

Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir
document n° 23 – avril 2018

Le Canada et la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités

Charles-Emmanuel Côté



Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir
document n° 23 – avril 2018

Le Canada et la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités

Charles-Emmanuel Côté

L'équipe du CIGI

Haute direction

Président : **Rohinton P. Medhora**

Directeur adjoint, Droit international de la propriété intellectuelle et innovation : **Bassem Awad**

Directrice, Finances : **Shelley Boettger**

Directrice, programme Recherche en droit international : **Oonagh Fitzgerald**

Directeur, programme Sécurité et politiques internationales : **Fen Osler Hampson**

Directrice, Ressources humaines : **Susan Hirst**

Directeur intérimaire, programme Économie mondiale : **Paul Jenkins**

Directrice adjointe, Droit international de l'environnement : **Silvia Maciunas**

Directeur adjoint, Droit international économique : **Hugo Perezcano Díaz**

Directrice, Évaluation et partenariats : **Erica Shaw**

Administrateur général et avocat général : **Aaron Shull**

Directeur, Communications et médias numériques : **Spencer Tripp**

Publications

Directrice des publications : **Carol Bonnett**

Éditrice principale : **Jennifer Goyder**

Éditrice : **Susan Bubak**

Éditrice : **Patricia Holmes**

Éditrice : **Nicole Langlois**

Éditrice : **Lynn Schellenberg**

Graphiste : **Melodie Wakefield**

Pour toute demande au sujet des publications, écrivez-nous à : publications@cigionline.org.

Communications

Pour toute demande de renseignements de la part des médias : communications@cigionline.org.

© Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale, 2018

Les opinions exprimées dans le présent document n'engagent que l'auteur et ne traduisent pas nécessairement celles du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale ni de ses administrateurs.



Le contenu de la présente publication est protégé en vertu d'une licence de Creative Commons—Attribution—Pas d'utilisation commerciale—Pas de modification. Pour accéder à cette licence, visitez le site : www.creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/. En cas de réutilisation ou de distribution, veuillez inclure le présent avis de droit d'auteur.

Imprimé au Canada sur du papier contenant 100 % de fibres recyclées après consommation et certifié selon les normes de l'organisme Forest Stewardship Council et du programme Sustainable Forestry Initiative.

« Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale » et « CIGI » sont des marques de commerce déposées.

Centre for International
Governance Innovation

67 Erb Street West
Waterloo, ON, Canada N2L 6C2
www.cigionline.org

Table des matières

vi	À propos de la série
vii	Au sujet du Programme de recherche en droit international
vii	À propos de l'auteur
1	Introduction
2	Typologie de la pratique conventionnelle du Canada impliquant des entités infra-étatiques
8	La pratique canadienne et le droit international applicable aux traités conclus par les entités infra-étatiques
15	Conclusion
17	À propos du CIGI
17	About CIGI

À propos de la série

Le 150^e anniversaire de la Confédération canadienne constitue pour les praticiens du droit international et les juristes spécialisés dans le domaine une occasion unique de réfléchir sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international et de gouvernance. La série « Canada in International Law at 150 and Beyond/Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir » réunit des textes sur la question, dont chacun est rédigé dans la langue officielle choisie par son auteur. Offrant des points de vue éclairés sur le passé et le présent du Canada en ce qui a trait au droit international, elle décrit également les défis qui se posent à lui à cet égard et propose une nouvelle optique à adopter dans sa quête en faveur de la primauté du droit à l'échelle mondiale.

La série aborde des thèmes tels que l'histoire et la pratique du droit international (sources du droit international, traités autochtones, diplomatie fondée sur les traités internationaux, conclusion infranationale de traités, réception du droit international en droit interne et rôle du Parlement canadien relativement au droit international, p. ex.), ainsi que l'influence du Canada sur le droit international, la gouvernance et l'innovation dans le cadre plus vaste de domaines comme l'économie internationale, le droit de l'environnement et le droit de la propriété intellectuelle. Les sujets liés au droit économique dont la série traite englobent le commerce international, le règlement des différends, la fiscalité internationale et le droit international privé. Les questions de droit de l'environnement qui y sont analysées comprennent le régime juridique international applicable aux changements climatiques, les accords internationaux sur les produits chimiques et les déchets, la gouvernance relative aux eaux transfrontalières et le droit de la mer. Quant au droit de la propriété intellectuelle (PI), les auteurs examinent notamment à ce sujet la protection internationale dans le domaine de la PI et l'intégration du droit de la PI dans l'ensemble des règles du droit commercial international. Enfin, la série présente des points de vue canadiens sur les derniers développements internationaux survenus relativement aux droits humains et au droit humanitaire (y compris la mise en œuvre judiciaire des obligations afférentes), au droit du travail, au droit des affaires et aux droits humains sur le plan mondial, au droit pénal international, aux crimes de guerre et au droit international en ce

qui concerne les enfants-soldats. Elle permet aussi une réflexion sur le rôle du Canada au sein de la communauté internationale et sur son potentiel pour ce qui est de favoriser l'instauration progressive de la primauté du droit à l'échelle internationale.

Intitulée « Canada in International Law at 150 and Beyond/Canada et droit international : 150 ans d'histoire et perspectives d'avenir », cette série témoigne du rôle clé joué par le Canada jusqu'à maintenant dans l'élaboration du droit international et met en lumière les contributions majeures qu'il est prêt à faire dans l'avenir. La direction du projet est assurée par Oonagh Fitzgerald, directrice du Programme de recherche en droit international du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI); Valerie Hughes, associée principale au CIGI, professeure adjointe auxiliaire en droit à l'Université Queen's et ancienne directrice à l'Organisation mondiale du commerce (OMC); de même que Mark Jewett, associé principal au CIGI, avocat au cabinet Bennett Jones et ancien avocat général et secrétaire général de la Banque du Canada. Au printemps 2018, tous les textes de la série seront regroupés et publiés dans un livre ayant pour titre : *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law/Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international.*

Au sujet du Programme de recherche en droit international

Le Programme de recherche en droit international (PRDI) du Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI) vise la réalisation d'études pluridisciplinaires intégrées et donne aux chefs de file de la recherche universitaire et de l'expertise juridique privée, ainsi qu'aux étudiants de premier plan du Canada et de l'étranger, la possibilité de contribuer à l'évolution du droit international.

Le PRDI se veut un modèle dans le domaine de la recherche internationale en droit, et son influence dans des dossiers internationaux importants est reconnue. Ce programme s'assortit d'une mission qui consiste à relier les connaissances, les politiques et la pratique afin de tabler sur le cadre juridique international — les règles de droit mondialisées — pour appuyer la gouvernance internationale de l'avenir. Il repose sur la prémisse suivant laquelle l'amélioration de cette gouvernance, notamment grâce à un cadre juridique international renforcé, peut améliorer la vie des gens partout sur la planète en assurant une prospérité accrue, une meilleure durabilité, le règlement des inégalités, la protection des droits de la personne et un monde plus sûr.

Le PRDI se centre sur les volets du droit international qui revêtent le plus d'importance pour l'innovation, la prospérité et la durabilité à l'échelle planétaire. Il s'agit du droit économique international, du droit international de la propriété intellectuelle et du droit international de l'environnement. Dans le cadre des recherches menées sous les auspices du PRDI, une attention particulière est portée aux interactions émergentes entre le droit transnational, le droit autochtone et le droit constitutionnel.

À propos de l'auteur

Charles-Emmanuel Côté est associé principal au CIGI. Il est secrétaire de la Faculté de droit de l'Université Laval, où il est aussi vice-doyen aux études de premier cycle et à la formation continue, professeur titulaire et codirecteur du Centre de droit international et transnational. Membre du Barreau du Québec, Charles-Emmanuel détient un doctorat en droit de l'Université McGill, avec mention au tableau d'honneur du doyen. Sa thèse sur la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques a été publiée à Bruxelles, aux éditions Bruylant, et lui a valu une mention spéciale du jury du Prix de l'Institut du droit des affaires internationales de la Chambre de commerce internationale.

Charles-Emmanuel a auparavant été conseiller en politiques institutionnelles et constitutionnelles au Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes du gouvernement du Québec, de même que chercheur au Centre de droit de la consommation de l'Université catholique de Louvain, œuvrant à des projets d'assistance législative de la Commission européenne visant des pays d'Europe centrale et orientale ainsi que de l'ex-URSS. Il enseigne le droit international public, le droit international économique et le droit constitutionnel. Ses projets de recherche portent sur les aspects juridiques internationaux du fédéralisme, sur l'arbitrage investisseur-État, de même que sur la liberté de circulation des professionnels et la reconnaissance de leurs qualifications.

Introduction

Le Canada entretient un rapport compliqué avec la question du droit des entités infra-étatiques de conclure des traités. Le professeur Bruno Simma le rappelait dans une intervention faite à la Commission du droit international (CDI) à la fin des années 1990, lors de la seconde lecture du projet d'article codifiant le principe d'unité de l'État dans le droit de la responsabilité pour fait internationalement illicite :

Mais la raison de la disparition de l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969, qui réglait le cas des entités fédérales, tenait aux circonstances historiques de l'époque, plus précisément aux relations entre la province de Québec et le Canada. Faut-il encore s'incliner devant des événements qui ont plus de trente ans?

La doctrine a abondamment traité de la question de savoir si la Constitution du Canada reconnaît le droit des provinces de conclure des traités, à la faveur de l'affirmation par le gouvernement du Québec de la doctrine Gérin-Lajoie au milieu des années 1960². Insatisfait de la pratique conventionnelle du Canada dans les domaines cruciaux pour son développement, le Québec a pris sur lui de traiter directement avec le reste du monde dans ses champs de compétence constitutionnelle³. Si la pratique ancienne des provinces de conclure divers arrangements administratifs avec des partenaires étrangers n'était pas contestée, l'affirmation du droit des provinces de conclure de véritables traités s'est heurtée quant à elle au refus systématique

du gouvernement fédéral⁴. Pourtant, la pratique conventionnelle du Canada impliquant des entités infra-étatiques est loin de se tarir, comme en font foi l'accord de promotion et de protection des investissements étrangers (APIE) récemment signé par Ottawa avec Hong Kong⁵ ou encore le réseau d'accords-cadres de sécurité sociale par lequel le fédéral autorise les provinces à conclure des ententes internationales en la matière⁶. Le Québec n'est pas en reste, sa pratique conventionnelle étant la plus riche parmi celle des provinces canadiennes, avec plus de 700 ententes internationales signées depuis 1965⁷.

