

# La mise en oeuvre exagérée du droit international : la réception au palier fédéral canadien des traités sur les marchés publics

Derek McKee

Volume 29, Number 5, 2024

Droit international en droit interne : développements récents et perspectives comparées : actes de conférence

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1116025ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1116025ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

McKee, D. (2024). La mise en oeuvre exagérée du droit international : la réception au palier fédéral canadien des traités sur les marchés publics. *Lex Electronica*, 29(5), 64–88. <https://doi.org/10.7202/1116025ar>

## Article abstract

When Canadian legal scholars discuss the reception of international law, they often ask whether Canada is fulfilling its international legal obligations. This article addresses the opposite phenomenon: the overimplementation of international law. Such overimplementation occurs when domestic authorities adopt measures that go beyond what international law requires. A good example of this phenomenon is the federal implementation of treaties in the area of public procurement. Since the 1980s, Canada has ratified over a dozen trade agreements that contain procurement-related provisions. However, in implementing these treaties, the Canadian federal government has gone beyond what the treaties require. The federal government has opened its procurement to suppliers from other countries that do not necessarily reciprocate. Implementation is also backstopped by an administrative tribunal, the Canadian International Trade Tribunal (CITT). The enabling legislation for the CITT gives it greater powers than such a tribunal is required to have under the treaties. Its jurisdiction extends to procurement that is not covered by the treaties. And the CITT has offered protections to suppliers, such as the possibility of lost profit damages, that the treaties do not require.

© Derek McKee, 2024



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

## **La mise en œuvre exagérée du droit international : la réception au palier fédéral canadien des traités sur les marchés publics**

**Derek McKee<sup>161</sup>**

---

<sup>161</sup> Derek McKee, professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Montréal. Il enseigne dans les domaines du droit administratif et de la common law. Ses recherches actuelles portent sur la réglementation des marchés publics au Canada, et notamment l'impact des accords de libre-échange.

Sincères remerciements à Florence Hétu et Marylene Lirette, auxiliaires de recherche, pour leurs contributions importantes. Merci également à Sylvie Sylvestre pour la révision linguistique. Toute erreur qui pourrait subsister est la mienne.

## RÉSUMÉ

Lorsque les juristes canadiens discutent de l'intégration du droit international en droit interne, ils se demandent souvent si le Canada respecte ses obligations. Cet article aborde le phénomène inverse : la mise en œuvre exagérée du droit international. Une telle mise en œuvre se produit lorsque les autorités nationales adoptent des mesures qui vont au-delà de ce qu'exige le droit international. Un bon exemple de ce phénomène est la mise en œuvre fédérale des traités dans le domaine des marchés publics. Depuis les années 1980, le Canada a ratifié plus d'une douzaine d'accords commerciaux contenant des dispositions relatives aux marchés publics. Cependant, dans sa mise en œuvre de ces traités, le gouvernement fédéral canadien est allé au-delà de ce que ceux-ci exigent. Le gouvernement fédéral a ouvert ses marchés publics aux fournisseurs venant d'autres pays qui n'agissent pas de façon réciproque. La mise en œuvre est également renforcée par un tribunal administratif, le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). La législation qui habilite le TCCE lui confère des pouvoirs plus importants que ceux qu'un tel tribunal doit avoir, selon les traités. Sa compétence s'étend aux marchés publics non couverts par les traités. Et le TCCE a offert des protections que les traités n'exigent pas, comme la possibilité d'indemnités calculées selon les profits perdus.

## ABSTRACT

When Canadian legal scholars discuss the reception of international law, they often ask whether Canada is fulfilling its international legal obligations. This article addresses the opposite phenomenon: the overimplementation of international law. Such overimplementation occurs when domestic authorities adopt measures that go beyond what international law requires. A good example of this phenomenon is the federal implementation of treaties in the area of public procurement. Since the 1980s, Canada has ratified over a dozen trade agreements that contain procurement-related provisions. However, in implementing these treaties, the Canadian federal government has gone beyond what the treaties require. The federal government has opened its procurement to suppliers from other countries that do not necessarily reciprocate. Implementation is also backstopped by an administrative tribunal, the Canadian International Trade Tribunal (CITT). The enabling legislation for the CITT gives it greater powers than such a tribunal is required to have under the treaties. Its jurisdiction extends to procurement that is not covered by the treaties. And the CITT has offered protections to suppliers, such as the possibility of lost profit damages, that the treaties do not require.

## INTRODUCTION

[1] Lorsque les juristes canadiens discutent de l'intégration du droit international en droit interne, ils se demandent souvent si le Canada respecte ses obligations. D'une part, les lois nationales pourraient ne pas refléter le contenu des traités que le Canada a ratifiés – une possibilité réelle étant donné le dualisme du Canada dans ce domaine<sup>162</sup>. D'un autre côté, le pouvoir exécutif, par ses actions, pourrait ne pas tenir compte du droit international – comme ce fut le cas dans l'affaire *Baker*<sup>163</sup>. Dans les deux cas, le Canada manquerait à ses obligations juridiques internationales. On pourrait parler d'une mise en œuvre incomplète ou bien minimaliste.

[2] Cet article aborde le phénomène inverse : la mise en œuvre exagérée du droit international. Une telle mise en œuvre se produit lorsque les autorités nationales adoptent des mesures qui vont au-delà de ce qu'exige le droit international. Bien que les autorités puissent justifier rhétoriquement de telles mesures en invoquant le droit international, de telles déclarations exagèrent le contenu obligationnel de celui-ci.

[3] Un bon exemple de ce phénomène est la mise en œuvre fédérale des traités dans le domaine des marchés publics. Depuis les années 1980, le Canada a ratifié plus d'une douzaine d'accords commerciaux contenant des dispositions relatives aux marchés publics. Ces accords sont mis en œuvre en premier lieu par les responsables des achats au sein de l'administration publique. Au niveau fédéral, cette mise en œuvre est également renforcée par un tribunal administratif, le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Le TCCE a pour mandat de se prononcer sur les plaintes des fournisseurs.

[4] Cependant, dans sa mise en œuvre de ces traités, le gouvernement fédéral canadien est allé au-delà de ce que ceux-ci exigent. Le gouvernement fédéral a ouvert ses marchés publics aux fournisseurs venant d'autres pays qui n'agissent pas de façon réciproque. De plus, la législation qui habilite le TCCE lui confère des pouvoirs plus importants que ceux qu'un tel tribunal doit avoir, selon les traités. Sa compétence s'étend aux marchés publics non couverts par les traités. Et le TCCE a offert des protections que les traités n'exigent pas, comme la possibilité d'indemnités calculées selon les profits perdus.

[5] Il convient également de noter que les mesures décrites plus haut ont été en grande partie mises en place par le pouvoir exécutif. Les autorités responsables ont ouvert les marchés publics canadiens aux soumissionnaires étrangers. Le gouvernement a également adopté des règlements qui autorisent le TCCE à déterminer si les traités ont été respectés. En plus des traités, les règlements ordonnent au TCCE d'évaluer la conformité à un accord intergouvernemental, l'Accord de libre-échange canadien (ALEC). Cette inclusion a pour effet d'élargir la compétence du TCCE. Enfin, le TCCE a lui-même, par ses décisions, imposé aux organismes du gouvernement fédéral des règles et des sanctions qui vont au-delà des exigences des traités.

162 *Canada (Attorney General) v Ontario (Attorney General)*, [1937] AC 326 (PC) [Affaire des conventions sur le travail].

163 *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

**[6]** Il se peut que ces mesures soient justifiées par l'intérêt général. Certains pourraient faire valoir que la libéralisation des marchés publics est bénéfique même lorsqu'elle est menée unilatéralement. De plus, le système d'examen des marchés publics du TCCE pourrait apporter des avantages généralisés, en termes économiques ou en termes de saine administration publique. Cependant, ce système a aussi clairement des coûts, notamment sous la forme d'importantes indemnités versées aux soumissionnaires lésés.

**[7]** L'article procède comme suit. Dans la première partie, je situe cette étude de cas par rapport aux débats entourant la réception du droit international. Le dualisme dominant au Canada engendre la possibilité que les législatures ou l'exécutif ne parviennent pas à mettre pleinement en œuvre les traités. Les juristes débattent donc généralement de la question de savoir si les tribunaux devraient jouer un rôle plus actif dans la mise en œuvre du droit international. J'explique que cette étude de cas concerne le phénomène inverse : des mesures adoptées par l'exécutif qui vont au-delà de ce qu'exige le droit international.

**[8]** Dans la deuxième partie, je présente un aperçu des marchés publics et de leur réglementation en droit interne canadien. Les achats de biens et de services par le gouvernement sont fondés à la fois sur le droit administratif et le droit des contrats. Toutefois, dans le droit des marchés publics, les lois ont historiquement joué un rôle en « arrière-plan ». Les contrôles sur les marchés publics, dans la mesure qu'ils existent, découlent souvent d'autres sources de droit telles que la jurisprudence, les règlements et les directives.

**[9]** Dans la troisième partie, j'évoque les accords commerciaux internationaux. Depuis les années 1970, le Canada et d'autres pays se sont engagés à ouvrir au moins une partie de leurs marchés publics aux entreprises étrangères. Au fil des décennies, les traités internationaux dans ce domaine sont devenus de plus en plus exigeants. Entre autres choses, ils requièrent maintenant l'existence de forums nationaux où les fournisseurs peuvent contester les décisions en matière d'approvisionnement. Dans l'ensemble, ces accords reflètent une vision des marchés publics axée sur le marché. Cependant, les accords reconnaissent aussi implicitement les limites de ce modèle.

