



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

NUMÉRO SPÉCIAL

Vers un droit international économique transatlantique Towards a Transatlantic International Economic Law

Sous la direction d'Hervé Agbodjan Prince

Liste des auteurs

Hervé Agbodjan Prince
Philippe Musquar
Nanette Neuwahl
Pierre Larouche
Ysolde Gendreau
Francesca Romanin Jacur
Anaïs Contat
Martine Valois
Lucia Bellucci



Table des matières

Rekindling the Spirit of Washington and Brussels: Introductory Remarks on the Emergence of Transatlantic International Economic Law	309
Hervé AGBODJAN PRINCE	
L'accès au marché des marchandises dans le cadre de l'AECG comme élément constitutif d'un futur espace commercial transatlantique	313
Philippe MUSQUAR	
Services in Transatlantic Trade Deals: Potential for Progress after 2020?	361
Nanette NEUWAHL	
Droit de la concurrence: l'Accord économique et commercial global et son contexte	389
Pierre LAROCHE	
Les normes de propriété intellectuelle dans l'AECG: une étape importante pour le Canada.....	429
Ysolde GENDREAU	
Environmental Protection in Trans-Atlantic (CETA) and North-Atlantic (USMCA) Megaregional Agreements: Towards Greater Integration and Regulatory Convergence.....	457
Francesca ROMANIN JACUR	
L'Accord économique et commercial global: un pas vers l'établissement d'un droit transatlantique de l'immigration	503
Anaïs CONTAT et Martine VALOIS	
Beyond a Transatlantic Trade Law of Cultural Diversity Towards Inclusive Capitalism: New Narratives for Post-COVID Sustainability in light of CETA and CUSMA	545
Lucia BELLUCCI	
Application provisoire: la variable d'ajustement de la mise en œuvre des traités commerciaux transatlantiques.....	587
Hervé AGBODJAN PRINCE	

Application provisoire : la variable d'ajustement de la mise en œuvre des traités commerciaux transatlantiques

*Hervé AGBODJAN PRINCE**

**Provisional Application of Treaties: the adjustment variable for
the transatlantic trade agreements implementation**

**Aplicación provisional: la variable de ajuste para la implementación
de los tratados comerciales transatlánticos**

**Aplicação provisória: a variável de ajustamento de implementação
dos tratados comerciais transatlânticos**

临时实施：实施跨大西洋贸易协定的调整变数

Résumé

En 2017, à la suite de la conclusion de l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* (AECG), les parties contractantes ont décidé d'appliquer le traité à titre provisoire en attendant sa ratification par l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Ce choix procédural signifie que l'Accord n'est toujours pas en vigueur au sens de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Il n'en demeure pas moins vrai que les dispositions substantielles du

Abstract

In 2017, following the conclusion of the *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), the Contracting Parties decided to apply the treaty on a provisional basis pending its ratification by the whole Member States of the European Union. According to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, CETA is still not in force. However, the substantive provisions of the Treaty are already implemented due to the exclusive competence of the EU in matters of

* Professeur agrégé de droit international économique, directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) et de L'Observatoire de l'intégration économique (LOIE). L'auteur est joignable à l'adresse suivante: herve.prince@umontreal.ca.

traité sont déjà mises en œuvre grâce à l'exclusivité des compétences de l'UE en matière de politique commerciale commune. Il en résulte que l'ambition de l'UE d'établir un commerce transatlantique est déjà en cours de réalisation. Dans ce contexte, la procédure de l'application provisoire apparaît comme un puissant levier de l'UE dans la mise en œuvre de ses pouvoirs en matière de politique extérieure.

Resumen

En 2017, tras la conclusión del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea, (CETA por sus siglas en inglés), las partes contratantes decidieron aplicar el tratado de forma provisional a la espera de su ratificación por el grupo de los Estados miembros de la Unión Europea. Esta escogencia procedimental significa que el Acuerdo aún no está en vigor en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No es menos cierto que las disposiciones sustantivas del Tratado ya se aplican gracias a la competencia exclusiva de la UE en materia de política comercial común. Como resultado, la ambición de la UE de establecer un comercio transatlántico ya se está haciendo realidad. En este contexto, el procedimiento de aplicación provisional aparece como una palanca poderosa para la UE en la implementación de sus competencias en el ámbito de la política exterior.

Common Commercial Policy. As a result, the EU's ambition to establish transatlantic trade is already being realized. In this context, the provisional application procedure appears to be a strong lever for the EU regarding its powers in terms of foreign policy.

Resumo

Em 2017, após conclusão do Acordo Econômico e Comercial Global entre o Canadá e a União Europeia (AECG), as partes contratantes decidiram aplicar o tratado a título provisório aguardando sua ratificação pelo conjunto dos Estados-membros da União Europeia. Esta escolha procedimental significa que o Acordo não está ainda em vigor no sentido da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Não deixa de ser verdade que as disposições substanciais do tratado já estão implementadas graças à exclusividade das competências da UE em matéria de política comercial comum. Resulta que a ambição da UE de estabelecer um comércio transatlântico está já em vias de realização. Nesse contexto, o procedimento de aplicação provisória aparece como uma potente alavanca da UE na implementação de seus poderes em matéria de política exterior.

摘要

2017年,《加欧综合经济与贸易协定》(CETA)签订之后,双方决定临时实施协定,以等待欧盟所有成员国的批准。这一程序性选择意味着协定并非按《维也纳条约权利公约》的规定一直生效。但是,协定的实体性规定因欧盟对于共同贸易政策的专属管辖权而已经实施。因此,欧盟建立跨大西洋贸易的雄心正在实现过程中。在这种背景下,临时实施程序是欧盟行使对外政策权力的强力工具。

Plan de l'article

Introduction	591
I. L'application provisoire de l'AECG : l'approche pragmatique de mise en œuvre des traités dans l'espace transatlantique.....	596
A. L'appréhension de l'application provisoire en droit international	596
B. La force obligatoire des traités appliqués à titre provisoire.....	599
II. La portée de la force contraignante du traité appliqué à titre provisoire.....	600
A. L'intention des parties contractantes dans l'établissement de la force contraignante du traité appliqué à titre provisoire.....	601
B. L'application provisoire : une procédure adaptée dans le contexte des accords de nouvelle génération	608
III. L'étendue des dispositions sous application provisoire dans l'AECG.....	613
A. La portée ambitieuse de l'application provisoire de l'AECG	613
B. Les limites de l'application provisoire de l'AECG	617
Conclusion.....	624

Depuis l'impasse du Cycle de Doha pour le développement de l'Organisation mondiale du commerce¹ (OMC), on assiste à une course effrénée vers la conclusion d'une nouvelle génération d'accords commerciaux globaux en vue de conquérir et de renforcer le positionnement des entreprises sur de nouveaux marchés. Au-delà des règles d'accès aux marchés pour les marchandises et les services que ces accords instituent, les nouveaux accords commerciaux régionaux (ACR) se démarquent des accords multilatéraux et des précédents accords régionaux par leur capacité à réguler des matières habituellement régies par les pouvoirs de réglementation interne des États. Grâce à ce nouveau régionalisme, de nombreux ponts se sont construits entre l'Europe et l'Asie²; entre l'Europe et l'Amérique Latine³; entre l'Amérique du Nord et l'Europe⁴. Mais l'émergence de cette

¹ Voir *Cycle de Doha (Programme de Doha pour le développement)*, en ligne: <https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm> (consulté le 10 mai 2021).

² *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Corée du Sud, d'autre part*, JOUE L 127, 14 mai 2011, p. 6 (entré en vigueur le 13 décembre 2015), en ligne: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A0514\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22011A0514(01)&from=FR)> (consulté le 6 mai 2021); *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour*, JOUE L 294, 19 octobre 2018, p. 3 (entré en vigueur le 21 novembre 2019), en ligne: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=FR)> (consulté le 6 mai 2021); *Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam*, JOUE L 186, 30 juin 2019, p. 3 (entré en vigueur le 1^{er} août 2020), en ligne: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0612\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22020A0612(01)&from=FR)> (consulté le 6 mai 2021); *Accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique*, JOUE L 330, 17 juillet 2018, p. 3 (entré en vigueur le 1^{er} février 2019), en ligne: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1684>> (consulté le 6 mai 2021).

³ Voir notamment *Accord commercial entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part*, JOUE L 354, 26 juin 2012, p. 3 (mis en œuvre à titre provisoire avec le Pérou depuis le 1^{er} mars 2013 et avec la Colombie depuis le 1^{er} août 2013), en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:354:FULL&from=FR>> (consulté le 7 mai 2021); *Accord de partenariat économique, de coordination politique et de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et les États-Unis mexicains, d'autre part*, JOUE L 350, 8 décembre 1997, p. 7 (entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2000, a fait l'objet de renégociation et a abouti à la conclusion d'un accord de principe en 2018), en ligne: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1997_350_R_0007_01&from=FR> (consulté le 7 mai 2021).

⁴ Les négociations commerciales entre les États-Unis et l'Union européenne entamées en 2013 devaient aboutir à la conclusion d'un Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement. Si les négociations ont dû être suspendues, tout porte à croire que ce partenariat sera relancé sous une forme ou une autre avec l'arrivée au

nouvelle génération d'accords de libre-échange n'est pas sans poser des défis nouveaux aux États qui en font partie. Puisque l'une des principales particularités de ces nouveaux ACR est d'empiéter sur les pouvoirs de réglementation interne des États, ces empiètements mettent à rude épreuve les équilibres institutionnels internes de ceux-ci. Ce qui contraint les États parties à ces nouveaux accords à devoir recourir de plus en plus à des accommodements juridiques pour tenter d'incorporer les dispositions contenues dans ces accords dans leur droit positif. Les difficultés de mise en œuvre auxquelles sont confrontés les États prennent un sens tout particulier dans le contexte des relations commerciales transatlantiques⁵.

Dans l'Union européenne (ci-après Union européenne, Union ou UE) comme en Amérique du Nord, la plupart des structures institutionnelles impliquées dans le commerce transatlantique fonctionnent sur le modèle de partage des compétences entre différents niveaux d'exercice du pouvoir⁶. Pour pallier les difficultés constitutionnelles dans les ordres juridiques internes des États, la procédure d'application provisoire semble s'imposer comme la mieux adaptée aux complexités institutionnelles des parties impliquées. La preuve en est que l'ensemble des accords précités a fait l'objet de l'application provisoire. Le cas le plus emblématique de l'application provisoire des traités dans le contexte des relations économiques et commerciales transatlantiques est sans contexte celui de l'*Accord économique et*

pouvoir du président Joe Biden aux États-Unis; *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, JOUE L 11, 30 octobre 2016, p. 23 (mis en œuvre à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017), en ligne: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=FR)> (consulté le 7 mai 2021).