La notion d'entité infra-étatique renvoie aux entités territoriales ou non territoriales qui font partie d'un État souverain. Si elle vise avant tout les entités fédérées comme les provinces canadiennes, cette notion est plus large et permet de saisir d'autres acteurs publics susceptibles d'avoir une pratique conventionnelle soulevant des questions de droit international analogues. La notion d'entité, elle, permet de ne pas préjuger de la qualification juridique de ces acteurs ou de leur statut en droit international⁸.

Le droit canadien s'inspire du droit des traités et ne réserve aucune dénomination particulière aux différents instruments internationaux signés par le Canada⁹. Le terme « entente » a été retenu par le Québec pour désigner ses accords avec des gouvernements étrangers ou des organisations internationales, face au refus

1 CDI, *Compte-rendu analytique de la 2554^e séance*, Doc NU A/CN.4/SR.2554, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol 1, New York, NU, 2000, 249, n° 60 à la p 255 (M Simma).

2 Voir notamment Daniel Turp, « La doctrine Gérin-Lajoie et l'émergence d'un droit québécois des relations internationales » dans Stéphane Paquin, dir, *Les relations internationales du Québec depuis la Doctrine Gérin-Lajoie (1965-2005). Le prolongement externe des compétences internes*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, 49; Jacques-Yvan Morin, « La personnalité internationale du Québec » (1984) 1 RQDI 163; Anne-Marie Jacomy-Millette, « Réflexions sur la valeur juridique des ententes du Québec » (1984) 1 RQDI 93; Ivan Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, Londres, Longman, 1973 aux pp 51-64; Edward McWhinney, « Canadian Federalism and the Foreign Affairs and Treaty Power : The Impact of Quebec's Quiet Revolution » (1969) 7 ACDI 3.

3 Voir Québec, Ministère des Relations internationales et de la Francophonie, *Doctrine Gérin-Lajoie. Les 50 ans de la doctrine*, en ligne : <<http://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/ministere/historique/doctrine-paul-gerin-lajoie/50-ans-doctrine>>.

4 Voir Canada, Affaires Mondiales Canada, *Politique sur le dépôt des traités devant le parlement*, annexe C, en ligne : <<http://www.treaty-accord.gc.ca/procedures.aspx?lang=fra>>; Canada, Secrétariat aux affaires extérieures, *Fédéralisme et relations internationales* par Paul Martin, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

5 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection des investissements*, 10 février 2016, RT Can 2016 n° 8 [APIE Canada-Hong Kong].

6 Voir par ex *Accord sur la sécurité sociale entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine*, 2 avril 2015, RT Can 2017 n° 2, art 16 [Accord de sécurité sociale Canada-Chine].

7 Québec, Ministère des Relations internationales et de la Francophonie, *Ententes et engagements*, en ligne : <<http://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/ententes-et-engagements>>. Il s'agit d'un répertoire électronique librement accessible qui indexe la totalité de ces ententes et contient leur texte intégral.

8 Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *sub verbo* « entité ».

9 *Politique sur le dépôt des traités devant le parlement*, supra note 4 au para 5. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 353, art 2(1)(a).

d'Ottawa de le voir utiliser ceux de « traité » ou de « convention »¹⁰. L'utilisation de ce terme a permis « aux protagonistes de rester sur leurs positions respectives »¹¹ quant à la nature juridique des instruments signés par la province. La législation québécoise avalise cette terminologie qui permet de faire la distinction entre les accords conclus par le Canada et ceux conclus par le Québec¹².

La pratique conventionnelle des entités infra-étatiques soulève des questions juridiques de deux ordres. Sur le plan interne, elle pose la question de savoir si le droit constitutionnel de l'État auquel ces entités appartiennent leur reconnaît le droit de conclure des traités. Sur le plan international, elle pose les suivantes : quelle est la qualification juridique des instruments signés par ces entités, qui en sont les véritables parties et qui est responsable d'assumer les conséquences juridiques de leur violation?

Le présent texte explore la contribution de la pratique du Canada au développement du droit international applicable aux traités conclus par les entités infra-étatiques. Cette pratique est entendue au sens large, comprenant à la fois celle du Canada et de ses provinces. Dans une première partie, une typologie de la pratique conventionnelle du Canada est réalisée. Dans une seconde partie, les questions juridiques internationales soulevées par cette pratique sont examinées.

Typologie de la pratique conventionnelle du Canada impliquant des entités infra-étatiques

Les traités conclus par le Canada avec des entités infra-étatiques demeurent extrêmement rares. En revanche, si l'on s'intéresse aux ententes internationales signées par les provinces, le Québec en particulier, qu'elles soient autorisées formellement ou non par Ottawa, la pratique du Canada se révèle beaucoup plus riche.

Traités du Canada avec des entités infra-étatiques

Hormis le cas classique des grandes conventions multilatérales auxquelles étaient aussi parties les anciennes républiques socialistes soviétiques (RSS) de Biélorussie et d'Ukraine¹³, le Canada n'a quasiment jamais traité directement avec une entité infra-étatique. Trois traités bilatéraux conclus avec Hong Kong après sa rétrocession à la Chine en 1997 font figure d'exception. L'APIE signé en 2016 avec la région administrative spéciale de Chine s'ajoute à l'APIE signé avec la Chine elle-même en 2012. Une convention fiscale a aussi été passée en 2012 avec Hong Kong, alors qu'une telle convention existait déjà avec la Chine¹⁴. Enfin, un accord d'entraide en matière pénale s'est ajouté en 2001 à l'accord du même type existant déjà avec la Chine¹⁵. Tous trois omettent de clarifier leur articulation avec les traités conclus antérieurement avec la Chine.

10 Morin, *supra* note 2 à la p 257.

11 *Ibid.*

12 *Loi sur le ministère des Relations internationales*, LRQ c M-25.1.1, art 19 al 3 et art 22.1 al 1.

13 Voir par ex *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 [les RSS de Biélorussie et d'Ukraine sont des membres originaux de l'ONU, aux côtés de l'Union des Républiques socialistes soviétiques]. Voir généralement Henn-Jüri Uibopuu, « International Legal Personality of Union Republics of USSR » (1975) 24 ICLQ 811.

14 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu*, 11 novembre 2012, RT Can 2013 n° 20 [Convention fiscale Canada-Hong Kong].

15 *Accord d'entraide juridique en matière pénale entre le gouvernement du Canada et la Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine*, 16 février 2001, RT Can 2002 n° 24 [Accord d'entraide pénale Canada-Hong Kong].

Accords-cadres du Canada autorisant les provinces à conclure des ententes

La pratique du Canada révèle deux types de traités par lesquels il autorise formellement les provinces à conclure des ententes internationales. Ces accords-cadres peuvent viser uniquement un secteur de compétence provinciale donné, ou encore la coopération avec un État limitrophe ou un État non contigu dans tous les domaines de compétence provinciale. Trois modèles de clauses d'autorisation se dégagent de ces accords-cadres.

L'accord-cadre sectoriel

L'accord-cadre sectoriel est né dans la foulée de l'affirmation par le Québec de sa capacité de conclure des traités. Ottawa a voulu contenir la pratique naissante de la province en couvrant ses premières ententes culturelles avec la France d'un accord franco-canadien, accompagné d'un échange de lettres qui autorisaient les provinces à agir de la sorte¹⁶. Cette technique conventionnelle aurait pu se limiter à ce cas né de circonstances particulières, mais la pratique s'est étendue à d'autres domaines, par « nécessités pratiques »¹⁷. Étonnamment, aucun autre accord culturel conclu par le Canada n'autorise les provinces à conclure des ententes internationales, à l'exception notable du plus récent d'entre eux, passé en 2005 avec la Chine¹⁸. La pratique du Québec montre que celui-ci ne s'est pas privé de conclure des ententes internationales dans le domaine culturel en l'absence d'un accord-cadre. Pas moins de 79 ententes culturelles ont été signées, y compris avec des entités infra-étatiques, dont 8 ententes de coopération culturelle générale¹⁹.

Le domaine de prédilection des accords-cadres sectoriels est plutôt devenu celui de la sécurité sociale, où la pratique conventionnelle du Canada est soutenue, systématique et cohérente. Ces accords coordonnent l'application de la législation sociale des parties pour leurs ressortissants qui séjournent, travaillent ou s'établissent sur le territoire de l'autre partie. Ils visent à déterminer la législation applicable, à préciser la condition du travailleur migrant et à assurer la conservation de ses droits acquis²⁰. Comme une grande partie de la législation sociale au Canada relève des provinces, notamment dans le domaine du travail, et comme le Québec dispose de son propre régime de retraite, il est apparu difficile pour Ottawa de régler ces détails techniques lui-même dans un traité. Ainsi, depuis l'accord conclu avec l'Italie en 1977, tous les accords de ce type comportent une clause autorisant les provinces à conclure des ententes internationales avec l'autre partie ou des organismes qui relèvent de celle-ci²¹. La pratique du Québec est cette fois en phase avec les accords-cadres du Canada, puisque ceux-ci couvrent toutes ses ententes de sécurité sociale. La totalité de ces ententes ont été signées après la signature de l'accord, voire après son entrée en vigueur. Le même constat apparaît sur le plan de l'entrée en vigueur des ententes, qui est simultanée ou postérieure à celle de l'accord-cadre correspondant dans la quasi-totalité des cas, à l'exception d l'entente avec l'Italie.

Dans les autres cas, la pratique du Canada est incohérente et semble répondre davantage aux préoccupations de l'autre partie, ou à l'humeur du gouvernement du moment, plutôt que de traduire une position juridique claire de sa part. Deux accords-cadres ont été signés récemment concernant la reconnaissance des permis de conduire, avec l'Italie et la Belgique²². Pourtant, le Québec a signé neuf ententes en la matière avec des entités infra-étatiques ou des États étrangers depuis 1988, dont

16 *Accord culturel entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République française*, 17 novembre 1965, RT Can 1965 n° 21 (entrée en vigueur : 6 décembre 1965) [*Accord culturel Canada-France*]; J-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 7^e éd, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2017 aux pp 212-14; Marin, *supra* note 2 aux pp 258-59.

