission qu'elle ne pourrait pas obtenir la majorité qualifiée au Conseil.

³⁷ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9, art 24(4); *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI*, *supra* note 10, art 24.4.

³⁸ Disposition énumérant les textes qui font partie intégrante de l'*AECG*.

³⁹ Dispositions concernant l'approbation, les modalités d'entrée en vigueur et l'application provisoire de l'*AECG*.

⁴⁰ Disposition concernant l'authentification du texte de l'*AECG*.

⁴¹ Schenker, *supra* note 8 à la p 232. L'engagement de les appliquer résulte de la simple signature du traité.

de l'application provisoire à toutes les dispositions qui contiennent ou supposent l'emploi des termes « entrée en vigueur » :

En cas d'application provisoire du présent accord ou de certaines de ses dispositions, les Parties comprennent que l'expression "entrée en vigueur du présent accord" s'entend de la date de l'application provisoire⁴².

La seconde règle énoncée par l'article 30.7, section 3, alinéa d), précise que les décisions prises pendant la période d'application provisoire par des organes institués par l'accord sont contraignantes tant que cette application perdure :

Le Comité mixte de l'[*AECG*] et d'autres organes établis au titre du présent accord peuvent exercer leurs fonctions pendant l'application provisoire du présent accord. Toute décision adoptée dans l'exercice de leurs fonctions cessera d'avoir effet si l'application provisoire du présent accord prend fin en application de l'alinéa c)⁴³.

Au total, il n'était pas douteux que la majeure partie du texte de l'*AECG* serait provisoirement applicable. C'est ce qui résulte de l'article premier de la *Décision (UE) 2017/38 relative à l'application provisoire de l'Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*⁴⁴, qui énumère les parties de l'accord exclues du champ de son application provisoire. Cette décision fut adoptée par le Conseil de l'Union l'avant-veille de la signature officielle de l'*AECG*.

II. La mise en application provisoire

L'examen de la mise en application provisoire suppose donc la détermination des Parties appelées à s'entendre à cet effet (A), puis l'identification des organes investis des pouvoirs nécessaires (B), ensuite l'analyse de la méthode par laquelle ce consentement mutuel a été établi (C), enfin l'exploration des arcanes de la procédure suivie au Canada et dans l'Union européenne jusqu'à la date du début de l'application provisoire (D).

A. La détermination des Parties

Il sied de rappeler tout d'abord qu'aux termes d'une définition générale donnée par l'article 1.1 de l'*AECG* et sauf disposition contraire de celui-ci, le terme « Parties » désigne *d'une part* la « Partie UE » : l'Union européenne ou ses États membres *ou* l'Union européenne et ses États membres dans leurs domaines de compétence respectifs, et *d'autre part*, le Canada⁴⁵. Comme l'écrit

⁴² *AECG*, *supra* note 1, art 30.7.

⁴³ *Ibid.* Voir *infra* section III, A sur la dénonciation de l'application provisoire évoquée par cet alinéa de l'article 30.7.

⁴⁴ *Décision (UE) 2017/38*, *supra* note 7.

⁴⁵ *AECG*, *supra* note 1, art 1.1.

M. Emanuel Castellarin, « [l]es relations de l'Union et des États membres au sein de la Partie européenne de l'accord sont de nature cumulative ou de nature alternative »⁴⁶.

Le paragraphe 4 de l'article 30.7 de l'*AECG*, qui est consacré à l'entrée en vigueur et à l'application provisoire de l'accord, dispose que :

Le Canada présente les notifications au titre du présent article au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne ou à son successeur. *L'Union européenne* présente les notifications au titre du présent article au ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement du Canada ou à son successeur⁴⁷ [nos italiques].

Cette disposition permettrait à première vue de considérer que, à tout le moins dans le cadre de la mise en application provisoire de l'*AECG*, le terme « Parties » désigne uniquement le Canada et l'Union européenne elle-même. Cependant l'argument ne convainc pas à suffisance parce que les notifications présentées au Secrétariat général du Conseil de l'Union peuvent fort bien être adressées par ce truchement à « l'Union européenne et ses États membres dans leurs domaines de compétence respectifs »⁴⁸. Il semble en effet difficile d'écarter complètement les États membres qui sont, par définition, Parties aux accords mixtes aussi bien que l'Union. Comme tout État, ils ont la « capacité de conclure des traités »⁴⁹ et cette capacité est plénière.

Il pourrait sembler qu'en signant un accord mixte avec le Canada, l'Union et ses États membres se soient soumis ensemble à des obligations non seulement conjointes, mais aussi solidaires, chacun étant également tenu par l'intégralité des obligations. Dès lors, « tant l'Union que ses États membres p[ourrai]ent exercer l'intégralité des droits découlant de l'[*AECG*], par exemple celui de mettre fin à l'application provisoire »⁵⁰.

Pareille analyse ne convainc pas. En fondant l'Union européenne ou en y adhérant, les États membres n'ont rien perdu de leur *capacité* internationale dans tous les domaines. Néanmoins ils ont, dans l'exercice de leur souveraineté, restreint leur *liberté* d'agir en attribuant par traité une compétence exclusive à l'Union dans le domaine de la politique commerciale commune (et une compétence « partagée » avec eux dans d'autres domaines). L'exclusivité de la compétence accordée en la matière à l'Union pour la conclusion d'accords internationaux contribue à délimiter l'objet de sa capacité internationale. Elle désigne le champ d'action d'une personnalité internationale dite dérivée, mais signe en même temps le retrait volontaire des États membres de ce champ. Elle crée de la sorte une double situation internationale objective qui s'impose au Canada comme à toute la communauté internationale.

⁴⁶ Castellarin, *supra* note 20 à la p 635.

⁴⁷ *AECG*, *supra* note 1, art 30.7.

⁴⁸ *Ibid*, art 1.1.

⁴⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9, art 6.

⁵⁰ Emmanuel Castellarin, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'Accord économique et commercial global » (2016) aux pp 26-27, en ligne (pdf) : *Revue de droit allemand* <www.droit-allemand.org/wp-content/uploads/2017/04/12_CHRONIQUE-DROIT-INTERNATIONAL-PUBLIC-EC2.pdf>.

Parce que l'application provisoire a été limitée aux dispositions de l'*AECG* relevant de domaines qui ressortissent à la compétence de l'Union, il est raisonnable d'admettre que cette dernière doit être regardée comme étant la seule Partie appelée à intervenir dans cette procédure avec la Partie canadienne. Les États membres ne peuvent pas être considérés comme des « États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement » puisque les dispositions provisoirement appliquées ne dépendent pas de leur compétence exclusive. Ils ne sont impliqués dans la mise en application provisoire qu'en tant qu'unités constitutives de l'Union, au sein du Conseil. C'est donc à bon droit que la Cour de justice a jugé que, pour l'adoption d'une décision autorisant l'application provisoire d'un accord mixte par l'Union européenne, « aucune compétence n'est reconnue aux États membres »⁵¹.