⁵ Dans le cadre de cette étude, les relations transatlantiques sont entendues comme les relations impliquant les pays d'Amérique du Nord (Canada, États-Unis, Mexique) et l'Europe.

⁶ L'Union européenne fonctionne sur le modèle des systèmes fédératifs basé sur le partage de compétence. De la même manière, le Canada, le Mexique et les États-Unis sont des États fédéraux qui fonctionnent sur ce même modèle basé sur le principe constitutionnel d'attribution des compétences. Pour le Canada, voir *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 à 95 (ci-après «*Loi constitutionnelle de 1867*»); pour l'Union européenne, voir *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*, JOUE C 326, 25 mars 1957, 0. 47 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958), art. 2 à 6, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=FR>> (consulté le 10 mai 2021) (ci-après «*TFUE*»).

commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG)⁷, dont il importe ici de rappeler le contexte de sa conclusion.

L'AECG fut le résultat de sept années de négociations bilatérales⁸. L'Accord a connu son épilogue lors du Sommet UE – Canada tenu à Bruxelles le 30 octobre 2016⁹. Entre-temps, le Conseil de l'UE avait décidé le 5 octobre 2016 que l'AECG sera appliqué à titre provisoire par l'UE conformément à l'article 30.7, paragraphe 3 de l'Accord¹⁰, en attendant que les procédures nécessaires à sa conclusion soient achevées¹¹. Le 15 février 2017, le Parlement européen, réuni en session plénière à Strasbourg, adopta l'AECG par 408 voix en faveur, 254 voix contre et 33 abstentions, ouvrant ainsi la voie à sa ratification par l'ensemble des États membres de l'UE¹². Au Canada, l'accord est formellement ratifié et incorporé dans l'ordre juridique interne du pays depuis mai 2017¹³. Des deux côtés de l'Atlantique, l'Accord est

⁷ *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, JOUE L 11, 30 octobre 2016, p. 23 (mis en œuvre à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017), en ligne : <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=FR)> (consulté le 10 mai 2021) (ci-après « AECG »).

⁸ Hervé AGBODJAN PRINCE, « Introduction générale : Synthèse des travaux », dans Hervé AGBODJAN PRINCE (dir.), *L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECG). Esprit et dynamique d'un bilatéralisme nouveau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 3.

⁹ CANADA (PREMIER MINISTRE DU CANADA JUSTIN TRUDEAU), « Le Canada et l'Union européenne signent un accord commercial historique dans le cadre du Sommet Union européenne-Canada », Bruxelles, 30 octobre 2016, en ligne : <<https://pm.gc.ca/fr/nouvelles/communiqués/2016/10/30/canada-et-lunion-europeenne-signent-accord-commercial-historique>> (consulté le 10 mai 2021).

¹⁰ AECG, art. 30.7.3.a. : « Les Parties peuvent appliquer provisoirement le présent accord à compter du premier jour du mois suivant la date à laquelle elles se sont notifiées 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 Parties ».

¹¹ *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*, JOUE L 11, 28 octobre 2016, p. 1080, en ligne : <<http://data.europa.eu/eli/dec/2017/38/oj>> (consulté le 10 mai 2021).

¹² PARLEMENT EUROPÉEN, « CETA : le Parlement adopte l'accord commercial UE-Canada », 15 février 2017, communiqué de presse, session plénière, en ligne : <<http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20170209IPR61728/ceta-le-parlement-adopte-l-accord-commercial-ue-canada>> (consulté le 11 mai 2021).

¹³ *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, L.C. 2017, c. 6 (ci-après « Loi de mise en œuvre de l'AECG »).

appliqué à titre provisoire depuis le 21 septembre 2017, en attendant sa ratification par l'ensemble des États membres de l'UE¹⁴.

Plus de trois années sont passées depuis, mais la mise en œuvre intégrale de l'AECG demeure difficile. Le processus de ratification par les États membres de l'UE s'avère particulièrement lent. À ce jour, un peu plus d'une quinzaine d'États membres de l'UE ont complété le processus de ratification¹⁵ tandis que d'autres pays comme la République de Chypre y ont réservé une fin de non-recevoir, arguant des difficultés induites pour leur secteur agricole¹⁶ et contestant le mécanisme de règlement des différends investisseur État¹⁷.

En droit international public, les traités une fois conclus et ratifiés sont appelés à incorporer le droit positif de chacun des États signataires et à s'intégrer dans l'ordonnement juridique international. En la matière, l'article 24 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (ci-après, Con-

¹⁴ Si le Traité sur le fonctionnement de l'UE reconnaît à l'Union toute compétence pour conclure des traités commerciaux, la ratification de ceux-ci doit être faite à la fois par l'UE et ses États membres dès lors qu'il s'agit d'un accord mixte, c'est-à-dire des accords pour lesquels la compétence est partagée entre l'UE et ses États membres. Voir, à ce propos, CJUE, *Avis 2/15 du 16 mai 2017. Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour en vertu de l'article 218, para. 11, T.F.U.E.*, ECLI:EU:C:2017:376, en ligne: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CV0002\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CV0002(01)&from=FR)> (consulté le 18 mai 2021) (ci-après « Avis 2/15 »).

¹⁵ République tchèque (13/09/2017); Danemark (1/06/2017); Estonie (7/10/2017); Espagne (29/06/2017); Croatie (30/06/2017); Lettonie (23/02/2017); Lituanie (24/04/2017); Luxembourg (seulement la chambre des députés) (06/05/2020); Malte (2017); Autriche (23/05/2019); Portugal (9/12/2017); Roumanie (02/12/2020); Slovaquie (28/11/2019); Finlande (16/05/2018); Suède (22/03/2018); Royaume-Uni (26/06/2018); France (seulement l'Assemblée Nationale) (23/07/2019); Luxembourg (seulement la chambre des députés) (06/05/2020); voir la page sur l'AECG sur le site du CONSEIL EUROPÉEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, en ligne: <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2016017>> (consulté le 11 mai 2021).

¹⁶ EU LAW LIVE, « Parliament of Cyprus refuses ratifying EU-Canada CETA Agreement », 3 août 2020, en ligne: <<https://eulawlive.com/parliament-of-cyprus-refuses-ratifying-eu-canada-ceta-agreement/>> (consulté le 11 mai 2021).

¹⁷ Elias HAZOU, « Talks to begin with parties after rejection of CETA », *Cyprus Mail*, 4 août 2020, en ligne: <<https://cyprus-mail.com/2020/08/04/talks-to-begin-with-parties-after-rejection-of-ceta/>> (consulté le 11 mai 2021).

vention de Vienne ou CVDT)¹⁸ laisse de larges possibilités aux négociateurs du traité pour établir les modalités de son entrée en vigueur. Suivant cette disposition, le traité pourra entrer en vigueur dès lors que les conditions prévues au traité sont réunies, mais ne pourra s'appliquer à chacun des États signataires qu'au rythme de l'expression de leur consentement définitif à être liés par le traité¹⁹. Ainsi donc, l'entrée en vigueur du traité peut selon les cas, soit intervenir à la date de l'échange d'instruments de ratification, soit à une date ultérieure fixée par le traité.

De la même manière, l'entrée en vigueur du traité peut être conditionnée à sa ratification par l'ensemble des États signataires, ou à la réunion d'un certain nombre de ratifications²⁰. Il n'y a donc pas forcément de logique chronologique entre l'entrée en vigueur du traité et son application effective. La première peut succéder à la seconde et inversement. La chronologie – entrée en vigueur du traité – puis application effective est ainsi bousculée dans des circonstances bien particulières, notamment lorsque les signataires décident d'adopter la procédure de l'application provisoire. Ainsi donc, la procédure d'application provisoire ne constitue qu'une modalité parmi d'autres de mise en œuvre des traités.

Dans le contexte des relations commerciales transatlantiques, la pratique semble devenir systématique et il apparaît de plus en plus évident que l'application provisoire soit devenue la variable d'ajustement de la mise en œuvre de ces traités conclus entre l'Europe et ses partenaires outre-Atlantique. La présente étude vise à comprendre les raisons de cet intérêt renouvelé à l'application provisoire et tenter de voir dans quelle mesure cette procédure de mise en œuvre des traités s'accommode aux complexités institutionnelles des parties impliquées.

¹⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, (1980) 1155 R.T.N.U 331 (n°18232) (entrée en vigueur le 27 janvier 1980), en ligne: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf> (consulté le 11 mai 2021) (ci-après « CVDT »).

¹⁹ *Id.*, art. 24.3.

²⁰ Nguyen QUOC DINH, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 2009.

I. L'application provisoire de l'AECG : l'approche pragmatique de mise en œuvre des traités dans l'espace transatlantique

L'option faite par l'Union européenne et ses États membres d'une part, et le Canada de l'autre, d'appliquer à titre provisoire certaines dispositions de l'AECG est un choix respectueux du droit international des traités, qui permet aux États d'appliquer un accord à titre provisoire lorsque les conditions de sa mise en œuvre intégrale ne sont pas tout à fait réunies. Elle répond aussi à une approche pragmatique de mise en œuvre des traités commerciaux de nouvelle génération, qui s'accommode parfaitement avec les complexités institutionnelles des parties impliquées. Il importe donc de rappeler le cadre juridique international dans lequel s'insère ce type de pratique (A) avant d'en analyser les implications pour chacune des parties concernées (B).

A. L'appréhension de l'application provisoire en droit international

La mondialisation des échanges et l'émergence de nouveaux types de partenariats régionaux ont remis à l'ordre du jour la question de l'application provisoire des traités, alors même que cette procédure de mise en œuvre des traités ne pose pas de difficultés particulières en droit international. Dans le contexte international, la procédure de l'application provisoire des traités répond à des impératifs conjoncturels, ainsi qu'à des besoins de rapidité dans le but de pallier les lenteurs qui affectent généralement les procédures de ratification des traités²¹.

