

LE RÔLE DES PROVINCES LORS DE LA CONCLUSION DES TRAITÉS : LES LEÇONS À TIRER DES PRATIQUES COMMUNAUTAIRES

France Morrissette

Volume 21, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068880ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068880ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morrissette, F. (2008). LE RÔLE DES PROVINCES LORS DE LA CONCLUSION DES TRAITÉS : LES LEÇONS À TIRER DES PRATIQUES COMMUNAUTAIRES. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(2), 99–128.
<https://doi.org/10.7202/1068880ar>

Article abstract

This study begins with an exposition of the Canadian and European Community procedures for the conclusion of international agreements. Against this background, the existing mechanisms for the participation of the Canadian provinces and the member States of the Community are described, then evaluated. The purpose is to measure the extent to which Canada and the Community succeed, in the course of this process, in ensuring dialogue and the respect of the federal principle. Finally, as its ultimate objective, the study reflects on the nature of steps that would ensure that the provinces have an active, regular and predictable role to play in the course of Canadian treaty conclusion. With this idea in mind, the European Community's solutions on this point are therefore examined, as a source of inspiration – original and interesting – for further progress in the Canadian model.

LE RÔLE DES PROVINCES LORS DE LA CONCLUSION DES TRAITÉS : LES LEÇONS À TIRER DES PRATIQUES COMMUNAUTAIRES*

*France Morrissette***

Dans cette étude, nous faisons d'abord l'analyse des procédures canadienne et communautaire de conclusion des accords internationaux. Ensuite, sur cette toile de fond, nous décrivons puis évaluons les mécanismes existants d'intervention des provinces canadiennes et des États membres de la Communauté européenne, afin de mesurer jusqu'à quel point le Canada et la Communauté s'efforcent et réussissent à y assurer le respect du principe fédéral. Finalement, le but ultime de notre étude est de réfléchir sur l'existence de remèdes qui seraient de nature à garantir aux provinces un rôle actif, prévisible et constant à l'occasion de la procédure canadienne de conclusion des traités. C'est précisément avec cette idée en tête, que nous avons étudié les solutions communautaires sur ce point, en pensant qu'elles pourraient possiblement constituer pour nous une source d'inspiration originale et intéressante.

This study begins with an exposition of the Canadian and European Community procedures for the conclusion of international agreements. Against this background, the existing mechanisms for the participation of the Canadian provinces and the member States of the Community are described, then evaluated. The purpose is to measure the extent to which Canada and the Community succeed, in the course of this process, in ensuring dialogue and the respect of the federal principle. Finally, as its ultimate objective, the study reflects on the nature of steps that would ensure that the provinces have an active, regular and predictable role to play in the course of Canadian treaty conclusion. With this idea in mind, the European Community's solutions on this point are therefore examined, as a source of inspiration – original and interesting – for further progress in the Canadian model.

* Cette étude fut présentée lors du colloque « L'État en transition : Défis pour le fédéralisme canadien » (Ottawa, 23 au 25 octobre 2008). Elle précède donc l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne*.

** France Morrissette est professeure à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa. L'auteure est titulaire d'une licence en droit de l'Université de Montréal et d'un diplôme de deuxième cycle en criminologie de l'Université de Cambridge. Elle est également détentrice d'un DEA de Relations et Coopération internationales de l'Université de droit, d'économie et de sciences politiques d'Aix-Marseille ainsi que d'un Doctorat en Relations et Coopération internationales qu'elle a obtenu de la même université avec la mention très bien.

Dans cette étude, nous analyserons les mécanismes qui furent mis en place au Canada et dans la Communauté européenne (CE) pour faire participer les provinces et territoires canadiens¹ ainsi que les États membres de la CE lors des processus de négociation et de conclusion des traités². Afin de bien ancrer cette étude, nous allons d'abord établir le cadre juridique dans lequel interviennent les provinces et les États membres, ce qui nous conduira à expliquer brièvement les procédures canadienne et communautaire de conclusion³ des accords internationaux.

Le but ultime de notre analyse est de présenter quelques propositions pour promouvoir le principe fédéral⁴ au Canada et améliorer la participation des provinces canadiennes lors des processus de négociation et de conclusion des traités qui affectent leurs champs de compétences constitutionnelles. C'est précisément avec cette idée en tête que nous avons étudié les pratiques communautaires, en pensant qu'elles pourraient possiblement constituer une source d'inspiration originale. Dans les pages qui suivent, une attention particulière sera apportée aux accords commerciaux et environnementaux. En plus d'être susceptibles d'affecter la juridiction des provinces, rendant ainsi nécessaire la mise en œuvre législative provinciale, ils sont de nature à avoir un impact considérable sur l'organisation de la société, ce qui, à notre avis, rend l'intervention des provinces encore plus indispensable.

¹ Pour alléger le texte, toute référence aux « provinces » inclut « les territoires »; Cette étude et, sauf indication contraire, les sites Internet cités sont à jour en date du 16 mars 2009.

² Le processus de négociation comprend les étapes qui précèdent la procédure d'adoption, soit le moment où le texte d'une convention est arrêté. Voir l'article 9 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 et son commentaire dans Commission du droit international, « Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires », 1966 II Annuaire de la Commission du droit international, 7, aux pp.15-16; Le processus de conclusion couvre l'authentification suivie de la ratification, de la signature pour un accord en forme simplifiée ou de l'adhésion. Précisons de plus que cette étude porte uniquement sur les traités conclus par la Communauté européenne dans ses champs de compétences. Les États membres conservent bien entendu la capacité de conclure des traités dans les compétences qui ne sont pas dévolues expressément ou implicitement à la Communauté. Voir pour plus de détails, *infra* note 126.

³ Le processus de négociation forme avec le processus de conclusion ce que nous nommons la procédure de conclusion.

⁴ Par principe fédéral, nous entendons le principe qui favorise l'unité d'une entité fédérale par la coopération et le respect de l'autonomie et des intérêts légitimes des États membres et par le rôle véritable qui leur est réservé. À titre d'exemple, la conduite centralisée et unitaire des relations extérieures d'une fédération par le pouvoir central ne serait pas conforme au principe fédéral.

I. La procédure de conclusion des traités au Canada⁵

A. Le processus de négociation des traités au Canada

1. LE DÉROULEMENT DU PROCESSUS CANADIEN DE NÉGOCIATION DES TRAITÉS

Dès qu'il y a accord entre le Canada et certains États pour régler une question au moyen d'un traité, « la phase exploratoire » commence. Du côté canadien, il s'agit de mettre en marche, au niveau gouvernemental, un processus de consultations destiné à rassembler les éléments nécessaires pour identifier les secteurs particuliers, les préoccupations et les intérêts canadiens qui seront en jeu lors des futurs pourparlers⁶.

Cette étape est supervisée par le Bureau du Conseil privé⁷. Dépendant de la nature de la convention envisagée, plusieurs ministères peuvent être impliqués. Ainsi, pour l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁸, la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement (CNUED)⁹ de 1992 et le Sommet mondial sur le développement durable (SMDD) de 2002, de dix à vingt ministères ont collaboré en moyenne à leur préparation¹⁰. Durant cette phase,

⁵ Voir pour des précisions France Morrisette, *Les procédures canadienne et communautaire de conclusions des traités : Démocratie, équilibre institutionnel et principe fédéral : Leçons à tirer de la Communauté européenne*, Collection bleue, Montréal, Wilson&Lafleur, 2008 [Morrisette, *Procédures canadienne et communautaire*]. Voir également A.E. Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968 à la p. 10 [Gotlieb, *Treaty-Making*]; Commerce international Canada, *Accords commerciaux internationaux et administrations locales : Un guide pour les municipalités canadiennes* (Guide), Annexe E : « Principales étapes à suivre en vue de la négociation, de la mise en oeuvre et de la gestion des accords de libre-échange », 2005 à la p. 1, en ligne : Affaires étrangères et Commerce international Canada <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Annexe-fr.pdf>> [CI, Annexe E]; Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers : Organic Constitutionalism at Work*, New York, Peter Lang, 2009.

⁶ Morrisette, *Procédures canadienne et communautaire, ibid.*, à la p. 6; Gotlieb, *Treaty-Making, ibid.* à la p. 10; CI, Annexe E, *ibid.* à la p. 1; Joan Atkinson (Bureau du Conseil privé), Témoignages, Comité permanent de la condition féminine, Chambre des communes, 38^e législature, 1^{re} session, réunion 24, mardi le 22 mars 2005, aux para. 1545, 1555, 1645 et 1650, en ligne : <<http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceId=126672&Lang=2&PARLSES=381&JNT=0&COM=8997>> [Atkinson]; Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, « Élaboration de la politique commerciale canadienne : consultations auprès des intervenants et recherche en politique gouvernementale » par Dan Ciuriak dans Dan Ciuriak et John. M. Curtis, dir., *Les recherches en politique commerciale*, Ottawa, Ministre des travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, 2004 à la p. 5, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/eet/research/TPR-2004/TPR-2004-fr.asp>> [Ciuriak].

⁷ Bureau du Conseil privé, « Au sujet du BCP », en ligne : Bureau du Conseil privé <<http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=about-apropos>>.

⁸ *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

⁹ Ci-après *Conférence de Rio, Sommet de la terre de Rio ou Sommet Planète-Terre de Rio*.

¹⁰ Voir Ciuriak, *supra* note 6 aux pp. 4-5; Direction de la recherche parlementaire, *Le Sommet de la Terre de Rio : Sommaire de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement* par Stéphanie Meakin, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1992 à la p. 3 en ligne : Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP-f/bp317-f.pdf>>; Secrétariat canadien du Sommet de la Terre 2002, « Le Canada au SMDD : rapport national », Ottawa, 2002, en ligne : <http://www.wssd.gc.ca/Canada_at_wssd/national_report_f.cfm>.

une évaluation environnementale de l'accord envisagé est également effectuée¹¹.

Une fois complétées les étapes susmentionnées, il faut ensuite obtenir « l'approbation politique du Cabinet »¹². Dans cette optique, le ministère des Affaires étrangères prépare un mémoire, sous l'œil critique du Bureau du Conseil privé¹³, avec la collaboration, le cas échéant, des autres ministères intéressés par l'éventuelle convention¹⁴. Ce mémoire suggère notamment¹⁵ les instructions devant guider les tractations. Sur cette base, le Cabinet finalisera et entérinera le mandat de négociation¹⁶.

Enfin, selon la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*¹⁷, « la conduite des négociations » relève du ministre des Affaires étrangères¹⁸, lequel approuve, en conséquence, la délégation canadienne chargée de les mener concrètement¹⁹. Comme la constitution canadienne confère à l'exécutif la compétence exclusive en matière de conclusion des traités, le Parlement canadien ne joue donc aucun rôle officiel lors du processus de négociation²⁰.

¹¹ *Directive du Cabinet sur l'évaluation environnementale des projets de politiques, de plans et de programmes* (Directive), 1990 (révisée en 1999 et en 2004), en ligne : <http://www.ceaa.gc.ca/016/directive_f.htm>. Pour s'y conformer, le ministère des AÉCI prépara un *Cadre pour l'évaluation environnementale des négociations commerciales* (Cadre), en ligne : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ds/Environment.aspx?lang=fr>>.

¹² CI, Annexe E, *supra* note 5 à la p. 2.

¹³ Atkinson, *supra* note 6, aux para. 1545, 1555 et 1615; Ciuriak, *supra* note 6 à la p. 5; Entrevue de Pierre Desmarais, Directeur adjoint, Consultations et liaison, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (10 juin 2007) [Entrevue].

¹⁴ Ciuriak, *ibid.* aux pp. 3 et 5.

¹⁵ Il analyse aussi les divers enjeux et risques connexes de l'accord projeté et inclut les résultats de l'évaluation environnementale. Atkinson, *supra* note 6 au para. 1545; Ciuriak, *ibid.* à la p. 4; CI, Annexe E, *supra* note 5 à la p. 1.

¹⁶ CI, Annexe E, *ibid.* note 5 à la p. 2; Commerce international du Canada, *Accords commerciaux internationaux et administrations locales : Un guide pour les municipalités canadiennes, Annexe A, Négociations et accords de libre-échange du Canada - Un aperçu*, 2005, à la p. 18, en ligne : <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/AnnexA-fr.pdf>>; Ciuriak, *ibid.* aux pp. 3-4.

¹⁷ Voir Gotlieb, *Treaty-Making*, *supra* note 5 aux pp. 4-6; M. Copithorne, « Canada » dans M. Leigh, M.R. Blakeslee et L.B. Ederington, dir., *National Treaty Law and Practice: Canada, Egypt, Israel, Mexico, Russia, South Africa*, Washington, American Society of International Law, 2003, à la p. 1; *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. 1985 c. E-22, art. 2-5, 10(2).

¹⁸ Direction de la recherche parlementaire, *Les traités internationaux : La pratique canadienne* par Daniel Dupras, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2000, aux pp. 4-5, en ligne : Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/PRB-f/PRB0004-f.pdf>> [Dupras]; Sophie Bernier, *Le déficit démocratique dans la négociation commerciale internationale : une dynamique politique canadienne*, essai de maîtrise en études internationales, Université Laval, (2002) [non publié] aux pp. 17-18, en ligne : Institut québécois des hautes études internationales <http://www.hei.ulaval.ca/formation/maitrise_en_etudes_internationales/essai/>; Entrevue, *supra* note 13; CI, Annexe E, *supra* note 5 à la p. 2.

