

C A H I E R S D E R E C H E R C H E - C E I M



Continentalisation
Cahier de recherche
01-03

**LES MARCHÉS PUBLICS ET LA ZLÉA :
ENJEUX ET PERSPECTIVES**

Rémi Bachand
JANVIER 2003



Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville,
Montréal, H3C 3P8

Tel : (514) 987 3000 # 3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

GRUPE DE RECHERCHE SUR L'INTÉGRATION CONTINENTALE
<http://www.unites.uqam.ca/gric>

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de Recherches sur l'Intégration Continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM).

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 4 |
| 1- HISTOIRE DES MARCHÉS PUBLICS DANS LES AMÉRIQUES | 6 |
| 1.1 LE CODE DE TOKYO SUR LES MARCHÉS PUBLICS..... | 7 |
| 1.2 L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE | 9 |
| 1.3 L'ALÉNA | 10 |
| 1.4 L'ACCORD SUR LES MARCHÉS PUBLICS | 11 |
| 2- LES NÉGOCIATIONS AUTOUR DES RÈGLES NORMATIVES DANS LE CYCLE DE LA ZLÉA | 13 |
| 2.1 LA SPHÈRE DE VALIDITÉ..... | 13 |
| 2.2 LES TROIS TYPES D'APPELS D'OFFRES..... | 17 |
| 2.3 LES RÈGLES CONCERNANT LA NON DISCRIMINATION | 19 |
| 2.4 LES OPÉRATIONS DE COMPENSATION..... | 28 |
| 3. LES MÉCANISMES DE CONTESTATION DES OFFRES | 28 |
| 3.1 L'ENTRÉE DIRECTE DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE..... | 30 |
| 3.2 LA POSSIBILITÉ POUR LES NATIONAUX D'UTILISER LE DROIT NATIONAL CONTRE LES ENTITÉS DE LEUR PROPRE ÉTAT | 32 |
| 4. LES EXCEPTIONS | 33 |
| 4.1 LES EXCEPTIONS GÉNÉRALES | 33 |
| 4.2 LES EXCEPTIONS SPÉCIFIQUES..... | 36 |
| 5 UN ACCORD SUR LES MARCHÉS PUBLICS DANS LA ZLÉA : TROIS HYPOTHÈSES | 38 |
| 5.1 HYPOTHÈSE LIBÉRALE..... | 40 |
| 5.2 HYPOTHÈSE PROTECTIONNISTE..... | 42 |
| 5.3 HYPOTHÈSE MÉDIANE | 42 |
| 6. CONCLUSION | 45 |

Introduction¹

On évalue généralement que les achats faits par les gouvernements représentent entre 10 à 15 % du PNB d'un pays. Au Canada, au moment de la signature de l'*ALÉNA*, on estimait à 60 milliards de dollars, ou 18 % du Produit national brut, les dépenses totales relatives aux marchés publics². On estime également que la libéralisation de ces achats pourrait résulter en une épargne d'environ 10 % pour les gouvernements. Ainsi, une économie de l'ordre de 1 à 1,5 % du PNB pourrait découler de la libéralisation de ceux-ci³. De plus, la libéralisation des marchés publics peut représenter des opportunités intéressantes sur le plan commercial pour les entreprises des pays à haut potentiel d'exportation. Ces possibilités jouent évidemment un rôle majeur dans les stratégies de négociation dans les différents forums internationaux où cette question est abordée.

Ce désir de libéralisation se frotte toutefois à la réalité politique dans la mesure où la plupart des pays utilisent ces marchés publics afin d'atteindre certains objectifs politiques, sociaux et économiques. Ceux-ci, généralement qualifiés de « politiques secondaires », sont principalement de deux ordres. Elles visent d'abord le développement de certains secteurs de production nationaux ou régionaux (c'est-à-dire implantés dans une région bien précise du pays), voire l'appui à la bourgeoisie nationale par le biais de préférences favorisant les fournisseurs inclus dans le groupe ciblé. Elles cherchent en second lieu à favoriser certains objectifs « sociaux » tels que la promotion de certains groupes défavorisés face à l'emploi. Dans le premier cas, plusieurs méthodes ont été utilisées par les administrations publiques telles que la mise en place de standards techniques discriminatoires visant à favoriser les fournisseurs nationaux, l'utilisation de marchés publics sélectifs ou limités dont seuls les fournisseurs du pays peuvent être bénéficiaires, l'absence de publications pouvant alerter la totalité des fournisseurs (et spécialement les fournisseurs étrangers) de l'existence d'un appel d'offres, l'utilisation d'opération de compensation, celle de limitations à l'importation servant à restreindre la possibilité pour les fournisseurs étrangers de soumissionner sur les appels d'offres, l'utilisation d'obligations de présence locale pour les fournisseurs ou encore celle de préférence nationale au moment de l'évaluation du prix proposé par les différents soumissionnaires, etc.⁴. Si ces politiques ont largement été utilisées par les pays industrialisés, elles possèdent sûrement un potentiel important en regard du développement des pays en développement qui s'en servent également, mais souvent dans une mesure moindre que les pays développés. De la même façon, des procédures sont également utilisées

¹ L'auteur tient à remercier la professeure Lucie Lamarche ainsi qu'Aurélien Arnaud pour leur soutien, leur critique intellectuelle et leur camaraderie au cours des travaux menant à ce cahier de recherche.