L'application provisoire tire sa source de l'article 25.1 de la Convention de Vienne, qui précise que :

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.

²¹ Albané GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, coll. « Publications de la revue internationale de droit public nouv. sér., no 55 », Paris, Pédone, 2005.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États 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 prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.

En application des dispositions de la Convention de Vienne, l'application à titre provisoire de l'AECG n'a donc rien d'exceptionnel. Il s'agit d'une des conditions d'entrée en vigueur ou d'approbation des traités prévues par la CVDT. En droit international public, les mécanismes d'exécution des traités internationaux répondent à des procédures prédéterminées auxquelles les États doivent se conformer pour donner suite au traité. Selon les circonstances de mise en œuvre du traité, ces mécanismes d'exécution prennent des formes variées, qui peuvent parfois prêter à confusion.

Contrairement à ce qu'on pourrait imaginer, l'application provisoire n'est pas la mise en vigueur du traité, c'est le traité mis en application en attendant sa mise en vigueur. Tel que l'affirmait Amselek, la notion de provisoire en droit « correspond toujours à l'idée de processus de décision juridique au cours duquel des mesures temporaires d'attente sont adoptées avant que la décision à prendre soit arrêtée définitivement, des mesures qui interviennent donc dans une phase préliminaire encore indécise et qui, par définition, ne lieront pas la décision définitive en instance, dont elle pourra ne pas tenir compte, qu'elle pourra modifier ou réduire à néant »²². L'application provisoire apparaît comme une étape précédant l'entrée en vigueur formelle du traité. Il s'agit d'une mesure temporaire prise en attendant la décision finale, qui en l'occurrence sera la mise en vigueur du traité.

Toutefois, la CVDT n'établit pas les modalités de l'application provisoire ni l'étendue des obligations qui en découlent pour les parties. Il appartient à celles-ci d'en fixer l'étendue, d'en établir les modalités et la portée. Le recours à l'application provisoire répond ainsi à des nécessités conjoncturelles, dont seules les parties au traité peuvent décider des circonstances et de la limite temporelle²³.

²² Paul AMSELEK, « Enquête sur la notion de “provisoire” », dans Ariane VIDAL-NQUET (dir.), *Le provisoire en droit public*, Paris, Dalloz, 2009.

²³ L'exemple de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, (1947) 55 R.T.N.U 194 (ci-après « GATT de 1947 ») est éloquent à cet égard. Il fut

L'application provisoire est donc une mesure temporaire, « une étape préliminaire destinée à être relayée par une solution définitive à venir »²⁴. De cette manière, l'application provisoire du traité doit être également distinguée de l'entrée en vigueur provisoire. Dans cette dernière option, l'accord est entré en vigueur sur le champ et est exécutoire, sous réserve d'une ratification ultérieure²⁵. Les parties peuvent donc décider de l'entrée en vigueur d'un traité, tout en l'appliquant à titre provisoire. Il en est ainsi lorsque l'un des États partie au traité souhaite donner effet au traité alors même qu'il n'a pas complété les procédures de ratification ou d'adhésion au traité. Ainsi :

L'État a pour intention de ratifier le traité ou d'y adhérer une fois achevées les formalités juridiques en vigueur sur le plan national. Il peut mettre un terme à tout moment à l'application à titre provisoire. À l'inverse, les dispositions relatives au retrait prévues dans le traité visé s'appliquent à tout État qui a consenti à être lié par le traité par l'intermédiaire d'une ratification, d'une adhésion ou d'une signature définitive.²⁶

Lorsque le traité entre en vigueur à titre provisoire, c'est que les conditions formelles régissant l'entrée en vigueur ne sont pas réunies. Un traité entré en vigueur dans de telles conditions liera les parties qui auront décidé de cette mise en vigueur provisoire et produira à leur égard des obligations juridiques comparables à celles qu'aurait produites un traité entré en vigueur de manière définitive. Que des conditions formelles de mise en vigueur du traité n'aient pas été réunies n'enlève rien au fait que ce type de traité produira les mêmes effets juridiques à l'égard des parties qui auront décidé de l'appliquer comme si le traité était effectivement entré en vigueur²⁷.

appliqué provisoirement dès 1947, mais ne fut jamais ratifié car remplacé par le traité créant l'OMC en 1994-1995 (*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto.pdf> (consulté le 12 mai 2021). Le Canada était lié par ce traité.

²⁴ P. AMSELEK, préc., note 22.

²⁵ Un glissement fut opéré lors des débats de l'entrée en vigueur provisoire vers l'application provisoire : Daniel VIGNES, « Une notion ambiguë : l'application à titre provisoire des traités », (1972) 18 *Annuaire français de droit international* 181, 188.

²⁶ ONU, « Application à titre provisoire », *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, Collection des traités, en ligne : <https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml#provisional> (consulté le 12 mai 2021).

²⁷ En ce sens, voir ONU, *Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités*, Collection des traités, en ligne : <<https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?>

Mais alors, quelles sont l'intensité et la force contraignante d'un traité appliqué de manière provisoire ?

B. La force obligatoire des traités appliqués à titre provisoire

Le régime juridique des traités appliqués à titre provisoire impose de rappeler la distinction nécessaire entre l'État signataire d'un traité international et l'État contractant. À moins que les parties n'en décident autrement, l'effet obligatoire du traité résulte généralement de l'expression de la volonté des États à être liés par le traité. Pour autant, l'État signataire n'est pas dans la même situation juridique vis-à-vis du traité que l'État qui ne l'a pas signé.

L'article 18 de la Convention de Vienne fait peser sur l'État signataire un certain nombre de droits et d'obligations, dont notamment l'obligation de s'abstenir de tout acte qui priverait le traité de son objet et de son but tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité²⁸. L'État signataire ne peut donc être considéré comme partie au traité, tant et aussi longtemps que la signature ne vaut pas adhésion ou ratification du traité. L'obligation qui pèse sur l'État signataire, c'est de s'abstenir de tout comportement qui viendrait vider de son contenu tout engagement ultérieur à être lié par le traité. En tant que simple signataire du traité, l'État est considéré être de bonne foi. Par conséquent, il est soumis à une obligation de comportement.

En droit international, l'obligation de comportement demeure une notion vague, dont la portée juridique est difficile à déterminer²⁹. En théorie, il est évident que la signature du traité ne produira pas les mêmes effets que ceux susceptibles d'être produits par un traité appliqué à titre provisoire. À moins qu'il ne s'agisse d'un accord en forme simplifiée, où la

path=overview/glossary/page1_fr.xml> (consulté le 12 mai 2021) (consulté le 12 mai 2021).

²⁸ CVDT, art. 18 : « Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : a) Lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou b) Lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée. »

²⁹ N. QUOC DINH, préc., note 20.

signature suffit à exprimer le consentement des parties à être liées par le traité, la signature ne constitue qu'une « transition entre l'étape de l'élaboration, qu'elle clôt, et celle de l'expression du consentement à être lié – que l'État demeure d'ailleurs libre de ne pas mener jusqu'à son terme, nonobstant la signature du texte »³⁰.

Par contre, le traité appliqué à titre provisoire confère aux États concernés le statut d'États contractants. L'État contractant n'est pas simplement celui qui a participé à la négociation du traité et qui s'est contenté de le signer. L'État contractant, c'est celui qui a « consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non »³¹. Dans le cas de l'AECG, aussi bien le Canada que le Conseil de l'UE ont exprimé leur volonté d'être liés par le traité, même s'ils ont convenu de l'appliquer à titre provisoire. L'expression de la volonté dans ce cadre doit clairement emporter la volonté des contractants à être liés par le traité. Mais, être lié par le traité signifie-t-il que l'État contractant soit devenu une « partie » au traité?

Si l'on se fie à l'article 2.1(g) CVDT, on peut en douter puisque cette disposition ne reconnaît le statut de « parties » qu'aux États qui ont non seulement consenti à être liés par le traité, mais également ceux à l'égard desquels le traité est en vigueur. Or, le traité appliqué à titre provisoire n'étant pas en vigueur, on peut s'interroger sur l'application à de tels traités du principe établi par la maxime *pacta sunt servanda*³². Autrement dit, quelle serait la capacité contraignante d'un accord commercial appliqué à titre provisoire? Le fait que le traité appliqué à titre provisoire ne soit pas encore en vigueur aurait-il un effet rédhibitoire sur le caractère contraignant du traité ou faut-il passer outre pour faire peser sur les États contractants aux accords appliqués à titre provisoire des obligations contraignantes?

II. La portée de la force contraignante du traité appliqué à titre provisoire

La question de l'intensité de la force contraignante d'un traité appliqué à titre provisoire ne peut être détachée de celle de la volonté des États contractants. Autrement dit, il est nécessaire pour mieux appréhender l'in-

³⁰ *Id.*

³¹ CVDT, art. 2.1(f).

³² *Id.*, art. 26.

tensité de la force contraignante du traité appliqué à titre provisoire de remonter aux intentions ayant présidé au choix de l'application provisoire.

A. L'intention des parties contractantes dans l'établissement de la force contraignante du traité appliqué à titre provisoire

À l'analyse des travaux préparatoires de la CVDT et la pratique en droit international, il semble que l'application provisoire ne change rien à la force obligatoire du traité. D'abord, en se basant sur les travaux préparatoires de la Conférence de Vienne de 1968-1969, certains auteurs ont considéré que l'épithète « provisoire » auquel font référence les pères fondateurs de la CVDT ne se rattache qu'à l'aspect formel et temporel du traité et non à la nature des obligations qui en découlent pour les parties³³. Le texte original de la Convention passant de « peut être appliqué provisoirement » à « est appliqué provisoirement » semble ainsi confirmer cette interprétation. En effet, si :

[T]he original wording had been open to an interpretation according to which the contracting States were left free not to provisionally apply a treaty even when the treaty prescribed its provisional application. The Drafting Committee had amended the wording in order to exclude such an interpretation. In other words, the Drafting Committee's change was intended to emphasise that the contracting States were *under an obligation* to provisionally apply the treaty if this had been agreed.³⁴

³³ Anneliese QUAST MERTSCH, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Leiden, Brill, 2012, p. 49 et suiv. C'est aussi ce qu'en conclut dans son article René Lefebvre : « As for the legal effects at the international level, the commentary of the *International Law Commission (ILC)* on the final 1966 Draft Articles on the Law of Treaties is firm and authoritative. It opined that there can be no doubt that such clauses have legal effect and bring the treaty into force on a provisional basis. There can thus be no doubt that a provisionally applicable treaty constitutes a binding and enforceable legal instrument between States. » (René LEFEBVRE, « Treaties, Provisional Application », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, mai 2011, en ligne : <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1486>> (consulté le 12 mai 2021)).