¹⁹ Entrevue, *ibid.*; Joanna Harrington, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: Re-Establishing a Role for Parliament », (2005) 50 R.D. McGill 465, aux pp. 475-76 [Harrington, « Redressing »]; Copithorne *supra* note 17; Dupras, *supra* note 18 à la p. 4.

²⁰ Gotlieb, *Treaty-Making*, *supra* note 5 aux pp. 4-5; J.-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2006 à la p. 173 [Arbour].

Voyons à présent comment le Canada organise les mécanismes de consultation provinciale pendant les différentes phases de ce processus.

2. CONSULTATION DES PROVINCES LORS DU PROCESSUS CANADIEN DE NÉGOCIATION DES TRAITÉS

Le rôle joué par les provinces lors du processus de négociation se justifie par les deux éléments suivants. D'une part, le dualisme canadien qui impose l'intervention du pouvoir législatif pour introduire une convention dans l'ordre juridique interne afin que les tribunaux canadiens puissent en tenir compte²¹. D'autre part, il y a l'affaire des *Conventions de travail* qui départage entre le fédéral et les provinces le pouvoir de mettre en œuvre les traités selon la classification constitutionnelle des sujets dont ils traitent et qui impose, du même coup, la coopération fédérale-provinciale pour l'exécution d'une convention traitant à la fois de sujets fédéraux et provinciaux²².

En conséquence, il existe au Canada un cadre général complexe de relations intergouvernementales. À chaque année, de multiples réunions fédérales-provinciales-territoriales sont organisées au niveau des premiers ministres, des ministres et des hauts fonctionnaires et ce, dans presque tous les secteurs d'activité gouvernementale. Ces rencontres visent notamment à favoriser l'harmonisation des politiques, des interventions et des programmes entre les deux niveaux de gouvernement. Parfois, elles permettent l'élaboration conjointe de stratégies. Quand certains traités sont envisagés ou en cours de négociation, ces réunions deviennent quelquefois, comme nous le verrons plus loin, un forum idéal où les provinces et le fédéral peuvent recevoir de l'information, faire valoir leurs opinions et élaborer des stratégies et positions de négociation qui soient acceptables pour les deux ordres de gouvernement. Pour assurer les services techniques et administratifs de ces nombreuses conférences, les premiers ministres fédéraux et provinciaux ont créé, en 1973, le Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes²³.

a) *La pratique relative aux mécanismes de consultation des provinces*

i. Le traité commercial

En matière commerciale, le processus de consultation provinciale a vu le jour

²¹ Vu le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui réfère aux principes britanniques (*Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*]); Arbour, *ibid.* aux pp. 172-73, 177-79. Les traités de prérogative font exception à cette règle. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Thompson Carswell, 2007 à la p. 11.4 (a) [Hogg, *Constitutional Law*].

²² *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326 [Affaire des *Conventions de travail*]. Pour une traduction française, voir Jacques-Yvan Morin, Francis Rigaldies et Daniel Turp, *Droit international public : notes et documents*, 3^e éd., Tome II, Montréal, Thémis, 1997 à la p. 757 [Morin].

²³ Ci-après Secrétariat. Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, « Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes : notre rôle », en ligne : <http://www.scics.gc.ca/role_f.html> [Secrétariat].

uniquement lors du cycle de Tokyo²⁴, car pour la première fois des atteintes possibles aux pouvoirs des provinces pouvaient en résulter²⁵. Ce dernier phénomène est d'ailleurs allé en s'accroissant avec le cycle d'Uruguay, l'*Accord de libre-échange (ALÉ)*²⁶ et l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)*²⁷.

Un Comité fédéral-provincial *ad hoc* composé de sous-ministres fut alors créé en 1975 et placé en 1977 sous la présidence du coordinateur canadien J.H. Warren²⁸. Ayant donné satisfaction tant aux provinces qu'au pouvoir central²⁹, ce précédent inspira la mise en place du mécanisme de consultation des provinces³⁰ pour les négociations sur l'*ALÉ* avec les États-Unis³¹. Les pourparlers relatifs à l'*ALÉ* furent ainsi conduits par le Bureau des négociations commerciales (BNC), composé entièrement de négociateurs fédéraux et dirigé par le négociateur en chef Simon Reisman. Ce dernier dut également, à compter de janvier 1986, présider les réunions mensuelles d'un Comité permanent sur les négociations commerciales (CPNC)³² qui regroupait des hauts fonctionnaires tant provinciaux que fédéraux. Jusqu'à cette époque, l'organisation mise en place pour les négociations sur l'*ALÉ*, tout comme lors du cycle de Tokyo, se caractérisait par son caractère *ad hoc* entièrement soumis au bon vouloir des négociateurs fédéraux.

Cela allait changer le 2 juin 1986. Les premiers ministres provinciaux et fédéraux conclurent une entente qui rendit l'organisation des négociations de l'*ALÉ* et des consultations provinciales beaucoup plus prévisible et certaine pour les provinces. Cette entente prévoyait, entre autres : que les premiers ministres se rencontreraient au trois mois et les ministres du commerce au besoin pour évaluer les progrès des

²⁴ Gilbert R. Winham, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Princeton, Princeton University Press, 1986 à la p. 336 [Winham, *International Trade*].

²⁵ *Ibid*; Ivan Bernier, « La Constitution canadienne et la réglementation des relations économiques internationales au sortir du Tokyo Round » (1979) 20 C. de D. 673.

²⁶ *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique*, 2 janvier 1988, R.T. Can. 1989 n° 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1989) [ALÉ].

²⁷ *Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 n° 2, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA]. Les négociations portent sur des domaines qui potentiellement intéressent les provinces, comme les services, l'investissement, les marchés publics, etc. (Vilaysoun Loungnarath, « La participation des provinces canadiennes et en particulier du Québec à la négociation de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis » (1987) 4 R.Q.D.I. 9 [Loungnarath]); Robert Howse, « NAFTA and the Constitution: Does *Labour Conventions* Really Matter Any More? » (1994) 5 Forum Constitutionnel 54; H.S. Fairley, « Jurisdiction Over International Trade in Canada: The Constitutional Framework » dans Emily Carasco et Maureen Irish, dir., *The Legal Framework for Canada-United States Trade*, Toronto, Carswell, 1987, 131; Douglas M. Brown, « Canadian Federalism and Trade Policy: The Uruguay Round Agenda » dans Ronald L. Watts et Douglas M. Brown, *Canada: The State of the Federation*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queens University, 1989, 211 [Brown, « Uruguay Round »].

²⁸ Sur le rôle du « coordinateur canadien », voir Winham, *supra* note 24 aux pp. 336-38.

²⁹ *Ibid.* aux pp. 339 et s.

³⁰ Note de service « Provinces involvement in MTN » de C. Garneau à A. Nymark du 28 avril 1986 (obtenue par requête selon la *Loi canadienne sur l'accès à l'information (Loi sur l'accès à l'information)*, L. R., 1985, c. A-1 [L.C.A.I.]), présentée le 12 septembre 1997 au MAÉCI, dossier n° A-3667).

³¹ Qui se déroulèrent de septembre 1985 à décembre 1987.

³² En anglais, « Continuing Committee on Trade Negotiations » (CCTN).

négociations; que la conduite des négociations relèverait exclusivement du négociateur en chef; qu'il n'y aurait pas de représentants provinciaux au sein du BNC et lors des séances de négociations avec les Américains; que le mandat du négociateur en chef serait établi par le gouvernement fédéral en consultation avec les premiers ministres et ministres du commerce provinciaux; qu'il y aurait des consultations continues avec les provinces au sein du CPNC et que le gouvernement fédéral rechercherait formellement l'opinion de toutes les provinces avant d'endosser une entente³³. Le mécanisme ainsi instauré était donc empreint d'un certain formalisme et réservait en outre un rôle effectif pour les provinces.

Pendant plus d'un an, soit de septembre 1986³⁴ à décembre 1987³⁵ les négociations bilatérales de l'ALÉ et multilatérales du cycle d'Uruguay se sont chevauchées. Les négociations multilatérales étaient, quant à elles, menées par le Bureau des négociations commerciales multilatérales, avec Gerald Shannon, comme négociateur en chef³⁶. En janvier 1987, le gouvernement fédéral déclara³⁷ que l'entente du 2 juin 1986 régirait l'organisation de la participation des provinces tant pour les négociations commerciales multilatérales que bilatérales et ce, jusqu'à ce que les premiers ministres en décident autrement. Durant cette période, les réunions des premiers ministres, des ministres du commerce et du CPNC portèrent à la fois sur les négociations du cycle d'Uruguay et de l'ALÉ³⁸.

L'entente du 2 juin 1986 fut, de l'avis d'un observateur direct³⁹, respectée par tous les intervenants canadiens jusqu'en septembre 1987, moment où l'Ontario, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard retirèrent leur appui à l'ALE par des déclarations et des fuites à la presse et où le négociateur en chef Reisman rompit également les négociations formelles en raison de l'intransigeance américaine⁴⁰. Suite à cette rupture du processus formel des négociations avec les États-Unis, une phase politique des pourparlers débuta à la place dans lequel certains ministres-clés fédéraux se sont directement impliqués⁴¹. Pendant cet épisode politique, les provinces, dont le fédéral se méfiait depuis les fuites à la presse, furent à peine consultées. Seules certaines consultations informelles eurent lieu avec celles qui étaient toujours demeurées

³³ Douglas M. Brown, « The Federal-Provincial Consultation Process » dans Peter M. Leslie et Ronald L. Watts, dir., *Canada: The State of the Federation*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queens University, 1987-1988, 77 à la p. 83 [Brown, « Consultation »]. Cette entente ne fit pas l'objet d'un communiqué officiel des premiers ministres.

³⁴ Début des négociations du cycle d'Uruguay.

³⁵ Fin des négociations de l'ALÉ.

³⁶ E. Kalbfuss, « Québec names two Special Advisers to sit in with Canada at GATT talks » *The Gazette [de Montreal]* (4 février 1990) A5.

³⁷ Téléx « MTN:Federal/Provincial Dimension » envoyé à Genève le 5 janvier 1987 (obtenu par requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 30).

³⁸ Brown, « Consultation », *supra* note 33 aux pp. 86-87. Voir l'ordre du jour des réunions du 27 janvier 1987 et du 25 février 1987 du CPNC, le calendrier, suggéré le 4 février 1987, des rencontres du CPNC et des premiers ministres du Canada pour l'année 1987, (Documents obtenus par requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 30).

³⁹ Brown, *ibid.* à la p. 77.

⁴⁰ Ces provinces réclamaient des consultations populaires sur l'ALÉ (*Ibid.* aux pp. 85-90)

⁴¹ *Ibid.* à la p. 89.

favorables à l'ALÉ⁴². Finalement, les 16 et 17 décembre 1987, la version complète du texte juridique de l'ALÉ fut ultimement passée en revue à une séance du CPCN puis à une rencontre au niveau des premiers ministres, au cours desquelles sept gouvernements provinciaux sur dix lui donnèrent leur appui⁴³. C'est ainsi que prit fin l'application de l'entente formelle du 2 juin 1986.

Une fois les négociations concernant l'ALÉ terminées, le cycle d'Uruguay se poursuivit jusqu'en avril 1994. Du 12 juin 1991 au 12 août 1992 cette ronde fut menée en parallèle avec les pourparlers sur l'ALÉNA entre les États-Unis, le Canada et le Mexique qui furent conduits par le bureau des négociations commerciales de l'ALÉNA et le négociateur en chef John Weekes. Tant pour la poursuite du cycle d'Uruguay que pour l'ALÉNA, les consultations provinciales se sont poursuivies en s'inspirant *grosso modo* du modèle établi dans l'accord fédéral-provincial du 2 juin 1986⁴⁴, sans toutefois ne jamais y référer expressément ni tenter de le raviver formellement. Il y eut ainsi des rencontres fédérales-provinciales au niveau des premiers ministres et des ministres en charge du commerce. En outre, le Comité fédéral-provincial sur le commerce composé de haut fonctionnaires, renommé C-Commerce⁴⁵, a repris ses activités durant cette période, en se réunissant au moins à tous les deux mois « *to review the negotiating agenda, discuss the Canadian position and exchange data and analysis* »⁴⁶. De plus, durant le cycle d'Uruguay, « *Provincial Ministers and officials have been welcomed in Geneva and have been assisted by the Canadian Delegations in making the rounds to other delegations* [nos soulignements] »⁴⁷. Pendant toute cette période, les consultations avec les provinces ont conservé un caractère *ad hoc* non institutionnalisés⁴⁸, marquant ainsi un retour à un processus informel et dépendant de la volonté du gouvernement fédéral.

Depuis la fin du cycle d'Uruguay en 1994, le modèle de coopération fédérale-provinciale décrit au paragraphe précédent continue encore aujourd'hui pour toute négociation commerciale intéressant le Canada, tels le cycle de Doha et la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). On y a aussi recours même en l'absence de pourparlers menant à une convention ou quand il s'agit de mettre en œuvre un traité.

Plus précisément, à l'heure actuelle, en plus des rencontres annuelles des premiers ministres du Canada, les ministres⁴⁹ et sous-ministres responsables du

⁴² *Ibid.* aux pp. 90-91.

⁴³ *Ibid.* à la p. 91. L'Ontario, l'Île-du-Prince-Édouard et le Manitoba s'opposèrent.

⁴⁴ Il est fait référence à cet accord dans Brown, « Consultation », *supra* note 33.