Dans les faits, l'Union a été seule à convenir avec le Canada de l'application provisoire et du champ de celle-ci⁵².

B. Les organes ayant compétence de décider l'application provisoire

De même qu'il appartient au droit interne de chaque Partie de déterminer les autorités publiques compétentes pour conclure un traité en son nom, de même peut-il déterminer l'organe compétent pour en décider ou en accepter l'application provisoire. Dans de nombreux pays, ni la Constitution ni la loi ne contiennent de dispositions à cet égard. Il est vrai que la coutume, les usages ou l'application analogique d'autres dispositions peuvent éventuellement suppléer au silence des textes.

1. AU CANADA ET AU QUÉBEC

Les organes compétents et les procédures suivies au Canada pour la mise en application provisoire de l'*AECG*, tant au niveau fédéral qu'au Québec, ne sont pas indiqués par le droit écrit. Dans les faits, les règles appliquées ont été identiques ou analogues à celles qui régissent la désignation des institutions chargées de la négociation, de la signature, de l'approbation et de la mise en œuvre des traités dans l'ordre interne.

Au Canada, malgré le mutisme de la Constitution, il est admis que la conduite des relations internationales est une prérogative de la Couronne. L'Exécutif est donc l'organe fédéral qui exerce cette prérogative du début à la fin du processus de conclusion des traités. En vertu de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement*⁵³, le ministre des Affaires étrangères a la responsabilité de négocier les traités au nom du Canada; il peut donc décider de les appliquer provisoirement avant leur entrée en vigueur. En 2008, une nouvelle pratique politique – vraisemblablement appelée à devenir une « convention de la

⁵¹ *Commission c Conseil*, *supra* note 30 au para 44.

⁵² Voir *infra* sous-section C.

⁵³ *Loi sur le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement*, LC 2013, c 33, art 174.

Constitution » – a été introduite par le gouvernement fédéral, imposant de communiquer systématiquement à la Chambre des Communes tous les traités du Canada avant leur ratification. L'Assemblée dispose ensuite de vingt-et-un jours pour débattre du traité, mais l'Exécutif conserve le monopole de la décision finale sans être juridiquement tenu de déférer au vœu éventuel des parlementaires. Si des mesures législatives doivent être adoptées afin de mettre le traité en œuvre, un projet de loi sera approuvé par le cabinet et déposé au Parlement. D'habitude, les lois fédérales contiennent une disposition portant approbation du traité qu'elles ont pour objet de mettre en œuvre.

Quand le traité à mettre en œuvre porte, en tout ou en partie, sur des questions de compétence provinciale, il appartient aux parlements des provinces visées d'adopter les mesures législatives nécessaires. Le Québec est la seule province canadienne qui impose en outre l'approbation par son parlement des traités fédéraux – incluant les réserves qui s'y rapportent – dont l'objet relève en partie de son domaine de compétence et qu'il considère comme les plus importants. Il en est de même à l'égard de l'abrogation, de la dénonciation ou du retrait de ces traités⁵⁴.

Mais il y a plus : le ministre québécois des Relations internationales « peut donner son agrément à ce que le Canada signe » tout accord international avec un gouvernement étranger ou une organisation internationale et « portant sur une matière ressortissant à la compétence constitutionnelle du Québec ». Ensuite, le gouvernement doit :

pour être lié par [un tel] accord international, [...] donner son assentiment à ce que le Canada exprime son consentement à être lié par [l']accord. [...] [Il doit] prendre un décret à cet effet. Il en est de même à l'égard de la fin d'un tel accord⁵⁵.

En principe, l'Assemblée nationale du Québec devrait approuver ces traités fédéraux et le gouvernement québécois donner son assentiment à leur ratification *avant* que le gouvernement fédéral n'exprime le consentement du Canada à être lié. Cependant cet objectif n'est pas toujours atteint⁵⁶.

La loi n'évoque pas l'application provisoire des traités fédéraux, mais elle peut s'y appliquer par analogie, *mutatis mutandis*.

2. AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

Au sein des organisations internationales, il est extrêmement rare que « l'acte constitutif ou une autre décision, résolution ou acte de l'organisation » indique l'organe habilité à décider ou à accepter au nom de l'organisation l'application d'un traité à titre

⁵⁴ *Loi sur le ministère des Relations internationales*, RLRQ 1988, c M-25.1.1, arts 22.2-22.6.

⁵⁵ *Ibid*, arts 22.1(2)-(3).

⁵⁶ Daniel Turp, « Les engagements internationaux importants et leur approbation par l'Assemblée nationale du Québec » dans Pierre d'Argent, David Renders et Marc Verdussen, dir, *Les visages de l'État : Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 739 aux pp 739-752, ici pp. 748-749.

provisoire. Cette habilitation résulte plus fréquemment d'une pratique coutumière suivie par l'organisation⁵⁷.

Toutefois, le *TFUE* contient des précisions détaillées sur la négociation et la conclusion des accords internationaux par l'Union européenne. Le Conseil décide l'ouverture des négociations et adopte des directives à cet effet⁵⁸. La Commission conduit les négociations⁵⁹. En vertu de l'article 218, section 5, du *TFUE*, le Conseil adopte, sur proposition du négociateur qui est en pratique la Commission, « une décision autorisant la signature de l'accord [...] ». Il statue à la majorité qualifiée⁶⁰. Le Parlement doit être « immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure »⁶¹. Ensuite, il doit donner son approbation avant que le Conseil n'adopte la décision relative à la conclusion de l'accord⁶². La même disposition du *TFUE*⁶³ prévoit explicitement la faculté de mettre en application provisoire les accords internationaux que signe l'Union. La décision est adoptée « selon une procédure assez rudimentaire »⁶⁴, qui fait intervenir exclusivement « le Conseil sur proposition du négociateur » et ne requiert pas l'intervention du Parlement européen.

C. Les « réserves » et l'accord des Parties quant au champ de l'application provisoire

La possibilité d'appliquer l'*AECG* à titre provisoire était inscrite à l'article 30.7, section 3 de l'*AECG*, qui subordonnait cette application au commun accord des Parties, mais autorisait l'une d'elles à notifier à l'autre quelles dispositions elle n'avait pas l'intention d'appliquer provisoirement.