³⁴ A. QUAST MERTSCH, *id.*, p. 51.

Cette interprétation a été réitérée dans le rapport de la Commission du droit international sur l'application provisoire des traités³⁵. Il en découle pour les États ayant conclu des traités appliqués à titre provisoire que l'intention expressément exprimée d'être liés par le traité appliqué à titre provisoire emporte pour eux des obligations contraignantes de respect et de mise en œuvre du traité. Que cette volonté d'être lié soit directement contenue dans le traité, dans un acte unilatéral ou bilatéral ou dans un protocole d'application provisoire distinct³⁶ n'influe pas sur le caractère contraignant ou non des obligations en découlant. On ne saurait écarter l'idée que les parties ayant décidé d'appliquer un accord à titre provisoire aient voulu qu'il produise les mêmes effets pendant l'application provisoire que lorsqu'il sera en vigueur. En réalité, comme le fait remarquer Michie, une application provisoire, qui produirait des effets facultatifs n'aurait aucun intérêt³⁷. Elle serait même source d'incertitude et d'insécurité juridique³⁸. L'expectative raisonnable et l'obligation de bonne foi ne sont pas considérées comme des sources formelles d'obligations, mais elles permettent de déduire une intention d'être lié par la mise en application provisoire³⁹. Or, l'application provisoire est source de contraintes juridiques, et ce, même si les États concernés n'ont pas prévu de convention distincte pour cela.

En droit de l'Union européenne, le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE) est catégorique sur le fait que «les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres»⁴⁰. La difficulté ici, c'est que la situation visée par cette disposition ne semble

³⁵ *Rapport de la Commission de droit international*, 67^e sess., suppl. n° 10, Doc. N.U. A/67/10, en ligne : <<https://undocs.org/pdf?symbol=fr/A/67/10>> (consulté le 13 mai 2021).

³⁶ Par exemple, le *Protocole portant application provisoire de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, (1950) 55 R.T.N.U. 308 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1947).

³⁷ Andrew MICHIE, « The role of provisionally applied treaties in international organisations », (2006) 39:1 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 56, en ligne : <http://reference.sabinet.co.za/webx/access/journal_archive/00104051/8.pdf> (consulté le 13 mai 2021) : « Much of the value of provisional application would vanish since States and international organisations could never be exactly sure whether or to what extent their treaty partners would observe the provisions in question during the provisional phase. »

³⁸ A. QUAST MERTSCH, préc., note 33, p. 133.

³⁹ *Id.*, p. 137.

⁴⁰ TFUE, art. 216.2.

pas concerner, du moins de manière aussi certaine, les traités internationaux appliqués à titre provisoire. De plus, la lecture conjuguée des articles 25 de la CVDT et 218.5 TFUE permet de considérer que le traité appliqué à titre provisoire n'est pas en vigueur et que les États peuvent y mettre un terme par simple notification. Et si l'on se fie à l'article 2.1(g) CVDT, ni le Canada ni les États membres de l'Union européenne ne pourraient rigoureusement être considérés comme parties à l'AECG.

Malgré ces circonstances, des observateurs considèrent que les dispositions appliquées à titre provisoire font partie intégrante de l'ordre juridique de l'UE, et qu'elles ont des effets contraignants pour les États membres et les institutions de l'UE⁴¹. D'ailleurs, la pratique en droit de l'UE tend à démontrer que l'UE « doit respecter les obligations qui résultent d'un accord qu'elle s'est engagée à appliquer à titre provisoire. L'existence de la décision du Conseil constitue le vecteur de l'engagement international de l'Union et donne une assise interne à cette obligation »⁴².

Il apparaît donc que l'application provisoire du traité comporte pour les États concernés des obligations contraignantes. Pendant l'application provisoire, ils se comportent comme si l'accord était en vigueur et se conforment aux obligations qui en découlent. C'est la conclusion à laquelle étaient d'ailleurs parvenus les arbitres dans l'affaire dite *Yukos* opposant la société GML Ltd, qui rassemble les actionnaires majoritaires de la société pétrolière *Yukos* à la Fédération de Russie⁴³. Dans cette affaire, la Russie, signataire du *Traité sur la Charte de l'énergie*⁴⁴, plaidait entre autres qu'elle n'était pas liée par le processus d'arbitrage prévu dans le cadre de l'application provisoire, puisqu'elle n'avait jamais ratifié le traité. Selon les arguments de l'État russe, la notification de la Russie de son intention de ne pas ratifier

⁴¹ Catherine FLAESCH-MOUGIN et Isabelle BOSSE-PLATIERE, « L'application provisoire des accords de l'Union européenne », dans Inge GOVAERE et al. (dir.), *The European Union in the World*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 293, à la p. 319.

⁴² *Id.*

⁴³ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227 (2014) ; Voir aussi *Ioannis Kardassopoulos c. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 (2010).
République hellénique c. Commission des communautés européennes, Aff. C-203/07P, [2008] Rec. I-08161.

⁴⁴ *Traité sur la Charte de l'énergie et Protocole (TCE)*, 17 décembre 1994, (1999) 2080 R.T.N.U. 95 (entré en vigueur le 16 avril 1998).

le traité devait mettre fin à l'application provisoire à son égard conformément à l'article 45(3)a) du Traité. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye n'a pas adhéré à cette analyse. Selon le tribunal, il pèse bel et bien sur la Fédération de Russie des obligations juridiques contraignantes pour ce qui concerne la période durant laquelle le traité sur la Charte de l'énergie était en application provisoire, au même titre que si l'accord était en vigueur. Ces obligations cessent à partir du moment où la Fédération de Russie a notifié sa décision de ne plus devenir partie au traité.

Bien que cette jurisprudence n'ait pas valeur de précédent, elle demeure l'une des principales références jurisprudentielles, à laquelle adhère une bonne partie de la doctrine⁴⁵.

Pour le Canada, la question ne se pose pas en termes d'intensité de la force contraignante de l'accord appliqué à titre provisoire. Il est plutôt dans la capacité du gouvernement fédéral à assurer la mise en œuvre d'un accord international, qu'il soit ou non appliqué à titre provisoire par l'ensemble de ses institutions, qu'elles soient fédérales, provinciales ou territoriales.

Le Canada est un État fédéral, où les pouvoirs sont partagés entre gouvernements provinciaux et fédéral conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁶, qui établit le principe du partage des pouvoirs entre les différents ordres de gouvernements au Canada. Dans l'affaire *Maritime Bank* de 1892⁴⁷, les principes gouvernant le partage des compétences avaient ainsi été mis de l'avant par le Conseil privé :

The object of the [Constitution Act 1867] was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to central authority, but to create a federal government in which they should all be represented,

⁴⁵ Cette décision arbitrale a eu un écho retentissant dans la doctrine. En ce sens, voir notamment : Alex M. NIEBRUEGGE, « Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Yukos Arbitration and the Future Place of Provisional Application in International Law », (2007) 8-1 *Chicago Journal of International Law* 355, 372 ; Lauren BARTELS, « Withdrawing provisional application of Treaties : Has the EU made a mistake? », (2012) *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 112, 113 ; A. QUAST MERTSCH, préc., note 33, p. 50.

⁴⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66.

⁴⁷ *Liquidators of the Maritime Bank c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (ci-après « *Maritime Bank* »).

entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its own independence and autonomy.⁴⁸

Toutefois, malgré l'autonomie et l'indépendance reconnues aux pouvoirs provinciaux et territoriaux, l'évolution de l'histoire constitutionnelle du Canada⁴⁹, notamment depuis la décision *Labour Conventions*, le Conseil privé a reconnu au gouvernement fédéral, en référence au concept de la *prérogative royale* hérité de la common law⁵⁰, la compétence exclusive pour engager le Canada sur la scène internationale⁵¹, indépendamment des domaines de compétences couverts par l'accord⁵².

Mais si le gouvernement fédéral a le monopole pour négocier et conclure les traités, il en est autrement de leur mise en œuvre, car en droit canadien, «the international and domestic legal orders are considered conceptually distinct»⁵³ et «for a treaty to have legal effect within domestic law, a form of normative action is required»⁵⁴. Contrairement aux systèmes australien et américain, où les parlements fédéraux disposent de pouvoirs généraux de mise en œuvre des traités internationaux, le parlement fédéral canadien ne dispose pas de pouvoir législatif général de mise en œuvre des traités internationaux conclus par le gouvernement fédéral⁵⁵. Le respect des engagements internationaux pris par le gouvernement fédéral canadien est donc dépendant de la volonté des provinces, dans le respect

⁴⁸ Thomas VERELLEN, «Federalism and Foreign Affairs in Canada and the European Union: The Search for Equal Autonomy», (2016) 5-2 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 306, 310, citant *Maritime Bank*, par. 441.

⁴⁹ Maurice COPITHORNE, «I. Introduction/II. Canadian Treaty-Making Law and Practice», (2003) 33 *Studies in Transnational Leg Policy* 1, 474; *Canada (A.G.) c. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326 (ci-après «*Labour Conventions*»); Joanna HARRINGTON, «Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-) Establishing a Role for Parliament», (2005) 50 *McGill L.J.* 465, 474, citant *Labour Conventions*, par. 350; Torsten H. STROM et Peter FINKLE, «Treaty Implementation: The Canadian Game Needs Australian Rules», (1993) 25-1 *Ottawa L. Rev.* 39, 46 citant *Labour Conventions*, par. 352.

⁵⁰ Irvin STUDIN «Constitution and Strategy: Understanding Canadian Power in the World», (2009) 28 *Nat'l J. Const. L.* 1, 5, citant la *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁵¹ *Letters patent constituting the office of Governor General of Canada*, 1947 (R.-U.), reproduit dans L.R.C. (1985), app. II, n° 31, art. 12, (en vigueur le 1^{er} octobre 1947).

⁵² France MORRISSETTE, «Provincial Involvement in International Treaty Making: The European Union as a Possible Model», (2012) 37 *Queen's L.J.* 577, 582.