**[10]** Dans la quatrième partie, j'explique comment le gouvernement fédéral a mis en œuvre ces traités et, ce faisant, a ajouté à leurs exigences. Je note la pratique du gouvernement fédéral d'ouvrir ses marchés publics aux soumissionnaires étrangers, quelles que soient les obligations découlant des traités. J'explique le mandat du TCCE en matière d'approvisionnement et son fondement juridique. J'explique également comment l'ALEC, un accord commercial intergouvernemental, étend considérablement la compétence du TCCE. Enfin, j'aborde les contrôles sur l'approvisionnement que le TCCE a imposés par ses propres décisions, notamment le calcul des compensations en fonction des pertes de profits perdus ou d'occasion perdue.

## 1. LA MISE EN ŒUVRE DES TRAITÉS AU CANADA

**[11]** Le droit international exerce une influence majeure au Canada. Néanmoins, la réception du droit international au Canada est une question nuancée. Le droit canadien a ses propres règles pour déterminer quand le droit international peut s'appliquer. La question récurrente se pose donc de savoir si le droit canadien est conforme avec le droit international. Il se peut que le droit international ne soit pas mis en œuvre, ou qu'il le soit seulement en partie. Cependant, le but de cet article est d'attirer l'attention sur le scénario inverse : ce que l'on pourrait appeler la « mise en œuvre exagérée » du droit international.

**[12]** Peut-être la règle la plus importante, en ce qui concerne la réception du droit international au Canada, est que les traités doivent être mis en œuvre, par le biais d'une loi, pour avoir un effet juridique interne<sup>164</sup>. Cette règle reflète le concept de dualisme, contribuant à constituer le droit international et le droit national comme deux ordres juridiques distincts. L'énoncé classique de cette approche dualiste vient de *L'affaire des conventions du travail* de 1937, dans laquelle le Comité judiciaire du Conseil privé a statué que la mise en œuvre des traités internationaux au Canada était soumise à la division fédérale-provinciale des pouvoirs législatifs<sup>165</sup>. L'auteur de cette décision, Lord Atkin, a souligné la « règle bien établie selon laquelle la conclusion d'un traité est un acte exécutif, tandis que l'exécution de ses obligations, si elles impliquent une modification du droit interne existant, nécessite une action législative »<sup>166</sup>. Il a expliqué qu'au Canada et dans d'autres pays du Commonwealth, « les stipulations d'un traité dûment ratifié n'ont pas... en vertu du seul traité, force de loi »<sup>167</sup>.

**[13]** Cette approche dualiste est toutefois soumise à un certain nombre de limites. Une limite importante est que les traités nécessitent une mise en œuvre législative seulement dans la mesure où ils prétendent générer des conséquences juridiques internes. Cette limite est implicite dans la déclaration de Lord Atkin citée ci-dessus. Il précise que les obligations conventionnelles nécessitent une mise en œuvre législative « si elles impliquent une modification du droit interne existant ». En effet, de nombreuses obligations conventionnelles peuvent simplement être mises en œuvre par l'exécutif. Les exemples courants incluent les traités de paix, les traités liés à la défense et à la sécurité nationale, les traités liés à la coopération économique et au

164 Cette façon d'aborder les traités se distingue du traitement accordé au droit international coutumier. Ce dernier est considéré comme directement applicable au Canada, sauf en cas de conflit avec la législation interne. Voir John H Currie, *Public International Law*, 2d éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 226; Jutta Brunnée et Stephen J Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) 40 *Annuaire canadien de droit international* 3, p. 21. La Cour suprême du Canada a confirmé cette approche au droit international coutumier dans *Nevsun Resources Ltd c Araya*, 2020 CSC 5 (« les normes de droit international coutumier [...] sont entièrement intégrées dans la common law interne canadienne, et font partie de celle-ci, sauf disposition législative contraire » : la juge Abella, par. 94)

165 *Affaire des conventions sur le travail*, préc., note 162.

166 *Id.*, 347 (« well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action »).

167 *Id.* (« the stipulations of a treaty duly ratified do not ... by virtue of the treaty alone, have the force of law »).

développement international ou les traités établissant des frontières internationales<sup>168</sup>. Comme l'écrit l'avocat Gib van Ert, « [l]a grande majorité des traités conclus par le Canada sont de la nature d'accords entre États qui ne nécessitent pas de modification des lois internes de l'une ou l'autre des parties »<sup>169</sup>.

**[14]** Une deuxième limite est que les tribunaux peuvent prendre en compte les traités dans leur interprétation du droit national, même si ces traités n'ont pas été explicitement adoptés en forme de loi. Les tribunaux ont souvent affirmé que le Parlement et les législatures provinciales sont présumés ne pas légiférer contrairement aux obligations internationales du Canada<sup>170</sup>. Cette présomption implique que la législation doit être interprétée, dans la mesure du possible, comme étant conforme aux traités applicables. Il a été suggéré comme alternatif que les traités fassent partie du contexte pertinent pour l'interprétation législative, sans nécessairement donner lieu à une présomption de conformité<sup>171</sup>. Quoi qu'il en soit, il est clair que les tribunaux canadiens peuvent tenir compte des traités ratifiés, même si ces traités n'ont pas été explicitement mis en œuvre par voie législative.

**[15]** Malgré ces limites, il existe clairement des situations où le droit canadien ne reflète pas pleinement le contenu des traités internationaux. L'affaire *Baker* de 1999 en fournit une bonne illustration<sup>172</sup>. Cette affaire découle d'une demande de Mavis Baker, une ressortissante étrangère, visant à obtenir la permission de rester au Canada pour des raisons humanitaires. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration avait refusé sa demande. Devant les tribunaux, Madame Baker a fait valoir que le refus du ministre était incompatible avec un traité que le Canada avait ratifié, la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>173</sup>. Ce traité exige que les responsables gouvernementaux fassent de l'intérêt supérieur des enfants « une considération primordiale » dans toute décision les concernant<sup>174</sup>. Toutefois, cette exigence n'avait pas été spécifiquement mise en œuvre dans la loi canadienne<sup>175</sup>. La Cour suprême du Canada a néanmoins tenu compte du traité en arrivant à sa conclusion que la décision du ministre était déraisonnable. La Cour a estimé que le ministre aurait dû être « réceptif, attentif et sensible » aux intérêts

168 Stéphane Beaulac et Miriam Cohen, *Précis de droit international public : Théorie, sources, interlégalité, sujets*, 3e éd., Montréal, LexisNexis, 2021, p. 306.

169 Gib Van Ert, *Using International Law in Canadian Courts*, 2<sup>d</sup> éd., Toronto, Irwin Law, 2008, p. 233, cité avec approbation dans *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2023 CSC 17, par. 154.

170 Voir notamment *Arrow River & Tributaries Slide & Boom Co. Ltd. v. Pigeon Timber Co. Ltd.*, [1932] R.C.S. 495, p. 509; *Daniels v. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 541; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, par. 53; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, par. 48.

171 S. Beaulac et M. Cohen, préc., note 168, p. 362-368.

172 *Baker*, préc., note 163.

173 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1577 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1992 no 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).

174 *Id.*, art. 3.

175 *Baker*, préc., note 163, par. 69.



des enfants de *Madame Baker*<sup>176</sup>. Comme l'explique la juge L'Heureux-Dubé, « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »<sup>177</sup>.

**[16]** Des affaires comme celle de *Baker* ont suscité de vifs débats parmi les juristes canadiens. D'un côté, des juristes que l'on pourrait qualifier d'« internationalistes » soutiennent que le droit international devrait être considéré comme « contraignant » dans certaines circonstances<sup>178</sup>. Les adeptes de cette école de pensée ont également cherché à élargir l'éventail des sources internationales pouvant être prises en compte. Pour certains de ses tenants, l'internationalisme découle d'une conception universaliste des droits de la personne<sup>179</sup>. Pour d'autres, il est lié à l'espoir que le Canada puisse contribuer activement au développement progressif du droit international<sup>180</sup>. De l'autre côté, des juristes que l'on pourrait qualifier de « positivistes démocratiques » plaident en faveur d'une utilisation plus circonspecte du droit international sur le plan interne<sup>181</sup>. Certains de ces chercheurs ont exprimé leurs inquiétudes quant à l'intégrité des processus législatifs nationaux, notamment quant au principe de la suprématie législative.

**[17]** Cet article n'a pas pour but de prendre parti dans ce débat. Il a plutôt tendance à observer ce que les deux côtés ont en commun. Les deux écoles de pensée sont des réponses au phénomène selon lequel le droit interne canadien (sous forme de législation ou d'actes de l'administration publique) ne met pas pleinement en œuvre le droit international. La question est alors de savoir si, et dans quelle mesure, les tribunaux canadiens devraient tenter de combler ce fossé. Une grande partie du débat tourne alors autour de la légitimité des tribunaux qui s'appuient sur le droit international lorsque la législature ou le pouvoir exécutif ne l'a pas fait.