17 Arbour et Parent, *ibid* à la p 213.

18 *Accord culturel entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine*, 20 janvier 2005, art 5 (entrée en vigueur : 20 janvier 2005) [*Accord culturel Canada-Chine*]. Les accords culturels du Canada avec la Belgique (1968), l'Allemagne (1975), le Mexique (1977), le Japon (1977) et l'Italie (1985) ne comportent aucune clause autorisant les provinces à conclure des ententes internationales.

19 Le Québec a signé une entente de coopération culturelle générale avec l'Algérie (1989), la Belgique (1984), la Catalogne (1996), la France (1965), le Gabon (1968), la Louisiane (1990), le New Hampshire (1989) et le Maroc (1989).

20 Gérald Goldstein, « L'Entente France-Québec en matière de sécurité sociale » (1987) 4 RQDI 203 à la p 205.

21 *Accord de sécurité sociale entre le Canada et l'Italie*, 17 novembre 1977, RT Can 1979 n° 2, art XXIV (éteint) [*Accord de sécurité sociale Canada-Italie de 1977*]. Depuis 1977, le Canada a signé 59 accords-cadres de sécurité sociale.

22 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République italienne sur la reconnaissance réciproque aux fins d'échanges des permis de conduire*, 22 mars 2017, RT Can 2017 n° 25, art 1 [*Accord sur les permis de conduire Canada-Italie*]; *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Royaume de Belgique sur la reconnaissance des permis de conduire*, 14 décembre 2001 (non publié).

la Belgique en 2002²³. Un accord-cadre existe aussi avec le Vietnam en matière d'adoption, accord qui a occasionné un imbroglio diplomatique après que les exigences d'Ottawa eurent fait dérailler la signature d'une entente en la matière avec le Québec²⁴. Ottawa exigeait en effet que l'entente comporte une référence à l'accord-cadre du Canada dont il venait d'obtenir la signature par le Vietnam, ce que l'accord ne prévoit pourtant pas. Le Québec s'est finalement plié à cette condition, ce que d'aucuns ont considéré comme un recul de sa part²⁵. Deux ententes internationales en matière d'adoption avaient pourtant déjà été signées par le Québec avec la Corée du Sud et le Pérou, en l'absence de tout accord-cadre.

L'accord-cadre de coopération transfrontalière ou interterritoriale

Le Canada s'est très peu intéressé à encadrer la coopération entre ses provinces et les États américains ou les entités infra-étatiques d'États non contigus. L'expérience européenne montre pourtant que le rôle de l'État y est cardinal dans l'organisation de cette coopération transfrontalière et interterritoriale²⁶. Cette coopération infra-étatique fait en effet souvent l'objet de traités entre les États concernés afin de l'encourager, de lui offrir un cadre juridique clair et d'en assurer la coordination, en ce qui a trait par exemple à la protection de l'environnement, aux infrastructures communes, aux services aux citoyens ou à la lutte contre les sinistres²⁷. La *Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales*²⁸ propose des

modèles de traités pour les États limitrophes et des modèles de contrats, d'arrangements et d'accords pour les entités infra-étatiques, alors que son deuxième protocole l'a étendue à la coopération interterritoriale, visant les territoires non contigus²⁹.

La pratique conventionnelle du Canada contient peu d'exemples de ce type d'accord. Un échange de lettres avec les États-Unis en 1970 a autorisé le Québec et le Nouveau-Brunswick à adhérer à une convention entre les États du Nord-Est des États-Unis sur la lutte contre les incendies de forêt³⁰. Le Québec avait adhéré l'année précédente à cet accord, avant d'en avoir reçu l'autorisation par Ottawa et Washington. D'autres provinces canadiennes ont depuis adhéré à la convention, sans qu'un traité ne les ait formellement autorisées à le faire³¹. Un premier véritable accord-cadre a été conclu avec les États-Unis en 2008 concernant les situations d'urgence qui découlent de catastrophes naturelles ou sont causées par l'homme³². Cet accord-cadre encourage cette fois les autorités étatiques, provinciales et locales à conclure des ententes de coopération en la matière³³. À nouveau, le Québec avait déjà adhéré à une telle entente avant la signature de l'accord-cadre³⁴. Un autre exemple d'accord-cadre de ce type a été conclu en 1994 avec la France et concerne les relations entre les provinces atlantiques et Saint-Pierre-et-Miquelon, mais il n'envisage pas la conclusion d'ententes par les provinces avec la collectivité d'outremer

23 Le Québec a signé une entente de reconnaissance des permis de conduire avec la France (1985), l'État de New York (1988), le Maine (1991), la Floride (1995), le Japon (1996), la Belgique (2002), la Suisse (2004), l'Autriche (2009) et la Turquie (2014).

24 *Accord de coopération en matière d'adoption entre le Canada et la République socialiste du Vietnam*, 27 juin 2005, art 16 [Accord sur l'adoption Canada-Vietnam]. Voir Turp, *supra* note 2 aux pp 58-59.

25 *Entente de coopération en matière d'adoption internationale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République socialiste du Vietnam*, 15 septembre 2005, Entente n° 2005-06, préambule, al 6; Turp, *ibid.*

26 Henri Labayle, « L'État et la coopération transfrontalière. Éléments de synthèse », dans Carlos Fernandez de Casadevante Romani, dir, *L'État et la coopération transfrontalière*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 169 aux pp 171-73.

27 Yves Lejeune, *Le statut international des collectivités fédérées à la lumière de l'expérience suisse*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984 aux pp 71-82.

28 *Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontière des collectivités ou autorités territoriales*, 21 mai 1980, STE n° 106, art 1, 3 et annexe.

29 *Protocole n° 2 à la Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif à la coopération interterritoriale*, 5 mai 1998, STE n° 169, art 3.

30 Échange de notes entre le Canada et les États-Unis d'Amérique concernant la participation du Nouveau-Brunswick et du Québec à la Convention entre États du Nord-Est pour la protection contre les incendies de forêt (North-Eastern Interstate Forest Fire Protection Compact), RT Can 1970 n° 3; *Pacte des États du Nord-Est sur la protection des feux de forêts*, 25 juin 1949, Entente n° 1969-05 (signature du Québec le 23 septembre 1969).

31 La Nouvelle-Écosse (1996), Terre-Neuve-et-Labrador (2007) et l'Île-du-Prince-Édouard (2016) sont aussi devenues parties à cette entente. Voir *Northeastern Forest Fire Protection Compact*, en ligne : <https://www.nffpc.org/fr/>.

32 *Accord de coopération entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis concernant la gestion des urgences*, 12 décembre 2008, RT Can 2009 n° 14.

33 *Ibid.*, art 2(1)(10).

34 *Protocole d'entente internationale d'aide à la gestion des urgences et déclaration portant sur l'application du protocole en vertu de l'article XI*, 18 juillet 2000, Entente n° 2002-13 (signature du Québec le 27 août 2002).

française³⁵. De façon surprenante, l'accord-cadre de coopération le plus ambitieux jamais conclu par le Canada l'a été avec la Russie en 2000, autorisant les provinces à conclure des ententes avec les entités fédérées russes « sur les sujets qui relèvent de leur compétence respectives »³⁶. Cet accord a remplacé celui du même type conclu avec l'URSS en 1989. Le Québec a signé des ententes avec la République soviétique fédérative socialiste de Russie, la région de Leningrad et l'oblast de Samara.

L'absence d'accord-cadre de coopération infra-étatique transfrontalière ou interterritoriale n'a pas empêché le Québec de signer un grand nombre d'ententes de coopération générale ou sectorielle avec des États américains ou d'autres entités infra-étatiques à travers le monde.

Les modèles de clauses autorisant les provinces à conclure des ententes

La clause de contrôle

Le modèle de clause le plus contraignant est celui du contrôle, mis en place par l'accord culturel franco-canadien de 1965. L'habilitation des provinces à conclure une entente internationale est soumise à des conditions de forme strictes :

L'habilitation des provinces à conclure de telles ententes résultera, soit du fait qu'elles se seront référées à [l'accord-cadre], soit de l'assentiment que leur aura donné le Gouvernement fédéral³⁷.

Au surplus, le gouvernement français a l'obligation d'informer le gouvernement fédéral des ententes conclues avec des provinces. Ce modèle n'a été repris qu'une seule autre fois par l'accord italo-canadien de sécurité sociale de 1979, maintenant éteint³⁸.

35 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République française relatif au développement de la coopération régionale entre les provinces atlantiques canadiennes et la collectivité territoriale française de Saint-Pierre et Miquelon*, 2 décembre 1994, RT Can 1994 n° 33.

36 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la fédération de Russie concernant les principes et la base de la coopération entre les provinces et les territoires du Canada et les membres de la Fédération de Russie*, 18 décembre 2000, RT Can 2000 n° 25, art 2 [Accord de coopération interterritoriale Canada-Russie].

37 *Accord culturel Canada-France*, supra note 16, Échange de lettres du 17 novembre 1965 accompagnant l'accord.

38 *Accord de sécurité sociale Canada-Italie de 1977*, supra note 21, art XXIV. Le nouvel accord sur le sujet entre les parties ne suit plus ce modèle du contrôle.

La clause de conformité

Le modèle du contrôle a été complètement supplanté par un modèle de clause beaucoup plus souple introduit par l'accord franco-canadien de sécurité sociale de 1979. Ce modèle se contente de soumettre l'habilitation des provinces à conclure des ententes internationales à la condition, de fond cette fois, que celles-ci soient conformes à l'accord-cadre :

Les autorités compétentes françaises et les autorités compétentes des provinces du Canada pourront conclure des ententes portant sur toute législation de sécurité sociale relevant de la compétence provinciale, pour autant que ces ententes ne soient pas contraires aux dispositions du présent Accord³⁹.

La plupart des accords-cadres sectoriels du Canada suivent ce modèle de clause de conformité, avec quelques variantes occasionnelles, comme la condition de conformité avec les lois et politiques fédérales et provinciales ou de la partie étrangère⁴⁰.

La clause de spécification technique ou juridique

Un troisième modèle moins courant est celui de la clause d'habilitation sans exigence de conformité avec l'accord-cadre, mais avec certaines spécifications techniques ou juridiques. Le récent accord italo-canadien sur la reconnaissance des permis de conduire comporte quelques exigences sur le contenu des ententes des provinces, ce qui est inusité⁴¹. L'accord passé avec le Vietnam en matière d'adoption appartient aussi à cette catégorie, exigeant seulement que le nom des provinces et des territoires qui ont décidé de négocier une entente apparaissent en annexe⁴². Cette condition ne semble pas avoir été respectée par les parties puisque le Québec a signé une telle entente et que l'annexe au traité ne contient aucun nom de province ou de territoire pour le moment.