⁵³ T. VERELLEN, préc., note 48, 313.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, 319.

de leurs compétences respectives de mettre en œuvre les dispositions du traité. Par le passé, le Canada a fait les frais des limites de sa compétence en matière de mise en œuvre des traités conclus avec des États tiers. Dans l'affaire *AbitibiBowater*⁵⁶, le gouvernement fédéral canadien a ainsi dû suppléer à la non-coopération de la province de Terre-Neuve et Labrador qui, en adoptant sa fameuse *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*⁵⁷, a violé les engagements du Canada au titre du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)⁵⁸. Violations pour lesquelles la responsabilité internationale du Canada a été engagée.

En tant qu'État contractant, le Canada est tenu internationalement responsable des engagements qu'il prend même si leur mise en œuvre relève de la compétence de ses provinces. Et même si le Canada ne peut légitimement invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité⁵⁹, l'irresponsabilité internationale de ses provinces « might undermine the reliability of Canadian obligations relating to matters within provincial jurisdiction »⁶⁰. D'où le recours du Canada à des mécanismes juridiques comme la « clause fédérale »⁶¹, qui permet aux parties de limiter leurs engagements aux domaines dans lesquels elles ont une compétence exclusive dans le cadre de leurs législations internes. Il est aussi possible de recourir à des mécanismes qui s'apparentent à des

⁵⁶ *AbitibiBowater Inc c. Government of Canada*, règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sentence rendue d'accord des parties, 15 décembre 2010, en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/dispatch/abitibi-03.pdf>> (consulté le 17 mai 2021).

⁵⁷ *Abitibi-Consolidated Rights and Assets Act*, SNL 2008, c. A-1.01.

⁵⁸ *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis mexicains et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994), en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/fta-ale/index.aspx?lang=fra&_ga=2.118279753.1906755394.1621282133-1973710414.1613595539> (consulté le 17 mai 2021) (ci-après « ALÉNA »).

⁵⁹ CVDI, art. 27.

⁶⁰ J. Anthony VANDUZER et Melanie MALLEY, « Compliance with Canada's Trade and Investment Treaty Obligations: Addressing the Gap between Provincial Action and Federal Responsibility », (2016) 54:1 *Alta L Rev* 89, 91.

⁶¹ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, (1995) 1867 R.T.N.U. 192 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995), art. XIV.12 (ci-après « GATT de 1994 »); ALÉNA, art. 105.

« réserves », ou ceux se traduisant par l'établissement de « listes positives ou négatives », ou même recourir aux « accords parallèles » comme dans l'ALÉNA, où le « Canada declared a list of provinces that would cooperate with respect of matters covered by each agreement. [En contrepartie de quoi,] Canada also undertook to use its best efforts to try to convince the remaining provinces to commit to these obligations »⁶².

L'enjeu pour le Canada dans le cadre d'un accord commercial de nouvelle génération comme l'AECG est d'une part, d'exercer pleinement son pouvoir constitutionnel de négocier et de conclure des traités, tout en s'assurant de leur mise en œuvre, alors même que celle-ci dépend bien souvent de la volonté de ses provinces. Si, sur un plan constitutionnel, les provinces canadiennes ne disposent d'aucun droit de participation aux négociations, il y va de l'intérêt du gouvernement fédéral de les associer afin de s'assurer de la mise en œuvre de l'ensemble des engagements qu'il prendra, incluant ceux relevant de la compétence des provinces. C'est l'option choisie dans le cadre de l'AECG. Le Canada ne s'est pas contenté de consulter les provinces en amont, il les a associées pleinement aux négociations en vue de s'assurer de la mise en œuvre de l'Accord. Cette implication des provinces et territoires du Canada fut nécessaire⁶³, et peut être aussi analysée comme gage de l'engagement des provinces et territoires du Canada à permettre au gouvernement fédéral d'assurer l'effectivité de l'application provisoire de l'AECG.

En fin de compte, si on garde à l'esprit ces considérations conventionnelles et institutionnelles, la discussion sur le caractère contraignant ou non des effets juridiques des dispositions de l'AECG appliquées à titre provisoire devient purement théorique. D'ailleurs, le texte de l'Accord lui-même semble avoir réglé la question lorsqu'il précise en son article 30.7(3) a) qu'« [e]n 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 provisoire ». Autrement dit, les dispositions de l'AECG appliquées à titre provisoire s'appliquent comme si l'Accord était entré en vigueur pour les États

⁶² J. A. VANDUZER et M. MALLET, préc., note 60, 98.

⁶³ Annmarie ELIJAH, « Is the CETA a Road Map for Australia and the EU? », dans Annmarie ELIJAH, Donald KENYON, Karen HUSSEY et Pierre VAN DER ENG (dir.), *Australia, the European Union and the New Trade Agenda*, Australia, ANU Press, 2017, p. 55, à la p. 59.

contractants à l'égard desquels l'Accord est appliqué à titre provisoire. C'est dire combien l'application provisoire s'accommode bien avec les accords de nouvelle génération.

B. L'application provisoire : une procédure adaptée dans le contexte des accords de nouvelle génération

L'application provisoire apparaît comme une procédure parfaitement adaptée au contexte économique et commercial de l'espace transatlantique, où émergent des accords commerciaux de nouvelle génération. Est considéré comme accord de nouvelle génération, «un accord de commerce qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges de marchandises et de services, des dispositions dans diverses matières liées au commerce, telles que la protection de la propriété intellectuelle, les investissements, les marchés publics, la concurrence et le développement durable»⁶⁴. La plupart des traités commerciaux conclus par l'UE au cours des dernières années rentrent dans cette catégorie et le choix a été fait par l'UE de manière quasi systématique de recourir à l'application provisoire pour en assurer l'exécution.

Deux raisons principales semblent expliquer ce phénomène. D'une part, la portée matérielle des accords économiques de nouvelle génération interpelle la répartition des pouvoirs entre les institutions européennes et ses États membres. D'autre part, la crédibilité de l'UE en tant qu'institution dotée de la capacité de conclure des traités passe également par sa capacité à en assurer leur mise en œuvre. Du point de vue canadien, si l'application provisoire ne pose pas de problème institutionnel particulier, elle constitue un moyen efficace d'établir la passerelle nécessaire qui le relie au marché transatlantique.

En droit de l'UE, les accords commerciaux de nouvelle génération sont généralement qualifiés d'accords «mixtes»⁶⁵ et à ce titre, l'application provisoire constitue le moyen le plus commode de les mettre en œuvre. En vertu de l'article 3 TFUE, l'UE dispose d'une compétence exclusive dans

⁶⁴ Avis 2/15, par. 17.

⁶⁵ *Id.*

des matières expressément définies par le Traité⁶⁶. En particulier, la compétence exclusive de l'UE s'exerce dans le domaine de la politique commerciale commune (PCC)⁶⁷. Or, «la politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union»⁶⁸.

Dans son avis rendu à l'occasion de la conclusion de l'Accord de libre-échange entre l'UE et la République de Singapour, la CJUE a précisé que la PCC s'exerce dans le cadre de l'action extérieure de l'Union et cette action extérieure est relative aux échanges commerciaux avec les États tiers. Pour la Cour, «la seule circonstance qu'un acte de l'Union, tel qu'un accord conclu par celle-ci, est susceptible d'avoir certaines implications sur les échanges commerciaux avec un ou plusieurs États tiers ne suffit pas pour conclure que cet acte doit être rangé dans la catégorie de ceux qui relèvent de la politique commerciale commune»⁶⁹. Pour que l'acte relève de cette compétence, il doit porter «spécifiquement sur ces échanges en ce qu'il est essentiellement destiné à les promouvoir, à les faciliter ou à les régir et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci»⁷⁰. Par conséquent, admet la Cour, seules les composantes de l'accord envisagé qui présentent un lien spécifique avec les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour relèvent du domaine de la politique commerciale commune⁷¹. En reprécisant les champs d'intervention respectifs des différents paliers de pouvoirs dans l'UE, l'Avis 2/15 de la CJUE permet par le fait même d'éclaircir le *statu quo* du pouvoir de conclure des traités commerciaux,

⁶⁶ TFUE, art. 3 : « 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants : a) l'union douanière; b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; c) la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro; d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche; e) la politique commerciale commune. 2. L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

⁶⁷ TFUE, art. 207.1, qui établit la portée de la politique commerciale commune.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Avis 2/15.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

tout en précisant l'étendue des pouvoirs implicites des institutions européennes par rapport aux compétences partagées⁷².

Les complexités liées au pouvoir de négociation, de conclusion et d'exécution des traités commerciaux dans l'UE sont inhérentes à la répartition des compétences entre l'UE et ses États membres. Dans ce contexte, l'application provisoire s'avère une approche pragmatique de mise en œuvre des traités, mais également une procédure inévitable dans des contextes particuliers⁷³. En effet, la mixité des accords de nouvelle génération implique pour leur ratification deux procédures de ratification parallèles : une procédure d'approbation du traité par les institutions européennes et une autre, plus longue, de ratification par chacun des États membres de l'UE. En remplaçant le Conseil de l'UE au cœur de ce processus d'application provisoire⁷⁴, l'UE se donne les moyens de crédibiliser sa capacité d'action en termes de relations commerciales internationales. Puisque la ratification par chacun des États membres peut se faire longuement attendre, l'UE se donne les moyens de mettre en œuvre grâce à la technique de l'application provisoire, ce qui constitue le cœur des accords de libre-échange, à savoir : l'accès aux marchés pour le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle.

Pour l'UE, la procédure de l'application provisoire des traités devient ainsi un précieux levier dans la mise en œuvre de sa politique extérieure. L'article 207, paragraphe 1 TFUE, en délimitant la portée de la compétence exclusive de l'UE, étend l'action extérieure de l'UE en matière de PCC à l'essentiel. Il y est précisé que :

[L]a politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et

⁷² David KLEIMANN et Gesa KÜBEK, « The Signing, Provisional Application, and Conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU : The Case of CETA and Opinion 2/15 », (2018) 45:1 *Legal Issues of Economic Integration* 13, 19.

⁷³ Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA, « The European Union and the Law of Treaties : A Fruitful Relationship », (2019) 30:3 *EJIL* 721, 726.