**[18]** Le but de cet article est plutôt de décrire un exemple du phénomène inverse : la mise en œuvre exagérée du droit international (en anglais, on pourrait parler d'une « *overimplementation* ».) Dans le cas des marchés publics, les institutions fédérales canadiennes sont allées au-delà des exigences des traités. Ils ont offert aux autres États (partenaires commerciaux du Canada) plus que ce qu'ils avaient négocié.

<sup>176</sup> *Id.*, par. 75.

<sup>177</sup> *Id.*, par. 70.

<sup>178</sup> J. Brunnée et S. J. Toope, préc., note 164.

<sup>179</sup> Alan Brudner, « The Domestic Enforcement of International Covenants on Human Rights : A Theoretical Framework », (1985) 35 *University of Toronto Law Journal* 219.

<sup>180</sup> Voir p. ex. Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc., 2020 CSC 32, par. 106, où la juge Abella, dans ses motifs concordants, a soutenu qu'il faut accorder un poids plus important aux sources du droit international, en partie en raison d'une préoccupation pour « la voix du Canada comme chef de file international en matière de jurisprudence constitutionnelle ».

<sup>181</sup> Voir p. ex. S. Beaulac et M. Cohen, préc., note 168; l'épithète « positivistes démocratiques » est empruntée de David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart (dir.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 279.



**[19]** Comme je l'expliquerai, cette mise en œuvre exagérée est presque entièrement le produit d'actes posés par le pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif—le gouvernement fédéral lui-même (en partie en collaboration avec ses homologues provinciaux) ainsi que le TCCE—est presque entièrement responsable de la mise en œuvre des traités sur les marchés publics au fédéral. Les exigences de ces traités ont été transposées sous la forme de mesures adoptées par ces organes exécutifs : règlements; directives; accord intergouvernemental; décisions administratives; décisions quasi judiciaires. Par ailleurs, ces mesures ne sont pas que des gestes isolés. Collectivement, elles établissent un régime spécialisé, avec des conséquences importantes pour les droits des administrés.

**[20]** Dans les récits conventionnels du processus législatif international, les juristes canadiens reconnaissent que c'est l'exécutif qui signe et ratifie les traités. Cependant, lorsque vient le temps de mettre en œuvre ces traités dans le droit national, les rôles principaux sont généralement attribués aux législateurs et aux tribunaux. La réponse fédérale aux traités sur les marchés publics montre que l'exécutif peut également mener ce processus. En particulier, le pouvoir exécutif peut s'appuyer sur le droit international pour établir un régime administratif qui a profondément remodelé un domaine du droit national. Et comme je vais l'explorer, cet ensemble d'arrangements a généré certains résultats discutables.

## 2. LES MARCHÉS PUBLICS ET LEUR RÉGLEMENTATION EN DROIT INTERNE

**[21]** Un domaine du droit canadien qui a été restructuré par les traités internationaux est celui des marchés publics. Toutefois, pour comprendre l'impact du droit international dans ce domaine, il faut d'abord examiner le droit interne. Les marchés publics au Canada reposent sur un « arrière-plan » de règles dérivées du droit des contrats et du droit administratif. Le droit canadien contient également certaines règles et certains principes qui visent spécifiquement les marchés publics. Ces règles, qui constituent l'« avant-plan » du droit des marchés publics, se présentent généralement sous la forme de règlements ou de lignes directrices. Elles sont rarement promulguées dans la loi, du moins au niveau fédéral.

**[22]** Les marchés publics font référence à « l'achat par les gouvernements et les entreprises publiques de biens, de services et de travaux »<sup>182</sup>. Des domaines importants de l'activité gouvernementale, allant des routes aux hôpitaux en passant par l'armée, dépendent fortement des marchés publics. Les marchés publics sont également un moteur clé de l'économie. Selon les chiffres publiés par l'OCDE, les marchés publics (à tous les niveaux de gouvernement) représentaient environ 13 % du PIB du Canada en 2021<sup>183</sup>.

182 OCDE, « Public Procurement », en ligne : <<https://www.oecd.org/governance/ethics/public-procurement.htm>> (« the purchase by governments and state-owned enterprises of goods, services and works »).

183 OCDE, *Panorama des administrations publiques 2023*, p. 129, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/b4d0a9ed-fr>>.

**[23]** Le fondement juridique des marchés publics comprend de nombreuses règles qui ne sont pas spécifiquement dédiées à ceux-ci. Ces règles d'application générale fournissent un « arrière-plan » juridique qui rend possibles les marchés publics. Une partie importante de cet « arrière-plan » est composé du droit des contrats. Dans la tradition de la common law, les contrats entre les autorités publiques et des parties privées sont régis par le droit général des contrats<sup>184</sup>. Cette position est cohérente avec la théorie de Albert Venn Dicey, selon laquelle le gouvernement est assujéti au « droit ordinaire »<sup>185</sup>. En droit civil québécois, l'applicabilité du droit général des obligations aux organismes publics est explicitée à l'article 1376 du *Code civil du Québec*<sup>186</sup>.

**[24]** L'« arrière-plan » juridique des marchés publics est composé également du droit administratif. Le droit administratif habilite les organismes publics à conclure des contrats. Le gouvernement lui-même (en common law, la Couronne) possède un pouvoir contractuel inhérent<sup>187</sup>. Bien que ce pouvoir soit parfois associé à la prérogative royale<sup>188</sup>, il est mieux caractérisé comme un pouvoir administratif inhérent<sup>189</sup>. D'autres organismes publics tirent leurs pouvoirs contractuels de leurs lois habilitantes<sup>190</sup>. Dans le cas du gouvernement fédéral canadien, une loi a été utilisée pour centraliser les achats entre les mains d'un ministère, connu sous le nom de Services publics et Approvisionnement Canada<sup>191</sup>.

**[25]** Il existe également un « avant-plan » juridique constitué de règles conçues spécifiquement pour les marchés publics. Ces règles visent souvent le processus d'attribution des contrats. Elles peuvent fixer des conditions d'éligibilité, déterminer le processus de sélection à utiliser et préciser les critères d'évaluation. Par exemple, le gouvernement fédéral a adopté le *Règlement sur les marchés de l'État*, qui établit certains seuils monétaires au-dessus desquels les institutions fédérales sont tenues, soit de lancer des appels d'offres, soit de solliciter des offres<sup>192</sup>.

184 Pour une discussion de ce principe en lien avec les contrats d'emploi dans le secteur public, voir *Procureur général du Québec c. Labrecque et autres*, [1980] 2 R.C.S. 1057, p. 1081-1085.

185 Sue Arrowsmith, *Government Procurement and Judicial Review*, Toronto, Carswell, 1988, p. 14-16; voir généralement, A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9<sup>e</sup> éd., London, Macmillan, 1952.

186 C.c.Q. art. 1376.

187 Peter W. Hogg, Patrick Monahan et Wade K. Wright, *Liability of the Crown*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2011, p. 313.

188 A. V. Dicey, préc., note 185.

189 Adam Perry, « The Crown's Administrative Powers », (2015) 131 *Law Quarterly Review* 652

190 En fait, il existe des cas où des particuliers ou des entreprises privées ont réussi à faire valoir qu'une décision en matière d'approvisionnement n'était pas conforme avec la loi habilitante d'un organisme public, surtout dans le domaine municipal : *Perron c. St-Casimir (Village)*, [1929] 48 BR 549; *Aboutown Transportation Ltd. v. London (City)*, [1992] 9 O.R. (3d) 143 (Ont Ct Gen Div); comparer *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; comparer *Autobus des Monts inc. c. Développement Côte-de-Beaupré*, 2022 QCCS 3222.

191 *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, LC 1996, ch. 16, art. 6.

192 *Règlement sur les marchés de l'État*, DORS/87-402, art. 5-7.

**[26]** Au Canada, une partie importante de cet « avant-plan » juridique des marchés publics consiste en des règles jurisprudentielles par rapport au processus d'appel d'offres. La Cour suprême du Canada a établi ces règles pour la première fois dans son arrêt *Ron Engineering* de 1981<sup>193</sup>. Le modèle de *Ron Engineering* postule l'existence d'un contrat préliminaire implicite régissant le processus d'appel d'offres, connu sous le nom de « contrat A ». Aux termes de ce contrat préliminaire, ceux qui sollicitent des offres sont tenus de traiter les soumissionnaires équitablement, en évaluant les offres selon les critères annoncés et en rejetant toute offre qui ne répond pas aux exigences essentielles<sup>194</sup>. En contrepartie, les soumissionnaires sont tenus d'honorer leurs offres et de conclure le contrat principal (« contrat B ») s'ils sont sélectionnés.

**[27]** Certes, les règles du « contrat A » visent les processus d'appel d'offres plutôt que les marchés publics en tant que tels. Elles sont également utilisées dans une certaine mesure dans le secteur privé. Néanmoins, la Cour suprême du Canada a développé ces règles dans le contexte des marchés publics, et c'est dans ce contexte qu'elles sont le plus fréquemment appliquées. Elles ont eu un effet marqué sur le droit canadien des marchés publics<sup>195</sup>.

**[28]** Au moins au niveau fédéral, très peu de cet « avant-plan » juridique des marchés publics est promulgué en forme de lois. Même si quelques lois fédérales imposent certaines conditions aux contrats gouvernementaux, ces dispositions sont exceptionnelles et rarement appliquées<sup>196</sup>. Ces arrangements juridiques peuvent être comparés à ceux que l'on trouve dans d'autres juridictions canadiennes, comme le Québec, où un cadre législatif détaillé oriente les autorités publiques dans leur choix de méthodes et de critères d'attribution de contrats<sup>197</sup>.