La doctrine a parfois suggéré de formuler des réserves à l'application provisoire de certaines dispositions d'un traité en faisant appel avant le début de cette application aux dispositions du traité qui réglementent les réserves. L'*AECG* ne contient pas de pareilles dispositions. Il semble cependant que ses auteurs se soient

⁵⁷ C'est-à-dire une « pratique bien établie de l'organisation » au sens de l'article 2, section 1, j) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* (non encore en vigueur) du 21 mars 1986 et au sens de l'article 2, b) du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des organisations internationales annexé à la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/66/100 du 9 décembre 2011. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI*, *supra* note 10, art 2.1(j); *Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 2011 sur la responsabilité des organisations internationales*, Doc off AG NU, 66^e sess, Doc NU A/RES66/100 (2011).

⁵⁸ *TFUE*, *supra* note 6, art 218.3-218.4.

⁵⁹ *Ibid*, art 207.3(3).

⁶⁰ *Ibid*, arts 207.4, 218.8. Voir *supra* section I, B.1 sur cette question.

⁶¹ *Ibid*, art 218.10.

⁶² En vertu de l'article 218(6)(2)(a), (v) du *TFUE*. Précédant la « conclusion » définitive de l'accord, c'est-à-dire l'expression du consentement de l'Union à être liée par lui, cette approbation s'apparente à une véritable autorisation parlementaire de conclure le traité. Voir *ibid*, art 218.6(2).

⁶³ *Ibid*, art 218.5.

⁶⁴ Christine Delcourt, « Le pouvoir d'approbation du Parlement européen à l'égard de l'accord économique et commercial global : un pouvoir réellement décisif ? » (2017) 24:2 R Affaires européennes 225 à la p 228.

inspirés des articles 19 et suivants des conventions de Vienne pour établir une réglementation originale, permettant à une Partie de notifier son intention de ne pas appliquer provisoirement l'une ou l'autre disposition et de déclencher ainsi la procédure de mise en application provisoire du *reste* de l'accord. Cette réglementation, établie par l'article 30.7, section 3, alinéa b), est reproduite mot à mot ci-dessous :

La Partie qui a l'intention de ne pas appliquer provisoirement une disposition du présent accord notifie d'abord à l'autre Partie les dispositions qu'elle n'appliquera pas provisoirement et offre d'engager des consultations dans les moindres délais. Dans les 30 jours de la notification, l'autre Partie peut, soit s'y opposer, auquel cas le présent accord n'est pas appliqué provisoirement, soit présenter sa propre notification de dispositions équivalentes du présent accord, le cas échéant, qu'elle n'a pas l'intention d'appliquer provisoirement. Si, dans les 30 jours de la deuxième notification, une objection est formulée par l'autre Partie, le présent accord n'est pas appliqué provisoirement.

Les dispositions qui ne font pas l'objet d'une notification par une Partie sont provisoirement appliquées par cette Partie à compter du premier jour du mois suivant la dernière notification, ou à toute autre date convenue entre les Parties, à la condition que celles-ci aient échangé des notifications conformément à l'alinéa a).⁶⁵

L'*AECG* est un accord bilatéral davantage qu'un accord plurilatéral. Il serait donc aventureux de qualifier ces notifications de pures « réserves ». En réalité il s'est agi, plus que de formuler des réserves, de délimiter le champ de l'application provisoire en imposant à une Partie de notifier à l'autre quelles dispositions elle n'avait pas l'intention d'appliquer provisoirement et à la Partie destinataire de marquer son accord ou de rejeter l'application provisoire du texte entier du traité⁶⁶.

La *Décision (UE) 2017/38 du 28 octobre 2016 relative à l'application provisoire de l'accord*⁶⁷ avait prévu que le Conseil fixerait la date à laquelle la notification de l'Union européenne serait adressée au Canada⁶⁸. Cette date fut fixée au

⁶⁵ *AECG*, *supra* note 1, art 30.7 (3) b). Ces dispositions sont le résultat d'un remaniement complet du texte anglais provisoire publié après la clôture des négociations en septembre 2014. Le texte originel ne s'inspirait guère des règles des Conventions de Vienne relatives aux réserves :

« If a party *cannot provisionally apply* certain provisions of this Agreement, it shall so notify the other Party. If the other Party objects to this notification, *the Agreement shall not be provisionally applied*. If the other Party does not object to this notification *within 10 days*, the provisions of the Agreement which have not been notified by either Party shall be provisionally applied by both Parties from the first day of the month following this notification, provided the Parties have exchanged notifications under sub-paragraph (a) ».

⁶⁶ Il a été soutenu que l'article 30.7, section 3, refléterait les conclusions du tribunal arbitral qui a rendu la sentence *Yukos* du 30 novembre 2009. Les arbitres paraissent en effet exiger l'accord explicite des Parties quant à la possibilité d'appliquer provisoirement une partie d'un traité. Voir *ibid*; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation* (2009), Déc n° AA 227, para 308 et 311 (Cour permanente d'arbitrage) (Arbitres : Yves Fortier, Charles Poncet, Stephen M. Schwebel); Luca Pantaleo, « The provisional application of CETA: Selected issues » (2017) 41 *Questions Intl L* 59 aux pp 65-67.

⁶⁷ *Décision (UE) 2017/38*, *supra* note 7.

⁶⁸ *Ibid*, art 1.2.

17 février 2017⁶⁹. Dès le surlendemain de l'approbation du Parlement européen, c'est-à-dire le 17 février, l'Union notifiait au Canada son intention d'appliquer provisoirement l'*AECG* en excluant, conformément à l'article 1, section 1, de la décision 2017/38, toutes les parties de l'accord qui ne relevaient pas des compétences de l'Union : certaines dispositions du chapitre 8 (quant à l'investissement) et du chapitre 13 (relatif aux services financiers) dans la mesure où elles concernent des investissements étrangers de portefeuille, la protection des investissements⁷⁰ ou le règlement des différends relatifs aux investissements survenant entre investisseurs et États (RDIE); les chapitres 22, 23 et 24 (concernant le commerce et le développement durable, le travail ou l'environnement) dans la mesure où leur application provisoire ne respecterait pas la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres.

Le Canada marqua son accord sur cette proposition par une notification datée du 15 mars, dont le contenu est rapporté dans la note explicative du décret fixant l'entrée en vigueur partielle de la loi de mise en œuvre de l'*AECG*⁷¹. Il présentait ainsi « sa propre notification des dispositions équivalentes » de l'accord, qu'il n'avait pas l'intention d'appliquer provisoirement. L'Union européenne n'a évidemment pas formulé d'objection à cette réponse.

Cet échange de notifications allait permettre aux Parties de mettre l'*AECG* en application provisoire, dans la limite convenue, dès l'accomplissement de « leurs obligations et procédures internes respectives nécessaires à l'application provisoire » de l'accord, selon les termes de l'article 30.7, section 3, alinéa a)⁷².