⁴⁵ Annexe 1, *Current Status of Federal/Provincial interaction in Trade Policy and Trade Negotiations*, annexé à une lettre, datée du 6 juin 1997, de Helmut Mach (Federal and Provincial Intergovernmental Affairs, Alberta) adressée à Len Edwards (Trade and Economic Policy, DFAIT) et Guy Beaupré (Federal-Provincial Relations), (Document obtenu par requête selon la *L.C.A.I.* présentée en septembre 1997 au Bureau du Conseil privé, dossier no. 135-2/97-A-0079) [*Current Status*].

⁴⁶ Brown, « Uruguay Round », *supra* note 27 à la p. 229. Voir les ordres du jour de réunions obtenus par requête suivant la *L.C.A.I.*, *supra* note 30.

⁴⁷ Brown, « Uruguay Round », *ibid.*

⁴⁸ Sylvie Scherrer, « La pratique québécoise en matière de traités, accords et autres instruments internationaux » dans *Actes de la XI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 123 à la p. 144.

⁴⁹ Pour des exemples de telles rencontres, voir Affaires étrangères et Commerce international Canada,

commerce fédéral, provinciaux et territoriaux se réunissent environ une fois par an pour discuter notamment des priorités en matière de politique commerciale, de la stratégie canadienne dans les négociations commerciales et de l'évolution des pourparlers commerciaux en cours. De plus, un groupe de hauts fonctionnaires se rencontrent à tous les trois mois dans le cadre du Comité fédéral-provincial-territorial du commerce, soit le C-Commerce. Ces rencontres se veulent des séances d'information sur une panoplie de questions commerciales courantes ou nouvelles concernant le Canada. Elles constituent également un forum fédéral-provincial de discussion dans ces domaines⁵⁰, ce qui est particulièrement important en temps de négociations. « En outre, le ministre du Commerce international [fédéral] : maintient des réseaux intranet; permet l'accès à plusieurs sites web restreints; organise de nombreuses conférences téléphoniques avec les provinces; facilite le partage de documents et d'informations à jour »⁵¹. Ceci permet de garder les provinces au courant de tous les développements nouveaux ainsi que d'obtenir, si nécessaire, leurs réactions le plus rapidement possible.

ii. Le traité sur l'environnement

Comme les provinces et le gouvernement fédéral se partagent la compétence en matière d'environnement, Ottawa a réalisé au début des années 1990 que, même s'il détenait le *jus tractatum*, la consultation demandée par les provinces était nécessaire lors du processus de négociation des conventions environnementales, si l'on voulait conclure des ententes qui soient respectées par la suite⁵². Le mécanisme général de coordination et de consultation sur les questions environnementales est le Conseil canadien des ministres de l'environnement (CCME)⁵³ dont les réunions sont servies par le Secrétariat⁵⁴. Ce Conseil se compose des ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux de l'environnement. Il se réunit au moins une fois par

« On vous écoute : Autres mécanismes : Rencontre fédérale-provinciale-territoriale des ministres du commerce », en ligne : MAECI <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/goods-produits/fedprovterr.aspx?lang=fr>> [MAECI, « On vous écoute »].

⁵⁰ Ciuriak, *supra* note 6 aux pp. 6-7; Affaires étrangères et Commerce international Canada, *International Trade Agreements and Local Government: A Guide for Canadian Municipalities* (Guide), A.I., Affaires étrangères et Commerce international, 2005, Annexe A: « Canada's Free Trade Agreements and Negotiations: an Overview » aux pp. 15-16, en ligne : MAECI <<http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/AnnexA-en.pdf>> [ITC].

⁵¹ MAECI, « On vous écoute », *supra* note 49.

⁵² Sur le partage de la compétence en matière d'environnement entre le fédéral et les provinces, voir *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 à la p. 458; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 aux pp. 65-69; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 aux pp. 286-89. Voir également Yves-A. Grondin et Lucie Charbonneau, « La participation et la mise en œuvre des conventions et engagements du Sommet Planète-Terre de Rio par le Québec » (1994) 25 R.G.D. 537 à la p. 557 [Grondin]; Direction de la recherche parlementaire, *Le Protocole de Kyoto: Questions intergouvernementales* par Jack Stilborn, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2002 à la p. 4, en ligne : Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/PRB-f/PRB0221-f.pdf>> [Stilborn].

⁵³ Le CCME fut créé en 1961 sous le nom « Conseil canadien des ministres des ressources » et incorporé en 1964. Son nom devint « Conseil canadien des ministres des ressources et de l'environnement » en 1972 et CCME en 1989. Sa première réunion comme CCME fut le 12 juin 1989 à Ottawa.

⁵⁴ Secrétariat, *supra* note 23 et le texte correspondant.

année « pour discuter des priorités nationales en matière d'environnement et déterminer les travaux à réaliser sous l'égide du Conseil »⁵⁵. Ses décisions sont prises uniquement par consensus⁵⁶. Entre les réunions du CCME, la gestion des travaux à réaliser relève du Comité de planification et de protection de l'environnement, qui est composé de cadres supérieurs de tous les niveaux de gouvernement. Pour mener à bien les tâches à accomplir, ce Comité établit, si le projet l'exige, des groupes de travail formés d'experts provenant des ministères fédéral, provinciaux et territoriaux de l'environnement et parfois d'autres ministères, du secteur privé, des universités, des ONG environnementales et des groupes d'autochtones. Ce Comité donne également des avis au CCME de façon continue⁵⁷.

Le CCME joue évidemment un rôle important pendant le processus de négociation d'un traité sur l'environnement. Ainsi, avant la CNUED, le CCME coordonna les stratégies de négociation dans tous les domaines couverts par cette conférence, soit la biodiversité, les forêts, les changements climatiques, etc. Il envoya aussi « un représentant [...] à toutes les réunions et discussions du processus d'élaboration de la position canadienne dans les négociations des engagements de Rio »⁵⁸.

En plus du Groupe consultatif de la *Convention sur la biodiversité*⁵⁹, qui se composait de représentants des provinces aux côtés de ceux de la société civile et du CCME, les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables des parcs et de la faune contribuèrent pareillement, dans le cadre de leurs réunions respectives, au processus canadien de négociation de cette entente⁶⁰. Pour la *Déclaration de principes sur les forêts*⁶¹, les provinces furent consultées à l'occasion des réunions du Conseil canadien des ministres des forêts (CCMF)⁶². Afin de développer la position canadienne de négociation sur l'*Agenda 21* et la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*⁶³, des discussions eurent lieu lors des rencontres

⁵⁵ Hélène Trudeau et Suzanne Lalonde, « La mise en œuvre du *Protocole de Kyoto* au Canada : concertation ou coercition? » (2004) 34 R.G.D. 141 à la p. 169 [Trudeau, « *Protocole de Kyoto* »].

⁵⁶ Le Conseil canadien des ministres de l'environnement, « À propos du CCME », en ligne : Le Conseil canadien des ministres de l'environnement <<http://www.ccme.ca/about/index.fr.html>>.

⁵⁷ *Ibid.*; Trudeau, « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 à la p. 169.

⁵⁸ Grondin, *supra* note 52 à la p. 558.

⁵⁹ Établi en 1991 par le gouvernement canadien. Il conseillait les instances gouvernementales lors des négociations entourant la *Convention sur la biodiversité* (*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993). Il regroupait l'industrie, des groupes volontaires, des représentants de la jeunesse et des groupes autochtones. Il est devenu aujourd'hui le Forum canadien sur la biodiversité. Le Musée Redpath, « La législation », en ligne: site Internet de la biodiversité canadienne <<http://canadianbiodiversity.mcgill.ca/francais/legislation/legislation.htm>>.

⁶⁰ Grondin, *supra* note 52 à la p. 558.

⁶¹ *Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêt*, 14 août 1992, Doc. Off. AG NU, 47^e sess., Doc. NU A/CONF.151/26.

⁶² Sur le site Internet du Conseil canadien des ministres des forêts, en ligne: Conseil canadien des ministres des forêts <<http://www.ccfm.org/francais/index.asp>>.

⁶³ *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, en ligne: Programme des Nations Unies pour l'environnement <<http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=fr>>.

du CCME et d'autres conseils fédéraux, provinciaux et territoriaux comme le Conseil des ministres responsables de la Faune du Canada, le Conseil canadien des parcs, le Conseil canadien des ministres des forêts, le Conseil canadien des ministres de l'énergie et la Conférence des ministres canadiens de l'agriculture⁶⁴. Relativement à la *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*⁶⁵, le processus canadien de négociation fut suivi par les ministres canadiens de l'énergie et de l'environnement ainsi que par un Comité consultatif provincial-territorial (CCPT), composé des gouvernements provinciaux et territoriaux, qui fut créé pour influencer⁶⁶ la position canadienne pendant les négociations internationales.

Jusqu'à la rupture du dialogue fédéral-provincial marquée par la ratification unilatérale du *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*⁶⁷ par le gouvernement de Jean Chrétien, en décembre 2002⁶⁸, la négociation du *Protocole de Kyoto* a également donné lieu à une consultation extensive des provinces. D'abord, les provinces furent invitées à coprésider les quatorze ateliers nationaux non publics tenus en juin 2002 pour favoriser les échanges entre des intervenants experts impliqués dans le domaine du changement climatique⁶⁹. Ensuite, les provinces furent consultées lors de multiples Réunions mixtes fédérales-provinciales-territoriales des ministres de l'Environnement et de l'Énergie⁷⁰. En effet, le *Cadre sur la gestion de la qualité de l'air*⁷¹ (*Cadre*), convenu par les trois ordres de gouvernement après la ratification canadienne de la *Convention sur les changements climatiques*, avait spécifiquement désigné de telles Réunions mixtes comme lieux de collaboration intergouvernementale et de consultation des provinces lors d'éventuelles négociations internationales en la matière. Ces Réunions mixtes sont toujours actives et elles se déroulent généralement tous les automnes⁷².

Pour le Sommet mondial pour le développement durable tenu à Johannesburg en septembre 2002, soulignons la participation de représentants des gouvernements provinciaux et territoriaux aux dix-sept tables rondes organisées à travers le pays pour préparer la position canadienne à ce sommet⁷³. Relevons

⁶⁴ Grondin, *supra* note 52 aux pp. 559-60. Le Secrétariat sert ces Conseils (Secrétariat, *supra* note 23) et le texte correspondant.

⁶⁵ *Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur : 21 mars 1994) [*Convention sur les changements climatiques*].

⁶⁶ Grondin, *supra* note 52 à la p. 559.

⁶⁷ *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2302 R.T.N.U. 148 (entrée en vigueur : 16 février 2005) [*Protocole de Kyoto*].

⁶⁸ Stilborn, *supra* note 52 aux pp. 1 et s.

⁶⁹ Environnement Canada, *Le processus de consultation sur les changements climatiques*, en ligne : Environnement Canada <http://www.ec.gc.ca/media_archive/press/2002/020607_n_f.htm>.

⁷⁰ Sur ces Réunions mixtes, voir Stilborn, *supra* note 52 à la p. 4. Les changements climatiques relèvent des « Réunions mixtes » depuis les préparatifs à la Conférence de Rio.

⁷¹ Il est fait référence à ce *Cadre* dans Stilborn, *ibid.* à la p. 4. Voir aussi Canada, *Le Rapport national du Canada sur les changements climatiques*, 1994, aux p. X, 36 et 164, en ligne : <<http://unfccc.int/cop3/fccc/natcom/natc/cannecfl.pdf>>.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Canada, Le Secrétariat canadien du Sommet de la Terre 2002, *Johannesburg...et après? Discussions avec les Canadiens, Rapport de synthèse des consultations pancanadiennes du Secrétariat canadien du sommet de la terre 2002*, Le processus de discussion, A.I., Secrétariat canadien du Sommet de la

également la contribution des provinces canadiennes à la rédaction du rapport national présenté par le Canada à l'occasion du SMDD⁷⁴. Finalement, le CCME et les Conseils canadiens des ministres de la Faune, des espèces en péril, des forêts, des pêches et de l'aquaculture, etc.⁷⁵ ont également participé lors de leurs réunions, parfois conjointes, à la préparation de la position canadienne au SMDD⁷⁶.

b) *Observations critiques*

Les développements précédents nous permettent de constater l'existence de nombreux mécanismes canadiens de consultation des provinces qui remplissent souvent leur rôle de manière très efficace. Certains estiment même qu'ils sont protégés par une convention constitutionnelle⁷⁷.

Toutefois, ils font souvent l'objet de critiques qui proviennent entre autres des provinces⁷⁸ et du fédéral. D'abord, les provinces, avec l'Alberta en tête, condamnent notamment le caractère *ad hoc* de ces mécanismes de consultation pendant le processus de négociation des conventions relevant de compétences provinciales⁷⁹. Cette caractéristique, allèguent-elles, permet au fédéral d'arrêter à sa convenance le dialogue avec elles afin de poursuivre seul les pourparlers internationaux. Historiquement nous avons pu effectivement noter que, suite à la rupture des tractations formelles avec les États-Unis, un nouveau type de négociations débuta pour l'ALÉ où les provinces furent à peine consultées⁸⁰, alors qu'elles l'étaient

Terre 2002, 2002, en ligne: <http://www.canada2002_sommetdelaterre.gc.ca/canada_at_wssd/consultation_report/cr001_f.cfm>.

⁷⁴ *Ibid.* Pour les autres contributions et le rapport national, voir le Rapport national (Canada, Secrétariat canadien du Sommet de la Terre 2002, *Le Canada et le développement durable*, A.I., Secrétariat canadien du Sommet de la Terre 2002, 2002, en ligne: <http://www.canada2002_sommetdelaterre.gc.ca/canada_at_wssd/national_report_f.cfm>.