**[29]** Outre les sources formelles que j'ai mentionnées, il est important de noter que les marchés publics fédéraux sont soumis à diverses directives. La *Directive sur la gestion de l'approvisionnement* du Conseil du Trésor établit les objectifs politiques généraux et attribue les rôles et les responsabilités<sup>198</sup>. Les agents de négociation des contrats de Services publics et Approvisionnement Canada doivent suivre les politiques et

193 *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111.

194 *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619.

195 Paul Sandori et William M. Pigott, *Bidding and Tendering: What is the Law ?*, 6<sup>e</sup> ed., Toronto, LexisNexis, 2020, p. 1-17.

196 Voir p. ex. *Loi sur la gestion des finances publiques*, LRC 1985, ch F-11, art. 40 et des dispositions analogues dans des lois provinciales.

197 Voir *Loi sur les contrats des organismes publics*, RLRQ ch. C-65.1; *Loi sur les cités et villes*, RLRQ ch. C-19; *Code municipal du Québec*, RLRQ ch. C-27.1; ainsi que les règlements qui accompagnent ces lois. Pour comprendre le contexte entourant ce régime législatif, voir Pierre Giroux, Denis Lemieux et Nicholas Jobidon, *Contrats des organismes publics : loi commentée*, 2<sup>e</sup> éd., Brossard, Québec, Wolters Kluwer CCH, 2013.

198 Canada, « Directive sur la gestion de l'approvisionnement », en ligne : <<https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-fra.aspx?id=32692>>

procédures énoncées dans le *Guide des approvisionnements*<sup>199</sup>. Les entreprises qui font affaire avec le gouvernement fédéral sont soumises à un « code de conduite » qui établit des normes d'éthique et de professionnalisme, de protection de l'environnement, de conditions de travail et de droits de la personne<sup>200</sup>.

**[30]** Quelle que soit leur base juridique, ces règles en « avant-plan » répondent à un certain nombre d'objectifs distincts (quoiqu'interdépendants) : promouvoir l'utilisation efficace des fonds publics, garantir un accès équitable aux marchés publics, prévenir la corruption, etc. En outre, les gouvernements et les législateurs ont souvent cherché à intégrer d'autres considérations au processus d'approvisionnement. Les gouvernements ont toujours utilisé les marchés publics comme levier pour atteindre d'autres objectifs politiques tels que subventionner les industries, encourager la recherche et le développement, faire respecter les normes (par exemple dans le domaine du travail ou de l'environnement) ou canaliser les fonds publics vers des groupes historiquement défavorisés<sup>201</sup>. Par exemple, depuis 1996, le gouvernement fédéral a réservé certains contrats aux entreprises autochtones<sup>202</sup>.

**[31]** Les objectifs du droit des marchés publics sont renforcés par d'autres régimes juridiques complémentaires<sup>203</sup>. Par exemple, au Canada, comme dans la plupart des pays, la fraude et la corruption sont interdites par le droit pénal<sup>204</sup>. La collusion des soumissionnaires constitue une infraction au regard du droit de la concurrence<sup>205</sup>. Même si ces règles ne visent pas spécifiquement les marchés publics, elles jouent un rôle important pour garantir leur bon fonctionnement<sup>206</sup>.

**[32]** En bref, les marchés publics canadiens reposent sur diverses règles provenant de sources multiples, plutôt que sur un régime législatif structuré. Parmi ces sources, on retrouve surtout de la jurisprudence, des règlements et des directives. Même si les lois sont importantes pour établir les conditions générales des marchés publics, elles n'occupent pas une place importante à l'« avant-plan », au moins au palier fédéral.

199 Services publics et Approvisionnement Canada, « Guide des approvisionnements », en ligne : <<https://canadabuys.canada.ca/fr/notre-processus-d-achat/politiques-et-lignes-directrices/guide-des-approvisionnements>>.

200 Services publics et Approvisionnement Canada, « Code de conduite pour l'approvisionnement », en ligne : <<https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/app-acq/cndt-cndct/cca-ccp-fra.html>>.

201 Voir généralement Christopher McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

202 Voir Services aux Autochtones Canada, « Entreprises autochtones et approvisionnement fédéral », en ligne : <<https://www.sac-isc.gc.ca/fra/1100100032802/1610723869356>>.

203 Peter Trepte, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 56-57.

204 *Code criminel*, LRC 1985, ch C-46, arts. 121, 122, 124, 380, 418.

205 *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, ch C-34, art. 45, 47.

206 P. Trepte, préc., note 203 p. 56-57.

### 3. LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS DANS LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

[33] Au cours des dernières décennies, les gouvernements (y compris celui du Canada) ont ratifié des traités internationaux dans lesquels ils ont accepté d'ouvrir une partie de leurs marchés publics aux fournisseurs internationaux. Ces traités imposent certaines règles de procédure et de fond pour l'adjudication des contrats. De plus, les dernières versions de ces traités exigent que les parties établissent des « procédures de recours internes » – des forums où les fournisseurs peuvent contester les décisions en matière de marchés publics. Ces traités sont généralement associés à la libéralisation des marchés publics. Néanmoins, les traités reconnaissent implicitement les limites de cette vision libérale.

[34] L'idée de réglementer les marchés publics par le biais du droit commercial international remonte aux recherches et aux discussions menées à l'OCDE à la fin des années 1960<sup>207</sup>. Pendant les années 1970, les Communautés européennes ont adopté des directives obligeant leurs membres à donner accès aux marchés publics à leurs entreprises respectives<sup>208</sup>. Ces directives européennes ont servi de tremplin vers la qualification des marchés publics comme une question de commerce international. Les négociateurs commerciaux internationaux ont abordé pour la première fois la question des marchés publics lors du Cycle de Tokyo de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Ces négociations ont abouti à un *Accord relatif aux marchés publics*, conclu en 1979 et entré en vigueur en 1981<sup>209</sup>.

[35] Au cours des années qui ont suivi, le Canada a conclu plusieurs autres accords commerciaux contenant des dispositions relatives aux marchés publics. L'un des plus importants était l'*Accord de libre-échange* (ALE) canado-américain, conclu en 1987 et entré en vigueur en 1989<sup>210</sup>. En 1994, cet accord a été élargi pour inclure le Mexique et a été rebaptisé *Accord de libre-échange nord-américain*<sup>211</sup>. L'année 1994 a également vu la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Sous l'égide de l'OMC, plusieurs pays ont conclu un *Accord sur les marchés publics* (AMP), successeur de l'*Accord relatif aux marchés publics* du GATT<sup>212</sup>. En 2012, les pays participants ont

207 C. McCrudden, préc., note 201, p. 183-201.

208 Directive 71/305/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, [1971] JO L 185/5; Directive 77/62/CEE du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, [1977] JO L 13/1

209 *Accord relatif aux marchés publics*, 14 avril 1979, 1235 R.T.N.U. 258 (entré en vigueur le 1er janvier 1981).

210 *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, 22 décembre 1987, R.T. Can 1989 no 3, 27 I.L.M. 281 (entré en vigueur le 1er janvier 1989) [ALE].

211 *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, R.T. Can. 1994 no 2.

212 *Accord sur les marchés publics, Annexe 4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1915 R.T.N.U.103 (entré en vigueur le 1er janvier 1996).

conclu une version entièrement révisée de l'AMP<sup>213</sup>. Un autre traité important en matière de marchés publics pour le Canada est l'*Accord économique et commercial global* (AECG) entre le Canada et l'Union européenne, qui a été signé en 2016 et est entré en vigueur en 2017<sup>214</sup>.

**[36]** Ces traités se ressemblent. Dans les paragraphes suivants, j'expliquerai leur contenu, en faisant surtout référence à l'AMP qui a servi de modèle pour les dispositions sur les marchés publics dans d'autres traités, dont l'AECG. Les dispositions pertinentes de ce dernier, et d'autres traités, sont clairement calquées sur celles de l'AMP.

**[37]** L'AMP et d'autres traités en lien avec les marchés publics imposent deux exigences clés. La première d'entre elles est un principe de non-discrimination : les parties s'engagent à traiter les entreprises étrangères sur un pied d'égalité, c'est-à-dire éviter d'accorder un traitement préférentiel aux fournisseurs nationaux. La deuxième exigence clé concerne les règles de procédure pour la passation des marchés. Les parties aux accords s'engagent à suivre un ensemble de procédures rigoureuses, destinées à « garantir que les décisions discriminatoires ne peuvent pas être dissimulées sous un couvert discrétionnaire »<sup>215</sup>.