D. La procédure de mise en application provisoire et son aboutissement

Le Conseil de l'Union a voulu subordonner la mise en application provisoire à l'approbation du Parlement européen, peut-être par souci d'alignement sur la procédure d'expression du consentement de l'Union à être lié par le traité, mais surtout pour donner satisfaction à l'exigence de contrôle parlementaire préalable⁷³. Politiquement, il avait été convenu que l'application provisoire ne prenne cours qu'après l'approbation de l'accord par les parlements canadien et européen. C'est sans doute la raison pour laquelle l'alinéa a) du paragraphe, dont le texte anglais paraphé et rendu public en septembre 2014 n'évoquait que l'accomplissement des « *respective relevant procedures* », impose

⁶⁹ « Le Conseil est convenu que, conformément à l'article 1^{er}, section 2, de la décision du Conseil relative à l'application provisoire, la date à laquelle la notification visée à l'article 30.7, section 3, de l'accord doit être adressée au Canada est le 17 février 2017, pour autant que le Parlement européen ait approuvé l'accord ». Voir CE, *Conclusions du Conseil sur l'AECG*, [2016] Doc 13557/16, en ligne : <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13887-2016-INIT/fr/pdf>.

⁷⁰ Y compris la clause du traitement juste et équitable et la clause d'expropriation. Voir Charles-Emmanuel Côté, « Chronique de droit international économique en 2019 — Investissement » (2020) 57 ACDI 1 à la p 3, n 11.

⁷¹ *Décret fixant au 21 septembre 2017 la date d'entrée en vigueur de la loi, à l'exception de certaines dispositions*, TR/2017-47, (2017) Gaz C II, en ligne : <www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2017/2017-09-07-x1/html/si-tr47-fra.html>.

⁷² *AECG*, *supra* note 1, art 30.7.

⁷³ Voir aussi Castellarin, *supra* note 20 à la p 642.

finalement aux Parties « l'accomplissement de leurs obligations et procédures internes » : formule inhabituelle visant sans doute à la fois des obligations politiques et des règles juridiques. Selon le paragraphe 1^e de l'article 30.7, lu en combinaison avec le paragraphe 2, les Parties doivent de toute façon approuver l'accord selon leurs obligations et procédures internes respectives avant de le mettre en vigueur.

1. LA PROCÉDURE AU CANADA ET AU QUÉBEC

Après que le Cabinet canadien eut donné son approbation, le premier ministre représenta le Canada pour la signature de l'*AECG* le 30 octobre 2016⁷⁴.

L'approbation parlementaire implicitement requise par l'article 30.7, paragraphe 2, de l'accord est enchâssée⁷⁵ dans la loi fédérale de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global⁷⁶. Celle-ci a été adoptée par la Chambre des Communes le 14 février 2017 et par le Sénat le 11 mai 2017; elle a reçu la sanction royale le 16 mai 2017, mais elle n'a pu entrer en vigueur qu'à la date déterminée ultérieurement par décret du gouverneur général en conseil⁷⁷. En fait, ce décret a fixé l'entrée en vigueur partielle de la loi à la date de mise en application provisoire de l'*AECG*⁷⁸.

Au Québec, le ministre des Relations internationales, considérant que l'accord avec l'Union européenne et ses États membres constituait un « engagement international important » au sens de l'article 22.2 de la loi relative à son ministère⁷⁹, en a déposé le texte à l'Assemblée nationale, « accompagné d'une note explicative sur le contenu et les effets de celui-ci »⁸⁰, et a présenté « une motion proposant que l'Assemblée [...] approuve » l'accord⁸¹. Ce n'est qu'après cette approbation⁸² que le gouvernement du Québec put prendre, le jour même, un décret⁸³ donnant son assentiment à ce que le Canada applique provisoirement l'accord à compter de la date qui devait encore être déterminée conformément aux dispositions convenues entre les Parties. Par ce même décret, le gouvernement s'est déclaré en outre lié par les dispositions du chapitre 19 de l'*AECG* concernant les marchés publics au Québec.

⁷⁴ En vertu de sa fonction, un chef de gouvernement est considéré comme représentant son État pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité sans avoir à produire de pleins pouvoirs. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9, art 7, section 2, a); *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI*, *supra* note 10, art 7.2(a).

⁷⁵ *Ibid*, art 9.

⁷⁶ *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, LC 2017, c 6.

⁷⁷ *Ibid*, art 138.

⁷⁸ *Décret fixant au 21 septembre 2017 la date d'entrée en vigueur de la loi, à l'exception de certaines dispositions*, *supra* note 71.

⁷⁹ C'est un engagement international qui « concerne le commerce international ». Voir *Loi sur le ministère des Relations internationales*, *supra* note 57, arts 22.2(2)-(3).

⁸⁰ *Ibid*, art 22.2(1).

⁸¹ *Ibid*, art 22.3.

⁸² Le 14 juin 2017. L'obligation de postériorité est prescrite par l'article 22.4 de la loi sur le ministère des Relations internationales. Voir *ibid*, art 22.4.

⁸³ Décret 585-2017, (2017) GOQ II, 2958.

Deux ans après la mise en application provisoire de l'accord, le gouvernement québécois prit un autre décret⁸⁴ par lequel il se déclarait lié par l'accord « tel qu'il s'applique provisoirement » dans tous les domaines de sa compétence; il étendait en même temps à l'*AECG* l'application de la loi québécoise concernant la mise en œuvre des accords de commerce international⁸⁵.

2. LA PROCÉDURE AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

La phase exécutive de la procédure de mise en application provisoire de l'*AECG* par l'Union s'est confondue très largement avec la procédure d'autorisation de signature du traité, mais elle a abouti à une décision distincte. En effet, le communiqué de presse du Conseil de l'Union n° 623/16 du 28 octobre 2016⁸⁶ annonçait que, ce jour-là, le Conseil avait adopté dans le cadre d'une procédure écrite un ensemble de décisions relatives à l'accord avec le Canada, dont :

une décision relative à la signature de l'accord⁸⁷;

un instrument interprétatif commun, établi en commun avec le Canada, qui procure une interprétation contraignante des termes de l'accord sur diverses questions⁸⁸;

une décision relative à l'*application provisoire* de l'accord⁸⁹;

un projet de décision visant à demander au Parlement européen de donner son approbation à la conclusion de l'accord.

Le Parlement européen, autrefois absent des négociations commerciales menées par les institutions européennes, en est devenu un acteur incontournable. Il a pu obtenir des modifications du texte de l'accord paraphé en septembre 2014. En particulier, le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) a été « juridictionnalisé » afin de répondre à l'opposition de principe du Parlement au système arbitral classique qui avait été initialement introduit dans l'accord. La Commission européenne a pu s'assurer ainsi de l'assentiment ultérieur de l'assemblée.