39 *Accord entre le Canada et la France sur la sécurité sociale*, 9 février 1979, RT Can 1981 n° 5, art 31 (éteint).

40 *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République française sur la sécurité sociale*, 14 mars 2013, RT Can 2017 n° 21, art 3; *Accord culturel Canada-Chine*, supra note 18, art 5; *Accord de coopération entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis concernant la gestion des urgences*, supra note 32, art 2(1)(10).

41 *Accord sur les permis de conduire Canada-Italie*, supra note 22, art 1.

42 *Accord sur l'adoption Canada-Vietnam*, supra note 24, art 16.

L'accord belgo-canadien de sécurité sociale de 1984 comportait à l'origine la disposition suivante :

Toute entente de ce genre constituera un engagement d'ordre administratif entre les deux Parties et sera annexée au présent Accord⁴³.

Cette disposition a été supprimée une quinzaine d'année plus tard⁴⁴, à l'instar d'une disposition analogue qui figurait dans l'accord italo-canadien de sécurité sociale de 1979⁴⁵. L'accord de coopération interterritoriale avec la Russie appartient aussi à cette catégorie, car les parties doivent s'informer des ententes signées par leurs entités fédérées, mais la clause d'habilitation prévoit davantage de détails sur la nature des ententes visées :

Les ententes conclues entre les Provinces et Territoires du Canada et les Membres de la Fédération de Russie ne sont pas des accords internationaux⁴⁶.

En outre, une disposition très rare aborde la question du règlement des différends liés à de telles ententes :

Les désaccords relatifs à l'application des ententes conclues entre les Provinces et les Territoires du Canada et les Membres de la Fédération de Russie sont résolus par consultation entre les signataires de l'entente⁴⁷.

Cette disposition indique que les États n'entendent pas être concernés par les éventuelles réclamations qui pourraient naître en lien avec les ententes couvertes par l'accord-cadre.

Lois fédérales autorisant les provinces à conclure des ententes

Il est arrivé, à de rares occasions, qu'Ottawa autorise une province à signer une entente au moyen d'une loi fédérale, sous réserve de l'approbation du gouvernement fédéral, concernant la construction d'une infrastructure transfrontalière⁴⁸. Cette pratique semble maintenant être tombée en désuétude.

Traités du Canada s'appliquant uniquement au territoire d'une province

Il existe un cas isolé où le Canada a préféré passer lui-même un traité sur la reconnaissance réciproque des ordonnances alimentaires entre une province et la Norvège, plutôt que d'habiliter la province à le faire dans un accord-cadre⁴⁹. Cette technique aurait été utilisée pour satisfaire à la loi norvégienne, qui exigeait que l'accord soit régi par le droit international. Ce précédent semble indiquer que la signature d'une entente sous le couvert d'un accord-cadre n'offrait pas la sécurité juridique voulue par la Norvège. Mais il pourrait aussi s'expliquer par le désintérêt des provinces pour la question et leur satisfaction de voir Ottawa s'en occuper.

Ententes internationales du Québec sans autorisation formelle du Canada

La vaste majorité des ententes internationales du Québec ne fait pas l'objet d'une autorisation formelle du Canada. De nombreuses ententes portent sur des aspects particuliers de la coopération transfrontalière avec les États américains limitrophes, concernant entre autres la protection

43 *Accord de sécurité sociale entre le Canada et la Belgique*, 10 mai 1984, RT Can 1987 n° 6, art 23(2) [*Accord de sécurité sociale Canada-Belgique*].

44 *Protocole portant amendement à l'Accord de sécurité sociale entre le Canada et la Belgique*, signé à Bruxelles le 10 mai 1984, 11 mars 1996 (entrée en vigueur : 20 octobre 1999).

45 *Accord de sécurité sociale Canada-Italie de 1977*, supra note 21, art XXIV.

46 *Accord de coopération interterritoriale Canada-Russie*, supra note 36, art 4.

47 *Ibid*, art 5.

48 Allan E Gotlieb, *Canadian Treaty-Making*, Toronto, Butterworths, 1968 à la p 31. Voir par ex *Loi relative au pont de Campobello à Lubec*, SC 1958, c 23, art 3.

49 Échange de notes entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Norvège en vue de faciliter l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires entre la Norvège et la Saskatchewan, 5 septembre et 13 novembre 1984, RT Can 1984 n° 28 (entrée en vigueur : 13 novembre 1984); Échange de notes modifiant l'Accord du 16 octobre 1980 entre le Canada et la Norvège en vue de faciliter l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires entre la Norvège et la province du Manitoba, 7 et 11 décembre 1981, RT Can 1981 n° 26 (entrée en vigueur : 11 décembre 1981); Échange de notes constituant un Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Norvège en vue de faciliter l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires entre la Norvège et la province de Colombie-Britannique, 16 octobre 1980, RT Can 1980 n° 21 (entrée en vigueur : 16 octobre 1980).

de l'environnement⁵⁰, la sécurité publique⁵¹ ou les transports⁵². Certaines ententes portent sur des domaines envisagés par des accords-cadres, mais avec d'autres parties, alors que plusieurs autres portent sur des domaines originaux ou complètent avantagusement les traités du Canada.

L'interconnexion des marchés du carbone

La lutte contre les changements climatiques offre un bon exemple d'un cas où les entités infra-étatiques ont agi afin de combler l'inaction des gouvernements fédéraux américain et canadien, le Canada s'étant d'ailleurs formellement retiré du protocole de Kyoto⁵³. Le Québec a adhéré à la *Western Climate Initiative*⁵⁴ mise sur pied en 2007 par les États de l'Ouest des États-Unis afin de développer une approche transnationale à la lutte contre les changements climatiques. Son système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre a été connecté avec celui de la Californie en 2013 au moyen d'une entente internationale, remplacée en 2017 par une nouvelle entente qui intègre l'Ontario⁵⁵. Aucune de ces ententes ne comporte de référence à quelque traité bilatéral ou multilatéral que ce soit, ni à une autorisation de Washington ou d'Ottawa. En 2016, seules trois initiatives d'interconnexion de marchés du carbone étaient recensées dans le monde, ce qui illustre le caractère précurseur de la pratique conventionnelle

du Québec en la matière⁵⁶. Ces initiatives ont une importance globale puisqu'elles sont considérées comme la réponse à l'échec du protocole de Kyoto à mettre en place un marché unique du carbone⁵⁷.

La reconnaissance des qualifications professionnelles

Une entente signée en 2008 avec la France sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles offre un second exemple de la pratique conventionnelle indépendante du Québec dans un domaine original⁵⁸. Elle met en place un cadre général enjoignant les ordres professionnels à passer en revue leur réglementation pour vérifier l'équivalence globale des qualifications de leurs membres. Si des différences substantielles existent entre celles-ci, les mesures de compensation requises pour y remédier doivent être déterminées à l'avance afin de permettre l'intégration définitive dans l'ordre professionnel de l'autre partie. Un arrangement de reconnaissance mutuelle détaillé conclu par chacun des ordres doit consigner les résultats de cet exercice. Cette entente ambitieuse a été signée par le premier ministre du Québec et le président de la France, ce qui en fait la seule entente internationale du Québec à l'avoir été par le chef d'un État souverain. La France a cependant laissé entendre qu'elle ne considérait pas l'entente comme un traité, notamment en raison de la capacité exclusive de l'Union européenne d'en conclure dans ce domaine⁵⁹. Comme le système professionnel est mis en place par la législation québécoise, il apparaît que seule la province pouvait véritablement mobiliser les ordres afin de faciliter l'intégration des professionnels migrants. Rappelant à certains égards les dispositions du droit de l'Union européenne, cette entente a elle-même servi d'inspiration au chapitre consacré à la question dans l'accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne⁶⁰.

50 Voir par ex *Entente de coopération en matière d'environnement relativement à la gestion du lac Champlain entre le gouvernement du Québec, l'État de New York et l'État du Vermont*, 23 mars 2015, Entente n° 2015-04.

51 Voir par ex *Entente complémentaire à l'Entente de coopération dans les domaines économique, scientifique et technologique entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'État de New York relative à la collaboration en matière de sécurité intérieure*, 15 avril 2008, Entente n° 2008-01.

52 Voir par ex *Entente entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de l'État du Vermont pour la restauration et l'entretien du pont international Sutton-East Richford*, 26 février 2014, Entente n° 2014-03 [Entente Québec-Vermont sur le pont international Sutton-East Richford].

53 *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2303 RTNU 162 (retrait du Canada : 15 décembre 2011); Géraud de Lassus Saint-Geniès, « Quel droit pour l'interconnexion des marchés du carbone? Un regard sur l'expérience Québec-Californie » (2017) 42 RJE 157 à la p 161.

54 *Western Regional Climate Action Initiative*, 26 février 2007, Entente n° 2008-03 (adhésion du Québec : 18 avril 2008) (Arizona, Californie, Nouveau-Mexique, Oregon, Québec et Washington).

55 *Entente concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*, 22 septembre 2017, Entente n° 2017-08 (Californie, Ontario et Québec); *Entente entre le gouvernement du Québec et le California Air Resources Board concernant l'harmonisation et l'intégration des programmes de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre*, 25 septembre 2013, Entente n° 2013-06 (éteinte).

56 De Lassus Saint-Geniès, *supra* note 53 à la p 160, n 12.

57 *Ibid* à la p 158.

58 *Entente entre le Québec et la France en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles*, 17 octobre 2008, Entente n° 2008-12. Voir généralement Charles-Emmanuel Côté, « Un nouveau chantier transatlantique : l'entente France-Québec sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles » (2008) 46 ACDI 337 [Côté, « Chantier transatlantique »].

59 Côté, « Chantier transatlantique », *supra* note 58 aux pp 384 et 386-87.

60 *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, 30 octobre 2016, chapitre 11 [application provisoire partielle : 21 septembre 2017], en ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text+texte/toc+tdm.aspx?lang=fra>.