**[38]** Certaines de ces règles sont assez exigeantes. En règle générale, les organismes publics doivent se servir d'un processus compétitif; les contrats de gré à gré (désignés comme « appels d'offres limités ») ne sont autorisés que sous certaines conditions prescrites<sup>216</sup>. L'AMP et d'autres accords limitent les sortes d'exigences techniques que les parties peuvent imposer : par exemple, ces exigences doivent être formulées en termes de performance plutôt que de conception, et elles doivent éviter de faire référence aux marques de commerce<sup>217</sup>. Le processus d'appel d'offres est lui-même étroitement réglementé. Par exemple, les critères d'évaluation, y compris leur poids relatif, doivent être précisés dans les documents d'appel d'offres<sup>218</sup>. Les accords prescrivent des délais minimums pour le dépôt des soumissions<sup>219</sup>. Enfin, les facteurs qui peuvent être pris en compte dans l'attribution du contrat sont circonscrits. Seules les soumissions répondant aux exigences essentielles annoncées à l'avance pourront être

213 *Protocole portant amendement de l'Accord sur les marchés publics*, 30 avril 2012, 3008 R.T.N.U. 208 (entré en vigueur le 6 avril 2014) [AMP].

214 *Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, [2016] JO L 11/23 (entré en vigueur le 21 septembre 2017) [AECG].

215 Sue Arrowsmith, « The Character and Role of National Challenge Procedures under the Government Procurement Agreement », (2022) *Public Procurement Law Review* 235, p. 235 (« to ensure that discriminatory decisions cannot be concealed beneath a cloak of discretion »).

216 AMP, préc., note 213, art. XIII.

217 *Id.*, art. X.2-X.4.

218 *Id.*, art. X.7.c.

219 *Id.*, art. XI.



considérées<sup>220</sup>. Le contrat doit être attribué soit à la soumission la plus avantageuse, soit selon le prix le plus bas—ou pas du tout<sup>221</sup>.

**[39]** Il est toutefois important de noter que ces règles et procédures font l'objet de quelques exceptions. Par exemple, l'AMP permet aux parties de renoncer aux appels d'offres et de conclure des contrats de gré à gré si nécessaire « pour des raisons d'extrême urgence »<sup>222</sup>. De manière plus générale encore, la plupart des accords commerciaux contiennent des exceptions générales pour les mesures liées à la sécurité ou à la défense nationale<sup>223</sup>. Ils permettent également aux parties de prendre des mesures pour protéger la moralité, l'ordre et la sécurité publique; la vie ou la santé humaine, animale ou végétale; la propriété intellectuelle; et ils permettent de prendre les mesures « se rapportant à des marchandises fabriquées ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des détenus », à condition qu'elles le soient de manière non discriminatoire<sup>224</sup>.

**[40]** Tout aussi importantes, ces règles s'appliquent uniquement aux marchés publics *couverts par les accords*. Les accords sont accompagnés d'annexes détaillées précisant quelles institutions et quels types de contrats sont couverts. Ces annexes établissent généralement des seuils monétaires : seuls les contrats plus importants, au-dessus d'une certaine valeur, sont soumis aux accords. Par exemple, selon les engagements du Canada dans le cadre de l'AMP, les achats de biens et de services (autres que la construction) par les ministères fédéraux ne sont couverts par les accords que s'ils valent au moins 130 000 droits de tirage spéciaux (l'équivalent de 238 400 dollars canadiens en 2023)<sup>225</sup>. Les pays utilisent également leurs annexes pour prévoir des exceptions sur mesure. Par exemple, une des annexes du Canada à l'AMP établit des exceptions pour la construction navale et la réparation de navires; les systèmes de transport en commun urbain; les marchés réservés aux petites entreprises et aux entreprises détenues par des minorités; toute mesure relative aux peuples autochtones; etc.<sup>226</sup>. Les contrats qui relèvent de ces catégories ne sont pas sujets à l'accord.

**[41]** Le contenu de ces annexes reflète souvent des calculs d'accès réciproque aux marchés. Les pays (ou provinces, ou blocs commerciaux) ouvrent une partie de leurs

---

220 *Id.*, art. XV.4.

221 *Id.*, art. XV.5.

222 *Id.*, art. XIII.1.d.

223 *Id.*, art. III.1.

224 *Id.*, art. III.2.

225 Organisation mondiale du commerce, « Canada – Entités du gouvernement central – Annex 1 », en ligne : <<https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=1&ContentCulture=fr>>.

226 Organisation mondiale du commerce, « Canada – Notes générales – Annex 7 », en ligne : <<https://e-gpa.wto.org/en/Annex/Details?Agreement=GPA113&Party=Canada&AnnexNo=7&ContentCulture=fr>>.



marchés publics à des entreprises étrangères, en échange de la possibilité pour leurs entreprises de soumissionner ailleurs sur des marchés publics<sup>227</sup>.

**[42]** Les accords commerciaux ne réglementent pas seulement le processus d'attribution des contrats. Ils obligent également les États à mettre en place un système de règlement de différends. Essentiellement, les soumissionnaires étrangers doivent avoir accès à un forum où ils peuvent faire valoir qu'ils ont été lésés dans un processus d'approvisionnement.

**[43]** Ici, comme ailleurs, l'AMP en est un bon exemple. L'AMP précise que chaque partie « établira une procédure de recours administratif ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire », par laquelle un fournisseur peut contester toute violation de l'accord comme tel ou des lois nationales mettant en œuvre l'accord<sup>228</sup>. L'AMP et d'autres accords établissent également certaines normes minimales pour ces procédures de recours internes. Ils prévoient que les entités adjudicatrices elles-mêmes pourraient avoir la responsabilité initiale d'examiner les plaintes et d'y répondre<sup>229</sup>. Mais ils insistent sur le fait que d'autres institutions—autres que l'entité adjudicatrice—pourraient être nécessaires pour garantir l'impartialité. Ils précisent que chaque partie au traité « établira ou désignera au moins une autorité administrative ou judiciaire impartiale, qui sera indépendante de ses entités contractantes » pour trancher les plaintes<sup>230</sup>. Ils précisent également que, si l'organisme qui tranche les plaintes en premier lieu ne satisfait pas à ces critères, le fournisseur doit avoir la possibilité de faire appel de la décision initiale auprès d'une autorité qui les satisfait<sup>231</sup>. En outre, les accords précisent que tout « organe de recours qui ne sera pas un tribunal » doit soit soumettre sa décision à un recours judiciaire, soit agir de manière quasi judiciaire (avec des procédures qui ressemblent à celles d'une cour)<sup>232</sup>.

**[44]** Les accords précisent également les types de réparations auxquelles les fournisseurs doivent avoir accès. Ils précisent entre autres que ces réparations doivent inclure la possibilité de « mesures correctives ou une compensation pour la perte ou les dommages subis »<sup>233</sup>. Toutefois, celles-ci « pourront être limitées aux coûts de la préparation de la soumission ou aux coûts afférents au recours, ou à l'ensemble de ces coûts »<sup>234</sup>.

227 C. McCrudden, préc., note 201, p. 227-229.

228 AMP, préc., note 213, art. XVIII.1.

229 *Id.*, art. XVIII.2.

230 *Id.*, art. XVIII.4.

231 *Id.*, art. XVIII.5.

232 *Id.*, art. XVIII.6.

233 *Id.*, art. XVIII.7(b).

234 *Id.*

**[45]** Ces dispositions de l'AMP et d'autres accords commerciaux sont généralement associés à la libéralisation des marchés publics<sup>235</sup>. Selon cette vision libérale, même si l'objet du marché public peut refléter des considérations politiques, le processus devrait viser exclusivement l'obtention du meilleur rapport qualité-prix. Ce modèle stipule le recours à des processus d'appel d'offres comme moyen de maximiser l'efficacité économique<sup>236</sup>. De ce point de vue, toute préférence accordée aux entreprises nationales représente une distorsion du marché : les gouvernements peuvent se retrouver à payer des prix plus élevés pour des biens et services de moindre qualité<sup>237</sup>.

**[46]** La vision libérale des marchés publics établit également un lien entre l'efficacité de certaines décisions d'approvisionnement et l'efficacité de l'économie dans son ensemble. L'inclusion des marchés publics dans les accords commerciaux reflète ce lien. En effet, vues sous cet angle, les préférences nationales en matière de marchés publics peuvent être qualifiées de barrières commerciales. L'inclusion des marchés publics dans les accords commerciaux peut également être considérée comme faisant partie d'un plus grand basculement, survenu au cours des années 1970 et 1980, selon lequel une grande variété de mesures réglementaires nationales ont été identifiées comme des barrières commerciales<sup>238</sup>.

**[47]** Néanmoins, ces traités reconnaissent aussi les limites de ce modèle. Par exemple, les traités reconnaissent implicitement que les contrôles qu'ils imposent génèrent des coûts de transaction pour les institutions publiques ainsi que pour les fournisseurs privés. Cette reconnaissance est particulièrement reflétée dans l'exclusion des achats de moindre valeur, c'est-à-dire ceux qui tombent en dessous des seuils d'application<sup>239</sup>. Pour ces petits achats, la réglementation serait inefficace. D'autres dispositions des accords—telles que les délais minimums pour chaque étape de l'appel d'offres<sup>240</sup>—reflètent un compromis entre la transparence et la célérité.

**[48]** Il est peut-être plus exact de décrire les contrôles sur les marchés publics dans les accords commerciaux comme reflétant un équilibre entre plusieurs objets d'intérêt général. Ces contrôles visent à interdire le favoritisme et à garantir que les marchés publics sont ouverts et transparents. Mais ils sont également censés être conciliables avec les diverses lois et institutions nationales. Et en fin de compte, les États disposent d'une latitude considérable pour mettre en œuvre les accords comme ils l'entendent.