⁷⁴ Au terme de l'article 218 TFUE, le Conseil de l'UE autorise l'ouverture des négociations, arrête les directives de négociation, autorise la signature et conclut les accords. Sur proposition du négociateur, c'est encore le Conseil qui adopte la décision autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur.

de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions.⁷⁵

La compétence de l'UE est donc exclusive sur toute matière relevant des domaines jugés « traditionnels » du commerce. Or, l'entrée en vigueur des traités UE et TFUE en 2009 a sensiblement fait évoluer le contenu de la PCC. Cette évolution a permis d'y inclure des aspects contemporains du commerce international, provoquant par le fait même une évolution significative du droit primaire de l'Union⁷⁶. Ainsi, la PCC doit être menée dans « le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union »⁷⁷. Lesquels principes et objectifs sont précisés à l'article 21 du *Traité sur l'Union européenne* et concernent notamment le développement durable, la préservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles mondiales⁷⁸.

L'exécution des dispositions de l'AECG par la procédure de l'application provisoire permet ainsi de préserver les pouvoirs des institutions européennes à déterminer, orienter, réguler l'action extérieure de l'Union, tout comme la mixité déclarée des accords de nouvelle génération permet de préserver la souveraineté des États membres de l'Union dans l'exercice des pouvoirs qui leur sont reconnus par les traités de l'Union.

Au-delà de la portée de l'application provisoire, l'adaptabilité de cette procédure aux accords de nouvelle génération se révèle dans les mécanismes de dénonciation des accords appliqués à titre provisoire. Dans l'AECG, l'article 30.7.3c) précise qu'« 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 notification ». Cette disposition laisse penser que les États contractants ont la liberté de mettre fin à l'application de l'AECG par simple notification.

⁷⁵ TFUE, art. 207, par. 1.

⁷⁶ *Daiichi Sankyo Co. Ltd et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Vio-michaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, Affaire C-414/11, EU:C:2013:520, points 46 et 48.

⁷⁷ TFUE, art. 207, par. 1.

⁷⁸ *Traité sur l'Union européenne (TUE)*, JOUE L 236, 7 février 1992, p. 29, art. 21, par. 1 et 2 (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993), version consolidée en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF> (consulté le 19 mai 2021).

Pour la partie canadienne, cette disposition ne pose pas de difficulté particulière. En application de l'article 25.2 CVDT, le Canada pourra, par simple notification à la partie européenne, mettre fin à l'application provisoire. Mais, le recours à cette procédure pour les États membres de l'UE n'est pas tout aussi évident.

Les accords de nouvelle génération étant généralement considérés en droit de l'UE comme étant des accords mixtes, leur ratification requiert à la fois l'approbation des institutions européennes et la ratification par ses États membres. Lorsque l'accord est appliqué à titre provisoire, les dispositions appliquées à titre provisoire sont celles relevant de la compétence exclusive de l'Union en attendant la ratification par l'ensemble des États membres de l'UE. Dans ces conditions, le refus par un des États membres de l'UE de ratifier l'accord ne saurait suffire à lui seul pour remettre en cause l'application provisoire. Autrement dit, le refus d'un État membre de ratifier un accord mixte doit respecter le principe de partage des compétences entre l'UE et ses États membres. Selon une certaine doctrine :

[T]he concept of exclusivity as enshrined in Article 2(1) TFEU precludes independent internal as well as external Member State action. Member States are hence prevented from concluding international agreements with third parties in areas that fall under EU *a priori* and implied exclusive competence. By inference, we argue that exclusivity also prevents Member States from vetoing the application of those areas of a mixed agreement that fall under EU exclusive powers in their territory. Member States can only reject the signature and conclusion of a mixed agreement for the parts that fall under exclusive national competences as well as shared competences that the EU has chosen not to exercise. Areas of shared competences, in which the Union has adopted internal EU rules, however, remain outside the Member States' external legislative prerogatives.⁷⁹

Le rejet de l'AECG par un des États membres de l'UE ne peut donc suffire à lui seul pour remettre en cause l'application provisoire. De la même manière que les États membres de l'UE ne peuvent à eux seuls conclure des traités avec des États tiers dans des domaines relevant de la compétence exclusive de l'Union, ils ne peuvent que rejeter par le refus de ratifier un accord international, les parties relevant soit de leur compétence exclusive, soit celles relevant des compétences qu'ils partagent avec l'UE.

⁷⁹ D. KLEIMANN et G. KÜBEK, *préc.*, note 72, 34.

III. L'étendue des dispositions sous application provisoire dans l'AECG

Ayant discuté le sens de l'application provisoire et la force juridique des dispositions en découlant, il importe d'identifier l'étendue des mesures d'application provisoire dans les relations économiques et commerciales entre le Canada et l'Union européenne, ainsi que ses États membres (A) et les exclusions qui en limitent la portée (B).

A. La portée ambitieuse de l'application provisoire de l'AECG

L'AECG s'inscrit dans la nouvelle génération d'accords commerciaux régionaux, dont les champs d'application débordent largement ceux couverts par le droit de l'OMC⁸⁰. Au terme de l'article 30.7(3) de l'Accord :

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 Parties.

Au Canada, l'application provisoire du traité a été rendue possible par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, dont l'adoption aura nécessité la modification de plusieurs dizaines de lois canadiennes⁸¹. Du côté européen, l'application provisoire a été rendue possible à la suite de l'adoption d'une série de décisions relatives à la signature du traité⁸², à l'application provisoire de

⁸⁰ L'AECG et un accord commercial régional de troisième génération. Il comprend 30 chapitres, dont ceux portant sur le commerce des marchandises, le commerce des services, incluant les services financiers, le transport maritime, les télécommunications et le commerce électronique, les investissements, l'admission des professionnels, les politiques de concurrence, les marchés publics, la propriété intellectuelle, le développement durable, l'environnement, le travail, le règlement des différends. L'Accord comprend également trois protocoles portant sur les règles d'origine, la reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité ainsi qu'un protocole sur la reconnaissance mutuelle du programme de conformité relatif aux bonnes pratiques dans l'industrie pharmaceutique.

⁸¹ Loi de mise en œuvre de l'AECG, Partie 2.

⁸² *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,*

l'AECG⁸³ et à l'approbation du traité par le Parlement européen⁸⁴. Des deux côtés de l'Atlantique, l'application provisoire du traité a été décidée en raison notamment du caractère « mixte »⁸⁵ de l'Accord. L'application provisoire vise seulement les dispositions de l'AECG relevant de la compétence exclusive de l'UE, soit l'essentiel des matières couvertes par l'AECG⁸⁶. En pratique, la mise en œuvre provisoire de l'AECG, depuis le 21 septembre 2017, signifie que les entreprises de part et d'autre de l'Atlantique bénéficient de substantielles réductions des barrières tarifaires (98 %) et un corps de règles qui assurent la gouvernance institutionnelle de la mise en œuvre de l'Accord.

Sur le fond, l'application provisoire de l'AECG concerne les règles régissant l'accès aux marchés des marchandises⁸⁷, des services⁸⁸ et de l'investissement⁸⁹. Elle s'applique aux règles régissant les marchés publics⁹⁰, la propriété intellectuelle⁹¹ ainsi qu'aux mécanismes de coopération dans des domaines variés⁹². L'AECG institue entre le Canada et l'UE une zone de libre-échange (ZLE) conformément aux dispositions de l'article XXIV du GATT de 1994⁹³ et à l'article V de *l'Accord général sur le commerce des ser-*

d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, [2017] JOUE L 11, p.1, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0037&from=fr>> (consulté le 19 mai 2021) (ci-après « Décision 2017/37 »).

⁸³ *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] JOUE L 11, p.1080, en ligne : (ci-après « Décision 2017/38 »).

⁸⁴ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Accord commercial UE-Canada : Le Conseil adopte la décision de signer l'AECG*, communiqué de presse, 28 octobre 2016, en ligne : <<https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/10/28/eu-canada-trade-agreement/>> (consulté le 19 mai 2021).

⁸⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, *La Commission européenne propose la signature et la conclusion d'un accord commercial entre l'UE et le Canada, communiqué*, 5 juillet 2016, en ligne : <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_2371> (consulté le 19 mai 2021).

⁸⁶ TFUE, art. 207.1. Voir également l'Avis 2/15.

⁸⁷ AECG, chap. 1-7.

⁸⁸ *Id.*, chap. 9-16

⁸⁹ *Id.*, chap. 8.

⁹⁰ *Id.*, chap. 19.

⁹¹ *Id.*, chap. 20.

⁹² *Id.*, chap. 4, 13, 21 et 25.

⁹³ GATT de 1994.

vices (AGCS)⁹⁴. La ZLE ainsi constituée institue entre le Canada et l'UE un régime préférentiel fondé sur l'élimination progressive des droits de douane sur les marchandises originaires des chapitres 1 à 97 du Système harmonisé pour lesquelles un taux de droit de douane de la nation la plus favorisée est prévu, et ce, dès l'entrée en vigueur de l'application provisoire.

Le maintien d'un espace économique transatlantique débarrassé des barrières tarifaires et non tarifaires est assuré non seulement par un dispositif de facilitation des échanges⁹⁵, mais également grâce à la possibilité de recours commerciaux⁹⁶ mis en place par l'Accord. Un mécanisme novateur de règlement des différends⁹⁷ y est prévu, qui s'appuie sur la conciliation, la médiation et l'arbitrage commercial. Il va sans dire que l'application provisoire de l'AECG permet le déploiement de règles en vue d'assurer l'élimination des barrières non tarifaires⁹⁸ ainsi qu'un corps de règles s'appliquant à l'adoption et au maintien de mesures « concernant les prescriptions relatives à l'octroi de licences, les procédures en matière d'octroi de licences, les prescriptions relatives aux qualifications ou les procédures en matière de qualifications »⁹⁹. L'application provisoire de l'AECG couvre également les règles relatives au commerce des services¹⁰⁰, y compris le transport maritime international¹⁰¹, les télécommunications¹⁰², le commerce électronique¹⁰³ et les services financiers¹⁰⁴. Malgré les craintes soulevées par l'avènement de l'AECG, notamment en Europe concernant l'érosion des normes environnementales et de travail que l'Accord pourrait provoquer, l'Accord comporte un chapitre sur le commerce et l'environnement¹⁰⁵, le

⁹⁴ *Accord général sur le commerce et les services de 1994, annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, (1995) 1867 R.T.N.U. 192 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995), en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm> (consulté le 19 mai 2021).