La protection du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent

La série d'ententes internationales concernant la protection du bassin hydrographique des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent s'inscrit dans le contexte des traités de coopération canado-américains en la matière, dont celui de 1978 sur la qualité de l'eau et celui de 1909 sur les eaux limitrophes ayant mis sur pied la Commission mixte internationale⁶¹. La *Charte des Grands Lacs*⁶² de 1985 fixe les grands objectifs de cette coopération infra-étatique et reconnaît le rôle et la responsabilité essentiels et constants de Washington, d'Ottawa et de la Commission mixte internationale à l'égard des Grands Lacs. Une deuxième entente de 1988 porte plus spécialement sur l'élimination des substances toxiques dans le bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent⁶³. Elle contient une disposition très originale prévoyant que les provinces canadiennes et les États américains s'entendent pour faire pression sur leur gouvernement fédéral respectif afin qu'il exerce adéquatement sa compétence sur la réglementation des substances toxiques. Les parties expriment aussi le souhait que le traité canado-américain de 1978 leur reconnaisse un rôle accru. Enfin, la plus récente entente de 2005 est très détaillée et applique l'approche du développement durable à la protection, à la conservation et à la restauration des eaux du bassin⁶⁴. Ces trois ententes approfondissent et densifient la coopération bilatérale établie par les traités canado-américains en la matière. Si elles ne sont pas des mesures de mise en œuvre de ces traités ou des ententes envisagées par ceux-ci, elles poursuivent néanmoins les mêmes objectifs et s'inscrivent dans leur prolongement.

61 Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs, 22 novembre 1978, RT Can 1978 n° 20; *Treaty between the United Kingdom and the United States of America relating to Boundary Waters and Questions arising along the Boundary between Canada and the United States*, 11 janvier 1909, UKTS 1910 n° 23. Voir généralement Charles Bédard, *Le bassin du Saint-Laurent et les Grands Lacs : cadre juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004.

62 *Charte des Grands Lacs*, 11 février 1985, Entente n° 1985-03 (Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvanie, Québec et Wisconsin).

63 *Entente intergouvernementale sur l'élimination des substances toxiques dans l'environnement des Grands Lacs*, 13 juin 1986, Entente n° 1988-12 (Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvanie, Québec et Wisconsin).

64 *Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent*, 13 décembre 2005, Entente n° 2005-07 (Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario, Pennsylvanie, Québec et Wisconsin).

La pratique canadienne et le droit international applicable aux traités conclus par les entités infra-étatiques

La pratique conventionnelle du Canada impliquant des entités infra-étatiques soulève la question de savoir quel régime juridique lui est applicable. Le rôle du Canada dans le rejet de la seule disposition qui abordait la question lors de la conférence de Vienne sur le droit des traités doit être examiné. Les travaux de la CDI et de la conférence permettent néanmoins d'esquisser les contours de ce régime juridique, afin de suggérer des réponses aux questions de droit international soulevées par la pratique du Canada.

Le rôle du Canada à la conférence de Vienne sur le droit des traités

En 1966, la CDI a adopté le projet d'article 5(2) prévoyant ce qui suit :

Les États membres d'une union fédérale peuvent avoir la capacité de conclure des traités si cette capacité est admise par la constitution fédérale et dans les limites indiquées par ladite constitution⁶⁵.

Elle tenait à rendre compte de certaines constitutions fédérales qui reconnaissent la capacité des entités fédérées de conclure des traités; elle voulait aussi rappeler que le droit international ne s'y oppose pas⁶⁶. La conférence de Vienne sur le droit des traités s'est basée sur les travaux de la CDI pour la négociation de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁶⁷ à la fin des années 1960.

Une première charge infructueuse a été lancée contre le projet d'article 5(2) par l'Australie au cours de la première session de la conférence de Vienne

65 CDI, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, Doc NU A/6309/Rev.1, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol 2, New York, NU, 1967, 203, art 5(2) à la p 208.

66 *Ibid* n° 3 à la p 209.

67 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 353.

en 1968, avec une proposition d'amendement visant à le supprimer au motif qu'il était inutile⁶⁸. Cet amendement a été battu de justesse, mais il a révélé les lignes de faille qui divisaient les États sur la question : les pays occidentaux s'opposaient à la disposition, à l'exception notable de la Suisse, alors que l'URSS, le bloc de l'Est et les pays du Tiers-Monde la soutenaient.

La seconde charge, victorieuse celle-là, a été menée par le Canada au cours de la seconde session de la conférence en 1969⁶⁹. Pour le Canada et ses alliés, la capacité des entités fédérées ne pouvait pas se déterminer uniquement en référence à la constitution fédérale et le droit international devait fixer un critère autonome. Il était vain de prévoir cette disposition sans clarifier aussi les règles applicables en matière de responsabilité. La disposition était inutile puisqu'elle prévoyait une règle déjà admise par le droit international général. De plus, les rapports directs entre une entité fédérée et un pays étranger étaient illicites au regard du droit diplomatique. Ce dernier exige en effet que ces rapports se fassent par l'intermédiaire de la capitale fédérale⁷⁰. Pour l'URSS et ses alliés, la disposition était simplement déclaratoire et codifiait le droit international général. Le seul critère de détermination de la capacité de conclure des traités des entités fédérées devait être le renvoi à la constitution fédérale, alors que la convention en négociation ne pouvait pas porter sur les règles de responsabilité.

Mais ce sont surtout des arguments politiques qui ont convaincu une majorité de délégations de s'opposer au projet d'article 5(2)⁷¹. Pour le Canada

et ses alliés, la disposition posait de sérieux risques d'ingérence dans les affaires intérieures des États fédéraux, en invitant des pays tiers à interpréter leur constitution. Or un amendement proposé par l'Autriche et battu lors de la première session en 1968 proposait pourtant une solution ingénieuse à ce problème, en prévoyant l'obligation pour les États fédéraux de confirmer ou d'approuver la capacité de conclure des traités de leurs entités fédérées⁷². Un autre argument politique contre la disposition voulait que sa simple existence allait encourager des entités fédérées à revendiquer elles aussi la capacité de conclure des traités. Enfin, les États fédéraux pourraient se prévaloir de la disposition pour augmenter artificiellement leurs voix lors des conférences diplomatiques, ce que l'exemple de l'URSS et des RSS de Biélorussie et d'Ukraine tendait à démontrer.

La Suisse s'est finalement ralliée aux autres États fédéraux occidentaux, et les États unitaires ont fait preuve de retenue face à la position de ces derniers, ce qui s'est soldé par le rejet du projet d'article 5(2) par une forte majorité⁷³. Le projet d'article 5 est devenu l'article 6 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui dispose simplement que « [t]out État a la capacité de conclure des traités »⁷⁴. Le résultat du rejet du projet d'article 5(2) et de la cabale du Canada aura été de laisser dans le flou le droit international applicable aux traités conclus par les entités fédérées⁷⁵.

Esquisse du régime applicable aux traités des entités infra-étatiques

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* précise que le fait qu'elle ne s'applique qu'aux traités conclus

68 Charles-Emmanuel Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies », dans Eugénie Brouillet, Patrick Taillon et Amélie Binette, dir, *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2016, 275 aux pp 292-93 [Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la CDI »]. Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Onzième séance de la Commission plénière*, dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Première session*, New York, NU, 1969 (A/CONF.39/11), 64, n° 26-30 à la p 66; Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Douzième séance de la Commission plénière*, dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Première session*, New York, NU, 1969 (A/CONF.39/11), 71, n° 47 à la p 75.

69 Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la CDI », *supra* note 68 aux pp 294-95.

70 *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1861, 500 RTNU 95, art 41(2); Lejeune, *supra* note 27 aux pp 55-56, n° 32.

71 Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la CDI », *supra* note 68 aux pp 295-96.

72 *Ibid* à la p 293. Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Onzième séance de la Commission plénière*, *supra* note 68, n° 12, à la p 65; Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Douzième séance de la Commission plénière*, *supra* note 68, n° 50 à la p 75.

73 Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la CDI », *supra* note 68 à la p 294. Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Huitième séance plénière*, dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Seconde session*, New York, NU, 1970 (A/CONF.39/11/Add.1), 11, n° 50 à la p 16.

74 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 67, art 6.

75 Voir Marcelo G Kohen, « Le droit des traités : questions restées ouvertes après la codification », dans CDI, dir, *La Commission du droit international cinquante ans après. Bilan d'activités*, New York, NU, 2000, 74 à la p 78; Oliver J Lissitzyn, « Territorial Entities Other than Independent States in the Law of Treaties » (1968) 125 Rec des cours 1 à la p 23.

entre des États ne porte pas atteinte à la valeur juridique des accords internationaux conclus entre des États et d'autres sujets du droit international ou entre ces autres sujets du droit international⁷⁶. Elle ne porte pas davantage atteinte à l'application à ces accords des règles coutumières qu'elle codifie. Les contours du droit applicable aux traités conclus par des entités fédérées peuvent être esquissés à partir des débats à la CDI et à la conférence de Vienne. Les travaux du quatrième et dernier rapporteur spécial sur le droit des traités, Humphrey Waldock, sont particulièrement éclairants. Pour ce dernier, ce régime juridique doit fournir une réponse à la question fondamentale de savoir qui est la véritable partie au traité⁷⁷. L'entité fédérée, l'État fédéral auquel elle appartient ou les deux? De cette première question en découle une seconde : qui est responsable de la violation du traité par l'entité fédérée? Si l'État fédéral n'est pas partie au traité, peut-il néanmoins voir sa responsabilité engagée?

Le premier rapport de Waldock fournissait une réponse globale à la première question, avec la proposition d'un projet d'article 3(2) embrassant de manière complète la capacité des entités fédérées de conclure des traités :

2. a) Dans le cas d'une fédération ou autre union d'États, la capacité internationale d'être partie aux traités appartient exclusivement, en principe, à l'État fédéral ou à l'Union. Par conséquent, si la constitution d'une fédération ou d'une union confère à ses États membres le pouvoir de conclure directement des accords avec des États étrangers, l'État membre n'exerce normalement ce pouvoir qu'en tant qu'organe de l'État fédéral ou de l'union, selon le cas.

b) Toutefois, un État membre d'une fédération ou d'une union auquel la constitution confère le pouvoir de conclure directement des accords avec des États étrangers peut posséder la capacité internationale d'être partie aux traités :

i) S'il est Membre de l'Organisation des Nations Unies, ou

ii) Si l'État fédéral ou l'union et l'autre ou les autres États contractants reconnaissent qu'il possède une personnalité internationale propre⁷⁸.