² N. Belley, « Les marchés publics : étude des obligations internationales du Canada, du GATT à l'*ALÉNA* » (1995) 36 : 2 *Les Cahiers de droit*, 503, à la p. 505

³ P.A. Low, A. Matoo et A. Subramanien, « Government Procurement in Services », dans : B.H. Hoekman et P.C. Mavroidis, *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, University of Michigan Press, 1997, 225, à la p. 225.

⁴ À ce sujet, voir : P. Carrier, « Domestic Price Preference in Public Purchasing : An Overview and Proposal of the Amendment to the Agreement on Government Procurement » (1997) 10 *N.Y. Int'l. L. Rev.* 59. Ces techniques seront expliquées tout au long du travail, et spécialement dans les parties 2 et 3.

afin de forcer les fournisseurs à adopter certains comportements dans leurs activités commerciales, que ce soit l'embauche de certains groupes d'employés traditionnellement défavorisés (les femmes ou certains groupes minoritaires et discriminés) ou le refus de commercer avec certains régimes opposés aux pays accordant le contrat⁵.

C'est cette relation antagonique existant entre le désir de libéraliser les marchés publics et celui d'utiliser ceux-ci à des fins de développement de la bourgeoisie nationale, de promotion sociale pour des groupes défavorisés en regard de l'emploi, ou encore à des fins politiques qui forme les enjeux majeurs dans les négociations commerciales sur les marchés publics. Ce cahier cherchera à dégager ces enjeux et les confrontations qui en découlent à l'intérieur du groupe de négociations sur le sujet en vue de la formation de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA). Pour ce faire, nous aurons la double tâche d'expliquer le fonctionnement des accords internationaux existant déjà sur le sujet et d'en expliquer certains principes, puis de spéculer sur les débats qui ont probablement lieu autour de ces négociations. En plus des polémiques concernant la contradiction émanant du débat ci-haut mentionné, d'autres aspects doivent être mis en perspective concernant spécialement les pays en développement d'Amérique latine. La corruption s'exerçant lors des achats publics et l'importance d'une administration publique efficace et respectant les principes des accords doivent aussi être au centre de notre réflexion sur le sujet. Les lacunes des administrations publiques de certains pays à ces égards devraient sans doute être considérées par les plénipotentiaires de ceux-ci lors de négociations commerciales portant sur ce sujet.

De toute évidence, les débats à ce sujet s'organisent principalement sur un axe Nord-Sud. En effet, l'*Accord de libre-échange nord-américain*⁶ dont font partie le Canada, les États-Unis et le Mexique possèdent des règles consacrant la libéralisation des marchés publics. À l'exception (exception toute relative faut-il le dire) du Mexique⁷, ces pays risquent davantage de voir leurs entreprises nationales exporter des biens et des services sur les marchés des autres pays des Amériques que des entreprises étrangères investir les leurs. Ainsi, ces pays ont tout avantage à voir se construire un régime trans-américain sur les marchés publics qui serait bien libéral, c'est-à-dire qui permettrait à leurs entreprises de profiter pleinement, comme nous l'avons précédemment mentionné, des opportunités commerciales que représentent les achats gouvernementaux des autres pays. Certains de ces derniers, à l'inverse, ne sont probablement pas du tout enchantés par la perspective de libéraliser cette chasse-gardée de leur action gouvernementale.

Peu d'information circule sur le groupe de négociations sur les marchés publics dans la ZLÉA et peu d'analyses sérieuses ont été réalisées sur le sujet. Ainsi,

⁵ Sur la question des « politiques secondaires », voir S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, à paraître. Nous tenons à remercier la professeure Arrowsmith pour nous avoir envoyé une première version de son texte.

⁶ *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ci-après : *ALÉNA*].

⁷ Un point à souligner : le Mexique a inséré des règles concernant la libéralisation des marchés publics à l'intérieur de certains de ses accords de libre-échange conclu avec des partenaires d'Amérique latine.

l'analyse dégagée dans ce travail se veut d'abord et avant tout spéculative. Les réflexions faites à cet égard le seront principalement à l'aide de deux outils que sont le chapitre 10 de l'*ALÉNA* et l'*Accord sur les marchés publics*⁸ conclu dans le cadre de l'OMC. Si ces deux accords sont si importants, c'est qu'à la lecture des deux avant-projets d'accord rendus publics par les gouvernements impliqués dans les négociations pour la ZLÉA, on se rend compte que sur le fond, certains voudraient que le chapitre sur les marchés publics qui sera inséré dans cet accord, s'il est conclu, soit grandement semblable aux deux accords précédents. Certains commentaires faits par le *Tribunal canadien sur le commerce extérieur*, qui est chargé d'émettre des décisions lorsque des appels d'offres sont contestés par des fournisseurs potentiels, seront également utilisés dans notre analyse mais uniquement afin d'éclairer certaines dispositions des accords car, évidemment, ses décisions n'ont aucun poids juridique dans les décisions des organes de même nature à l'intérieur d'autres pays participant éventuellement à cette zone commerciale.