⁸⁴ Décret 806-2019, (2019) GOQ II, 3173. RLRQ 1988, c M-25.1.1, art 22.2-22.6.

⁸⁵ *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*, RLRQ 2019, c M-35.2. Le décret 806-2019 réservait cependant au gouvernement québécois « le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure concernant le cannabis utilisé à des fins autres que médicales, nonobstant toute disposition de l'Accord économique et commercial général entre le Canada et l'Union européenne ». Voir *ibid.*

⁸⁶ CE, communiqué, « Accord commercial UE-Canada : le Conseil adopte la décision de signer l'AECG » (28 octobre 2016), en ligne : <www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/10/28/eu-canada-trade-agreement>.

⁸⁷ *Décision (UE) 2017/37*, *supra* note 7.

⁸⁸ Sur la nature de cet instrument, voir Castellarin, *supra* note 20 aux pp 631-632. Sur sa difficile élaboration, voir Florian Couveinhes-Matsumoto, « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA » (2017) 121:1 RGDIP 69 aux pp 72-75.

⁸⁹ *Décision (UE) 2017/38*, *supra* note 7.

Le Conseil ayant sollicité l'approbation du Parlement⁹⁰, celui-ci l'a donnée le 15 février 2017⁹¹. La veille, la Chambre des Communes canadienne venait de donner la sienne. Cependant l'approbation du Parlement européen n'a pas eu pour seule portée de permettre la ratification ultérieure de l'ensemble de l'*AECG* par le Conseil. Elle a aussi conditionné la mise en application provisoire de la majeure partie des dispositions du traité dans l'attente de sa ratification.

Le Conseil s'était engagé auparavant à n'appliquer l'accord à titre provisoire qu'après que le Parlement ait donné son approbation à sa conclusion. Le respect de cette pratique, instaurée depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne⁹², avait été réclamé par l'assemblée. Dans sa résolution du 5 juillet 2016 sur une nouvelle stratégie d'avenir novatrice en matière de commerce et d'investissement⁹³, elle avait :

invit[é] la Commission à ne pas demander l'application provisoire des accords commerciaux, y compris des chapitres commerciaux des accords d'association, *tant que le Parlement n'a pas donné son approbation* ; [...] ; estim[é] que, dans le cas des accords mixtes, la pratique déjà éprouvée selon laquelle *un accord ne s'applique à titre provisoire qu'après que le Parlement européen a donné son approbation*, dans l'attente de la ratification par les parlements nationaux, constitue le meilleur équilibre du point de vue du contrôle démocratique et de l'efficacité⁹⁴ [nos italiques].

3. LA FIXATION DE LA DATE DE LA MISE EN APPLICATION PROVISOIRE

En vertu de la seconde disposition de l'alinéa b) de l'article 30.7, les dispositions de l'*AECG* non écartées par l'échange de notifications pouvaient être appliquées provisoirement à compter du premier jour du mois suivant la dernière notification (*id est* le 1^{er} avril 2017), ou à toute autre date convenue entre les Parties, à la condition que celles-ci aient échangé des notifications relatives à l'accomplissement de « leurs obligations et procédures internes respectives nécessaires à l'application provisoire » de l'accord.

Lors de leur rencontre avec les autres dirigeants du G20 à Hambourg, le 8 juillet 2017, le premier ministre canadien et le président de la Commission

⁹⁰ Il s'agit en fait d'une demande d'approbation présentée par le Conseil, à laquelle était joint son projet de décision 10975/2016 relative à la conclusion de l'*AECG*. Voir CE, *Décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2016] Doc 10975/16, en ligne : <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10975-2016-INIT/fr/pdf>.

⁹¹ CE, *Résolution législative du Parlement européen du 15 février 2017 sur le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] Doc P8_TA(2017)0030, en ligne : <www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0030_FR.pdf>. Voir aussi Delcourt, *supra* note 64 à la p 227.

⁹² Delcourt, *supra* note 64 à la p 228.

⁹³ CE, *Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2016 sur une nouvelle stratégie d'avenir novatrice en matière de commerce et d'investissement*, [2016] JO, C 101/30.

⁹⁴ *Ibid* aux para 36-37.

européenne se sont mis d'accord sur la date du 21 septembre 2017⁹⁵. Un décret du gouverneur général du Canada en conseil a fixé à cette date l'entrée en vigueur de la majeure partie de la loi de mise en œuvre⁹⁶; parallèlement, une notification du Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne concernant la mise en application provisoire de l'accord à la même date a été publiée au journal officiel de l'Union⁹⁷.

On observera qu'au moment de cette mise en application provisoire, le Canada avait déjà adopté et publié sa loi de mise en œuvre de l'*AECG* et que cette loi entraînait presque entièrement en vigueur alors que l'accord appliqué provisoirement n'était lui-même ni en vigueur, ni publié. De son côté, l'Union européenne, qui avait assuré la publication de l'accord au moment de sa signature, l'applique à titre provisoire sans que les parlements des États membres aient dû marquer leur accord.

III. La fin de l'application provisoire

En vertu de l'article 25, section 1, de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales* du 21 mars 1986⁹⁸, un traité s'applique en principe à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur, sauf quand les Parties en ont convenu autrement. Même si la Convention de Vienne du 21 mars 1986 n'est pas formellement en vigueur⁹⁹, elle reproduit volontairement la règle énoncée par la disposition correspondante de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969 qui, bien que textuellement applicable aux seuls traités entre États, peut être considérée comme d'application générale aux traités de tous les sujets de la communauté internationale.

L'application provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité prend donc normalement fin lorsque le traité entre en vigueur. Toutefois l'article 25 des Conventions de Vienne admet d'autres causes de cessation unilatérale de l'application provisoire, tant explicitement qu'implicitement (A). Il faut en outre tenir compte de l'éventualité d'un échec final des procédures de ratification des États membres de l'Union, du moins selon les auteurs de l'*AECG* euro-canadien (B).

⁹⁵ CE, « Déclaration conjointe du président de la Commission européenne et du premier ministre du Canada sur l'établissement d'une date pour l'application provisoire de l'Accord économique et commercial global » (8 juillet 2017), en ligne : <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_17_1959>.

⁹⁶ *Décret fixant au 21 septembre 2017 la date d'entrée en vigueur de la loi, à l'exception de certaines dispositions*, *supra* note 71.

⁹⁷ CE, *Notification concernant l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2017] JO, L 238/9.

⁹⁸ Dont la portée est semblable à celle de l'article 25, section 1, de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9.