⁹⁵ AECG, chap. 6.

⁹⁶ *Id.*, chap. 3.

⁹⁷ *Id.*, chap. 29.

⁹⁸ *Id.*, chap. 4, 5 et 7.

⁹⁹ *Id.*, chap. 12.

¹⁰⁰ *Id.*, chap. 9-10.

¹⁰¹ *Id.*, chap. 14.

¹⁰² *Id.*, chap. 15.

¹⁰³ *Id.*, chap. 16.

¹⁰⁴ *Id.*, chap. 13.

¹⁰⁵ *Id.*, chap. 24.

commerce et le travail¹⁰⁶, le commerce et le développement durable¹⁰⁷ ainsi qu'une série de règles relatives à la concurrence¹⁰⁸, aux marchés publics¹⁰⁹ et à la propriété intellectuelle¹¹⁰.

En somme, l'application provisoire concerne l'essentiel des dispositions de l'AECG, puisqu'on estime qu'elle permet la réduction pour plus de 98 % des lignes tarifaires et la suppression d'importants obstacles non tarifaires aux échanges¹¹¹. On rapporte qu'entre 2017 et 2018, les exportations de l'UE vers le Canada sont passées de 37,7 à 41,4 milliards d'euros¹¹². La première année de la mise en œuvre de l'AECG a permis un accroissement significatif des échanges bilatéraux de marchandises entre l'UE et le Canada puisqu'ils ont augmenté de 10,3 %¹¹³, alors que les échanges de services sont passés de 34,9 milliards d'euros en 2017 à 38,5 milliards d'euros en 2018¹¹⁴.

Un rapport du Bureau de l'économiste en chef d'Affaires mondiales Canada publié en 2020¹¹⁵ fait état d'une hausse de 16,6 % des exportations canadiennes de marchandises vers l'UE et de 24,4 % des importations depuis l'entrée en vigueur de l'AECG¹¹⁶. De plus, le Rapport indique un essor en ce qui concerne l'exportation vers l'UE de produits en franchise de droits, ce qui dénote l'efficacité du régime préférentiel en vigueur dans l'espace transatlantique. Le Rapport souligne toutefois des gains modestes pour les produits faisant l'objet de concessions tarifaires¹¹⁷. Il découle du Rapport que le taux d'utilisation des préférences tarifaires est de l'ordre de 53,1 % pour les exportations vers l'UE et de 45,9 % pour les importations

¹⁰⁶ *Id.*, chap. 23.

¹⁰⁷ *Id.*, chap. 22.

¹⁰⁸ *Id.*, chap. 17.

¹⁰⁹ *Id.*, chap. 19.

¹¹⁰ *Id.*, chap. 20.

¹¹¹ Jana TITIEVSKAIA et Ioannis ZACHARIADIS, *Mise en œuvre de l'AECG. Gros plan sur les PME et les régions*, Bruxelles, Services de recherche du Parlement, 2009.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ BUREAU DE L'ÉCONOMISTE EN CHEF, *Performance du commerce des marchandises entre le Canada et l'UE après l'entrée en vigueur de l'AECG*, Affaires mondiales Canada, en ligne: <<https://bit.ly/2MT9gsg>> (consulté le 19 mai 2021).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

en 2019, ce qui constitue une hausse par rapport à l'année précédente, ces taux variant grandement entre secteurs industriels et entre pays¹¹⁸.

Malgré ces résultats encourageants, il semble que les taux d'utilisation des préférences commerciales offertes par l'AECG demeurent faibles, notamment en raison de la méconnaissance des régimes commerciaux préférentiels¹¹⁹. On pourrait également associer la croissance relative des échanges entre l'UE et le Canada aux limites induites par la procédure d'application provisoire qui ne couvre qu'une partie des dispositions de l'Accord.

B. Les limites de l'application provisoire de l'AECG

L'article 218, paragraphe 5 du TFUE prévoit que le « Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur »¹²⁰. L'article 30.7, paragraphe 3 de l'AECG prévoit la possibilité de l'application à titre provisoire de certaines dispositions du traité, en attendant l'achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion. Dans sa décision en date du 28 octobre 2016¹²¹, le Conseil de l'Union européenne a précisé la portée des exclusions à l'application provisoire de l'AECG. Les dispositions visées par l'exclusion concernent principalement cinq grands secteurs. Il s'agit en particulier des dispositions relatives aux investissements étrangers¹²², les services financiers¹²³, la propriété intellectuelle, les règles de transparence¹²⁴ et quelques dispositions particulières¹²⁵.

En ce qui concerne les investissements étrangers

L'article premier de la décision du Conseil du 28 octobre 2016 prévoit en son paragraphe premier que :

L'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part (ci-après

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ TFUE, art. 218, par. 5.

¹²¹ Décision 2017/38.

¹²² AECG, chap. 8.

¹²³ *Id.*, chap. 13.

¹²⁴ *Id.*, chap. 27.

¹²⁵ *Id.*, chap. 22-24 et 28.

dénommé “accord”) est appliqué à titre provisoire par l’Union conformément à son article 30.7, paragraphe 3, dans l’attente de l’achèvement des procédures nécessaires à sa conclusion, et sous réserve des points suivants: a) seules les dispositions suivantes du chapitre huit de l’accord (“Investissement”) sont appliquées à titre provisoire, et ce uniquement dans la mesure où un investissement étranger direct est concerné: – les articles 8.1 à 8.8, – l’article 8.13, – l’article 8.15, à l’exception de son paragraphe 3, et – l’article 8.16.¹²⁶

Il convient ici de rappeler que le chapitre 8 de l’AECG porte sur les investissements. En l’espèce, l’AECG adopte une conception extensive de ce qu’est un investissement. Au sens de l’article 8 de l’AECG, l’investissement consiste en « tout type d’actif qu’un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d’un investissement, y compris une certaine durée ainsi que d’autres caractéristiques telles que l’engagement de capitaux ou d’autres ressources, l’attente de gains ou de profits, ou l’acceptation du risque [...] »¹²⁷. Cette définition de l’investissement correspond à celle de l’investissement direct étranger (IDÉ) tel qu’entendu en droit international de l’investissement et réaffirmé à maintes reprises en jurisprudence¹²⁸. Toutefois, lorsqu’on réfère à la liste illustrative de ce que pourrait constituer un investissement dans le cadre de l’AECG, il en résulte que l’investissement pourrait se traduire non seulement par un IDÉ, mais s’élargir à tout type d’actifs¹²⁹. Puisque l’article 207, paragraphe 1 du TFUE considère l’IDE comme relevant de la politique commerciale commune de l’Union, il s’ensuit qu’elle dispose des compétences nécessaires pour approuver tout engagement de l’Union à l’égard des États tiers relativement aux IDÉ. La CJUE l’a d’ailleurs rappelé dans son avis relativement à l’Accord de libre-échange entre l’UE et Singapour, en précisant que:

L’emploi, par les auteurs du traité FUE, des termes “investissements étrangers directs” à l’article 207, paragraphe 1, TFUE exprime sans ambiguïté leur

¹²⁶ Décision 2017/38.

¹²⁷ AECG, art. 8.1.

¹²⁸ *Fedax NV c. Venezuela*, Affaire n° ARB/96/3, décision sur la compétence, 11 juillet 1997, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), en ligne: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf> (consulté le 19 mai 2021); *Salini Costruttori Spa et Italstrade Spa c. Royaume du Maroc*, Affaire n° ARB/00/4, 23 juillet 2001, CIRDI, en ligne: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>> (consulté le 19 mai 2021).

¹²⁹ Voir la liste illustrative de l’AECG, art. 8.1.

volonté de ne pas inclure d'autres investissements étrangers dans la politique commerciale commune. Dès lors, il y a lieu de considérer que des engagements à l'égard d'un État tiers portant sur ces autres investissements ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union au titre de l'article 3, paragraphe 1, sous e), TFUE.¹³⁰

Les investissements directs étrangers visés par l'application provisoire sont donc ceux relevant de la compétence exclusive de l'UE, c'est-à-dire des IDÉ qui sont de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre les États tiers et l'Union¹³¹. C'est pourquoi les parties à l'AECG ont expressément exclu du champ de l'application provisoire tous les investissements qui ne créent pas un tel lien sur les échanges¹³². Ne peuvent donc être concernés dans le cadre de l'article 8 de l'AECG que des investissements qui ne relèvent pas de la politique commerciale commune. Il en est ainsi en occurrence du régime juridique applicable dans des cas définis par l'AECG¹³³.

Parmi les mesures visées se trouve le controversé système juridictionnel des investissements (SJI) créé par l'AECG¹³⁴. Au cœur de ce débat, se posait la question de la compatibilité du nouveau mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement avec le droit de l'Union et de la possibilité pour les institutions européennes de mettre en œuvre un tel mécanisme sans l'autorisation des États membres.

Pour que la section F de l'article 8 de l'AECG¹³⁵ fasse l'objet de l'application provisoire, encore faut-il que sa mise en œuvre relève de la compétence exclusive de l'Union. Or, le Conseil constitutionnel français, en se basant sur l'Avis 2/15 de la CJUE, a jugé que la section F du chapitre 8 de l'AECG ne relève pas de la compétence exclusive de l'UE¹³⁶. Pour le Conseil constitutionnel français, les dispositions relevant de la section F du chapitre 8 de l'AECG relèvent plutôt d'une compétence partagée entre l'Union

¹³⁰ Avis 2/15, par. 83.

¹³¹ *Id.*

¹³² Il s'agit en particulier des articles 8.9-8.12; art. 8.1; art. 8.15, par. 3; art. 8.17 et art. 8.18-8.45 de l'AECG.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ AECG, art. 8.18-8.45.

¹³⁵ *Id.*, art. 8, «Section F – Règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États».