⁷⁵ Le Secrétariat sert ces Conseils (Secrétariat, *supra* note 23 au texte correspondant).

⁷⁶ Pour la liste des réunions tenues en 2001 et 2002, voir Renseignements sur les conférences (Canada, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, « Renseignements sur les conférences », en ligne: <http://www.scics.gc.ca/confer07_f.html> [« Renseignements sur les conférences »]).

⁷⁷ A.E. Gotlieb et E. Lederman, « Ignoring the Provinces is Not Canada's Way » *National Post* (3 janvier 2003) A14.

⁷⁸ *Current Status*, *supra* note 45; Note de service du 5/5/1997 de Jennifer Irish à Michel Dorais, *Meeting with Amb. Weekes: Provincial Role in Trade Policy* Gouvernement du Canada (Document obtenu requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 45); Winham, *supra* note 24 à la p. 335 et s.

⁷⁹ Et ce, depuis 1996, *supra* note 45; Alberta, Members of the Legislative Assembly Committee on Strengthening Alberta's Role in Confederation, *Report of the MLA Committee on Strengthening Alberta's Role in Confederation*, Edmonton, Government of Alberta à la p. 46, en ligne: <http://www.international.alberta.ca/documents/Trade/mla_committee_report_003.pdf> [*Strengthening Alberta*]; Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, Communiqué, « Les premiers ministres des provinces et des territoires annoncent que des progrès ont été accomplis sur des initiatives clés » (30 juillet 2004), en ligne: Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes <http://www.scics.gc.ca/cinfo04/850098005_f.html>. Le processus de conclusion reçoit la même critique. Voir le texte de cette étude correspondant à *infra* note 117 et s.

⁸⁰ Voir *supra* note 33 à 43 et le texte correspondant de cette étude.

auparavant en vertu de l'entente du 2 juin 1986⁸¹, et où seules certaines consultations informelles eurent lieu avec celles qui étaient toujours demeurées favorables à l'ALE⁸². On se souviendra également du gouvernement Chrétien qui, en 2002, rompit le dialogue avec les provinces, pourtant réclamé par elles, pendant les semaines qui ont précédé la ratification du *Protocole de Kyoto* par le Canada⁸³. Selon les provinces, le caractère volontaire de la consultation provinciale durant les négociations n'offrent, en outre, aucune garantie juridique que les consensus atteints lors des discussions seront respectés par Ottawa, même si la convention en vue relève de leur compétence⁸⁴. À titre d'exemple, citons la conférence de Kyoto où le gouvernement fédéral a dérogé au consensus fédéral-provincial qui s'était pourtant engagé en 1997 sur la position que le Canada devrait y adopter⁸⁵.

De plus, l'absence de formalisme permet que certaines provinces plus importantes soient entendues plus que d'autres et que les consultations varient en qualité et en intensité selon l'époque et la nature de la convention envisagée⁸⁶. Ainsi, alors que les consultations provinciales furent interrompues pour l'ALÉ et le *Protocole de Kyoto*, nous avons pu constater leur réussite lors de la CNUED et du Sommet mondial pour le développement durable de 2002⁸⁷. Toutefois, malgré certains succès, les provinces soulignent dans un document adressé au premier ministre Jean Chrétien en septembre 1996, que les mécanismes actuels de consultation ressemblent généralement beaucoup plus à des séances d'information à sens unique qu'à un véritable dialogue fédéral-provincial⁸⁸.

L'absence d'encadrement formel des consultations provinciales maintient également dans l'imprécision leur fonction et leur utilité dans le processus de négociation (et de conclusion) d'une convention ainsi que l'importance et le respect qu'il y sera accordé à la contribution des provinces. Dans le contexte particulier des négociations commerciales, elles reprochent entre autres au Comité fédéral-provincial sur le commerce (C-Commerce), de ne pas être « *a decision-making process. The federal-provincial meetings do not have formal procedures, there are no votes and even a unanimous provincial consensus does not preclude federal decisions to the contrary.* [nos soulignements] »⁸⁹.

Ces dernières observations valent pour toutes les rencontres fédérales-provinciales-territoriales servies par le Secrétariat⁹⁰. En consultant les communiqués

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Harrington, « Redressing », *supra* note 19 à la p. 468; Joanna Harrington, « Treaty-making and the Canadian provinces » (2005) 31: 3 *Bulletin, Canadian Council of International Law*, p. 1; J. Stillborn, *supra* note 52 aux pp. 1-2.

⁸⁴ Harrington, « Redressing », *supra* note 19 à la p. 505.

⁸⁵ Stilborn, *supra* note 52 aux pp. 5-6.

⁸⁶ *Ibid.* à la p. 9.

⁸⁷ Voir *supra* note 58 à 76 et le texte correspondant de cette étude.

⁸⁸ Conférence des premiers ministres, *Towards Formal Provincial Participation in the Making and Management of International Trade Policy*, 24 juillet 1996, à la p. 3 (Document obtenu par requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 45).

⁸⁹ Brown, « Uruguay Round », *supra* note 27 à la p. 229; *Current Status*, *supra* note 45.

⁹⁰ Voir le paragraphe de cette étude correspondant à *supra* note 23.

issus de ces réunions⁹¹, on y note en effet souvent l'indication de l'opposition d'une ou de plusieurs provinces, sans qu'on en comprenne véritablement les conséquences sur la poursuite des pourparlers qui faisaient l'objet des discussions.

Les critiques susmentionnées des provinces ne devraient toutefois pas nous faire oublier que celles-ci n'ont pas toujours eu un comportement exemplaire. Au moment jugé opportun, elles ont su elles-mêmes exploiter le caractère *ad hoc* du processus actuel de consultation, ce qui explique le refus d'Ottawa de conclure un accord similaire à celui du 2 juin 1986 qu'il risquerait d'être le seul à respecter et qui pourrait mettre en danger sa stratégie de négociation avec les États tiers. Rappelons à cet égard, les prises de position du Manitoba, de l'Île-du-Prince-Édouard et surtout de l'Ontario à partir de septembre 1987⁹² qui ont contribué à mettre fin à l'entente du 2 juin 1986, en rompant le consensus fédéral-provincial qui existait à son égard⁹³ et qui ont conduit à la quasi-interruption de la consultation provinciale. Soulignons aussi la conduite discutable des provinces lors du Cycle de Tokyo qui n'ont pas hésité à violer la parole préalablement donnée dans la « déclaration d'intention concertée des provinces concernant le traitement des boissons alcooliques » importées⁹⁴.

Dans le même ordre d'idées, on constate que certaines provinces ont décidé, sans motif apparent ou pour des raisons relevant de la stratégie politique, de ne pas participer à certaines consultations fédérales-provinciales. Par exemple, Jack Stilborn souligne en 2002 « [qu'un] Comité mixte de l'énergie et de l'environnement a été créé à des fins de consultation au début des années 1990, mais [que] la participation inégale des provinces a nui à son efficacité »⁹⁵. De la même manière, nous devons signaler la politique de la chaise vide fréquemment pratiquée par le Québec. Ainsi, lors des consultations fédérales-provinciales destinées à préparer la politique nationale canadienne pour la CNUED, le Québec laissa sa place vide pendant les réunions officielles du Conseil canadien des ministres de l'environnement, alors que parallèlement il continua à être renseigné et consulté de « façon informelle par les ministres ou les directeurs impliqués dans le processus de l'élaboration de la stratégie de négociation » canadienne⁹⁶. À notre avis, de semblables pratiques entraînent une perte de temps et d'énergie pour tous les acteurs. Elles n'encouragent pas l'instauration d'un véritable dialogue fédéral-provincial et elles constituent en réalité un abus du caractère volontaire et *ad hoc* des mécanismes de consultation existants.

⁹¹ Renseignements sur les conférences, *supra* note 76.

⁹² Voir *supra* note 39 à 43 et le texte correspondant de cette étude.

⁹³ Brown, « Consultation », *supra* note 33 à la p. 91. Dans le même ordre d'idée, mentionnons la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 161 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) qui n'a pas encore été ratifiée par le Canada en raison de l'opposition persistante du Québec. Voir Armand de Mestral et Evan Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 R.D. McGill 573 à la p. 594 et les renvois correspondants [Mestral, « Rethinking »].

⁹⁴ Brown, « Uruguay Round », *supra* note 27 à la p. 227.

⁹⁵ Stilborn, *supra* note 52 à la p. 4.

⁹⁶ Grondin, *supra* note 52 à la p. 560.

B. Le processus canadien de conclusion des traités

1. LES PRINCIPES RELATIFS AU PROCESSUS CANADIEN DE CONCLUSION DES TRAITÉS

Une fois le texte d'un traité adopté par les parties, il faut ensuite passer à l'étape de sa conclusion. Le pouvoir d'engager internationalement le Canada envers un accord relève de la prérogative royale⁹⁷. Toutefois, en raison de la convention constitutionnelle relative au gouvernement responsable, cette prérogative est exercée par le gouvernement démocratiquement élu⁹⁸, soit le Gouverneur général en conseil⁹⁹. Comme la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁰⁰ partage le pouvoir exécutif au Canada entre l'autorité centrale et les provinces, en suivant en substance la répartition des attributions législatives entre ces deux ordres de gouvernement, le Québec a donc réclamé et continue de réclamer le droit de conclure des traités dans les domaines législatifs que la constitution lui réserve¹⁰¹. Cependant, la pratique constitutionnelle canadienne relative à la conclusion des traités nous conduit plutôt à constater que dans les faits le *jus tractatum* est exercé exclusivement au nom du Canada par le Gouverneur général en Conseil et ce, pour conclure tout type de conventions peu importe les sujets dont elles traitent¹⁰². En conséquence, le ministre des Affaires étrangères doit obtenir l'autorisation exécutive du Cabinet¹⁰³ avant de pouvoir lier le Canada envers tout accord international¹⁰⁴.

2. LE RÔLE DES PROVINCES LORS DU PROCESSUS CANADIEN DE CONCLUSION DES TRAITÉS

a) La pratique

La pratique en ce domaine a été façonnée par le dualisme des tribunaux

⁹⁷ *Supra* note 21. Arbour, *supra* note 20 à la p. 172. Juridiquement, le Parlement canadien ne joue aucun rôle lors du processus de conclusion des traités, *supra* note 20 et le texte correspondant de cette étude.

⁹⁸ Gotlieb, *Treaty-Making*, *supra* note 5, aux pp. 4-6; Peter. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Student ed., Toronto, Thompson Carswell, 2007 aux pp. 20-21 [Hogg, *Constitutional Law*].

⁹⁹ Le Gouverneur général en Conseil réfère, par convention constitutionnelle, au Cabinet fédéral.

¹⁰⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 21.

¹⁰¹ « Documents sur la position du Québec en matière de conclusion et de mise en œuvre d'accords internationaux » dans Morin, *supra* note 22 aux pp. 127-46.

¹⁰² Le Québec conclut des ententes, mais il le fait en principe sous le contrôle ou avec l'approbation du fédéral. Toutefois, il a souvent eu pour politique de ne pas communiquer certains projets d'ententes au gouvernement fédéral pour examen avant leur signature. Selon nous, une telle pratique québécoise n'a pas donné naissance à une convention constitutionnelle canadienne qui ne saurait se former à partir de précédents s'expliquant uniquement par l'ignorance de l'acteur constitutionnel à qui on les attribue, soit ici Ottawa (Jacques-Yvan Morin, « La personnalité internationale du Québec » (1984) 1 R.Q.D.I. 163 aux pp. 251, 260 et 262; Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Communiqué, 170, « Communiqué n° 170 et Document d'information » (22 octobre 1997); Henri Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais aux pp. 44-45.

¹⁰³ Techniquement, un décret du Gouverneur général en Conseil donne cette autorisation.

¹⁰⁴ Le ministre des Affaires étrangères présente au Cabinet une requête à cet effet, accompagnée d'un document explicatif des éléments de l'accord. Gotlieb, « Treaty-Making », *supra* note 5 aux pp. 10-12, 38-40; Copithorne, *supra* note 17 aux pp. 1, 3, Annexe B à la p. 14, Annexe E à la p. 21; Dupras, *supra* note 18 aux pp. 4-6; ITC, *supra* note 50 à la p. 15.

canadiens¹⁰⁵ et par l'affaire des *Conventions de travail*¹⁰⁶ sur la compétence partagée de mise en œuvre des conventions. Afin de s'assurer que l'État respecte ses obligations conventionnelles, l'exécutif fédéral a donc intérêt à ne pas engager définitivement le Canada envers un traité relatif aux matières de juridiction provinciale sans avoir auparavant l'assurance que les provinces acceptent de le mettre en œuvre. Mentionnons par exemple le cas du *Protocole de Kyoto* ratifié en 2002 par le gouvernement de Jean Chrétien malgré le désaccord des provinces¹⁰⁷ et pour la mise en œuvre duquel il est extrêmement difficile aujourd'hui d'en arriver à un consensus.

Afin d'éviter ce dernier scénario, les mécanismes de consultation provinciale intervenant lors du processus de négociation¹⁰⁸ serviront souvent de cadre pour obtenir l'accord des provinces sur le contenu de traités qu'elles devront mettre en œuvre une fois ratifiés. Parfois, la décision de s'engager envers de semblables accords est prise conjointement dans le cadre de tels mécanismes. Ainsi, pour la *Convention sur la diversité biologique*¹⁰⁹ adoptée lors de la Conférence de Rio, « [l]es ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux [canadiens] des parcs, de la faune et de l'environnement se sont rencontrés, le 25 novembre 1992, pour donner leur appui à la Convention et ainsi permettre la ratification par le Canada de l'accord, le 4 décembre 1992 »¹¹⁰. De même, la ratification de la *Convention sur les changements climatiques*¹¹¹ fut appuyée par les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux de l'énergie et de l'environnement du Canada, à la suite de plusieurs consultations tenues en septembre et novembre 1992¹¹².