⁹⁹ Au 8 décembre 2020, il manquait trois ratifications étatiques pour l'entrée en vigueur de la *Convention*.

A. La possibilité pour chaque Partie de mettre fin à l'application provisoire

La possibilité de mettre fin unilatéralement à l'application provisoire pourrait se concrétiser soit par une renonciation à poursuivre cette application, soit par un refus définitif de conclure le traité provisoirement appliqué. Si la première est expressément prévue par l'*AECG*, le second est inscrit dans une disposition à caractère supplétif : le paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne.

1. L'ARRÊT DE L'APPLICATION PROVISOIRE

Il est courant que les accords de libre-échange donnent aux Parties signataires la possibilité de cesser d'appliquer provisoirement ces accords en attendant leur entrée en vigueur, même si elles ont toujours l'intention de les ratifier. La mise en application provisoire résulte en effet d'engagements pris par des Parties qui restent libres de s'en délier à tout moment. Dans cette perspective, l'Accord économique et commercial général contient la disposition suivante, inscrite à l'article 30.7, section 3, alinéa c) :

Une Partie peut mettre fin à l'application provisoire du présent accord par un avis écrit à l'autre Partie. L'application provisoire prend fin le premier jour du deuxième mois suivant cette notification¹⁰⁰.

Comme il y a seulement deux Parties au processus de mise en application de l'application provisoire¹⁰¹, il ne peut y avoir que deux Parties autorisées à la faire cesser, autrement dit à la « dénoncer » : le Canada et l'Union européenne.

Cette dernière devrait cependant surmonter une difficulté procédurale : l'article 218 du *TFUE* n'envisage pas la possibilité de mettre fin à l'application provisoire des accords internationaux signés par l'Union. Elle n'organise à cet effet aucune procédure de terminaison. La solution est à trouver dans l'application du principe de parallélisme des formes : la décision de faire cesser l'application provisoire devrait être prise et notifiée par le Conseil selon des modalités semblables à celles utilisées pour le déclenchement de cette application¹⁰².

L'application provisoire n'est pas sujette au retrait unilatéral de chaque État de l'Union. Les États membres ne sont pas considérés comme des Parties au sens de l'article 30.7, section 3, contrairement à ce qu'ont cru pouvoir soutenir explicitement l'Allemagne et l'Autriche¹⁰³ ainsi que la Pologne¹⁰⁴ et, tacitement, la Belgique¹⁰⁵, dans

¹⁰⁰ *AECG*, *supra* note 1, art 30.7(3)(c).

¹⁰¹ Voir *supra*, section II, A.

¹⁰² Voir aussi Castellarin, *supra* note 20 à la p 638; Van Der Loo et Wessel, *supra* note 31 aux pp 761-762.

¹⁰³ CE, *Déclaration de l'Allemagne et de l'Autriche concernant la dénonciation de l'application provisoire de l'AECG*, [2017] JO, L 11/15.

¹⁰⁴ CE, *Déclaration de la Pologne concernant la dénonciation de l'application provisoire de l'AECG*, [2017] JO, L 11/15.

¹⁰⁵ CE, *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'État fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA*, JO, L 11/21 à la section B : « [l]a Belgique a pris acte [...] du droit de chaque [P]artie à mettre fin à l'application provisoire du CETA conformément à son article 30.7 ».

des déclarations unilatérales non opposables au Canada, mais inscrites au procès-verbal du Conseil à l'occasion de l'adoption de la décision autorisant la signature de l'accord au nom de l'Union.

Par un arrêt antérieur à la signature de l'accord, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht*) avait jugé que le gouvernement allemand devait internationalement notifier aux autres Parties qu'il avait le droit de mettre fin pour l'Allemagne à l'application provisoire de l'*AECG* « par un avis écrit », conformément à l'article 30.7, section 3, alinéa c)¹⁰⁶.

Ces prétendues « dénonciations » de l'application provisoire devraient respecter l'obligation réciproque de coopération loyale de l'Union et de ses États membres¹⁰⁷. En admettant même qu'elles puissent mettre fin à l'égard de ces États particuliers à l'application des dispositions de l'accord qui relèvent de leur compétence, elles ne pourraient cependant faire cesser l'application provisoire de la plus grande partie de l'accord dans ces pays.

Les États membres qui ont affirmé avoir le droit de faire cesser l'application provisoire chez eux ont déclaré que « les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'Union européenne ». Cette déclaration ambiguë laisse la porte ouverte à l'interprétation selon laquelle la « dénonciation » de l'application provisoire ne serait pas unilatérale, mais devrait être concertée avec l'Union, voire prendre la forme d'une notification conjointe¹⁰⁸.

2. LA NOTIFICATION DE L'INTENTION DE NE PAS DEVENIR PARTIE À L'ACCORD?

Le paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne donne la possibilité à chaque Partie de mettre fin à l'application provisoire à l'égard de l'autre (ou des autres) Partie(s) en notifiant sa volonté de ne pas consentir à être définitivement lié par le traité, c'est-à-dire en refusant de le ratifier. Il dispose :

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États (et les organisations internationales) ayant participé à la négociation (ou, selon le cas, les organisations ayant participé à la négociation) n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État (ou d'une organisation) prend fin si cet État (ou cette organisation) notifie aux autres États (et aux organisations) entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité¹⁰⁹.

La « mixité » de l'*AECG* implique que les États membres de l'Union européenne, étant signataires de l'accord, le ratifient, puissent refuser leur ratification

¹⁰⁶ BVerfG [Tribunal constitutionnel fédéral], second sénat, Karlsruhe, 13 octobre 2016, *Judgment of 13 October 2016*, 2 BvR 1368/16, section 72 (Allemagne). Voir Castellarin, *supra* note 50 aux pp 25-28.

¹⁰⁷ Obligation imposée par l'article 4, section 3, du *Traité sur l'Union européenne*. Voir CE, *Traité sur l'Union européenne*, [2012] JO, C 326/10 [TUE].

¹⁰⁸ Voir aussi Castellarin, *supra* note 20 à la p 637; Van Der Loo et Wessel, *supra* note 31 à la p 761.

¹⁰⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9, art 25.2; *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI*, *supra* note 10, art 25.2.

ou le dénoncer aussi bien que le Canada et l'Union¹¹⁰. Dès lors, la notification par un État membre de son intention de ne pas ratifier l'*AECG* aurait-elle pour effet, en vertu de l'article 25, section 2, des Conventions de Vienne, la cessation de l'application provisoire convenue entre le Canada et l'Union?