Ce cahier de recherche sera divisé en cinq parties. La première cherchera à faire une brève analyse historique des principaux accords sur les marchés publics qui concernent les pays des Amériques. La section 2 analysera de façon technique le corps normatif des accords existant. Cet examen sera fait en gardant en perspective les enjeux se dégageant de négociation sur le sujet auxquelles participent des pays aussi différents que ceux qui font partie des pourparlers visant la création de la ZLÉA. La troisième section fera ressortir les enjeux des mécanismes de contestation des appels d'offres que les accords sur les marchés publics demandent aux États de mettre en place. La quatrième section mettra en exergue l'importance des exceptions dans ce type d'accord et, enfin, la cinquième section dégagera trois hypothèses concernant l'insertion probable d'un chapitre sur les marchés publics à l'intérieur d'un accord portant création d'une zone de libre-échange dans les Amériques.

1- Histoire des marchés publics dans les Amériques

Les différents accords internationaux concernant les marchés publics dans les Amériques ont tous été constitués sur le même modèle⁹. Bien sûr, ils prescrivent toutes les entités soumises à l'accord lors d'achats de certains produits ou services et lorsque cet achat est supérieur à un certain montant. La façon de délimiter ces critères varie évidemment d'un accord à l'autre. Sur le plan plus normatif, ces accords cherchent tous à instaurer un régime de marchés publics non discriminatoire et offrant le traitement national aux fournisseurs potentiels. Plus précisément, ils mettent en place des procédures à suivre concernant la passation des marchés, notamment en ce qui a trait aux spécifications techniques exigées, à la qualification des fournisseurs et aux règles concernant la présentation et la réception des soumissions, ainsi que la façon d'effectuer la sélection parmi celles-ci.

⁸ *Accord sur les marchés publics*, Acte final de l'Uruguay Round, annexe 4 b) (en vigueur : le premier janvier 1996) [ci-après : *AMP*].

⁹ Voir, par exemple, Muggenberg qui affirme que : « Les provisions de l'*ALÉNA* qui concernent les marchés publics reflètent grandement l'influence du [Code sur les marchés publics du] GATT »; C. Muggenberg, « The Government Procurement Chapter of NAFTA » (1993) 1 *U.S. Mexico L.J.* 295, à la p. 295 [notre traduction].

Concernant l'analyse juridique et politique de ces normes, nous référons aux parties 2, 3 et 4 du présent cahier de recherche qui, comme nous l'avons expliqué, fera une telle analyse, principalement en mettant ces règles en conjoncture avec les négociations de la *ZLÉA*. Ainsi, la présente partie ne fera pas l'histoire exhaustive de l'évolution de chacune de ces règles dans les cas où elles apparaissent dans chacun des accords, ne serait-ce que sous des formes différentes. Elle tentera plutôt de voir rapidement dans quel contexte chacun de ces accords est apparu, mais également de replacer l'apparition de nouvelles normes, voire certains changements majeurs parmi certaines d'entre elles.

1.1 Le Code de Tokyo sur les marchés publics

Comme nous le savons, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*¹⁰ avait comme principe fondamental les règles de non discrimination. Ces règles s'appliquaient surtout aux produits des autres pays entre eux (règle de la nation la plus favorisée) mais aussi aux produits étrangers vis-à-vis des produits similaires nationaux (traitement national). En principe, cette non discrimination aurait dû s'appliquer également aux marchés publics. Cependant, et sous l'impulsion de plusieurs pays dont la Grande-Bretagne (et à l'encontre des États-Unis qui, faut-il spécifier, étaient en faveur de l'octroi des règles de non discrimination aux marchés publics)¹¹, une exception a été rajoutée afin de soustraire les marchés publics à l'application de ces règles¹².

Même si, dès les années 60, certains persistaient à vouloir intégrer des règles concernant les marchés publics au GATT, ce n'est qu'en 1976 qu'un sous-groupe de négociation a été formé dans le cadre du cycle de Tokyo¹³ qui était en branle depuis déjà 3 ans (soit depuis septembre 1973). La place grandissante que prenait l'État dans l'économie au cours des années 70 explique en partie au moins l'importance mise sur la libéralisation des marchés publics dans les différents forums concernant la libéralisation commerciale¹⁴. Nous pouvons souligner que de façon surprenante, ce sont principalement des pays en développement qui avaient fait pression en vue de la formation de ce sous-groupe¹⁵. Quoi qu'il en soit, ce sous-groupe s'est rapidement

¹⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187 (entrée en vigueur : premier janvier 1948) [ci-après : *GATT*].

¹¹ A. Reich, *International Public Procurement Law : The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, La Haie, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999, à la p. 104.

¹² *GATT*, supra note 10, art. III 6) (a) qui spécifie que : « Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce ».

¹³ Au sujet des négociations sur les marchés publics dans le cycle de Tokyo, voir A. Reich, supra note 11, aux p. 103 et ss.; et A. Blank et G. Marceau, « A History of Multilateral Negotiations on Procurement : From ITO to WTO », dans : B.H. Hoekman et P.C. Mavroidis, supra note 3, 31, aux pp. 41 et ss.