De plus, le gouvernement canadien a développé très tôt la pratique de contacter informellement les provinces, entre le moment de l'authentification et de la ratification de traités relevant de leur juridiction, afin d'obtenir l'assurance que leurs gouvernements feront adopter la législation requise pour les mettre en œuvre¹¹³. Au Québec, une pareille consultation est soumise à un certain formalisme, en ce sens qu'un décret du gouvernement québécois confirme l'engagement de faire adopter la loi de mise en œuvre¹¹⁴. Toutefois, comme le principe de la souveraineté du Parlement¹¹⁵ autorise les législatures provinciales à changer d'avis, le gouvernement fédéral ne ratifie actuellement un traité touchant à leurs compétences constitutionnelles « que lorsque les lois provinciales de mise en œuvre ont été adoptées ou sont sur le point de l'être »¹¹⁶. Par ce nouvel usage, le Canada veille ainsi à protéger sa bonne réputation comme partenaire conventionnel.

¹⁰⁵ Voir *supra* note 21 et 22 et le texte correspondant de cette étude.

¹⁰⁶ *Affaire des Conventions de travail*, *supra* note 22.

¹⁰⁷ Trudeau, « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 à la p. 170; Arbour, *supra* note 20 à la p. 180.

¹⁰⁸ Voir *supra* note 49 et s. et le texte correspondant de cette étude.

¹⁰⁹ *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 59.

¹¹⁰ Grondin, *supra* note 52 à la p. 559.

¹¹¹ *Convention sur les changements climatiques*, *supra* note 65.

¹¹² Grondin, *supra* note 52 à la p. 559.

¹¹³ Gotlieb, *supra* note 5 aux pp. 77-78 et notamment les renvois 23 et 29 s'y trouvant.

¹¹⁴ *Loi sur le ministère des Relations internationales*, L.R.Q., c. M-25.1.1, art. 20, 22.1-22.3, 22.7, en ligne : Publications du Québec <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/M_25_1_1/M25_1_1.html>.

¹¹⁵ Hogg, feuilles mobiles, *supra* note 21 aux pp. 12-1 et s.

¹¹⁶ A.L.C. De Mestral et C. Verdon, « La conclusion et la mise en œuvre des traités dans les États fédérés

b) *Observations critiques*

Les paragraphes précédents nous conduisent d'abord à constater que les critiques susmentionnées des provinces relatives au caractère *ad hoc*, à l'absence de formalisme et d'encadrement des mécanismes de consultation provinciale demeurent toutes aussi pertinentes quand ces derniers sont utilisés lors du processus de conclusion des traités¹¹⁷. Ensuite, selon certains, le dualisme canadien et l'affaire des *Conventions de travail* obligent en fait le fédéral à négocier sur deux fronts, soit avec ses partenaires internationaux et avec les provinces. La position du Canada dans les pourparlers s'en trouverait conséquemment affaiblie, car les autres négociateurs pourraient exploiter cette situation à son détriment¹¹⁸. Également, en attendant l'adoption des législations de mise en oeuvre par toutes les provinces, un délai considérable peut s'écouler avant que l'exécutif canadien ne s'engage définitivement envers une convention¹¹⁹. Pour une certaine doctrine, le Canada est ainsi empêché de jouer pleinement le rôle international qui lui revient.

Selon nous, bien que ces derniers commentaires soient fondés, le Canada n'a aucun intérêt à s'engager envers des accords qui ne recueillent pas l'approbation des citoyens et des provinces, surtout s'ils portent clairement sur des sujets relevant de leur juridiction. Les conventions sur l'environnement et le commerce international ont potentiellement de telles répercussions sur le fonctionnement général de la société que la coopération et l'acceptation des provinces devraient être obligatoires pour leur conclusion et ce, ne fut-ce que pour en assurer par la suite l'application et le respect. À ce propos, l'exemple du *Protocole de Kyoto* nous permet aujourd'hui de mesurer les problèmes qui peuvent résulter, tant au niveau national qu'international, de l'action unilatérale du gouvernement fédéral. D'ailleurs, même si les tribunaux reconnaissent pleine juridiction au gouvernement fédéral dans les matières commerciales et environnementales¹²⁰, il nous paraît inconcevable, vu leur impact, qu'Ottawa s'engage dans de telles conventions sans vérifier au préalable si elles ont l'appui des provinces et des autres composantes de la société canadienne.

Dans l'affaire des *Conventions de travail*, le Comité judiciaire du Conseil privé a exigé la coopération fédérale-provinciale pour la mise en oeuvre d'une convention dont les obligations relèvent de la compétence des deux ordres de gouvernement¹²¹. Si cela est nécessaire pour la mise en oeuvre, une pareille obligation de coopérer devrait, nous

et unitaires » *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé, Montréal, 1990*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 442 aux pp. 460-61; Christiane Verdon, « Le Canada et l'unification internationale du droit privé » (1994) XXXII A.C.D.I. 3 aux pp. 28, 32. Pareillement, Ottawa attend l'adoption de la loi fédérale de mise en oeuvre avant de ratifier les conventions relevant uniquement de sa compétence. Copithorne, *supra* note 17 à la p. 5.

¹¹⁷ Voir *supra* note 79 et s. et le texte correspondant de cette étude.

¹¹⁸ R. Rayfuse, « Treaty Practice: The Canadian Perspective » dans P. Alston et M. Chiam, dir., *Treaty-Making and Australia*, Sydney, The Federation Press PTY Ltd., 1995, 252, aux pp. 258-59.

¹¹⁹ *Ibid.* à la p. 259.

¹²⁰ Ce qui est réclamé par un certain courant de pensée. Voir *infra* note 171 à 177 et le texte correspondant de cette étude.

¹²¹ *Affaire des Conventions de travail*, *supra* note 22.

semble-t-il, également s'imposer, au lieu du « non formalisme » actuel, pour les étapes qui la rendent nécessaire, soit celles des processus de négociation et de conclusion des traités¹²².

Ayant complété l'étude des processus canadiens de négociation et de conclusion des accords internationaux, abordons maintenant l'analyse de la procédure communautaire de conclusion des traités afin d'y trouver, si possible, quelque inspiration pour améliorer la pratique canadienne actuelle.

II. La procédure de conclusion des traités dans la Communauté européenne

La CE connaît plusieurs procédures de conclusion des traités¹²³. Elle compte ainsi, la procédure de conclusion de base prévue à l'article 300 du *Traité instituant la Communauté européenne*¹²⁴, qui régit notamment la conclusion des conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles la Communauté participe « seule », en raison de sa compétence exclusive d'attribution¹²⁵ ou par acquisition¹²⁶. Ensuite, les

¹²² Dupras, *supra* note 18 à la p 14.

¹²³ Pour des détails voir Morrissette, *supra* note 5. Nous ne traiterons pas des accords de l'Union européenne qui relèvent de son deuxième pilier « Politique étrangère et de sécurité commune » (*Traité sur l'Union européenne* ou *Traité de Maastricht*, 7 février 1992, 1757 R.T.N.U. 267, (entré en vigueur : 1^{er} novembre 1993), tel que modifié par le *Traité de Nice*, 26 février 2001, [2001] J.O. C80/1, (entrée en vigueur : le 1^{er} février 2003) art. 11-28 [TUE]) et de son troisième pilier « Coopération policière et judiciaire en matière pénale » (TUE, art. 29-42), car le droit les concernant est embryonnaire puisque la Cour européenne de justice (CEJ) n'a pas compétence sur le deuxième pilier et qu'elle n'a qu'une juridiction limitée sur le troisième pilier (TUE, art. 46). Le traité de Lisbonne intègre les trois piliers (le premier pilier étant la CE) dans une structure juridique unique, mais la compétence de la CEJ demeurera encore limitée sur ces questions (*Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 17 décembre 2007, C 306 J.O.); Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell 2005, aux pp. 446-48, 891-92, 895 [Lenaerts et Nuffel]; Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union : Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press 2004 à la p. 147[Eeckhout]; Jean-Luc Sauron, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Paris, Gualino 2008 aux pp. 55, 283.

¹²⁴ *Traité instituant la Communauté européenne*, tel que modifié par le *Traité de Nice*, *ibid.* [TCE]. Voir Nigel Foster, *Blackstone's EC Legislation 2006-2007*, 17^e éd., Oxford, Oxford University Press 2006 à la p. 1 et s. [Foster]

¹²⁵ La « compétence exclusive d'attribution » de la Communauté lui appartient définitivement en propre qu'elle l'ait ou non exercée. Les États membres de la CE ont donc perdu toute prérogative dans les domaines relevant de cette catégorie de pouvoir. Ainsi, les *accords commerciaux traditionnels* de l'article 133 TCE relèvent de la compétence exclusive d'attribution de la CE. Koen Lenaerts, « Les répercussions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des États membres et la question de la préemption » dans Paul Demaret, dir., *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur: aspects juridiques et fonctionnels*, Bruxelles, E. Story Scientia, 1988, 37 à la p. 41 [Lenaerts]; C.W.A. Timmermans, « Division of External Relations Power between the European Economic Community and the Member States in the Field of Harmonization of National Law – A Case Study » dans C.W.A. Timmermans et E.L.M. Völker, dir., *Division of Powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Deventer, Kluwer, 1981 à la p. 15.

¹²⁶ La « compétence concurrente » continue de relever des États membres jusqu'à ce que la Communauté l'exerce entièrement, ce qui la transforme alors en « compétence exclusive par acquisition » de la CE. Ainsi, tant que la Communauté n'occupe pas de façon exhaustive un pouvoir conféré par le TCE, les États

articles 111¹²⁷ et 133¹²⁸ du *TCE* prévoient des procédures spéciales pour la conclusion de certains traités particuliers. Dans le cadre de ce chapitre, notre analyse portera sur la procédure de conclusion de base de l'article 300 du *TCE* qui est suivie par la CE agissant « seule »¹²⁹ et pour plusieurs¹³⁰ traités commerciaux visés par l'article 133 du *TCE*¹³¹.

A. Le processus communautaire de négociation des traités

1. LE DÉROULEMENT DU PROCESSUS COMMUNAUTAIRE DE BASE POUR LA NÉGOCIATION DES TRAITÉS

Bien que l'article 300 du *TCE* ne contienne aucune norme juridiquement obligatoire sur la « phase exploratoire » du processus communautaire de négociation des traités, la Commission de la CE¹³² informe le Conseil¹³³ de tout contact informel

membres restent libres d'agir tant au niveau interne qu'au niveau international dans le champ inoccupé de cette juridiction en « autant que leur action n'entre pas en conflit avec l'exercice concret par la Communauté de sa compétence » (Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 42). Pour conclure un traité relevant de la juridiction des deux niveaux de gouvernement, comme c'est souvent le cas des conventions sur l'environnement, la CE et les États membres interviennent « ensemble » dans un « accord mixte ». Timmermans, *ibid.*; Lenaerts et Nuffel, *ibid.* aux pp. 41-43; Mar Campins Eritja, Xavier Fernández Pons, Laura Huichi Sancho, « Compliance Mechanisms in the Framework Convention on Climate Change and the Kyoto Protocol » (2004) 34 R.G.D. 51 à la p. 65.

¹²⁷ Concerne les accords relatifs au régime monétaire ou de change et au système de taux de change pour l'écu.

¹²⁸ Porte sur les accords commerciaux communautaires. Pour un grand nombre d'entre eux, il réfère à la procédure de base de l'article 300 du *TCE* (*supra* note 124), pour leurs négociations et leurs conclusions. Cet article identifie certaines conventions pour lesquelles une procédure spéciale de conclusion doit être suivie. Nous n'en traiterons pas dans cette étude. Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, Oxford, Hart 2006 à la p. 70 et s. [Koutrakos]; Eeckhout, *supra* note 123 aux pp. 48 et s.; Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 aux pp. 828 et s.

¹²⁹ La procédure suivie pour l'accord mixte sort donc de notre champ d'étude. La comparaison avec la procédure canadienne de conclusion s'en trouve ainsi facilitée, puisque l'exécutif canadien agit lui-même en vertu d'une compétence exclusive d'engager le Canada. Eeckhout, *ibid.* aux pp. 169 et s.; Lenaerts et Nuffel, *ibid.* aux pp. 881 et s.

¹³⁰ Cet article identifie toutefois certaines conventions commerciales pour lesquelles une procédure spéciale de conclusion doit être suivie, ce dont nous ne traiterons pas dans cette étude. Koutrakos, *supra* note 128 aux pp. 70 et s.; Eeckhout, *ibid.* aux pp. 48 et s.; Lenaerts et Nuffel, *ibid.* aux pp. 828 et s.

¹³¹ L'article 133:3(3) du *TCE* (*supra* note 124) réfère effectivement à la procédure de conclusion prévue à l'article 300 du *TCE*.