La systématisation proposée par Waldock reposait sur la distinction-clé entre l'entité fédérée agissant comme organe de l'État fédéral et celle agissant en son nom propre, en vertu de sa personnalité internationale distincte. Waldock a par ailleurs proposé une hiérarchie entre ces deux hypothèses, le principe voulant que l'entité fédérée à laquelle la constitution fédérale reconnaît la capacité de conclure des traités agisse en tant qu'organe de l'État fédéral, l'exception étant qu'elle agisse en son nom propre en vertu de sa personnalité internationale distincte. La reconnaissance de cette personnalité à la fois par l'État fédéral et par les pays tiers serait indispensable, le simple renvoi à la constitution fédérale ne suffisant pas pour conclure à son existence. Les travaux de la conférence de Vienne ont mis en lumière les craintes d'ingérence dans les affaires intérieures de l'État fédéral, ce qui montre l'importance de la reconnaissance par ce dernier de la personnalité internationale de son entité fédérée.

Bien que le projet d'article 3(2) de Waldock ait été fortement édulcoré au cours des travaux de la CDI, pour devenir le projet d'article 5(2) discuté précédemment, le régime juridique global qu'il a proposé demeure pertinent. La distinction fondamentale qu'il opère entre la capacité de conclure des traités des entités fédérées en tant qu'organe de l'État fédéral ou en leur nom propre en vertu d'une personnalité internationale distincte a d'ailleurs été confirmée par la CDI et par la doctrine⁷⁹.

Quant à la seconde question sur la responsabilité pour violation du traité d'une entité fédérée, les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite permettent aussi de dégager certains éléments de réponse. Les règles coutumières codifiées dans le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement*

76 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 67, art 3.

77 Voir CDI, *Compte-rendu analytique de la 639^e séance*, Doc. NU A/CN.4/SR.639, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol 1, New York, NU, 1964, 65, n° 5 à la p 65 (M Waldock).

78 CDI, *Premier rapport*, par sir Humphrey Waldock, *Rapporteur spécial*, Doc NU A/CN.4/144, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol 2, New York, NU, 1964, 31, art 3(2) aux pp 40-41 [*Premier rapport Waldock*].

79 *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, supra note 65, n° 5 à la p 209; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Doc NU, A/56/10, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol 2(2), New York, NU, 2007, 31, n° 10 à la p 43, n° 4 à la p 72 [*Commentaires sur la responsabilité de l'État*]; Lejeune, supra note 27, n° 287-288, aux pp 385-87.

*illicite*⁸⁰ trouvent application dans l'hypothèse où l'entité fédérée agit comme organe de l'État fédéral, puisque seul ce dernier est partie au traité et peut voir sa responsabilité engagée du fait de son entité fédérée, au titre du principe d'unité de l'État⁸¹.

Les choses se compliquent en ce qui concerne le régime de responsabilité applicable au traité conclu par une entité fédérée en son nom propre. La CDI a choisi de ne pas traiter de cette question, puisque l'entité fédérée qui violerait un tel traité engagerait sa propre responsabilité internationale et que le projet d'articles ne vise pas celle des autres sujets du droit international⁸². Comme la pratique des États ne révèle aucun différend impliquant la violation par une entité fédérée du traité fait en son nom propre⁸³, le régime de responsabilité pour violation d'un tel traité demeure nébuleux. En particulier, il soulève la question de savoir si l'État fédéral peut être responsable de la violation du traité de son entité fédérée, à titre de garant de sa conduite, en raison de leurs liens politiques et juridiques. Les travaux de la CDI sur la question ne sont pas concluants. Après avoir accepté la notion de responsabilité indirecte de l'État fédéral dans un tel cas, lors de la première lecture du projet d'article 28(1) sur la responsabilité de l'État pour le fait internationalement illicite d'un autre État, la CDI a finalement écarté les entités fédérées de cette disposition en deuxième lecture⁸⁴. Pourtant, elle a noté que l'État qui traite avec une entité fédérée en son nom propre peut accepter de se borner à exercer un recours contre cette dernière, ce qui laisse entendre que la réclamation pourrait autrement être exercée contre l'État fédéral aussi⁸⁵. Le rapporteur spécial James Crawford est allé plus

loin en rejetant la possibilité d'une quelconque responsabilité de l'État fédéral dans un tel cas⁸⁶.

Avec le recul, le fait de s'être limité aux traités conclus par des entités fédérées était sans doute une erreur, puisque d'autres types d'entités infra-étatiques jouissent de la capacité de conclure des traités, comme le montre l'exemple de Hong Kong. La distinction entre entités fédérées et autres entités infra-étatiques ne semble pas indispensable sur le plan du droit international, car elles soulèvent les mêmes questions de fond.

Application possible du régime à la pratique canadienne

Afin de déterminer le régime juridique applicable à la pratique conventionnelle du Canada impliquant des entités infra-étatiques, il faut distinguer les traités conclus directement par le Canada des ententes internationales des provinces, couvertes ou non par un accord-cadre.

Régime juridique applicable aux accords du Canada avec Hong Kong

Les trois accords conclus par le Canada avec Hong Kong apparaissent comme de véritables traités régis par le droit international public. La loi fondamentale de la région administrative spéciale lui octroie explicitement le droit de conclure des traités, sous la dénomination « Hong Kong, Chine »⁸⁷. Le droit constitutionnel chinois reconnaît certes ce droit à Hong Kong, mais la véritable partie au traité demeurerait néanmoins la Chine elle-même, la région agissant comme simple organe de l'État⁸⁸. La *Convention de Vienne sur le droit des traités* serait donc applicable à ces trois accords puisque les deux parties sont des États⁸⁹. Seule la Chine pourrait voir sa responsabilité internationale directement engagée en cas de violation d'un des accords par Hong Kong, par l'application du principe normal d'attribution du fait de ses organes à l'État.

80 *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés 56/83, Doc off AG NU, 56^e sess, supp n° 49 à la p 524, Doc NU A/56/49 (Vol I) (2001) [Projet d'articles sur la responsabilité de l'État].

81 *Ibid*, art 2 et 4; CDI, *Premier rapport sur la responsabilité des États*, par M. James Crawford, rapporteur spécial, Doc. NU A/CN.4/490 et Add. 1 à 7, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. 2(1), New York, NU, 2008, 1, n° 188 à la p 42 [Premier rapport Crawford].

82 *Commentaires sur la responsabilité de l'État*, supra note 79, n° 10 à la p 43; *Premier rapport Crawford*, supra note 81.

83 Lejeune, supra note 27, n° 294 aux pp 397-98.

84 *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 80, art 17; *Commentaires sur la responsabilité de l'État*, supra note 79, n° 10 à la p 43, n° 4 à la p 72; *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session*, Doc. NU A/34/10, dans *Annuaire de la Commission du droit international*, 1979, vol 2(2), New York, NU, 1980, 1, art 28(1), à la p 103; Côté, « L'État fédéral dans les travaux de la CDI », supra note 68 aux pp 310-17.

85 *Commentaires sur la responsabilité de l'État*, *ibid* n° 10 à la p 43.

86 *Premier rapport Crawford*, supra note 81, n° 188 à la p 42.

87 *The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*, art 151, en ligne : <http://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/images/basiclaw_full_text_en.pdf>.

88 Lung Wan Pun, « Application and Conclusion of Treaties in the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China : Sixteen Years of Practice » (2013) 12 *Chinese J Intl L* 589 aux pp 593 et 603.

89 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 67, art 1.

Le préambule de l'accord d'entraide pénale et de l'APIE Canada-Hong Kong prévoit que ceux-ci ont été conclus par Hong Kong avec l'autorisation de la Chine⁹⁰, alors que celui de la convention fiscale Canada-Hong Kong renvoie à la disposition de la loi fondamentale autorisant la région administrative spéciale à conclure des traités⁹¹. Hong Kong serait responsable d'exécuter les obligations prévues par ces traités au nom de la Chine. L'accord d'entraide pénale prévoit toutefois que l'avis du gouvernement de la Chine doit être obtenu pour déterminer si une demande d'entraide du Canada porte atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public de la Chine⁹². La convention fiscale est muette sur le règlement des éventuels différends concernant son interprétation et son application, alors que l'accord d'entraide pénale prévoit qu'ils doivent être réglés par la voie diplomatique, sans qu'il soit clair si cela impliquerait alors la Chine ou Hong Kong⁹³. L'APIE Canada-Hong Kong prévoit pour sa part que les investisseurs canadiens lésés par sa violation doivent adresser leur réclamation directement à la région et non à la Chine, alors que les différends sur l'interprétation ou l'application de l'accord doivent être réglés à l'amiable par des consultations ou par arbitrage entre le Canada et Hong Kong⁹⁴. Les accords conclus avec une entité infra-étatique agissant comme organe de leur État peuvent donc aménager les règles de mise en œuvre de la responsabilité de ce dernier afin d'y associer en pratique l'entité infra-étatique.

Régime juridique applicable aux accords-cadres du Canada

L'accord-cadre pourrait avoir pour effet de reconnaître exceptionnellement la capacité des provinces de conclure des traités. La position initiale d'Ottawa et de quelques-uns des rares auteurs de doctrine a s'être penchés sur la question veut que le Canada soit la véritable partie à ces ententes; les provinces seraient ainsi autorisées

à agir comme organes du Canada⁹⁵. Un auteur est plutôt d'avis que ces accords contribuent à l'affirmation du droit des provinces de conclure des traités, vraisemblablement en leur nom propre⁹⁶. D'autres auteurs doutent des effets juridiques réels des accords-cadres, qui ne préjugeraient pas de la question du droit des provinces de conclure des traités⁹⁷. Ottawa a d'ailleurs changé sa position avec le temps pour finalement considérer que les accords-cadres ne font pas en sorte que le Canada soit lié par les ententes couvertes, qui constitueraient de simples arrangements administratifs dépourvus d'effets juridiques⁹⁸. Cela expliquerait pourquoi un accord-cadre n'a pas été jugé suffisant pour garantir le caractère exécutoire des ordonnances alimentaires norvégiennes dans certaines provinces.