¹⁴ J. H. Jackson « National Treatment Obligations and Non-Tariff Barriers » (1989) 10 *Mich. J. of Int'l L.* 207, à la p. 221.

¹⁵ A. Reich, supra note 11, 1999, à la p. 108.

entendu sur un accord et l'*Accord relatif aux marchés publics*¹⁶, signé dès avril 1979, est entré en vigueur le premier janvier 1981. Il s'agissait là d'un accord plurilatéral et seuls une vingtaine de pays l'ont ratifié. Même si certains pays en développement (dont l'Inde, la Corée, le Nigeria et la Jamaïque) ont été activement impliqués dans les négociations, seuls deux d'entre eux (Hong Kong et Singapour) y ont adhéré dès 1981, Israël et la Corée du Sud ne joignant ce club qu'un peu plus tard¹⁷.

Cet accord établissait des règles pour les entités incluses par les Parties contractantes, lorsque celles-ci cherchaient à acquérir des produits (les services étaient exclus de l'accord) d'une valeur supérieure à 150 000 Droits de tirage spéciaux (DTS). Ce montant a fait l'objet de bien des négociations, les Parties négociantes reconnaissant qu'un seuil trop bas serait la cause de bien des tracasseries administratives pour les entités pour des marchés qui n'intéresseraient probablement pas les entrepreneurs étrangers, alors que des seuils trop hauts réduiraient la portée de l'accord¹⁸. Ces règles concernaient la transparence et la non discrimination (traitement national et nation la plus favorisée) et cherchaient à encadrer les procédures techniques de passation des marchés. Il prévoyait également un traitement spécial en faveur des pays en voie de développement, règles qui, considérant le petit nombre de ces pays à adhérer à l'accord, paraissaient de toute évidence insuffisantes aux yeux de ceux-ci. Il permettait, enfin, un recours aux Groupes spéciaux de règlement des différends (selon la procédure habituelle consacrée par le GATT), mais ne permettait pas, comme les accords sur le sujet qui l'ont suivi, de mécanismes de contestation des appels d'offres pour les soumissionnaires frustrés dans leur droit. Cette lacune expliquerait la mise en œuvre bien imparfaite par les Parties contractantes¹⁹.

En 1986, les Parties contractantes se sont entendues sur un Protocole d'amendement qui diminuait notamment les seuils de 150 000 DTS (210 000 \$ Can.) à 130 000 DTS. Il spécifiait également certaines règles et étendait la non discrimination aux firmes étrangères implantées sur le territoire des Parties contractantes.

L'accord a eu une influence symbolique car il a été le premier à créer des obligations pour les États en matière de marchés publics. Concrètement toutefois, son importance a été plus discrète. Même si, lors de son entrée en vigueur, il couvrait annuellement une somme estimée à 36 milliards de dollars, ce chiffre ne représentait qu'une petite partie seulement des achats gouvernementaux des pays y ayant adhéré. Stewart estime cette portion à environ 10 %²⁰. Au Canada, par exemple, la valeur des marchés publics couverts représentait 648 millions en 1988, ce qui représentait 8,6% de la valeur des marchés publics et moins de 1 % du total de biens et services achetés par les divers niveaux gouvernementaux du pays au cours de cette année là²¹.

¹⁶ *Accord relatif aux marchés publics*, 12 avril 1979, 1981 R.T. Can 39 (entrée en vigueur : premier janvier 1981) [ci-après : *Code de Tokyo*].

¹⁷ A. Blank et G. Marceau, *supra* note 13, à la p. 42.

¹⁸ *Ibid*, à la p. 41.

¹⁹ A. Reich, *supra* note 11, à la p. 128.

²⁰ T. Stewart (dir.), *The GATT-Uruguay Round : A Negotiating History (1986-1992)* (vol. 2), Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Pub., 1993, à la p. 1033.

²¹ A. Reich, « Government Procurement and Bid Challenging in Canada After the Free Trade Agreement » (1991) 18 *Revue canadienne du droit du commerce* 195, aux pp. 206 et 207.

1.2 L'Accord de libre-échange

C'est en vue d'améliorer l'accès aux marchés publics américains pour les compagnies canadiennes que la Commission McDonald a, en 1985, conseillé au gouvernement de négocier un accord sur les marchés publics avec le gouvernement états-unien lors d'un accord de libre-échange. Il s'agissait d'ailleurs là d'une des raisons principales évoquées par le Canada dans sa recherche d'une Amérique du Nord plus ouverte. En effet, les investisseurs canadiens, qui cherchaient à profiter du traitement national aux États-Unis, commençaient à réaliser que le Code de Tokyo ouvrait moins les marchés qu'ils ne l'avaient imaginé au départ²². C'est dans le chapitre 13 de l'*Accord de libre-échange*²³ que les deux Parties ont mis en place les règles sur le sujet. Ce chapitre cherchait explicitement à améliorer le Code de Tokyo²⁴ qui était même « ajouté et intégré » au chapitre²⁵.