La réponse est clairement négative. L'article 30.7, section 3, de l'*AECG* déroge à l'article 25, section 2, des Conventions, qui n'a qu'un caractère supplétif. Les États et l'organisation ayant participé à la négociation « en sont convenus autrement ». En effet, l'application provisoire a été limitée aux dispositions de l'accord relevant de domaines qui ressortissent à la compétence de l'Union, de sorte que le terme « Parties » désigne uniquement dans ce cadre le Canada et l'Union européenne elle-même¹¹¹. La notification du refus d'un État membre de ratifier l'accord ne peut empêcher l'Union européenne de continuer à l'appliquer provisoirement.

B. La fin de l'application provisoire résultant de l'échec du processus de ratification

Dans la mesure où l'*AECG* est un accord mixte, son entrée en vigueur complète est subordonnée à l'approbation des parlements nationaux suivie par la ratification des vingt-sept États membres de l'Union européenne. Lorsque tous les États membres auront ratifié l'*AECG*, l'Union avisera le Canada qu'elle est prête à procéder à son tour à la ratification. Le Canada adoptera alors un nouveau décret afin de ratifier l'accord et de mettre en vigueur toutes les dispositions de sa loi de mise en œuvre.

Le processus est lent et son résultat incertain. Certains États membres qui n'ont pas encore notifié à l'Union leur décision de ratifier l'accord¹¹² ont cependant déjà obtenu l'approbation de leurs parlements respectifs. Il en va ainsi de la Belgique dont la Chambre des représentants a donné son assentiment à l'introduction du traité dans le droit fédéral¹¹³.

¹¹⁰ Voir Van Der Loo et Wessel, *ibid* aux pp 742-26, 761-62.

¹¹¹ Voir *supra*, section II, A.

¹¹² Au 1^{er} octobre 2021, il s'agit des douze États suivants : l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Pologne et la Slovaquie. Voir les détails concernant les ratifications : CE, « Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part », en ligne : <www.consilium.europa.eu/fr/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>.

¹¹³ Le projet de loi fédérale d'assentiment à l'*AECG* a été adopté par la Chambre des représentants le 19 juillet 2018 par 81 oui, 49 non et 9 abstentions. La loi ne recevra probablement pas la sanction royale tant que les législateurs des Communautés et Régions belges n'auront pas également donné leur assentiment. Le législateur flamand a donné le sien par le décret du 29 juin 2018 (Moniteur belge du 27 juillet 2018, p. 59637), mais on sait que la Région wallonne reste opposée au RDIE prévu par l'accord (Investment Court System). En vertu de l'article 12 de l'*Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes* du 8 mars 1994, la Belgique ne pourra ratifier l'*AECG* qu'après que toutes les assemblées concernées auront donné leur assentiment. Voir Chambre des représentants, 8 mai 2018, *Projet de loi portant assentiment à l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, fait à Bruxelles le 30 octobre 2016*, Doc 54 3086/001 (Belgique), en ligne : <www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3086/54K3086001.pdf>; Chambre des représentants, 19 juillet

Si la liberté de ratification des États retarde l'entrée en vigueur (1.), elle peut aussi être cause éventuelle de renonciation à l'entrée en vigueur du traité et même de cessation de son application provisoire (2.). Il existe cependant des solutions alternatives (3.).

1. LA LIBERTÉ DE RATIFIER

À la différence de la décision de mettre l'accord mixte en application provisoire ou de faire cesser son application, la signature et la ratification ainsi que la dénonciation de l'accord ne peuvent être divisées entre l'Union et ses États membres selon les matières qu'il règle. Ces actes ne sont admis que s'ils portent sur l'intégralité de l'*AECG*¹¹⁴. Certes, l'Union et ses États membres sont appelés à ratifier le traité uniquement en vertu des compétences respectives dont ils disposent, mais chacun ratifie (et peut dénoncer par après) librement l'intégralité du traité, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions qu'il contient.

Il est certain que les États membres ne sont pas obligés de ratifier l'accord mixte qu'ils ont signé, pas plus que l'Union elle-même. Le devoir de coopération mutuelle de l'Union et des États ne va pas jusqu'à imposer à ces derniers l'obligation d'exprimer contre leur volonté leur consentement à être lié par le traité¹¹⁵.

2. L'IMPOSSIBILITÉ ÉVENTUELLE DE RÉUNIR TOUTES LES RATIFICATIONS REQUISES

Au moment de la signature de l'*AECG*, le Conseil de l'Union a évoqué la possibilité que l'accord ne soit pas ratifié par tous les États membres. En effet, chaque État de l'Union apprécie librement aussi s'il est définitivement dans l'incapacité de ratifier l'accord, sans immixtion du Conseil à cet égard.

S'il apparaissait que l'échec définitif du processus de ratification devait être constaté par le Conseil, l'Union s'abstiendrait également de ratifier l'*AECG* et l'entrée en vigueur de celui-ci serait exclue, sauf si l'Union décidait malgré tout de ratifier seule l'accord et si le Canada y acquiesçait. L'exception évoquée est une pure hypothèse d'école car pareille décision « passer[ait] outre la volonté d'un État membre de rejeter la ratification [et] n'atteindrait certainement pas l'unanimité requise au Conseil, en raison de l'opposition de l'État membre en question »¹¹⁶.

2018, Compte rendu intégral : Séance plénière, Doc CRIV 54 PLEN 243 (Belgique), en ligne aux pp 78-79 : <www.dekamer.be/doc/PCRI/pdf/54/ip243.pdf>; *Accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes*, Belgique et Communautés et Régions belges, 8 mars 1994, art 12, en ligne : <wallex.wallonie.be/de/contents/acts/10/10402/1.html?doc=8502>.

¹¹⁴ Les articles 30.7(2) (« entrée en vigueur ») et 30.9 (« extinction ») visent l'entrée en vigueur et la dénonciation de l'intégralité de l'accord. Voir *AECG*, *supra* note 1, arts 30.7, 30.9.

¹¹⁵ Voir notamment Van Der Loo et Wessel, *supra* note 31 aux pp 744-745. Sur le vice du consentement résultant de la contrainte, voir aussi *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 9, art 51; *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et OI*, *supra* note 10, art 51.

¹¹⁶ Castellarin, *supra* note 20 à la p 638.