235 Derek McKee, « Paradigms of Public Procurement Law » (2023) *Public Procurement Law Review* 67, p. 75-78.

236 P. Trepte, préc., note 203, p. 129.

237 Michael Trebilcock, Antonia Eliason et Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 4<sup>th</sup> éd., Abingdon, UK & New York, Routledge, 2013, p. 400-410.

238 See generally John Gerard Ruggie, « International Regimes, Transactions, and Change : Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order », (1982) 36 *International Organization* 379; Robert Howse, « From Politics to Technocracy—and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime », (2002) 96 *American Journal of International Law* 94.

239 P. Trepte, préc., note 203, p. 127-128; Sue Arrowsmith, « The E.C. Procurement Directives, National Procurement Policies and Better Governance: the Case for a New Approach », (2002) 27 *European Law Review* 3, p. 8-12.

240 AMP, préc., note 213, art. XI.

## 4. LA MISE EN ŒUVRE EXAGÉRÉE DE LA RÉGLEMENTATION INTERNATIONALE DES MARCHÉS PUBLICS AU PALIER FÉDÉRAL CANADIEN

[49] Au niveau fédéral, le Canada a dépassé les exigences des traités internationaux sur les marchés publics. Cette mise en œuvre exagérée s'est produite de manière alambiquée. Premièrement, le gouvernement fédéral a généralement ouvert ses marchés publics aux fournisseurs étrangers, que les traités l'y obligent ou non. Deuxièmement, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont conclu l'Accord de libre-échange canadien (ALEC), un accord intergouvernemental qui transpose le contenu des traités de passation des marchés publics à l'interne. Troisièmement, le TCCE, un tribunal administratif spécialisé, a été mandaté pour assurer le respect non seulement des traités, mais également de l'ALEC. Quatrièmement, le TCCE a établi une pratique consistant à calculer les indemnités en fonction des profits perdus ou des occasions perdues. Cette pratique a donné lieu à des paiements importants de la part du gouvernement fédéral, au-delà de tout ce qui était prévu dans les traités.

[50] Les traités sur les marchés publics sont mis en œuvre, en premier lieu, par les fonctionnaires responsables des décisions d'achat. Au Canada, les fonctionnaires fédéraux doivent suivre des directives qui font référence aux traités<sup>241</sup>. Cependant, de manière informelle, le gouvernement fédéral canadien a également outrepassé les exigences des traités en étendant leurs avantages aux fournisseurs et aux contrats qui ne sont pas couverts par ceux-ci. En effet, le gouvernement fédéral a généralement ouvert ses marchés publics aux fournisseurs étrangers, qu'un traité l'y oblige ou non. Le gouvernement a souligné cette pratique lorsqu'il a annoncé, dans son budget 2021, une nouvelle approche : « le gouvernement poursuivra des politiques d'approvisionnement réciproques afin de garantir que les biens et services sont uniquement obtenus auprès de pays qui accordent aux entreprises canadiennes un niveau similaire d'accès au marché »<sup>242</sup>. De mars à mai 2022, le gouvernement a demandé au public ses commentaires sur la possibilité d'une telle approche axée sur la réciprocité<sup>243</sup>. Le gouvernement a réitéré son engagement envers une forme quelconque de réciprocité dans son budget 2023<sup>244</sup>. Et en novembre 2023, le gouvernement a confirmé qu'il appliquera dorénavant le principe de la réciprocité en ce qui concerne les marchés publics : « On garantira ainsi que le Canada n'achète des biens et des services

241 « Guide des approvisionnements », préc., note 199, art. 1.25; « Directive sur la gestion de l'approvisionnement », préc., note 198, art. 4.3.8, 4.5.2, Annexe D.2.1

242 Canada, *Budget 2021: Une relance axée sur les emplois, la croissance et la résilience*, p. 156, en ligne : <<https://www.budget.canada.ca/2021/pdf/budget-2021-fr.pdf>>.

243 Canada, « Donnez votre avis : Consultations sur les politiques d'approvisionnement réciproques au Canada », en ligne : <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/consultations/RP-AR/index.aspx?lang=fra>>.

244 Canada, *Budget 2023 : Un plan canadien: une classe moyenne forte, une économie abordable, un avenir prospère*, p. 111, en ligne : <<https://www.budget.canada.ca/2023/pdf/budget-2023-fr.pdf>>.

qu'après de pays qui accordent aux entreprises canadiennes un niveau d'accès similaire à leur marché. »<sup>245</sup>.

**[51]** Le gouvernement fédéral a également adopté un certain nombre de mesures formelles qui élargissent les exigences des traités. L'une d'entre elles est un accord intergouvernemental, l'*Accord de libre-échange canadien* (ALEC). L'ALEC est un accord entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux visant à réduire les barrières commerciales au Canada. Il a été conclu en 2017; cela a été motivé à bien des égards par l'AECG Canada-UE, entré en vigueur la même année<sup>246</sup>. Il a remplacé l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), en vigueur depuis 1995<sup>247</sup>. L'ALEC n'a pas force de loi en soi. Toutefois, en tant qu'accord intergouvernemental, il constitue une base pour l'action administrative, et certains de ses aspects peuvent être contraignants pour l'exécutif<sup>248</sup>. Il a également été « approuvé » par une loi fédérale<sup>249</sup>.

**[52]** Le chapitre 5 de l'ALEC transpose au contexte interne les contrôles sur les marchés publics des traités internationaux. Autrement dit, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux se sont engagés à ne pas faire de discrimination entre les fournisseurs en fonction de leur lieu d'établissement au Canada. Le texte du chapitre 5 de l'ALEC est essentiellement calqué sur celui de l'AMP, avec quelques adaptations. La différence la plus marquante réside dans le fait que les seuils d'application de l'ALEC sont nettement plus bas que ceux des accords commerciaux internationaux. L'ALEC s'applique également à certains produits, tels que les armes et d'autres équipements militaires, qui sont généralement exclus des traités internationaux. (Les achats effectués par le ministère de la Défense nationale du Canada sont couverts par l'AMP, mais uniquement en ce qui concerne les meubles, la nourriture, et autre matériel non meurtrier.)

**[53]** L'objectif déclaré de l'ALEC est de réduire les barrières commerciales interprovinciales<sup>250</sup>. Ses contrôles sur l'approvisionnement permettent aux entreprises

245 Canada, Énoncé économique de l'automne de 2023 : *Énoncé de politique sur l'obtention d'un traitement réciproque pour les entreprises canadiennes à l'étranger*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/ministere-finances/programmes/politiques-finances-echanges-internationaux/eea-enonce-politique-obtention-traitement-reciproque-entreprises-canadiennes-etrananger.html>>.

246 Canada, *Un Canada, une économie nationale : modernisation du commerce intérieur au Canada*, 2014, en ligne : <[https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2014/ic/lu4-157-2014-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2014/ic/lu4-157-2014-fra.pdf)>.

247 Voir généralement G Bruce Doern et Mark MacDonald, *Free-Trade Federalism : Negotiating the Canadian Agreement on Internal Trade*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

248 Telle était la conclusion de la Cour suprême du Canada par rapport au prédécesseur de l'ALEC, l'Accord sur le commerce intérieur : voir *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, par. 11-12 [Northrop Grumman CSC]; comparer *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 433; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 551.

249 Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange canadien, L.C. 2017, ch. 33, art. 21.

250 Voir généralement Ryan Manucha, *Booze, Cigarettes, and Constitutional Dustups : Canada's Quest for Interprovincial Trade*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2022, p. 9, 108-11

de toutes les provinces et territoires du Canada de concourir pour des contrats gouvernementaux, quel que soit l'endroit où elles sont établies. On peut associer l'ALEC à une démarche nationale, visant essentiellement à promouvoir le commerce interne. Néanmoins, l'élan pour l'ALEC est venu de l'AECG, et l'ALEC a toujours été compris comme l'homologue interne de l'AECG. En plus, les règles de l'ALEC profitent aux entreprises étrangères, par l'intermédiaire de leurs filiales canadiennes. Si une entreprise étrangère a une filiale au Canada cette dernière a droit aux protections de l'ALEC, notamment l'interdiction de toute discrimination ainsi qu'une garantie de rigueur procédurale.

**[54]** La troisième façon dont le gouvernement fédéral a dépassé les exigences des traités réside dans les pouvoirs attribués au TCCE. Le TCCE est un tribunal administratif fédéral doté de plusieurs mandats en lien avec la réglementation du commerce international. En matière d'approvisionnement, il est héritier du mandat de la Commission de révision des marchés publics (CRMP), un organisme établi en 1988. La CRMP était créée pour répondre aux engagements de l'*Accord de libre-échange* (ALE) canado-américain. Dans cet accord, les parties s'étaient engagées à proposer « des procédures équitables, opportunes, transparentes et efficaces de contestation des offres à l'intention des fournisseurs potentiels de produits admissibles »<sup>251</sup>. Cet engagement était accompagné d'une annexe qui précisait, entre autres, qu'« [une] instance de révision n'ayant aucun intérêt important dans l'issue de la procédure de passation des marchés devra recevoir et trancher les contestations relatives aux offres »<sup>252</sup>. La loi habilitante de la CRMP faisait partie de la loi de mise en œuvre de l'ALE du Canada. Le mandat de la CRMP se limitait à déterminer si les marchés publics fédéraux étaient conformes aux règles énoncées dans l'ALE.