On peut noter deux changements majeurs dans l'*ALÉ* par rapport au Code de Tokyo. D'abord, cet accord descendait grandement les seuils à partir desquels une entité listée doit passer un appel d'offres pour ses achats. Ceux-ci passaient en effet de 130 000 DTS (environ 238 000 \$ canadiens à ce moment là) à 25 000 \$ américains (environ 33 000 \$ canadiens)²⁶. Deuxièmement, il a introduit un mécanisme de contestation des offres permettant à un soumissionnaire potentiel croyant avoir vu les droits qui lui sont accordés par l'accord être brimés de voir la situation corrigée ou, à tout le moins, de recevoir une compensation²⁷.

Malgré ces quelques progrès, Reich fait remarquer qu'il est surprenant que les deux pays, qui avaient déclaré vouloir faire de grandes améliorations concernant la libéralisation de leurs marchés publics respectifs, n'aient fait que des avancements si limités. Elle remarque notamment qu'on n'a pas réussi à inclure plus d'entités²⁸ ni à faire entrer de nouveaux types de contrats dans le chapitre. Une des raisons évoquées se rapporte à la volonté des États-Unis de faire progresser les négociations visant à pousser plus à l'avant la libéralisation du Code de Tokyo. Citant des sources gouvernementales, Reich affirme que les États-Unis considéraient qu'ils auraient besoin de l'appui canadien lors de ces négociations et que les négociateurs désignés par Ottawa seraient sûrement moins affamés si le Canada avait déjà accès aux

²² M. Hart et P. Sauvé, « Does Size Matter ? Canadian Perspectives on the Development of Government Procurement Disciplines in North America » dans : B.H. Hoekman et P.C. Mavroidis, *supra* note 3, 203, à la p. 206.

²³ *Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, 27 décembre 1987 et 2 janvier 1988, R.T. Can 1989 no 3 (entrée en vigueur : premier janvier 1989) [ci-après : *ALÉ*].

²⁴ L'article 1301 (2) se lit comme suit : « Comme nouvelle étape vers la libéralisation multilatérales [sic] et l'amélioration de l'Accord du GATT relatif aux marchés publics et de ses annexes (ci-après appelé le Code), les Parties s'acquitteront des obligations prévues dans le présent chapitre » *ALÉ*, *ibid*, art. 1301 (2).

²⁵ *Ibid*, art. 1302 .

²⁶ *Ibid*, art. 1304 (1).

²⁷ *Ibid*, art. 1305 (3).

²⁸ Les entités sont les ministères, entreprises publiques ou para-publiques qui sont soumises à l'Accord; voir *infra*, partie 2.1.1.

marchés publics états-unis²⁹. Quoiqu'il en soit, il s'agissait d'un nouveau pas vers une libéralisation plus grande dans ce domaine.

1.3 L'ALÉNA

L'ALÉNA contient également un chapitre sur les marchés publics. Selon Muggenberg³⁰, il se distingue des accords précédents sur trois points. D'abord, il est le premier de ces accords à élargir sa couverture aux services. En effet, l'accord demande aux entités achetant non seulement des produits mais aussi des services d'une valeur supérieure au seuil déterminé de faire ces achats par le biais d'appel d'offres. Il s'agit d'une innovation d'autant plus significative que les Parties ont privilégié la méthode de la liste négative, c'est-à-dire que tous les services sont inclus sauf ceux qui sont explicitement mentionnés dans l'annexe 1001.1b-2. En ce qui concerne les services de construction, les Parties ont utilisé une formule mixte en ce sens qu'ils ont mis en place une liste commune de services de construction qui s'applique pour les trois États, sauf si un de ceux-ci a retiré son engagement vis-à-vis un de ceux-ci en l'insérant dans l'annexe prévue à cette fin.

La deuxième différence, selon Muggenberg, concerne la précision et le détail existant dorénavant dans presque la majorité des domaines. On ne se contente plus, dans l'ALÉNA, de demander aux Parties de mettre en place des normes répondant aux valeurs de l'accord dans des termes un peu vagues. On précise, dans bien des cas, de quelle façon ces normes devront être appliquées. Dans le cas du mécanisme de contestation des offres, par exemple, l'accord va jusqu'à préciser que le délai octroyé à un fournisseur pour engager une contestation ne pourra pas être inférieur à 10 jours³¹.

Enfin, cet auteur souligne qu'alors que le Code de Tokyo comprenait un article spécial prévoyant un traitement spécial et différencié pour les pays en développement, l'ALÉNA ne comprend pas de telles provisions même s'il comprend une Partie (le Mexique) considéré comme un pays en voie de développement. Il tempère cette remarque en mentionnant cependant qu'une annexe de l'accord permet au Mexique de profiter de certaines exceptions dont ne peuvent pas jouir les deux autres parties. Ces exceptions *ad hoc*, pouvons-nous rajouter, ne s'appliquaient que pour le Mexique et, dans bien des cas, que pour une période de temps limitée. Ainsi, dans le cas imaginé à l'époque de l'élargissement de l'Accord à un autre pays, il n'est pas acquis que ce dernier aurait pu bénéficier des mêmes exceptions.

Le chapitre 10 de l'ALÉNA a servi de modèle lors de la conclusion d'autres accords du même type entre le Mexique et d'autres pays d'Amérique latine. En effet, les accords de libre-échange que ce pays a conclu avec le Groupe des trois (avec la Colombie et le Venezuela) ainsi que ceux conclus avec la Bolivie, le Costa Rica et le Nicaragua contiennent également des règles qui sont très apparentées à celles qui apparaissent dans l'ALÉNA. Dans la mesure où ces accords impliquent des pays en développement d'Amérique latine, chose que n'avait pas réussi à faire le Code de

²⁹ A. Reich, *supra* note 21, aux pp. 211 et 212.