¹³⁶ Cons. cont. 31 juillet 2017, D. 2017.749, par. 17, en ligne : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017749DC.htm>> (consulté le 20 mai 2021).

européenne et ses États membres. D'une part, les dispositions visées respectent les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale de la France, en ce qu'elles ne confèrent au tribunal institué « aucun pouvoir d'interprétation ou d'annulation des décisions prises par des organes de l'Union européenne ou de ses États membres »¹³⁷ et que les investisseurs peuvent toujours porter un litige devant un juge national¹³⁸. Ainsi, d'après le Conseil constitutionnel français, les pouvoirs confiés au tribunal, leur composition et le champ d'application du mécanisme de règlement ne méconnaissent pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹³⁹. D'autre part, le tribunal institué par la section F du chapitre 8 de l'AECG respecte les principes d'indépendance et d'impartialité¹⁴⁰ ainsi que ceux d'égalité devant la loi¹⁴¹. Selon la CJUE¹⁴², un accord international prévoyant la création d'une juridiction pour l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient l'UE est compatible avec le droit de l'Union, à condition que l'accord ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE.

Dans son avis rendu consécutivement à la demande du Royaume de Belgique au titre de l'article 218, paragraphe 11 TFUE¹⁴³, l'avocat général Yves Bot a indiqué que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États de l'AECG repose sur deux fondements : « la référence explicite au droit des Parties contractantes de régler dans l'intérêt général » et « la volonté de tendre vers un système juridictionnel caractérisé, notamment, par l'indépendance et l'impartialité de ses membres »¹⁴⁴. Il est ainsi entendu que le nouveau mécanisme de règlement des

¹³⁷ *Id.*, par. 23.

¹³⁸ *Id.*, par. 22-28.

¹³⁹ *Id.*, par. 29.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 31-34.

¹⁴¹ *Id.*, par. 36-40.

¹⁴² CJUE, « Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) est compatible avec le droit de l'Union », communiqué de presse n° 52/19, Luxembourg, 30 avril 2019, en ligne : <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052fr.pdf>> (consulté le 20 mai 2021).

¹⁴³ *Demande d'avis présentée par le Royaume de Belgique au titre de l'article 218, paragraphe 11 du TFUE*, avis n° 1/17, conclusions de l'avocat général M. Yves Bot, 29 janvier 2019, en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0001%2801%29-c-ECR_62017CC0001_01_FR_01-E0004> (consulté le 20 mai 2021).

¹⁴⁴ *Id.*, par. 21.

différends investisseurs-États, pour être jugé compatible avec le droit de l'Union, doit pouvoir en préserver l'autonomie. Et la préservation de l'autonomie du droit de l'Union est garantie par un système juridictionnel qui assure la cohérence et l'unité dans l'interprétation du droit de l'UE¹⁴⁵. Les juridictions nationales garantissent la pleine application et protection du droit de l'UE et la CJUE possède une compétence exclusive dans l'interprétation, via la procédure de renvoi préjudiciel¹⁴⁶. Si le tribunal institué sous le chapitre 8 de l'AECG peut interpréter les dispositions de l'AECG, il ne pourra ni appliquer ni interpréter le droit européen.

En ce qui concerne les services financiers et la propriété intellectuelle

L'AECG intègre dans son champ d'application le commerce transfrontière des services, qui désigne la fourniture d'un service, soit en provenance de l'UE et à destination du Canada ou inversement, soit le service fourni sur le territoire d'une Partie à l'intention d'un consommateur de services de l'autre Partie¹⁴⁷. Comme le commerce des marchandises, les dispositions relatives au commerce des services font partie intégrante des mesures relevant de l'application provisoire. Mais le chapitre 9 de l'AECG exclut de son champ d'application une série de services, dont les services financiers, pour les soumettre à des dispositions particulières¹⁴⁸.

En ce qui concerne les services financiers, ils bénéficient dans l'AECG d'un traitement spécifique prévu au chapitre 13 de l'Accord¹⁴⁹. Au sens de l'article 13.1 de l'AECG, le « service financier désigne un service de caractère financier, y compris les services d'assurance et services connexes, les services bancaires et autres services financiers (à l'exclusion de l'assurance), et les services accessoires ou auxiliaires d'un service de caractère financier »¹⁵⁰. Plus précisément, le chapitre 13 de l'AECG s'applique aux mesures concernant les institutions financières instituées sur le territoire de chacune des Parties à l'AECG, aux investissements d'une Partie vers les

¹⁴⁵ Jérémy JOURDAN-MARQUESLE, « Chronique d'arbitrage : la CJUE surmonte (timidement) sa réticence vis-à-vis de l'arbitrage », *Dalloz actualités*, 7 juin 2019, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/chronique-d-arbitrage-cjue-surmonte-timidement-sa-reticence-vis-vis-de-l-arbitrage#.X86sHun0k1I>> (consulté le 20 mai 2021).

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ AECG, art. 9.1.

¹⁴⁸ *Id.*, art. 9.2.

¹⁴⁹ *Id.*, chap. 13.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 13.1.

institutions financières de l'autre Partie, ainsi qu'au commerce trans-frontière des services financiers¹⁵¹. Mais le régime juridique applicable aux services financiers fait bien la distinction entre les investissements au sens du chapitre 13 de l'AECG et ceux au sens du chapitre 8 de l'Accord. En d'autres termes, l'AECG n'entend pas soumettre les investissements directs étrangers, ainsi que le nouveau mécanisme de règlement des différends prévu dans le cadre de ce type d'investissement et les investissements de portefeuille à un même traitement juridique. Et cette différenciation dans le traitement juridique est aussi tributaire du principe de la répartition des pouvoirs entre les institutions de l'UE et de l'application provisoire.

En effet, en respect du principe de l'attribution des compétences dans l'UE, la Décision du Conseil de l'UE relative à l'application provisoire exclut certaines dispositions relevant du chapitre 13 de l'AECG de l'application provisoire¹⁵². En substance, il est prévu que :

[L]es dispositions suivantes du chapitre treize de l'accord ("services financiers") ne sont pas appliquées à titre provisoire dans la mesure où elles concernent des investissements de portefeuille, la protection des investissements ou la résolution des différends relatifs aux investissements survenant entre investisseurs et États : – l'article 13.2, paragraphes 3 et 4, – les articles 13.3 et 13.4, l'article 13.9, et l'article 13.21.¹⁵³

Dans son avis sur l'Accord de libre-échange entre l'Union et Singapour, la CJUE avait précisé que les investissements de portefeuille et le règlement des différends relatifs aux investissements relevaient d'une compétence partagée entre l'UE et ses États membres. Plus précisément, la Cour a réfuté les arguments de la Commission européenne, selon lesquels la compétence de l'UE en matière d'IDÉ est exclusive dès lors que l'objet du chapitre portant sur les IDÉ est la protection des IDE et non leur admission. Selon la CJUE, il est clair que la compétence de l'Union est exclusive lorsque les IDÉ produisent des effets directs et immédiats sur les échanges et présentent un lien spécifique avec les échanges. Pour les autres types d'investissement, la compétence est partagée, dans la mesure où la conclusion d'un accord international en matière d'investissements étrangers autres que directs n'est pas prévue, en l'état actuel du droit de l'Union dans un acte législatif de l'Union au sens de l'article 3, paragraphe 2 du

¹⁵¹ *Id.*, chap. 13.2.

¹⁵² Décision 2017/38.

¹⁵³ *Id.*, art. 1b).

TFUE. La conclusion d'un tel accord n'apparaissait pas nécessaire pour permettre à l'Union d'exercer sa compétence interne au sens dudit article.

Il apparaît clairement que pour déterminer le champ de la compétence exclusive de l'Union, et donc la portée de l'application provisoire des dispositions relevant des accords économiques de nouvelle génération, il importe de démontrer que les matières considérées ont : 1) un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux; 2) que leurs objectifs consistent à promouvoir, faciliter et à régir les échanges; 3) qu'elles entretiennent des liens directs et immédiats avec les échanges.

C'est sur le fondement de ces trois critères que la Cour dans son Avis 2/15, a reconnu que les dispositions régulant les droits de propriété intellectuelle visent, d'une part, à « faciliter la production et la commercialisation de produits innovants et créatifs et la fourniture de services entre les parties » et à « accroître les avantages découlant des échanges commerciaux et des investissements ». D'autre part, que le chapitre sur la propriété intellectuelle ne « s'inscrit nullement dans le cadre de l'harmonisation des législations des États membres de l'Union, mais a pour objet de régir la libéralisation des échanges entre l'Union et la République de Singapour »¹⁵⁴. Enfin, les dispositions prévues dans le cadre du chapitre sur la propriété intellectuelle sont de « nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour »¹⁵⁵. Ainsi, seul l'article 20.12 de l'AECG sera exclu de l'application provisoire en ce qu'il prévoit des procédures et sanctions pénales applicables dans chacune des Parties contre les violations des législations nationales en matière de droits d'auteur¹⁵⁶. Il en sera de même pour les dispositions relatives à la transparence¹⁵⁷, de procédure d'appel dans le cadre de procédure administrative au niveau des États membres¹⁵⁸ ou en matière de fiscalité¹⁵⁹.

Ces mesures relèvent de la compétence des États membres de l'Union tant qu'elles « n'obligent pas les autorités de l'Union » et « reflètent le fait que tant l'Union que les États membres devront, lors de l'application de cet accord, respecter les principes généraux et les droits fondamentaux de

¹⁵⁴ Avis 2/15, par. 126.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 159.

¹⁵⁶ AECG, art. 20.12.

¹⁵⁷ *Id.*, art. 27.3

¹⁵⁸ *Id.*, art. 27.4

¹⁵⁹ *Id.*, art. 28.7

l'Union, tels que ceux de bonne administration et de protection juridictionnelle effective »¹⁶⁰.

*
* *

L'AECG établit un pont entre le Canada et l'Union européenne. Mais au-delà de ce pont, l'AECG pose les jalons d'un droit économique transatlantique. Dans la mise en œuvre de ce droit, les défis sont nombreux et parmi ceux-ci, il y a la capacité des institutions de part et d'autre de l'Atlantique d'assurer la mise en œuvre des engagements pris par les autorités institutionnelles compétentes. En nous intéressant à la question de l'application provisoire, il est apparu très clairement qu'au-delà de l'aspect technique du mécanisme, l'application provisoire pourrait constituer à l'avenir le moyen le plus commode et le plus adapté aux complexités institutionnelles de part et d'autre de l'Atlantique. Dans un contexte où l'arrivée au pouvoir d'un nouveau président américain est susceptible de relancer les négociations entre l'UE et les États-Unis concernant le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, il ne sera pas surprenant que la procédure de l'application provisoire puisse être encore choisie pour permettre la mise en œuvre de ce futur traité.

¹⁶⁰ Avis 2/15, par. 284.