**[55]** En 1994, la CRMP a été intégrée au TCCE. Créé en 1988 par la fusion de trois autres tribunaux, le TCCE avait déjà été chargé de trancher diverses questions économiques liées au commerce international<sup>253</sup>. À ces mandats s'est ajouté le règlement des différends découlant de décisions fédérales en matière de marchés publics. En même temps, la compétence du TCCE a été élargie pour refléter les contrôles sur les marchés publics contenus dans le nouvel *Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) ainsi que dans l'*Accord sur les marchés publics* (AMP) conclu sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

**[56]** Le mandat du TCCE en matière de marchés publics découle alors des engagements du Canada dans ses traités. Les traités en question n'obligent pas forcément le Canada à établir un tribunal administratif comme tel. Mais la création d'un tel tribunal est un moyen de répondre aux exigences des traités. Si le TCCE n'existait pas, le Canada serait obligé de mettre à la disposition des fournisseurs un autre forum judiciaire ou quasi judiciaire.

<sup>251</sup> ALE, préc., note 210, art. 1305.3.

<sup>252</sup> *Id.*, art. Annexe 1305.3(e).

<sup>253</sup> Les trois tribunaux étaient la Commission du tarif, le Tribunal canadien des importations et la Commission du textile et du vêtement : Tribunal canadien du commerce extérieur, « Historique », en ligne : <<https://www.citt-tcce.gc.ca/en/about-tribunal/our-history>>.

[57] Le processus d'enquête sur les marchés publics du TCCE est encadré par la loi habilitante de celui-ci. Les fournisseurs potentiels (ce qui inclut les soumissionnaires réels ou potentiels) peuvent se plaindre auprès du TCCE des décisions fédérales en matière d'approvisionnement<sup>254</sup>. (Il est important de noter que, même si le mandat du TCCE en matière d'approvisionnement visait à l'origine à protéger les fournisseurs étrangers contre la discrimination, les entreprises canadiennes ont également qualité pour déposer des plaintes dans le cadre de ces procédures.) Chaque plainte est entendue par un seul membre du TCCE<sup>255</sup>. À titre de mesure provisoire, le TCCE a le pouvoir d'ordonner à l'institution fédérale concernée de reporter l'attribution du contrat, à moins que cette entité ne certifie que le marché est urgent<sup>256</sup>. Sur le fond, le TCCE doit déterminer si la plainte est fondée, ce qui revient en grande partie à déterminer si les procédures appropriées ont été suivies<sup>257</sup>. Si le TCCE juge la plainte fondée, il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour « recommander » diverses mesures correctives, y compris la reprise de l'appel d'offres; la réévaluation des offres déjà reçues; la résiliation du contrat; l'attribution du contrat au plaignant; ou le versement d'une indemnité<sup>258</sup>. Bien que ces mesures aient le statut de recommandations, l'organisme gouvernemental auquel elles s'adressent a l'obligation de « les mettre en œuvre dans toute la mesure du possible »<sup>259</sup>. Si l'organisme gouvernemental ne met pas en œuvre les recommandations, il doit s'en expliquer par écrit<sup>260</sup>. La Cour d'appel fédérale a clairement indiqué que les institutions gouvernementales ne peuvent pas simplement faire abstraction de telles recommandations; elles auraient besoin de « motifs convaincants » pour ne pas les mettre en œuvre<sup>261</sup>.

[58] Ces dispositions législatives ne contiennent aucune référence explicite aux traités. Cependant, la loi est accompagnée d'un règlement, le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, qui incorpore les traités par renvoi<sup>262</sup>. La compétence du TCCE en matière de marchés publics dépend de la présence d'un « contrat spécifique »<sup>263</sup>. Et la définition dans la loi de « contrat spécifique » fait référence au règlement<sup>264</sup>. Ce règlement, à son tour, incorpore par

254 *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985), ch. 47 (4e suppl.) 30.11(1).

255 *Id.*, art. 30.11(3).

256 *Id.*, art. 30.13(3)-(4).

257 *Id.*, art. 30.14(2).

258 *Id.*, art. 30.15(2).

259 *Id.*, art. 30.18(1).

260 *Id.*, art. 30.18(2)-(3); voir aussi *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602, art. 13.

261 *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corporation*, 2007 CAF 336, par. 20; voir aussi *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514 (C.A.), p. 522-523; *Wang Canada Ltd. c. Canada (ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1999] 1 C.F. 3 (1ère inst.), par. 27.

262 *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, préc., note 260.

263 *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, préc., note 254, art. 30.11(1).

264 *Id.*, art. 30.1.



renvoi les annexes d'application des divers traités que le Canada a signés en matière d'approvisionnement<sup>265</sup>. Autrement dit, le TCCE a compétence si et seulement si le marché public en question est couvert par l'un des traités. De plus, lorsque le TCCE mène son enquête, sa tâche essentielle est de déterminer « si la procédure du marché public a été suivie conformément aux exigences » du traité applicable<sup>266</sup>. Cela signifie que le TCCE évalue les décisions fédérales en matière de marchés publics en appliquant directement les règles des divers accords commerciaux. En bref, les annexes d'application des traités sur les marchés publics ainsi que leurs règles de fond et de procédure sont incorporées par renvoi via le règlement.

**[59]** Le fait que les traités soient incorporés par le biais d'un règlement permet au gouvernement de mettre à jour la liste relativement facilement. L'article 3 du règlement, qui définit le terme « contrat spécifique » en fonction des traités applicables, a été modifié 16 fois depuis son adoption en 1995. La version actuelle du règlement (au moment de la rédaction de cet article, en novembre 2023) fait référence à onze traités : l'AMP, le Partenariat transpacifique, l'AECG, ainsi que des traités bilatéraux avec le Chili, la Colombie, la Corée, le Honduras, le Panama, le Pérou, le Royaume-Uni et l'Ukraine.

**[60]** En plus de ces traités internationaux, le *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics* fait également référence à l'ALEC. En d'autres termes, le TCCE est compétent pour recevoir des plaintes alléguant des violations de l'ALEC, comme c'est le cas pour les traités internationaux. Et comme le champ d'application de l'ALEC est plus large que celui des traités, cet ajout a pour effet d'étendre considérablement la compétence du TCCE. Une grande partie des contestations en matière d'approvisionnement auprès du TCCE relèvent en fait de l'ALEC<sup>267</sup>. En pratique, donc, l'accord que le TCCE est le plus souvent appelé à appliquer en matière de marchés publics n'est pas du tout un accord international, mais plutôt un accord interne.

**[61]** Il est vrai que, lorsqu'un processus d'approvisionnement est couvert par l'ALEC mais non pas par un quelconque traité international, seuls les fournisseurs canadiens ont qualité pour le contester devant le TCCE. (En fait, cette dernière phrase résume la conclusion de la Cour suprême du Canada concernant l'ACI—le prédécesseur de l'ALEC—dans l'affaire *Northrop Grumman*, le seul jugement que cette Cour a rendu en appel d'une décision du TCCE en matière de marchés publics<sup>268</sup>.) Cependant, les

<sup>265</sup> *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, préc., note 262, art. 3.

<sup>266</sup> *Id.*, art. 11.

<sup>267</sup> Les décisions rendues par le TCCE ne précisent pas toujours l'accord de libre-échange dont la violation est alléguée. Le TCCE ne publie pas non plus de chiffres indiquant combien de plaintes sont basées sur un accord ou l'autre. Pourtant, en feuilletant les décisions du TCCE, on remarque que l'ALEC et son prédécesseur, l'ACI, sont invoqués plus souvent que non. Une étude qui date des années 1990 indique que la grande majorité des plaintes déposées devant le TCCE proviennent d'entreprises canadiennes : Patricia M. Close, « An Unintended Consequence : The Canadian Domestic Spin-Off of Government Procurement Trade Agreements », (2003) 10 *Canadian Foreign Policy* 117, p. 133.

<sup>268</sup> *Northrop Grumman CSC*, préc., note 248.

filiales canadiennes d'entreprises étrangères sont considérées comme des fournisseurs canadiens aux fins de l'ALEC. Les contrôles sur les marchés publics dans l'ALEC peuvent donc permettre aux sociétés multinationales à avoir accès au TCCE même en ce qui concerne marchés publics qui ne sont pas couverts par les accords internationaux.

**[62]** La quatrième façon dont les contrôles sur les marchés publics ont été mis en œuvre de manière excessive au Canada réside dans les pratiques élaborées par le TCCE lui-même. Le TCCE, dans son processus décisionnel, a adopté certains principes qui vont au-delà de ce qu'exigent les traités internationaux (ou l'ALEC d'ailleurs). Le plus important de ces principes est le calcul des indemnités sur la base des profits perdus, dans les cas où l'autorité publique n'aurait pas respecté les termes de l'appel d'offres ou aurait commis des erreurs dans son évaluation des offres. Cette approche est calquée sur le modèle « Contrat A », établi dans l'affaire *Ron Engineering*. Le TCCE recommande les indemnités pour les profits perdus malgré le fait que les traités endossent explicitement une approche plus restreinte. Comme nous avons vu, selon les traités, si une compensation est offerte, elle peut être limitée au coût de préparation de la soumission ou aux coûts afférents au recours<sup>269</sup>.