³⁰ C. Muggenberg, *supra* note 9.

³¹ ALÉNA, *supra* note 6, art. 1017 (1) (f).

Tokyo (ni l'*Accord sur les marchés publics* comme nous allons le voir), il s'agit sans doute là d'une des contributions majeures de l'*ALÉNA*. Quantitativement, l'*ALÉNA* a permis de quadrupler la valeur des marchés publics américains accessibles aux fournisseurs canadiens ou mexicains. Cependant, la valeur totale de ces marchés ne représentait, au moment de l'entrée en vigueur de l'accord en 1994, que 10 % de la valeur totale des achats gouvernementaux³².

1.4 L'*Accord sur les marchés publics*

Il fut décidé lors des rencontres préparatoires au cycle de l'Uruguay d'incorporer de nouvelles négociations sur les marchés publics dans l'agenda de ce cycle. La forme d'éventuelles nouvelles règles à ce sujet ne faisaient pas consensus toutefois, certaines Parties proposant que celles-ci soient tout simplement intégrées au GATT. Le Groupe de travail imaginant cependant (probablement avec raison) qu'il serait impossible de convaincre les deux tiers des Parties de faire une telle modification au GATT, il fut recommandé de laisser les règles sur ce sujet dans un code séparé où les Parties intéressées à intégrer les nouvelles normes dans leur ordre interne pourraient le faire³³. Il est à noter que les négociations n'eurent pas formellement lieu à l'intérieur du cycle de l'Uruguay mais plutôt en conformité avec le mandat propre du code de Tokyo³⁴. C'est ce contexte qui explique d'ailleurs pourquoi seules les Parties contractantes du Code purent négocier le nouvel accord, et, par extension, pourquoi la majorité des pays qui sont devenus membres de l'*AMP* sont principalement des pays développés.

L'*Accord sur les marchés publics*³⁵ apporte quelques changements par rapport au Code de Tokyo. Ces changements ne vont toutefois pas toujours aussi loin que ceux qu'apportaient l'*ALÉNA*. D'abord, l'*AMP* inclut les services et les services de construction dans son champ d'application. On a toutefois décidé de permettre aux Parties qui désiraient le faire d'utiliser la méthode de la liste positive (toutes les Parties sauf les États-Unis ont utilisé cette méthode), contrairement à l'*ALÉNA*, ce qui réduit la quantité de services soumis aux règles de l'Accord. Ensuite, les seuils sont beaucoup plus élevés que dans l'*ALÉNA*. En effet, ils sont, pour les produits et services achetés par les entités du gouvernement fédéral canadien, de 130,000 DTS, ce qui signifie environ 170,000 dollars US, alors que ce chiffre était, lors de l'entrée en vigueur de l'*ALÉNA* de 50,000 seulement³⁶.

Par rapport au Code de Tokyo, par contre, il s'agit d'un pas important vers la libéralisation des marchés publics³⁷. Il introduit, d'une part, un mécanisme de contestation qui a des implications importantes en matière de droit international comme nous le verrons (partie 3). Il interdit les opérations de compensation (voir

³² M. Hart et P. Sauvé, *supra* note 22, à la p. 213.

³³ T. Stewart (dir.), *supra* note 20, aux pp. 1013 et ss.

³⁴ *Ibid.*, aux pp. 1038.

³⁵ *AMP*, *supra* note 8.

³⁶ Ces chiffres sont toutefois ajustables, notamment en relation avec l'inflation.

³⁷ Pour une comparaison entre les deux accords, voir A. Blank et G. Marceau, *supra* note 13, aux pp. 45 et ss..

point 2.4) et demande aux États de s'engager à assurer la transparence dans les mécanismes de passation des marchés.

Tableau 1 : Comparaison des 4 accords³⁸

| <u>Dispositions</u> | <u>Code de Tokyo</u> | <u>ALÉ</u> | <u>ALÉNA</u> | <u>AMP</u> |
|--|-----------------------------|------------------------------|--|--|
| Entités (liste positive ou négative) | Positive | Positive | Positive | Positive |
| Entités sous gouvernementales (provinciales et municipales) | Non | Non | À négocier avec les gvts étatiques ou provinciaux. | À négocier avec les gvts étatiques ou provinciaux. |
| Biens couverts, types de listes et seuils | Oui, Négative (150,000 DTS) | Oui, Négative (25,000 \$ US) | Oui, Négative (50,000\$ US*) | Oui, Négative (130,000DTS***) |
| Services couverts, type de liste et seuils | Non | Non | Oui, Négative (50,000\$ US*) | Oui, Négative ou Positive (au choix) (130,000DTS***) |
| Services de construction couverts, type de liste et seuils | Non | Non | Oui, Mixte (6,5 millions \$ US**) | Oui, positive (****) Non |
| Opérations de compensation permises | Oui | Oui | Non | Oui |
| Procédures de contestation des offres | Non | Oui | Oui | |
| <p>* Pour les entités publiques seulement. 250 000 \$ U.S. pour les entreprises publiques. ** Pour les entités publiques seulement. 8 millions pour les entreprises publiques. *** Pour les entités publiques seulement. Les pays avaient la possibilité de négocier les seuils pour lesquels ils s'engageaient. Ils ont tous convenus de seuils de 130,000 pour les entités publiques mais ce montant varie pour les entités des gouvernements sous-centraux et les entreprises publiques. **** Les pays avaient la possibilité de négocier les seuils pour lesquels ils s'engageaient. Ces seuils varient d'une Partie à une autre.</p> | | | | |