Les nombreuses incohérences qui caractérisent les accords-cadres du Canada ne facilitent pas la détermination de leurs effets juridiques. La disposition rare qui précise que les ententes couvertes ne sont pas des traités régis par le droit international public signifie-t-elle qu'en son absence les ententes constituent de tels traités? Au contraire, leur abrogation dans les accords de sécurité sociale avec l'Italie et la Belgique signifie-t-elle qu'elles étaient inutiles parce que toutes les ententes autorisées sont nécessairement de simples accords administratifs? Selon le professeur Jacques-Yvan Morin, le fait que ces dispositions n'aient pas été reprises dans tous les accords-cadres de sécurité sociale signifie soit que le Canada a reconnu la valeur obligatoire des ententes autorisées, soit qu'il n'a pas voulu l'infirmier explicitement de peur d'effrayer la partie étrangère sur le sérieux des engagements des provinces⁹⁹. La seconde explication semble la plus vraisemblable, autrement l'entente sur la sécurité

90 APIE Canada Hong Kong, supra note 5, préambule, al 1; Accord d'entraide pénale Canada-Hong Kong, supra note 15, préambule, al 1.

91 Convention fiscale Canada-Hong Kong, supra note 14, préambule, al 2.

92 Accord d'entraide pénale Canada-Hong Kong, supra note 15, art 5(1) (a).

93 Ibid, art 20.

94 APIE Canada Hong Kong, supra note 5, art 20 et 35.

95 Morin, supra note aux pp 259 et 262. Voir Luigi Di Marzo, *Component Units of Federal States and International Agreements*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980 à la p 153; Bora Laskin, « The Provinces and International Agreements », dans Ontario, Ontario Advisory Committee on Confederation, dir, *Background Papers and Reports*, v 1, Toronto, Queen's Printer of Ontario, 1967, E-1 aux pp E-17 et E-18.

96 Morin, *ibid* à la p 259. Voir Ronald G Atkey, « Provincial Transnational Activity : An Approach to a Current Issue in Canadian Federalism », dans Ontario (dir), *Ontario Advisory Committee on Confederation, Background Papers and Reports*, v 2, Toronto, Queen's Printer of Ontario, 1970, 153 à la p 162.

97 Morin, *ibid* aux pp 259-61; McWhinney, supra note 2 aux pp 16-17.

98 Morin, *ibid* aux pp 262-63 et 273. Voir Allan E Gotlieb, « Canadian Treaty-Making : Informal Agreements and Inter-departmental Arrangements » dans Ronald St John Macdonald, Gerald L Morris et Douglas M Johnston, dir, *Canadian Perspective on International Law and Organization*, Toronto, University of Toronto Press, 1974, 229 à la p 236.

99 Morin, supra note 2 à la p 274.

sociale avec l'Italie de 1979 serait soudainement devenue un traité en 2016, lors de l'entrée en vigueur du nouvel accord-cadre du Canada avec cet État.

Un second élément d'incohérence dans la pratique du Canada est que plusieurs ententes internationales du Québec ne sont pas couvertes par un accord-cadre, même si d'autres ententes portant sur la même matière le sont. Si l'effet juridique de l'accord-cadre devait être de donner à la province la capacité de conclure des traités avec un pays donné, on se retrouverait dans la situation où des ententes quasiment identiques seraient un traité ou non, selon qu'elles aient été passées par le Québec avec un État avec lequel le Canada a conclu un tel accord ou non. La même chose vaut pour les ententes provinciales qui ont été autorisées par une loi fédérale concernant une infrastructure routière transfrontalière : une entente du Nouveau-Brunswick a été autorisée par le Parlement fédéral alors qu'une entente du Québec sur la même matière ne l'a pas été¹⁰⁰. L'autorisation donnée par le fédéral vise sans doute avant tout à soutenir politiquement l'initiative provinciale de manière explicite, sans lui conférer un statut juridique différent de celui des ententes non autorisées explicitement.

Un troisième élément d'incohérence de la pratique du Canada est le non-respect des conditions auxquelles les provinces sont autorisées à conclure des ententes internationales. D'une part, les ententes du Québec ne sont pas systématiquement signées après la signature ou l'entrée en vigueur de l'accord-cadre l'autorisant à le faire lorsqu'un tel accord couvre l'entente en question. D'autre part, l'obligation prévue par l'accord-cadre de sécurité sociale avec le Vietnam d'y annexer les ententes des provinces n'a pas été observée¹⁰¹; une obligation analogue dans l'accord belgo-canadien original a d'ailleurs été abrogée¹⁰². Cela relativise à nouveau les effets juridiques réels que sont censés déployer les accords-cadres du Canada.

Un dernier élément d'incohérence de la pratique du Canada porte sur les dispositions relatives au règlement des différends. Seul l'accord-cadre russo-canadien de coopération interterritoriale comporte

une disposition qui prévoit explicitement que les éventuels désaccords entre la province et l'entité infra-étatique russe doivent être résolus par des consultations directes entre celles-ci. Cela signifie-t-il que les parties ont exceptionnellement renoncé à se tenir responsables des éventuelles réclamations concernant les ententes couvertes? Plusieurs ententes internationales du Québec couvertes par un accord-cadre comportent également une clause de règlement des différends, comme l'entente de 2010 avec l'Allemagne en matière de sécurité sociale¹⁰³. La partie étrangère a-t-elle ainsi renoncé à tenir le Canada responsable des violations de l'entente par le Québec? L'accord-cadre ne semble pas indiquer que le Canada entend être garant des agissements de ses provinces concernant les ententes internationales qu'il autorise.

Le seul fait international qui aurait pu ressembler à un différend concernant une entente internationale du Québec est l'affaire des droits de scolarité des étudiants français au Québec¹⁰⁴. Le Québec a annoncé unilatéralement une mesure qui violait une entente franco-québécoise en matière d'éducation visée par l'accord-cadre franco-canadien de coopération culturelle, mais dont les conditions n'avaient pas été respectées. Le différend a pu être évité par des consultations directes entre Québec et Paris sans jamais qu'Ottawa ne soit impliqué. Cette affaire tend à confirmer le désintérêt d'Ottawa pour les ententes que les provinces nouent avec des pays étrangers malgré l'existence d'un accord-cadre. Même en l'absence d'une clause de règlement des différends, la responsabilité du Canada n'a jamais été invoquée.

Il apparaît que les accords-cadres ne font pas du Canada une partie aux ententes internationales des provinces qu'ils couvrent. Ils ne donnent pas la capacité au Québec de conclure des traités en tant qu'organe du Canada, pas plus qu'ils ne reconnaissent sa personnalité internationale distincte au titre de laquelle il conclurait des traités en son nom propre. L'utilité des accords-cadres serait plutôt d'autoriser explicitement les pays tiers ou leurs entités infra-étatiques à entretenir des relations directes avec les provinces afin de conclure des ententes dans le domaine visé, sans

100 Cf *Entente Québec-Vermont sur le pont international Sutton-East Richford*, supra note 52; *Loi relative au pont de Campobello à Lubec*, supra note 48.

101 *Accord sur l'adoption Canada-Vietnam*, supra note 24, art 16.

102 *Protocole portant amendement à l'Accord de sécurité sociale entre le Canada et la Belgique, signé à Bruxelles le 10 mai 1984*, supra note 44.

103 *Entente en matière de sécurité sociale entre le gouvernement du Québec et le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne*, 20 avril 2010, Entente n° 2010-04, art 26.

104 Voir généralement Charles-Emmanuel Côté, « L'affaire des droits de scolarité des étudiants français au Québec », dans Pierre d'Argent, David Renders et Marc Verdussen, dir, *Les visages de l'État. Liber Amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 187.

passer par les canaux diplomatiques normaux. Cette assurance explicite donnée aux pays étrangers calmerait les inquiétudes de ceux qui pourraient hésiter à traiter directement avec une province. Les accords-cadres induiraient aussi une plus grande cohérence dans l'action internationale des provinces en complément à celle du Canada, tout en lui donnant une meilleure visibilité.

Régime juridique applicable aux ententes internationales du Québec

Les thèses s'opposant sur l'existence ou non du droit du Québec de conclure des traités se concentrent essentiellement sur l'interprétation de la Constitution du Canada. Aussi sophistiquées, ingénieuses et audacieuses que soient ces thèses, particulièrement en appui à l'existence de ce droit, deux faits indiscutables demeurent.

D'une part, la Constitution du Canada ne reconnaît pas explicitement le droit des provinces de conclure des traités. Toutes les entités infra-étatiques du monde qui en disposent formellement se sont vu conférer ce droit explicitement par le droit constitutionnel de l'État auquel elles appartiennent¹⁰⁵. Lorsque la constitution reconnaît ce droit à une catégorie d'entités infra-étatiques, les travaux de la CDI indiquent qu'elle le fait en principe pour leur permettre de conclure des traités en tant qu'organes de l'État; or le Québec n'a jamais prétendu agir comme organe du Canada mais bien en son nom propre.

D'autre part, la revendication du Québec de conclure des traités se heurte depuis toujours à l'objection persistante et systématique d'Ottawa. Les travaux de la CDI indiquent que la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités en leur nom propre, en vertu de leur personnalité internationale distincte, est admise à titre exceptionnel dans deux cas, qui impliquent chacun la prise en compte d'un critère international additionnel en plus de la reconnaissance constitutionnelle du droit de faire des traités¹⁰⁶. Le premier cas est celui de l'entité infra-étatique membre de l'ONU, qui ne s'applique évidemment pas au Québec. Le second cas est celui de l'entité infra-étatique dont la personnalité internationale distincte est reconnue à la fois par les pays tiers et par l'État

auquel elle appartient. Le refus d'Ottawa de reconnaître l'existence du droit des provinces de conclure des traités dans la Constitution du Canada apparaît *a fortiori* fatal à l'existence du droit du Québec d'en conclure en son nom propre.

La France semble le seul pays étranger à avoir reconnu explicitement la personnalité internationale du Québec et considéré ses ententes internationales comme de véritables traités, à la fin des années 1960¹⁰⁷. Cette reconnaissance ancienne d'un État tiers, ajoutée à l'inexistence de toute autre reconnaissance explicite et surtout à l'opposition du Canada, est insuffisante pour établir le droit du Québec de conclure des traités en son nom propre. Une telle reconnaissance par des États tiers se heurterait au refus du Canada et constituerait une ingérence illicite dans ses affaires intérieures, comme les débats à la conférence de Vienne l'ont montré. L'accumulation d'ententes internationales signées par le Québec ne saurait suppléer à l'absence de reconnaissance explicite du droit du Québec de conclure des traités dans la Constitution du Canada ni à l'absence de reconnaissance explicite de sa personnalité internationale distincte par Ottawa et les États tiers.