**[63]** La pratique du TCCE consistant à calculer les indemnités selon les profits perdus remonte à la Commission de révision des marchés publics. Dans l'affaire *Cardinal* de 1990, la CRMP a interprété des manquements par le gouvernement fédéral dans un processus d'appel d'offres comme une violation d'un contrat A. Elle a estimé que le gouvernement devrait être obligé d'indemniser le soumissionnaire lésé et que les principes d'indemnisation « sont les mêmes qu'appliquerait un tribunal judiciaire ayant compétence pour connaître d'une affaire semblable à celle dont elle a été saisie »<sup>270</sup>. Elle a ainsi recommandé le versement au plaignant d'un montant équivalent aux profits qu'il aurait réalisés si le contrat lui avait été attribué.

**[64]** Quand la CRMP a été intégrée au TCCE, celui-ci a maintenu le principe de l'indemnisation calculée en fonction de la perte de profits. De plus, le TCCE a souvent recommandé une indemnité sur la base d'une « perte d'occasion ». Ce montant représente une fraction de la perte hypothétique de profits. Il est accordé lorsque le TCCE est incapable de déterminer nettement que le plaignant aurait remporté le contrat si l'autorité publique avait respecté les traités commerciaux<sup>271</sup>. En tant que base pour le calcul de l'indemnité, la notion de « perte d'occasion » est identique à la notion de « perte de chance » en responsabilité civile<sup>272</sup>. La recommandation d'une indemnité sur

<sup>269</sup> AMP, préc., note 213, art. XVIII.7(b).

<sup>270</sup> *Cardinal Industrial Electronics Ltd (Re)* (1990), CRMP dossier n<sup>o</sup> D89PRF6608-021-0005; voir aussi A. Reich, préc., note 92, p. 192-194.

<sup>271</sup> Tribunal canadien du commerce extérieur, « Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public », en ligne : <<https://www.citt-tcce.gc.ca/en/procurement-inquiries/procurement-compensation-guidelines>>; voir p. ex. *Oshkosh Defense Canada Inc.*, 2018 CanLII 146784 (TCCE), par. 176-184 [*Oshkosh* TCCE 2018].

<sup>272</sup> Comparer John G Fleming, « Probabilistic Causation in Tort Law », (1989) 68 *Revue du Barreau canadien* 661; comparer *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

la base de la « perte d'occasion » dispense le plaignant de devoir prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il aurait remporté le contrat n'eût été la faute de l'autorité publique. Le plaignant peut de toute façon récupérer des sommes importantes.

**[65]** Le TCCE a déclaré que sa politique générale en matière d'indemnisation est de « de placer la partie plaignante dans la position où cette dernière se serait trouvée, n'eût été l'infraction du gouvernement »<sup>273</sup>. Il a affirmé que les indemnités qu'il recommande « tiennent compte des principes de common law en matière de dommage, sans s'y limiter »<sup>274</sup>. En effet, le TCCE a expliqué qu'il « tient compte des “profits perdus” en droit des contrats pour déterminer comment “indemniser” les soumissionnaires en premier lieu »<sup>275</sup>. Cette approche—qui s'appuie sur les principes du droit commun sans toutefois être limitée par ceux-ci—a été approuvée par la Cour d'appel fédérale<sup>276</sup>.

**[66]** Par exemple, en 2016, *Oshkosh Defense Canada Inc.*, la filiale canadienne d'un manufacturier américain, s'est plainte auprès du TCCE au sujet d'un processus d'acquisition de véhicules militaires. Le TCCE a accueilli la plainte<sup>277</sup>. Il a constaté que le ministère responsable, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), avait commis plusieurs irrégularités dans l'évaluation des soumissions. Ces irrégularités constituaient une violation de l'ACI, le prédécesseur de l'ALEC. Le TCCE a finalement recommandé que le gouvernement verse à Oshkosh une indemnité de 25 337 931,79 \$<sup>278</sup>. Il est arrivé à ce montant en calculant les profits qu'Oshkosh aurait réalisés si le contrat lui avait été attribué, puis en divisant par trois, correspondant au nombre de soumissionnaires conformes.

**[67]** En résumé, les institutions fédérales canadiennes ont adopté une série de mesures qui ont pour effet cumulatif de mettre en œuvre de manière exagérée les traités sur les marchés publics. Le gouvernement fédéral a généralement traité les fournisseurs internationaux de la même manière que les fournisseurs canadiens, même lorsqu'aucun traité ne l'exigeait. Le gouvernement fédéral s'est entendu avec les provinces et les territoires pour élargir l'application de règles similaires à celles contenues dans les traités. Cet élargissement se conjugue avec un accès plus étendu au tribunal administratif chargé d'assurer le respect des traités. Enfin, ce tribunal administratif a généré, de sa propre initiative, des indemnités qui dépassent ce qu'exigent les traités.

**[68]** Certaines de ces mesures peuvent sans doute être justifiées en fonction d'objectifs légitimes. Certains observateurs ont soutenu que l'application des règles procédurales par le TCCE améliore l'équité globale des marchés publics : un phénomène qui profite à

273 « Lignes directrices sur les indemnités dans une procédure portant sur un marché public », préc., note 112.

274 *Oshkosh* TCCE 2018, préc., note 271, par. 146.

275 *Id.*, par. 89.

276 *Canada (Procureur général) c. Envoy Relocation Services*, 2007 CAF 176, par. 21-28.

277 *Oshkosh Defense Canada c. Canada* (Travaux publics et Services gouvernementaux), 2016 CanLII 153258 (TCCE).

278 *Oshkosh* TCCE 2018, préc., note 271.

tout le monde, notamment aux fournisseurs canadiens<sup>279</sup>. De plus, du point de vue de la théorie du commerce international, le fait que le Canada offre à ses partenaires commerciaux plus que ce qu'ils avaient négocié n'est pas nécessairement un problème. Les pays pourraient bénéficier d'une ouverture unilatérale de leurs marchés publics<sup>280</sup>. Leurs institutions publiques auront accès à une gamme plus large de biens et de services à des prix plus compétitifs. La même logique peut sans doute être étendue à un régime de recours qui offre aux fournisseurs étrangers plus qu'un niveau minimum de protection.

**[69]** Néanmoins, le versement à partir de fonds publics d'importantes indemnités, dans des cas comme celui d'*Oshkosh*, semble inciter à la prudence. De plus, l'extension des règles en matière de marchés publics au-delà de ce que prévoient les traités ne correspond pas à l'approche dominante des négociations commerciales, fondée sur l'accès réciproque au marché.

## CONCLUSION

**[70]** Cet article décrit la mise en œuvre exagérée par le gouvernement fédéral canadien de certains traités. Après avoir ratifié des traités dans le domaine des marchés publics, le Canada a fait bien plus que les mettre en œuvre. Le gouvernement fédéral a accordé le traitement national aux fournisseurs de pays qui ne participent pas aux traités. Il a élargi le champ d'application des règles semblables à celles trouvées dans les traités. Et il a donné aux fournisseurs accès à un système de recours plus puissant que celui exigé par les traités.

**[71]** Cet article reconnaît qu'il pourrait y avoir de bons arguments pour certaines de ces mesures. La réglementation fédérale des marchés publics offre de solides protections aux fournisseurs internationaux, ce qui peut être un avantage. Cet article soulève néanmoins certaines inquiétudes quant à ces arrangements, notamment en termes de versement d'importantes indemnités.

**[72]** La plupart des débats entourant la réception du droit international au Canada se sont concentrés sur le potentiel d'une mise en œuvre incomplète. En comparaison, la mise en œuvre exagérée a reçu peu d'attention. Cet article démontre que la mise en œuvre exagérée est un phénomène réel. Lorsqu'elles mettent en œuvre le droit international, les institutions nationales peuvent aller au-delà de ce qu'il exige. Certes, du point de vue de la légalité internationale, une mise en œuvre exagérée ne constitue pas un problème en soi. Elle ne signifie pas qu'il y a un conflit entre le droit national et le droit international. Au contraire, l'État qui met en œuvre le droit international de manière exagérée respecte pleinement ses obligations internationales.

<sup>279</sup> P. M. Close, préc., note 267.

<sup>280</sup> Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, La Haye, Kluwer, 2003, p. 1-23; comparer David Ricardo, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, London, John Murray, 1817.

**[73]** Cependant, s'il existe des soucis quant à la légitimité du droit international (ainsi quant à sa réception en droit interne), une mise en œuvre exagérée semble exacerber ces inquiétudes. Lorsque les institutions nationales mettent en œuvre le droit international de manière exagérée, elles sont susceptibles d'invoquer le droit international pour justifier des mesures que ce dernier n'exige pas en réalité. Les institutions nationales peuvent ainsi éviter d'assumer la responsabilité de leurs choix politiques.

**[74]** Dans cette étude, j'ai noté que la mise en œuvre excessive des traités sur les marchés publics s'est produite presque entièrement par le biais de mesures adoptées par le pouvoir exécutif. La *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* constitue un point d'attache statutaire pour bon nombre de ces mesures. Mais l'essentiel de la mise en œuvre s'est fait sous la forme de décisions individuelles, de règlements et de directives, plutôt que sous la forme d'une loi. La relation précise entre la mise en œuvre excessive du droit international et le recours à des mesures exécutives dépasse le cadre de cet article. Mais son exploration pourrait constituer une piste fructueuse pour de futures recherches.