En ce qui a trait aux relations Nord-Sud, soulignons qu'avant même de lancer les négociations, de nombreuses critiques s'élevaient contre le Code de Tokyo qui, disait-on, ne prenait pas suffisamment en considération les besoins particuliers des pays en développement. Un traitement spécial et différencié est inclus dans l'AMP

³⁸ Le tableau 1 ne reprend que les dispositions où existent des divergences majeures et non uniquement descriptives ou sujettes à interprétation entre les accords.

mais celui-ci semble s'être avéré insuffisant pour attirer les ratifications des pays en développement (la Corée, Hong Kong et Singapour sont membres de l'accord et il s'agit là des trois pays les moins développés de la liste de ces membres).

2- Les négociations autour des règles normatives dans le cycle de la ZLÉA

C'est lors de la quatrième réunion ministérielle, qui s'est tenue à San José au Costa Rica en mars 1998 que fut décidée la structure des négociations et que furent institués neuf groupes afin de mener celles-ci. Un de ces groupes a pour mandat d'en arriver à un consensus concernant un chapitre sur les marchés publics qui sera incorporé dans un Accord portant création de la ZLÉA, si celui-ci voit le jour. Ce groupe de négociations, qui agit sous la présidence du Costa Rica, a pour objectif général d'« élargir l'accès aux marchés publics des pays membres de la ZLÉA ». Cet objectif est d'ailleurs repris au tout premier article du second avant-projet d'Accord sur les marchés publics³⁹. Plus spécifiquement, le groupe a comme mandat de :

- Ériger un cadre normatif qui garantisse l'ouverture et la transparence des procédures des achats du secteur public, sans que cela implique nécessairement l'établissement de systèmes identiques d'achats du secteur public dans tous les pays;
- Garantir la non discrimination en ce qui concerne les achats du secteur public, cet objectif a une portée qui sera déterminée par voie de négociation;
- Garantir un examen impartial et juste pour régler les réclamations et trancher les appels interjetés par les fournisseurs ainsi que la mise en oeuvre efficace des règlements auxquels sont parvenues les parties⁴⁰.

Les prochaines pages chercheront à dégager les enjeux les plus importants qui se profilent selon nous à l'intérieur de ce groupe. Afin d'orienter notre réflexion lors de la lecture et notre compréhension de celle-ci, rappelons-nous que le second article du chapitre sur les marchés publics du deuxième avant-projet d'Accord pour la ZLÉA fait mention de certains principes auxquels devront souscrire les Parties. Ces principes n'ont pas tous été adoptés et certains risquent d'être abandonnés mais ils donnent une idée des objectifs plus concrets des négociateurs. Ces objectifs sont les suivants : la non-discrimination, la transparence, la légalité, l'impartialité, la moralité, l'objectivité, l'équité procédurale et la publicité⁴¹.

2.1 La sphère de validité

Les achats que font les ministères ne doivent pas tous être faits par le biais d'un appel d'offres. A fortiori, ils ne doivent pas tous être faits par le biais d'un appel d'offres respectant les règles des accords commerciaux. Par exemple, il serait

³⁹ ZLÉA, Deuxième avant-projet d'Accord, chapitre sur les marchés publics [ci-après : ZLÉA II].

⁴⁰ ZLÉA, Groupe de négociation sur les marchés publics, (en ligne) ZLÉA, http://alca-ftaa.iadb.org/frc/nggp_f.htm, (date d'accès : 11 novembre 2002).

⁴¹ ZLÉA II, *supra* note 39

absurde de penser qu'un ministère qui cherche à organiser une réception pour 20 personnes doit absolument passer par un appel d'offres respectant les normes internationales afin de choisir le traiteur avec qui il passera un contrat d'une valeur de 500 ou 1000 dollars!

La sphère de validité des accords de marchés publics peut être définie selon trois critères : les entités couvertes devant se soumettre aux règles, les biens, services ou services de construction couverts et, enfin, les seuils, c'est-à-dire les montants à partir desquels les achats doivent être faits de façon conformes aux règles.

2.1.1 Les entités

Il y a principalement deux façons de définir les entités couvertes : La façon dite de la liste positive, où seules les entités inscrites dans l'accord (habituellement dans une annexe prévue à cet effet) sont couvertes, ou la liste négative, où les entités sont toutes couvertes à l'exception de celles qui sont mentionnées dans l'accord. La méthode habituelle, utilisée autant par l'*ALÉNA* que par l'*AMP*, est la liste positive et l'avant-projet d'accord laisse à penser que ce sera aussi cette méthode qui sera utilisée dans un éventuel accord pour la *ZLÉA*. Dans l'*ALÉNA*, par exemple, le Canada a fourni une liste de cent entités publiques fédérales devant se soumettre aux règles élaborées dans le chapitre 10. Il existe aussi la possibilité d'inclure des entreprises publiques qui sont contrôlées partiellement par le gouvernement. Au Canada, Via Rail Canada est un bon exemple d'une telle entreprise qui a été inscrite dans la liste par Ottawa.