Ainsi, les ententes internationales que le Québec signe en son nom propre ne lient certainement pas le Canada et ne sont vraisemblablement pas des traités enracinés dans le droit international public. Il s'agirait plutôt d'accords de nature politique ou d'arrangements administratifs dépourvus d'effets dans l'ordre juridique international. Les ententes opéreraient et engageraient le Québec sur son honneur dans la sphère des relations bilatérales qu'il entretient avec ses partenaires. Cette pratique conventionnelle transnationale échapperait donc à l'emprise du droit international public. La très rare jurisprudence canadienne sur la question, quoique laconique et peu étoffée, soutient cette conclusion¹⁰⁸. Cela n'empêche pas pour autant les solutions de ce droit de pouvoir être appliquées par analogie afin de guider la conduite des parties, comme l'a montré l'affaire des droits de scolarité des étudiants français au Québec ou encore la clause de règlement des différends dans l'entente de sécurité sociale précitée avec l'Allemagne, qui rend le droit international applicable à l'arbitrage.

105 Voir par ex Const 1949, art 32(3) (Allemagne); Const 1994, art 167 (Belgique); Const 1999, art 56 (Suisse).

106 Premier rapport Waldock, *supra* note 78, art 3(2)(b)(ii).

107 Morin, *supra* note 16 à la p 275.

108 Voir *Ontario (AG) v Scott*, [1956] SCR 137, 142 (J Rand); *Bazylo v Collins*, [1984] RJQ 194 aux para 10-11, 18 (CA Qué).

Au-delà du symbole, l'impact réel de la qualification des ententes du Québec au regard du droit international public est discutable. Même s'il ne s'agit pas de traités, le droit du Québec de signer des ententes internationales est reconnu explicitement, par des accords-cadres, ou implicitement par l'absence d'opposition de la part d'Ottawa. L'entente internationale est un instrument utile et efficace qui permet au Québec de poursuivre les objectifs de la politique de son gouvernement dans ses champs de compétence. Elle est aussi un instrument flexible qui permet au Québec d'agir directement avec d'autres entités infra-étatiques qui ne disposent pas du droit de conclure des traités, ou de ne pas mobiliser la procédure parfois complexe que suppose l'exercice de ce droit si elles en disposent.

Conclusion

La contribution du Canada au développement du droit international concernant la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités est ambiguë. La pression qu'il a exercée afin que la *Convention de Vienne sur le droit des traités* reste muette sur la question peut être considérée comme une contribution négative. Son attitude face à l'affirmation par le Québec de son droit de conclure des traités et face aux ententes internationales qui en ont découlé est à considérer plutôt comme une contribution involontaire. En réalité, la contribution la plus féconde du Canada revient au Québec qui, par la pratique de son gouvernement et par l'originalité de sa doctrine, a dépoussiéré et grandement contribué à remettre au goût du jour la question de l'action internationale des entités infra-étatiques. Les répercussions de la pratique conventionnelle du Québec dans les travaux de la CDI et à la conférence de Vienne sur le droit des traités en sont la preuve, tout comme la réception formelle de la doctrine Gérin-Lajoie dans la nouvelle constitution fédérale de la Belgique.

La pratique du Québec née dans les années 1960 apparaît même visionnaire au vu des développements survenus dans les relations internationales à l'ère de la mondialisation. Les entités infra-étatiques paraissent jouer un rôle positif sur la scène internationale, même lorsque leurs ententes ne sont pas des traités régis par le droit international public. Les ententes

internationales du Québec peuvent compléter les initiatives internationales du Canada, proposer des solutions innovantes qui pourront inspirer ses traités, ou encore pallier son incapacité de s'attaquer à des problèmes pressants sur le plan interétatique, comme en font foi les ententes du Québec concernant la lutte contre les changements climatiques, la reconnaissance des qualifications professionnelles ou la protection du bassin des Grands Lacs et du fleuve Saint-Laurent. L'action internationale du Québec pourrait même accroître l'influence globale du Canada, en lui permettant d'agir par le truchement de la province dans des réseaux parallèles auxquelles le fédéral pourrait difficilement accéder lui-même. Face au caractère somme toute inoffensif des ententes internationales du Québec pour l'intégrité de la politique étrangère du Canada, il demeure étonnant qu'elles puissent encore indisposer Ottawa. Malgré son refus de reconnaître le droit des provinces de conclure des traités, la pratique conventionnelle récente du Canada avec Hong Kong montre qu'il est prêt à traiter avec des entités infra-étatiques étrangères constitutionnellement investies de ce droit.

Une clarification juridique s'impose au Canada concernant les ententes internationales des provinces. La pratique des accords-cadres gagnerait à être plus cohérente et moins réactive face aux besoins changeants des partenaires étrangers du Canada. La signature d'un accord-cadre de coopération transfrontalière et interterritoriale avec les États-Unis mériterait aussi d'être sérieusement envisagée, afin de coordonner et rendre plus transparents l'ensemble des rapports qui existent entre les entités infra-étatiques de chacun des pays. Il est tout de même curieux que le Canada ait signé un tel accord avec la Russie, mais pas avec les États-Unis, avec lesquels il partage une frontière terrestre de près de 9000 kilomètres et le long de laquelle se masse l'essentiel de sa population. De nouvelles questions pourraient aussi être soulevées à la faveur du développement des peuples autochtones du Canada et de l'essor de leur autonomie politique. Il est à prévoir que ceux-ci voudront aussi nouer des rapports conventionnels directs avec l'étranger et que le Canada devra considérer la question de la capacité des entités infra-étatiques de conclure des traités sous un nouveau jour.

ON CANADA'S PAST, PRESENT AND FUTURE
IN INTERNATIONAL LAW

REFLECTIONS RÉFLEXIONS

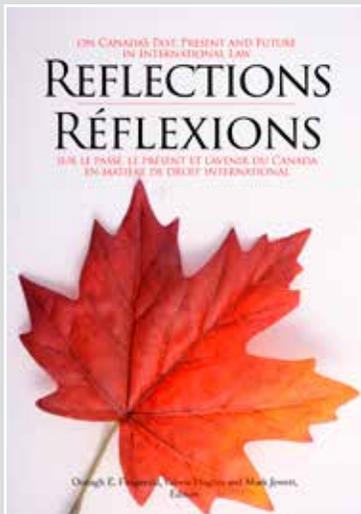
SUR LE PASSÉ, LE PRÉSENT ET L'AVENIR DU CANADA
EN MATIÈRE DE DROIT INTERNATIONAL

Oonagh E. Fitzgerald, Valerie Hughes et Mark Jewett,
éditeurs

Le 150^e anniversaire de la Confédération canadienne est pour les praticiens du droit international et les juristes spécialisés dans ce domaine au Canada une occasion unique de réfléchir sur la riche histoire de notre pays en matière de droit international et de gouvernance, de se demander où nous en sommes aujourd'hui, au sein de la communauté des nations, et de s'interroger sur la façon dont nous pouvons contribuer à façonner un avenir où l'approche canadienne, progressiste et fondée sur des règles, aura gagné en influence. Les textes de la série, dont chacun est rédigé dans la langue choisie par son auteur, offrent des points de vue éclairés sur le passé et le présent du Canada en ce qui concerne le droit international, passent en revue les défis qui se posent à lui dans ce domaine et proposent une nouvelle optique à adopter dans la quête canadienne en faveur de la primauté du droit à l'échelle mondiale.

Dans la première partie, on se penche sur l'histoire et la pratique en matière de droit international, notamment les sources du droit international, les traités autochtones, la diplomatie fondée sur les traités internationaux, la conclusion infranationale de traités, la réception du droit international en droit interne et le rôle du Parlement canadien à cet égard. Dans la deuxième partie, on examine l'influence du Canada sur le droit international, la gouvernance et l'innovation dans le cadre plus vaste de questions comme le droit économique, le droit de l'environnement et le droit de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. Les sujets liés au droit international économique qui sont abordés englobent le commerce et l'investissement au plan international, le règlement des différends, la fiscalité internationale et le droit international privé. Les questions de droit international de l'environnement qui sont analysées comprennent le régime juridique international applicable aux changements climatiques, les accords internationaux sur les produits chimiques et les déchets, la gouvernance relative aux eaux transfrontalières et le droit de la mer. Au chapitre du droit international de la propriété intellectuelle (PI), les sujets traités sont entre autres la création d'une protection internationale en matière de PI et l'intégration du droit de la PI dans l'ensemble des règles du droit international commercial. Dans la troisième partie, on présente des points de vue canadiens sur les derniers développements survenus en droit international visant les droits humains et en droit international humanitaire, y compris en ce qui a trait à la mise en œuvre judiciaire des obligations afférentes, au droit international du travail, à la question du commerce et des droits humains à l'échelle mondiale, au droit international pénal, aux crimes de guerre, aux enfants-soldats et aux questions de genre.

Le livre *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law/ Réflexions sur le passé, le présent et l'avenir du Canada en matière de droit international* met en lumière le rôle central que le Canada a joué jusqu'à présent dans le développement du droit international ainsi que les contributions majeures qu'il est prêt à faire à l'avenir dans ce domaine.



À propos du CIGI

Au Centre pour l'innovation dans la gouvernance internationale (CIGI), nous formons un groupe de réflexion indépendant et non partisan doté d'un point de vue objectif et unique de portée mondiale. Nos recherches, nos avis et nos interventions publiques ont des effets réels sur le monde d'aujourd'hui car ils apportent de la clarté et une réflexion novatrice pour l'élaboration des politiques à l'échelle internationale. En raison des travaux accomplis en collaboration et en partenariat avec des pairs et des spécialistes interdisciplinaires des plus compétents, nous sommes devenus une référence grâce à l'influence de nos recherches et à la fiabilité de nos analyses.

Nos programmes de recherche ont trait à la gouvernance dans les domaines suivants : l'économie mondiale, la sécurité et les politiques mondiales, et le droit international, et nous les exécutons avec la collaboration de nombreux partenaires stratégiques et le soutien des gouvernements du Canada et de l'Ontario, ainsi que du fondateur du CIGI, Jim Balsillie.

About CIGI

We are the Centre for International Governance Innovation: an independent, non-partisan think tank with an objective and uniquely global perspective. Our research, opinions and public voice make a difference in today's world by bringing clarity and innovative thinking to global policy making. By working across disciplines and in partnership with the best peers and experts, we are the benchmark for influential research and trusted analysis.

Our research programs focus on governance of the global economy, global security and politics, and international law in collaboration with a range of strategic partners and support from the Government of Canada, the Government of Ontario, as well as founder Jim Balsillie.