¹³² La Commission de la CE se compose actuellement de commissaires choisis pour leur compétence, soit un par État membre. « La Commission est structurée en directions générales dont chacune est chargée d'un domaine d'activité particulier ». La Commission a presque le monopole de l'initiative législative. Elle assure la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne. Elle veille au respect des Traités fondateurs et elle représente la Communauté sur la scène internationale. En gros, la Commission représente le *pouvoir exécutif* de la Communauté. Pour des détails, voir *Europa EUR-Lex*, *Procédure et Acteurs*, 3. *Les acteurs du système communautaire (Les acteurs)*, 3.3. *La Commission européenne* (EUR-Lex, « Procédure et Acteurs », en ligne : Eur-lex <http://eur-lex.europa.eu/fr/droit_communautaire/droit_communautaire.htm#3>; Sionaidh Douglas-Scott, *Constitutional Law of the European Union*, Essex, Longman 2002 aux pp. 53-74 [Douglas-Scott]; *TCE*, *supra* note 124, art. 211-19.

¹³³ Le Conseil se compose d'un représentant du gouvernement de chaque État membre, qui change selon les sujets à l'ordre du jour. Il a notamment le pouvoir d'adopter la législation communautaire, dont l'initiative revient presque entièrement à la Commission. Il constitue le *pouvoir législatif* « *originel* » de la Communauté, fonction qu'il partage actuellement dans plusieurs domaines avec le *Parlement*

avec un État tiers au sujet d'une éventuelle convention. Cette pratique vise surtout à garantir la coopération du Conseil pour les étapes de la procédure de conclusion qui suivront¹³⁴. Suite à des analyses d'impact économique, environnemental et social¹³⁵, seule la Commission, soit le pouvoir exécutif communautaire, peut recommander au Conseil de commencer les négociations¹³⁶ et lui suggérer les directives qui devront les guider¹³⁷.

À l'opposé du Canada, uniquement le Conseil, c'est-à-dire le pouvoir législatif « originel » de la CE, peut donner son « approbation politique »¹³⁸ à l'ouverture des négociations. Cette décision du Conseil entérinera aussi, avec ou sans modification, les directives de négociation proposées par la Commission¹³⁹. Une fois cette autorisation du Conseil obtenue, la Commission doit assurer la « conduite des négociations » au nom de la Communauté dans le cadre des directives établies par le Conseil. Généralement, cette tâche revient aux fonctionnaires de la Direction Générale des relations extérieures¹⁴⁰. En tant que négociateur en chef, la Commission finalise les négociations en paraphant le texte de la convention négociée¹⁴¹. Elle remet ensuite au Conseil un rapport final à leur sujet, lequel est accompagné de la proposition de conclure l'accord¹⁴². Finalement, mentionnons que le « partenaire » législatif de la Communauté, soit le Parlement européen, se trouve, en tant que représentant de la population, dans une situation

européen, qui représente le « partenaire » législatif de la Communauté. Le Parlement européen compte aujourd'hui 785 députés élus au suffrage universel direct pour cinq années et répartis entre les États membres selon une grille établie en fonction de la population. Wikipedia, « Parlement européen », en ligne : Wikipedia <http://fr.wikipedia.org/wiki/Parlement_europ%C3%A9en>; Foster, *supra* note 124 aux pp. 55, 114, 128; « Annexes referred to in Commission Memo/04/61, 16th March 2004 », dans Foster, *ibid.*, aux pp. 730-31.; Douglas-Scott, *supra* note 132 aux pp. 74-94, 117-124; *Les acteurs*, 3.2. *Le Conseil de l'Union européenne* (EUR-Lex, *ibid.*); *TCE*, *supra* note 124, art. 189-201 et 202-10; J. Peterson et M. Shackleton, *The Institutions of the European Union*, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2006, à la p. 60 et s. et aux pp. 104 et s.

¹³⁴ Aline De Walsche, « La procédure de conclusion des accords internationaux » dans Jean-Victor Louis et Marianne Dony, dir., *Relations extérieures*, Commentaire J. Megret, *Le droit de la CE et de l'Union européenne*, Vol. 12, Bruxelles, Université libre de Bruxelles, 2005, 77 à la p. 83 [Walsche].

¹³⁵ Lignes directrices concernant l'analyse d'impact économique, environnemental et social adoptées par la Commission en 2002 et mises à jour en 2006 et en 2009. Pour des détails, voir Secretariat-General, European Commission « Impact Assessment », en ligne: Commission européenne <http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm>.

¹³⁶ *TCE*, *supra* note 124, art. 300:1.

¹³⁷ I. Macleod, I.D. Hendry et Stephen Hyett, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, Clarendon Press 1996 aux pp. 86-87 [Macleod].

¹³⁸ Selon l'article 300:1 du *TCE*, cette décision est prise à la majorité qualifiée, sauf si l'accord envisagé relève de l'article 310 du *TCE* ou s'il concerne un domaine où l'unanimité est requise pour adopter la législation interne, comme c'est le cas notamment des articles 93, 67:1, 94, 308, 47:2 et 57:2 du *TCE* (*supra* note 124). Eeckhout, *supra* note 123 à la p. 171; Koutrakos, *supra* note 128 aux pp. 68-69. Sur la majorité qualifiée, voir Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 aux pp. 417-22; « Annexes referred to in Commission Memo/04/61 16th March 2004 », dans Foster, *supra* note 124 à la p. 730.

¹³⁹ Macleod, *supra* note 137 à la p. 89.

¹⁴⁰ Delano R. Verwey, *The European Community, The European Union and the International Law of Treaties : A Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practices*, The Hague, T.M.C. Asser Press 2004 à la p. 105, n. 90 [Verwey]; Walsche, *supra* note 134 aux pp. 86-87.

¹⁴¹ Eeckhout, *supra* note 123 à la p. 173; Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 885; Walsche, *ibid.* aux pp. 88-89.

¹⁴² Walsche, *ibid.* à la p. 89.

semblable à celle du Parlement canadien, puisque le *TCE* ne lui confère « aucun rôle formel » dans le processus de négociation des conventions communautaires¹⁴³.

2. CONSULTATION DES ÉTATS MEMBRES LORS DU PROCESSUS COMMUNAUTAIRE DE NÉGOCIATION DES TRAITÉS

Contrairement à l'usage canadien, les États membres de la Communauté européenne sont, en vertu de l'article 300:1 du *TCE*, formellement présents lors du déroulement des négociations. D'une part, la Commission doit conduire les négociations en respectant les directives du Conseil qui est, rappelons-le, formé des représentants des gouvernements des États membres. Même s'il revient à la Commission de suggérer les directives au Conseil, celui-ci, nous l'avons vu, conserve le dernier mot, puisqu'il peut les modifier avant de les approuver¹⁴⁴. D'autre part, la Commission doit également procéder aux négociations en consultation avec les Comités *ad hoc* de l'article 300:1 désignés par le Conseil¹⁴⁵ et, dans le cas d'un accord commercial, avec le Comité permanent de l'article 133¹⁴⁶ qui sont tous formés des représentants des États membres. Bien que ces Comités ont un rôle uniquement consultatif, en ce sens qu'ils n'ont pas pour mission de donner des instructions¹⁴⁷, ils gardent l'œil sur l'évolution des négociations en les orientant pour le compte du Conseil ou des États membres¹⁴⁸ et ce, pendant tout le processus de négociation¹⁴⁹.

Cette omniprésence du Conseil ou des États membres pendant la période des tractations oblige en fait la Commission à négocier sur deux fronts: le futur partenaire conventionnel et les Comités des articles 300:1 ou 133¹⁵⁰. En règle générale, le Comité désigné se réunit en dehors des sessions de négociations. La Commission l'informe alors

¹⁴³ Toutefois, des accords interinstitutionnels (respectés par les institutions communautaires, même s'ils n'ont aucun poids juridique) intégrèrent informellement le Parlement européen. Walsche, *ibid.* aux pp. 96-106; Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 aux pp. 887-91; Koutrakos, *supra* note 128 aux pp. 144-50; Macleod, *supra* note 137 aux pp. 98-103.

¹⁴⁴ Voir *supra* note 132 à 143 et le texte correspondant de cette étude. Macleod, *ibid.* à la p. 89.

¹⁴⁵ Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 883. Le *Traité de Maastricht* (*supra* note 123), qui modifia le *Traité instituant la Communauté économique européenne*, 25 mars 1957, 294 R.T.N.U 3, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1958) [*TCEE*], créa ces « Comités 300:1 » en 1993 en s'inspirant de l'ex-Comité de l'article 113 *TCEE* (*TCEE, ibid.*). Walsche, *supra*, note 134 à la p. 87.

¹⁴⁶ Ci-après Comité 133. Le Comité 133 (ex-Comité de l'article 113 du *TCEE*, créé en 1958 par le *TCEE*), est un organe permanent du Conseil. Il exerce une influence supérieure aux Comités 300:1 sur l'ensemble du processus de négociation. Ainsi, il examine d'abord la proposition de la Commission d'entamer des négociations commerciales avec les directives suggérées en annexe. Ensuite, il les soumet au Conseil avec ses recommandations. Contrairement aux Comités 300:1, il participe à la détermination de la politique commerciale de la Communauté. Verwey, *supra*, note 140 à la p. 108; Fiona Hayes-Renshaw et Helen Wallace, *The Council of Ministers*, 2^e éd., New York, Palgrave Macmillan 2006 aux pp. 91-92; Walsche, *supra* note 134 à la p. 87.

¹⁴⁷ Voir le libellé de l'article 300:1 *TCE* (*TCE, supra* note 124, art. 300:1). Selon la CEJ, le Comité 133 « a pour mission d'assister la Commission [...] [et] [s]on rôle est purement consultatif ». Voir *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne (Arrangement international concernant le secteur laitier)*, C-61/94, [1996] E.C.R. I-3989 au para. 14 [*République fédérale d'Allemagne*].

¹⁴⁸ Eeckhout, *supra* note 123 à la p. 171; Walsche, *supra* note 134 à la p. 87.

¹⁴⁹ Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 883.

¹⁵⁰ *Ibid.*

des nouveaux développements survenus lors des pourparlers, en échange de quoi, le Comité lui communique les attentes des États membres et lui suggère parfois d'obtenir des directives nouvelles ou modifiées¹⁵¹. Dans certains cas, le Comité demande lui-même certaines clarifications sur la position du Conseil à l'égard d'une question particulière soulevée pendant les entretiens. De plus, la Commission remet également des rapports intérimaires au Conseil et elle peut de sa propre initiative solliciter de nouvelles directives¹⁵². Durant les pourparlers, le Conseil peut aussi, sans proposition préalable de la Commission, émettre d'autres directives à la condition qu'elles soient reliées au mandat original qu'il lui avait déjà conféré¹⁵³.

En bref, si la conduite des négociations relève du pouvoir exécutif communautaire incarné par la Commission, le Conseil, qui représente le pouvoir législatif « originel » et le forum des États membres, joue, selon les termes mêmes du *TCE*¹⁵⁴, un rôle considérable et formel dans ce processus. Au sein de la Communauté, les tractations internationales sont donc menées dans le strict respect du principe fédéral. Voyons maintenant ce qu'il en est lors du processus communautaire de conclusion des traités.

B. Le processus communautaire de conclusion des traités

1. LES PRINCIPES RELATIFS AU PROCESSUS COMMUNAUTAIRE DE CONCLUSION DES TRAITÉS

L'article 300 du *TCE*, auquel réfère l'article 133:3 du *TCE* pour divers accords commerciaux¹⁵⁵, régit les différentes phases de la conclusion d'un accord¹⁵⁶. Selon l'article 300:2 du *TCE*, le Conseil est, le seul qui, en principe¹⁵⁷, peut engager

¹⁵¹ Hayes-Renshaw, *supra* note 146 à la p. 93.

¹⁵² Walsche, *supra* note 134 à la p. 86.

¹⁵³ *Ibid.*; Macleod, *supra* note 137 à la p. 89; Lenaerts et Nuffel, *supra*, note 123 à la p. 883.

¹⁵⁴ Le respect des devoirs réciproques de coopération loyale et sincère (art. 10 *TCE* régit tant les relations interinstitutionnelles que les relations entre les États membres et les institutions communautaires. Voir *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, C-65/93, [1995] E.C.R. I-643 à la p. I 660, aux para. 21-23; *République hellénique c. Conseil des Communautés européennes*, C-204/86, [1988] E.C.R. I-5323, point 16. Voir également Walsche, *supra* note 134 aux pp. 103-04; Douglas-Scott, *supra* note 132 à la p. 121; A.-M. Tournepeche, « La clarification du statut juridique des accords interinstitutionnels, Commentaire de la déclaration du projet de Traité de Nice relative à l'article 10 CE » (2002), 38 R.T.D. eur. 209 aux pp. 210-15; « Declarations adopted by the Nice Intergovernmental Conference, 3. Declaration on Article 10 of the Treaty establishing the European Community » dans Foster, *supra* note 124 à la p. 126 [*Declaration no 3*].

¹⁵⁵ Voir *supra* note 124 à 131 et le texte correspondant de cette étude.

¹⁵⁶ La conclusion clôt le processus communautaire menant à la création d'un traité et ce, tant au niveau du droit intracommunautaire qu'au niveau international. L'art. 300 du *TCE* couvre notamment les étapes menant à un accord formel ou à un accord en forme simplifiée. Sur l'art. 300 *TCE*, voir Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 885; Eeckhout, *supra* note 123 aux pp. 185-86; Koutrakos, *supra* note 128 à la p. 144; Walsche, *supra* note 134 à la p. 96; Verwey, *supra* note 140 aux pp. 122, 129, 134 et 140.