La déclaration n° 20 faite par le Conseil le 28 octobre 2016 à l'occasion de l'adoption de sa décision autorisant la signature de l'accord au nom de l'Union¹¹⁷ indique que l'échec définitif de la ratification, qui devra être notifié officiellement par le gouvernement de l'État concerné, pourrait résulter d'une « décision prononcée par une Cour constitutionnelle »¹¹⁸ ou de « l'aboutissement d'un autre processus constitutionnel ». La déclaration n° 37 faite par la Belgique à la même occasion précise que

le constat que le processus de ratification du CETA a échoué de manière permanente et définitive au sens de la déclaration du Conseil [...] peut résulter [en Belgique] des procédures d'assentiment engagées tant au niveau du Parlement fédéral qu'au niveau de chacune des assemblées parlementaires des Régions et des Communautés. [...] Au cas où l'une des entités fédérées informerait l'État fédéral de sa décision définitive et permanente de ne pas ratifier le CETA, l'État fédéral notifiera au Conseil au plus tard dans un délai d'un an à compter de la notification par ladite entité l'impossibilité définitive et permanente pour la Belgique de ratifier le CETA¹¹⁹.

La cessation de l'application provisoire n'est pas la conséquence automatique de l'échec de la procédure de ratification : rien n'interdit que la partie de l'accord provisoirement appliquée continue de l'être tant que la cessation de cette application ne serait pas formellement décidée. C'est même le sort de certains traités internationaux dont l'application provisoire se prolonge en raison de l'oubli de ratification(s). Pourtant le Conseil de l'Union a déclaré que « l'application provisoire sera[it] fatalement compromise » et qu'« elle devra[it] être dénoncée ». Il s'est engagé vis-à-vis des États membres à y mettre fin : elle « sera dénoncée », énonce la déclaration, et « [l]es dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'Union européenne »¹²⁰. L'État membre qui aurait fait échec à l'entrée en vigueur du traité obligerait ainsi l'Union à mettre fin à l'application provisoire de dispositions conventionnelles à l'égard desquelles cet État n'est pourtant pas compétent. Il la contraindrait de la sorte à abroger une décision que le Conseil a prise en fait unanimement¹²¹.

Peut-être l'étonnante déclaration du Conseil repose-t-elle sur la conviction que l'article 30.7 de l'*AECG* relatif à l'application provisoire et à l'entrée en vigueur de l'accord ne déroge pas au paragraphe 2 de l'article 25 des Conventions de Vienne¹²²? Peut-être prétend-elle prendre appui sur l'article 218, section 5, du *TFUE*, qui n'habilite le Conseil à décider d'appliquer provisoirement un accord international que « le cas échéant, [...] avant l'entrée en vigueur » de celui-ci? Ou s'appuie-t-elle sur le quatrième

¹¹⁷ CE, *Déclaration du Conseil concernant la dénonciation de l'application provisoire de l'AECG*, [2017] JO, L 11/15.

¹¹⁸ C'est-à-dire l'arrêt d'une telle Cour constatant le caractère *ultra vires* de l'accord au regard de sa Constitution nationale.

¹¹⁹ *Déclaration du Royaume de Belgique relative aux conditions de pleins pouvoirs par l'État fédéral et les Entités fédérées pour la signature du CETA*, *supra* note 105.

¹²⁰ *Déclaration du Conseil concernant la dénonciation de l'application provisoire de l'AECG*, *supra* note 117.

¹²¹ Castellarin, *supra* note 20 à la p 639.

¹²² Ce qui nous paraît inexact (voir *supra* sous-section A, 2).

considérant de la décision 2017/38¹²³, qui énonce que l'application provisoire a lieu « dans l'attente de l'achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion »? *A contrario*, l'échec définitif de la procédure de ratification emporterait l'obligation de mettre un terme à l'application provisoire¹²⁴.

Mais peut-être la déclaration du Conseil de l'Union européenne s'explique-t-elle tout simplement par l'intention d'influencer les États membres rétifs en laissant planer la menace de la perte définitive des bénéfices qu'ils tirent aujourd'hui de l'application provisoire de la majeure partie de l'*AECG* s'ils en empêchaient l'entrée en vigueur définitive ?

3. POUR SORTIR DE L'IMPASSE

Même en cas de refus de ratification d'un État membre, il reste possible de dégager une solution permettant de poursuivre pendant quelque temps l'application provisoire de l'accord et de le mettre définitivement en vigueur.

Il est tout d'abord indispensable que l'État rénitent notifie officiellement à l'Union le caractère définitif de son opposition à l'entrée en vigueur de l'accord sur son territoire. Il est donc possible qu'après un premier refus d'une assemblée parlementaire, l'*AECG* soit à nouveau soumis à son approbation; ou qu'après un premier référendum négatif, le gouvernement réexplique aux citoyens les avantages de l'accord et obtienne leur approbation finale à l'issue d'un second référendum. Ce n'est qu'au terme de ce processus – qui pourrait prendre au moins une année, selon la déclaration de la Belgique – que l'État devra notifier à l'Union qu'il se trouve dans l'impossibilité définitive et permanente de ratifier l'*AECG*.

Des négociations entre les institutions européennes et les États restés en défaut de ratification pourraient aboutir à une solution de compromis. Si, par exemple, l'opposition d'un ou de plusieurs parlements au système de règlement juridictionnel des différends entre investisseurs et État (*Investment Court System*) entraîne l'impossibilité pour un ou plusieurs États de ratifier l'accord, une nouvelle négociation pourra être menée au sein de l'Union et avec le Canada, afin d'amender les dispositions problématiques ou de dédoubler l'*AECG* en un accord de libre-échange et un accord sur la protection des investissements qui rassemblerait les dispositions relevant de la compétence partagée entre l'Union et ses États membres¹²⁵. Seul le second accord serait mixte et devrait être ratifié aussi par ces derniers.

Enfin, il est parfois suggéré de moduler l'application de l'accord pour prendre acte du refus de certains États de l'Union de le ratifier. Si le Canada y consentait, l'accord pourrait être ratifié par l'Union et par les autres États membres, mais un

¹²³ *Décision (UE) 2017/37, supra note 7.*

¹²⁴ Voir aussi Van Der Loo et Wessel, *supra* note 31 à la p 760.

¹²⁵ En mai 2018, la Commission a recommandé de conclure dorénavant des accords séparés contenant d'une part les dispositions relatives aux investissements, qui seraient approuvées par l'Union et l'ensemble de ses États membres, et d'autre part les autres dispositions commerciales relevant de la compétence exclusive de l'Union.

protocole excluait en tout ou en partie son application pour les États réfractaires; d'un point de vue politique, la décision du Conseil de l'Union approuvant l'accord et le ratifiant pourrait recueillir l'unanimité des représentants des États¹²⁶.

* * *

Il y a fort à parier que plusieurs États européens réticents à ratifier l'accord se satisferont longtemps encore de l'application provisoire de la plus grande partie de celui-ci. L'AECT semble ainsi condamné à une longue attente de son entrée en vigueur intégrale.

¹²⁶ Jelena Bäumler, « Vom Vertragstext zum Inkrafttreten : das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA » (2016) 51:6 EuropaRecht 607 à la p 623.