¹⁵⁷ Le Parlement européen joue aussi un rôle important dans la conclusion des traités. Les articles 300:3(1) et 300:3(2) *TCE* prévoient respectivement la consultation et l'avis conforme obligatoires du Parlement européen avant la conclusion d'une entente internationale par le Conseil. Walsche, *ibid.* aux pp. 89, 103; Lenaerts et Nuffel, *ibid.* aux pp. 890-91; C. Flaesch-Mougin, « Le traité de Maastricht et les compétences externes de la Communauté européenne: à la recherche d'une politique externe de

définitivement la CE envers une convention. Toutefois, il ne peut le faire que sur proposition¹⁵⁸ de la Commission¹⁵⁹. Les décisions du Conseil d'authentifier et d'engager définitivement la Communauté européenne envers un traité autoriseront notamment soit la présidence du Conseil ou la Commission à poser de tels actes au nom de la CE¹⁶⁰. Elles seront principalement adoptées suivant la règle de la majorité qualifiée¹⁶¹. Cependant, pour certains accords¹⁶², l'article 300:2 du *TCE* exige l'unanimité.

Cette procédure communautaire de conclusion des traités effectue en fait une répartition des tâches qui favorise l'équilibre interinstitutionnel entre la Commission et le Conseil¹⁶³. En effet, comme les conventions font, dès leur entrée en vigueur, partie intégrante de l'ordre juridique communautaire, il est logique que le législateur « originel » de la CE, soit le Conseil, ait la tâche de prononcer l'engagement définitif de cette dernière envers elles, tout en réservant l'initiative à l'exécutif, soit la Commission.

2. LE RÔLE DES ÉTATS MEMBRES LORS DU PROCESSUS COMMUNAUTAIRE DE CONCLUSION DES TRAITÉS

De ce qui précède, nous pouvons constater que les États membres, par l'entremise du Conseil, jouent un rôle de premier plan dans le processus communautaire de conclusion des traités, puisque cette étape relève, en principe¹⁶⁴, de la compétence exclusive du Conseil. Comme celui-ci se compose des représentants des États membres, ces derniers se sont donc conservés, conformément au principe fédéral, un droit de contrôle sur la conclusion des traités de la CE, se réservant ainsi la possibilité

l'union », (1993) 29 *C. de dr. eur.* 351 aux pp. 385-86. Les articles 300:2 et 300:4 *TCE* confèrent à la Commission certains pouvoirs exceptionnels et limités en ce domaine. Voir *République française c. Commission des communautés européennes*, C-327/91, [1994] E.C.R. I-03641; Koutrakos, *ibid.* aux pp. 141-44.

¹⁵⁸ Contrairement à la recommandation de la Commission d'entamer des négociations, il s'agit ici d'une vraie proposition au sens de l'article 250:1 du *TCE*. Pour la modifier, l'unanimité au sein du Conseil sera nécessaire. Macleod, *supra* note 137 à la p. 97, n.100.

¹⁵⁹ Dans cette proposition, la Commission présente notamment l'historique du traité suggéré, certaines informations nécessaires à sa compréhension ainsi que la disposition du *TCE* qui le fonde en droit communautaire Macleod, *ibid.* aux pp. 94-97.

¹⁶⁰ Walsche, *supra* note 134.

¹⁶¹ *TCE*, *supra* note 124, art. 300:2; Eeckhout, *supra* note 123 aux pp. 175-77. L'engagement définitif de la CE envers un traité a lieu uniquement après l'intervention du Parlement européen si elle est requise par l'art. 300:3 du *TCE*. Macleod, *supra* note 137.

¹⁶² 1) les accords d'association de l'art. 310 du *TCE*; 2) les conventions portant « sur un domaine pour lequel l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes » (exemples: articles 174:4, 175:2 et 308 *TCE*). Lenaerts et Nuffel, *supra* note 123 à la p. 886; 3) les accords de l'art. 133:3 du *TCE* sur le commerce des services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, si ces derniers comprennent, selon l'art. 133:5(2) du *TCE*, des dispositions pour lesquelles le *TCE* requiert l'unanimité pour l'adoption de règles internes ou s'ils portent sur un domaine pour lequel la Communauté n'a pas encore exercé ses compétences, en adoptant des règles internes et 4) les conventions de nature horizontale mentionnées à l'art. 133:5(3) du *TCE*.

¹⁶³ J. Mégret et al, *Le droit de la Communauté économique européenne : Commentaire du traité et des textes pris pour son application*, vol. 12 Bruxelles, Universités de Bruxelles 1981 à la p. 24, Macleod, *supra* note 137 à la p. 121.

¹⁶⁴ Sous réserve du rôle joué par le Parlement européen et par la Commission dans le processus communautaire de conclusion des traités. Pour plus de détails et des références sur ce point, voir *supra* note 157.

d'y assurer eux-mêmes la défense de leurs intérêts. Au niveau du *jus tractatum*, ils ont conséquemment le dernier mot qui s'exprime souvent, en vertu des articles 300 et 133 du *TCE*, par le biais d'une majorité qualifiée dont l'effet est de lier les États minoritaires. Toutefois, comme l'unanimité est requise pour quelques conventions jugées sensibles par certains acteurs de la Communauté, l'engagement de la CE devient alors plus difficile, voire impossible en cas d'opposition d'un seul État membre. Ces différentes majorités permettent de souligner la dynamique communautaire qui conduit les instances de la CE à se faire des concessions mutuelles, souvent importantes, afin d'atteindre un arrangement final qui sert l'intérêt global de la Communauté.

Voyons à présent les quelques leçons que le Canada pourrait tirer de la pratique communautaire afin d'améliorer sa procédure de conclusion au regard du principe fédéral.

III. Propositions pour une meilleure participation des provinces à la procédure canadienne de conclusion des traités

À l'heure actuelle, les conventions internationales réglementent souvent des sujets susceptibles de relever des compétences provinciales. Face à ce phénomène, le Conseil de la fédération¹⁶⁵ réclame depuis 2004¹⁶⁶ le développement de mécanismes formels pour encadrer la participation des provinces lors du processus de négociation de tels accords. Toutefois, il ne s'agit pas là de revendications nouvelles. Déjà, en 1972, le Comité mixte spécial de la Chambre des communes et du Sénat sur la Constitution du Canada soulignait que le gouvernement fédéral ne devrait pas s'engager envers de semblables traités, sans avoir préalablement consulté chaque province affectée par eux¹⁶⁷. De même, en 1985, la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada fit plusieurs propositions sur cette question dans son rapport¹⁶⁸. Également, lors de la conférence annuelle des premiers ministres provinciaux

¹⁶⁵ Il fut créé par l'entente fondatrice du 5 décembre 2003. Voir Conseil de la fédération, *Entente fondatrice du Conseil de la fédération*, Charlottetown, 5 décembre 2003, en ligne : Conseil de la Fédération <http://www.conseildelafederation.ca/pdfsfrancais/850095003_f.pdf>.

¹⁶⁶ Réunion du Conseil de la fédération, *Rapport et décisions : Publiés à la suite de la réunion du Conseil de la fédération des 23 et 24 février 2004*, Vancouver, 23-24 février 2004, en ligne : <http://www.conseildelafederation.ca/pdfsfrancais/cof_report_f.pdf>; Conseil de la fédération, Communiqué (12 août 2005), en ligne : Conseil de la fédération, <http://www.conseildelafederation.ca/pdfsfrancais/communique_aug12fr.pdf>. Dans le contexte de la présente étude, nous n'abordons pas la doctrine Gérin-Lajoie, qui représente le fondement des revendications traditionnelles du Québec relatives au droit de conclure des traités dans les matières relevant de ses compétences législatives. Le Québec est présentement la seule province canadienne qui défend cette thèse. Sur ce dernier point, voir Gibran van Ert, « The Legal Character of Provincial Agreements with Foreign Governments », (2001) 42 C. de D. 1093, dir., *Les relations internationales du Québec depuis la doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005) : le prolongement externe des compétences internes*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006.

¹⁶⁷ Canada, Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, *Final Report*, Ottawa, Queen's Printer, 1972 aux pp. 68-69.

¹⁶⁸ Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, *Report of the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada*,

de juillet 1996, les provinces, avec à leur tête l'Alberta, réclamèrent la conclusion d'un accord formel fédéral-provincial portant création d'un cadre de coopération qui leur conférerait un rôle véritable dans l'élaboration des politiques canadiennes en matière commerciale ainsi que dans la définition des stratégies du Canada lors des négociations en ce domaine¹⁶⁹.

Pour éviter la confrontation avec les provinces sur ces questions, le droit international offre différentes avenues possibles qui ne sont cependant ouvertes que dans certaines circonstances précises. D'abord, Ottawa peut convenir d'un accord-cadre avec un État tiers dans un domaine de compétence provinciale, qui autorise les provinces à conclure de futures ententes en conformité avec celui-ci. Ensuite, quand elles sont permises expressément ou implicitement par une convention, le pouvoir central peut émettre, lors de son engagement, une réserve fédérale par laquelle il limite son éventuelle responsabilité internationale aux seules obligations qui relèvent de sa compétence. Il peut aussi négocier lui-même l'inclusion d'une clause fédérale dans le traité qui a le même résultat ou qui lui permet au moment de son engagement définitif d'exclure ou d'inclure telle ou telle partie de son territoire¹⁷⁰.

De plus, pour couper court aux réclamations provinciales susmentionnées, une certaine doctrine suggère que l'arrêt *Crown Zellerbach*¹⁷¹, qui traite de pollution marine par immersion de déchets, pourrait éventuellement remettre en question l'idée d'une juridiction partagée en matière d'environnement¹⁷² et même de commerce international¹⁷³. En outre, quelques auteurs¹⁷⁴ allèguent que l'arrêt *City National Leasing*¹⁷⁵ justifierait, à la condition d'en respecter les conditions, l'adoption d'une législation, en vertu de l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui mettrait en œuvre un traité commercial empiétant sur les compétences provinciales¹⁷⁶. Pour d'autres,

vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985 à la p. 372 [Rapport McDonald].

¹⁶⁹ Proposition des provinces du 24 juillet 1996, *Towards Formal Provincial Participation in the Making and Management of International Trade Policy* (obtenue par requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 45). L'Alberta est encore aujourd'hui un chef de file en ce domaine. Voir *Strengthening Alberta*, *supra* note 79 aux pp. 46 et 57.

¹⁷⁰ Les accords nord-américains de coopération dans le domaine de l'environnement et du travail s'inscrivent dans cette dernière tendance. Trudeau « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 aux pp. 152-60; Arbour, *supra* note 20 aux pp. 183-89.

¹⁷¹ *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

¹⁷² Voir Micheline Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange » (1990) 21 R.D.U.S. 1 à la p. 17 [Patenaude]; Grondin, *supra* note 52 à la p. 566. Voir également D. Mcrae et J. Currie, « Treaty-Making and Treaty Implementation: The Kyoto Protocol » (2003) 29:2 *Conseil canadien de droit international, Bulletin*, p. 1; Trudeau « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 aux pp. 182 et s.

¹⁷³ Patenaude, *ibid.* aux pp. 22-23.

¹⁷⁴ Robert Howse tenta de faire cette démonstration en relation avec l'*ALÉNA*, *supra* note 27 à la p. 56; H. Scott Fairley tenta de faire cette démonstration en relation avec l'*ALÉ*, voir H. Scott Fairley, Allocution : « Implementing the Canada-United States Free Trade Agreement », Conférence on the Canada-US Free Trade Agreement, Université d'Ottawa, 22 janvier 1988 à la p. 200, [non publiée].

¹⁷⁵ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 [*City National Leasing*].

¹⁷⁶ Historiquement, la décision *Citizens' Insurance Co. v. Parsons (Citizens' Insurance Company of Canada v. Parsons)* (1881-1882) 7 A.C. 96, avait suggéré que l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprenait le pouvoir de légiférer en matière de commerce interprovincial et international ainsi qu'une compétence générale de réglementer le commerce touchant le Canada dans son ensemble. Toutefois, jusqu'à l'arrêt *City National Leasing*, *ibid.*, la jurisprudence antérieure avait en

l'intervention du gouvernement fédéral pour réglementer les émanations de gaz à effet de serre, pourrait, depuis l'arrêt *R. c. Hydro-Québec* se fonder sur sa compétence en droit criminel de légiférer sur les substances toxiques¹⁷⁷.

Selon nous, un pareil courant doctrinal fait fausse route, s'il compte mettre fin aux revendications provinciales en concentrant tous les pouvoirs relatifs aux traités entre les mains du pouvoir fédéral. En effet, même si la Cour suprême du Canada lui donnait raison, ce qui serait étonnant¹⁷⁸, il n'en demeure pas moins que les traités ont actuellement un tel impact potentiel sur la réglementation interne, l'organisation et le fonctionnement de la société qu'il est inimaginable qu'on puisse unilatéralement les imposer à la population et à l'ensemble des intervenants gouvernementaux et institutionnels, sans qu'ils aient d'abord été informés de leur contenu, puis ensuite convaincus de leur nécessité. À notre avis, l'instauration de véritables mécanismes de consultation et de participation pendant les processus de négociation et de conclusion des conventions internationales représente la seule manière d'obtenir un large consensus à leur égard et de garantir leur respect. Dans les rubriques suivantes, nous comptons donc effectuer quelques propositions destinées à améliorer l'implication des provinces dans la procédure canadienne de conclusion des traités.

A. Pendant le processus de négociation des traités

Lors de notre analyse du processus de négociation communautaire, nous avons été fortement impressionnés par les Comités de l'article 300 du *TCE*, qui, en tant que représentants des États membres de la CE, accompagnent la Commission tout au long de la négociation des traités. Le rôle joué par le Comité 133 nous a semblé particulièrement intéressant, en raison de son implication au niveau de la définition de la politique commerciale de la CE et des directives de négociation¹⁷⁹. Dans le contexte canadien,

pratique limité les pouvoirs fédéraux de l'article 91 (2) à la seule possibilité de réglementer les échanges interprovinciaux et internationaux et avait du même coup rejeté la compétence générale de réglementer le commerce pour fonder la réglementation des aspects locaux ou intraprovinciaux du commerce interprovincial et international. Pour certains, en réaffirmant ce deuxième volet des pouvoirs de 91 (2), l'arrêt *City National Leasing* aurait ainsi ouvert la porte au pouvoir fédéral de mettre en œuvre tous les types de traités commerciaux indépendamment de leur contenu provincial ou non. Notons ici cependant que certains arrêts antérieurs à *City National Leasing* avaient laissé entendre dans des *obiter dicta* que la compétence générale de réglementer le commerce de l'article 91 (2) subsistait toujours. Il s'agit notamment de l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. A.-G. Canada* (1931) A.C. 310 à la p. 326 et plus récemment de l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134 aux pp. 156-65 [*MacDonald*]. Pour plus de détails, voir Patenaude, *supra* note 172 aux pp. 25 et s.; Hogg, Student Edition, *supra* note 98 aux pp. 509 et s.; Jean Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » dans Jean-François Gaudreault-Desbiens et Fabien Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses États : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 383, aux pp. 394-98.

¹⁷⁷ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; Trudeau « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 à la p. 172.

¹⁷⁸ Notons toutefois ici que la Cour suprême du Canada n'a pas écarté la possibilité de reconsidérer éventuellement l'état du droit sur la question. Voir sur ce point *MacDonald*, *supra* note 176 à la p. 169; *Francis v. The Queen*, [1956] R.C.S. 618 à la p. 621; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112 à la p. 135. Pour une réflexion récente sur la relation entre le droit interne et le droit international, voir Mestral, « Rethinking » *supra* note 93.

¹⁷⁹ Voir *supra* note 144 à 154 et le texte correspondant de cette étude. Pour préserver la cohérence de cette

nous avons également noté que, pendant le déroulement des pourparlers, le Canada n'est pas dépourvu d'un cadre complexe de consultation des provinces¹⁸⁰, auquel on reproche cependant son caractère *ad hoc*, son manque de formalisme et son rôle imprécis¹⁸¹.

Notre proposition pour bonifier le mécanisme canadien de consultation des provinces s'appuiera donc sur ce qui existe présentement au Canada tout y en apportant certaines améliorations inspirées du « système des Comités de la CE ». D'abord, nous avons constaté que les ministres fédéraux et provinciaux canadiens se réunissent régulièrement en Conseils sur la base de leur domaine de responsabilité et que plusieurs d'entre eux ont aussi créé des Comités composés de cadres supérieurs ou de hauts fonctionnaires fédéraux et provinciaux, pour continuer le travail entre leurs réunions¹⁸². Ainsi le Conseil des ministres de l'environnement a créé un Comité de planification et de protection de l'environnement. En commerce, on note aussi les rencontres des ministres responsables de ce portefeuille et le Comité C-Commerce¹⁸³. Pour améliorer le processus canadien de négociation, nous suggérons ici que chaque Conseil des ministres dispose, si le besoin s'en faisait sentir, de tels Comités de fonctionnaires.

À notre avis, les Comités de fonctionnaires susmentionnés devraient avoir pour mission de suivre étroitement les travaux des négociateurs canadiens pendant le processus de négociation des traités qui relèvent de leurs compétences. Ainsi, à l'instar du Comité 133 de la CE, ils pourraient, sur avis et pour le compte des provinces, recevoir des informations de ces négociateurs, contribuer à l'orientation des pourparlers et à l'élaboration des directives de négociation, communiquer les attentes provinciales à l'exécutif fédéral, commenter le texte du traité projeté au fur et à mesure de son élaboration et l'approuver avant qu'il ne soit finalisé par le paraphe ou l'adoption. Ils pourraient également participer à l'élaboration des politiques canadiennes dans les domaines relevant de leur juridiction ainsi qu'à la décision de commencer des tractations. Ils pourraient en outre informer les Conseils des ministres dont ils dépendent du résultat de leurs démarches et, le cas échéant, leur demander des clarifications et instructions additionnelles pour la poursuite de leurs travaux.

Chaque Comité pourrait se composer de deux représentants du gouvernement fédéral et de deux représentants par province et territoire¹⁸⁴. Pour satisfaire à la demande provinciale de formalisme, chaque Comité et Conseil des ministres devraient adopter un règlement relatif à leurs procédures afin de rendre leur mode de fonctionnement plus transparent et plus prévisible pour tous les intéressés. La fréquence des réunions régulières devrait y être prévue, avec la possibilité de rencontres additionnelles,

étude, nous avons décidé de nous concentrer sur les comités 300 *TCE* et 133 *TCE* de la CE, bien que nous sachions qu'il existe en Belgique un Comité qui joue un rôle similaire depuis la réforme constitutionnelle de 1993-1994. Voir sur ce dernier point, Louis le Hardy de Beaulieu, « Fédéralisme et relations internationales en Belgique, la Réforme de 1993-1994 » (1994) 3 R.I.D.C. 823 à la p. 827.

¹⁸⁰ Voir *supra* note 49 et s. et le texte correspondant de cette étude.

¹⁸¹ Voir *supra* note 79 et s. et le texte correspondant de cette étude.

¹⁸² Qui porte souvent sur la mise en œuvre et la gestion d'accords déjà conclus.

¹⁸³ Voir *supra* note 49 à 57 et le texte correspondant de cette étude.

¹⁸⁴ À l'exemple du Comité permanent sur les droits de la personne. Daniel Turp, « Le Comité permanent fédéral-provincial-territorial des fonctionnaires chargés des droits de la personne et sa participation à la mise en œuvre des traités », [1984-85] A.C.D.I. 77 aux pp. 91-92.

notamment avec les négociateurs, quand les pourparlers sont en cours ou lorsque les négociations sont sur le point d'arriver à leur terme. Le règlement devrait également prévoir un processus décisionnel clair et équitable, de manière à éviter que ne soit favorisée indûment, selon les époques et les situations, telle ou telle province, et afin de conférer une utilité véritable et vérifiable au mécanisme de consultation que nous venons de décrire¹⁸⁵. Il pourrait, par exemple, opter pour la prise des décisions par consensus, avec possibilité de demander le vote¹⁸⁶ si celui-ci ne peut être atteint et obliger conséquemment les minoritaires à se soumettre à la décision ainsi obtenue. À l'instar de la CE, le règlement pourrait aussi, dans le but d'arriver à un compromis satisfaisant pour tous les acteurs canadiens concernés, requérir des majorités plus ou moins contraignantes selon les situations et les réticences exprimées¹⁸⁷.

B. Pendant le processus de conclusion des traités

À l'exemple du droit communautaire¹⁸⁸, tout traité dont les sujets relèvent en tout ou en partie de la compétence législative des provinces pour leur mise en œuvre devrait recevoir l'approbation de ces dernières, avant que l'exécutif fédéral ne s'engage définitivement envers eux. Cette approbation pourrait, selon la portée de la convention, avoir lieu lors d'une réunion extraordinaire ou virtuelle¹⁸⁹ du Conseil de la fédération¹⁹⁰ ou du volet provincial du Conseil des ministres compétent dans le domaine de l'accord¹⁹¹. L'approbation devrait se faire par consensus ou, à défaut de ce dernier, par un vote dont le résultat s'imposerait aux minoritaires. Dans ce dernier cas, à la manière des compromis atteints au sein de la Communauté¹⁹², la majorité requise pour l'adoption d'une telle décision pourrait varier selon la nature et l'importance de la convention et même en fonction de l'application du principe de subsidiarité¹⁹³, allant ainsi de la majorité simple à l'unanimité, en passant par la majorité qualifiée. Également, dans un souci d'équité, le recours à un système de pondération des voix, notamment en fonction de la population nous semble nécessaire¹⁹⁴. Le *Rapport McDonald* avait suggéré pour sa

¹⁸⁵ Nous voulons ainsi répondre aux critiques mentionnées au texte de cette étude correspondant à *supra* note 78 et s.

¹⁸⁶ Comme c'est le cas en droit communautaire. Un système de pondération des voix en fonction de la population pourrait également être prévu.

¹⁸⁷ Voir *infra* note 192 à 195 et le texte correspondant de cette étude.

¹⁸⁸ Voir *supra* note 155 à 164 et le texte correspondant de cette étude.

¹⁸⁹ Par « virtuelle », nous entendons que les premiers ministres ou ministres selon le cas n'auraient pas à se rencontrer physiquement. L'approbation pourrait se faire par le biais d'échange de notes ou de lettres, etc.

¹⁹⁰ Québec, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, « Conseil de la fédération », en ligne : Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes <http://www.saic.gouv.qc.ca/conseil_federation/conseil_federation.htm>.

¹⁹¹ Par volet provincial, on entend que seuls les représentants provinciaux du Conseil des ministres concerné (et non le représentant fédéral) approuveraient la conclusion de l'accord relevant de leurs compétences.

¹⁹² Voir les paragraphes de cette étude qui correspondent à *supra* note 161, 162 et 164.

¹⁹³ Ainsi, plus la convention porte atteinte au droit provincial plus la majorité requise par les provinces devrait être élevée.

¹⁹⁴ Comme cela se fait au sein de la Communauté. Ainsi, pour les fins du Conseil, chaque État membre se voit notamment accordé un nombre de voix proportionnel à sa population. Art. 205 du *TCE*; Foster,

part une majorité de deux tiers des provinces représentant au moins la moitié de la population canadienne¹⁹⁵.

C. Support suggéré pour la procédure de consultation des provinces canadiennes

Conformément aux demandes des provinces, nos nouvelles modalités de consultation provinciale devraient s'inscrire, pareillement à l'entente de 1975 relatif aux droits de la personne¹⁹⁶, dans un accord fédéral-provincial-territorial écrit¹⁹⁷ donnant lieu à un communiqué officiel¹⁹⁸. Une telle entente pourrait être contractée lors d'une rencontre au niveau des premiers ministres ou des ministres concernés. Pour certains, elle devrait même faire l'objet d'une constitutionnalisation afin d'en consolider le formalisme et le caractère juridiquement obligatoire pour les parties. Déjà en 1985, le *Rapport McDonald* avait lancé l'idée « de modifier la constitution de façon à doter l'accord intergouvernemental d'un statut juridique »¹⁹⁹. Si l'amendement constitutionnel représentait une procédure plus accessible au Canada, cette option nous paraîtrait la meilleure pour garantir le respect de l'ensemble du processus et des décisions qui en résulteraient. Cependant, comme l'histoire nous démontre que tel n'est pas le cas, les termes dudit accord pourraient néanmoins être intégrés dans l'ordre juridique fédéral et provincial, par le biais de législations adoptées par chaque niveau de gouvernement²⁰⁰.

* * *

Au cours de cette étude, nous avons constaté que le Canada et la Communauté européenne accordent une importance particulière à l'instauration d'un dialogue avec leurs États membres lors de leur procédure respective de conclusion des traités. Pourtant, nous avons également noté que, du côté des accords relevant de la compétence de la CE, les moyens mis en place pour assurer une telle collaboration témoignent d'une meilleure organisation et d'une plus grande efficacité. Cela ne saurait étonner, car ils sont intégrés dans le texte même du *TCE* dont l'évolution et le

supra note 124, aux pp. 58, 128-31 et 730; Douglas-Scott, *supra* note 132 à la p. 78.

¹⁹⁵ *Rapport McDonald*, *supra* note 168, vol. 1 aux pp. 383-84, vol. 3 à la p. 154.

¹⁹⁶ Réal Forest, « Quelques aspects de la mise en œuvre au Canada des Pactes de l'ONU relatifs aux droits de l'homme » (1981) 12 R.G.D. 375 aux pp. 392-393; Loungnarath, *supra* note 27 à la p. 15; Trudeau, « *Protocole de Kyoto* », *supra* note 55 aux pp. 160-62; Turp, *supra* note 184 à la p. 81 et Annexe 1 aux pp. 133 et s.

¹⁹⁷ Qui pourrait être d'application générale ou spécifique à tel ou tel domaine.

¹⁹⁸ Contrairement à l'entente du 2 juin 1986 (Brown, « Consultation », *supra* note 33

¹⁹⁹ Loungnarath, *supra* note 27 à la p. 51. Voir également le *Rapport Macdonald*, (version française), *supra* note 168, vol. 3 aux pp. 294-95.

²⁰⁰ À l'exemple de l'art. 17 de l'*Accord entre le Canada et la Nouvelle-Écosse sur la gestion des ressources pétrolières et gazières situées au large des côtes et sur le partage des recettes* (signé le 2 mars 1982) qui demandait à chaque palier de gouvernement de légiférer pour assurer sa mise en œuvre (obtenue par requête selon la *L.C.A.I.*, *supra* note 30).

succès dépendent en grande partie de la qualité de la relation maintenue entre la Communauté et ses États membres. Toutefois, bien que le Canada fonde son existence sur une constitution dont les effets ne sont évidemment pas comparables à ceux du *TCE*, nous estimons que la dynamique canadienne est similaire à celle qui anime les éléments constitutifs de la CE. Dès lors, nous avons jugés opportun de faire la promotion du principe fédéral au Canada en transposant certains éléments du modèle communautaire dans le contexte canadien afin d'améliorer la participation effective des provinces lors de la procédure canadienne de conclusion des traités.