En plus de l'opportunité pour un État d'ouvrir moins son marché en incluant le plus petit nombre possible d'entités, les deux enjeux se dégageant de ce point concernent une réalité bien concrète. Dans le cadre de négociations sur les marchés publics, les pays où l'influence de l'État est plus grande ont beaucoup plus à offrir que les pays où plusieurs secteurs ont déjà été privatisés (ou n'avaient jamais été nationalisés). Ainsi, un État de « tendance » néo-libérale⁴² pourrait bien inscrire toutes ses entités dans l'accord, la valeur des achats de celles-ci pourrait être bien moindre que celle des entités des pays plutôt marqués par une influence keynésienne. Cette difficulté était déjà présente lors des négociations menant à l'*AMP*. Comme le fait remarquer Stewart :

Le premier champ [potentiellement conflictuel] concerne les différences dans l'organisation des économies et l'impact sur le traitement des entités de type C⁴³. Par exemple, aux États-Unis, ce type d'entreprises est souvent de propriété privée, mais dans les pays de l'Union européenne, elles sont de propriété gouvernementale. Cette question va au cœur de la philosophie américaine en ce sens que le gouvernement ne devrait pas interférer avec les entreprises privées, et les États-Unis ont soutenu [durant les négociations] que puisque ces entreprises étaient déjà de propriété privée, leurs politiques d'achats étaient déjà libéralisées⁴⁴.

⁴² Nous utilisons ici le terme « tendance » afin de schématiser la distinction entre un État interventionniste et un État plus libéral et qui laisserait déjà les forces du marché guider son économie.

⁴³ Les entités de type C sont celles qui ne sont pas publiques mais qui sont substantiellement contrôlées par un pallier du gouvernement.

⁴⁴ T. Stewart (dir.), *supra* note 20, aux pp. 1053.

Les négociations pourraient donc s'avérer difficile à conclure entre de tels États et une façon de s'en sortir pourrait être, pour l'État de « tendance » keynésienne, de n'inclure que certaines entités, dont la valeur des achats pourrait être égale à celle des entités de l'autre État (ou des autres États).

La deuxième problématique réfère à la formulation des dispositions concernant une privatisation éventuelle d'entités qui sont soumises à l'accord (une telle privatisation aurait, bien entendu, comme effet de soustraire cette entité de l'accord)⁴⁵. L'*ALÉNA* mentionne que l'accord n'empêche pas une Partie de privatiser une entité et que dans un tel cas, elle n'a qu'à en faire mention aux autres Parties et à sa section du Secrétariat⁴⁶. Si une telle formule était adoptée dans un accord inter-américain, un État pourrait utiliser une entité qu'il prévoit privatiser prochainement comme arme de négociation, sachant que cet engagement n'aura, finalement, que peu de résultats concrets. L'*AMP*, par contre, demande que la Partie informe le Comité des marchés publics (créé par l'accord lui-même) et permet à une autre Partie de contester ce « désengagement » et, surtout, de demander des ajustements compensatoires pour la perte de marchés (il faut toutefois rajouter qu'il est prévu que dans un tel cas, « il sera tenu compte des effets d'ouverture du marché résultant de l'élimination du contrôle ou de l'influence exercée par le gouvernement »)⁴⁷. De façon inverse, un État pourrait craindre d'inclure une entité qu'il prévoit privatiser, étant donné le risque des « ajustements compensatoires » que laisse planer l'article XXIV.

La dernière question concernant la liste des entités soumises à l'accord concerne les entités des gouvernements étatiques ou provinciaux, voire municipaux [ci-après : les gouvernements sous-étatiques]. Les différentes constitutions font en sorte que les gouvernements centraux négociant l'accord ont juridiction sur plus ou moins de secteurs selon le cas⁴⁸. Dans les cas de fédérations ou de confédérations, les États ne peuvent évidemment prendre d'engagements que dans les champs de compétence sur lesquels ils ont juridiction. Cette dynamique peut grandement influencer les négociations, on s'en doute, dans la mesure où les différents protagonistes n'ont pas juridiction sur la totalité des achats gouvernementaux se faisant sur leur territoire. L'accord peut inclure des entités des gouvernements sous-étatiques et dans un tel cas les négociations internationales seront grandement influencées par la dynamique politique interne des pays impliqués.

Ces listes peuvent, dans certaines circonstances, être utilisées pour faire pression sur d'autres Parties et, ainsi, se faire en contradiction avec la règle de la nation la plus favorisée. Le meilleur exemple est sûrement le *Department of the Interior* qui fait partie de la liste américaine dans l'*ALÉNA* mais qui est accompagnée de la note suivante : « Pour les produits du Canada, les fournisseurs de ces produits et les fournisseurs de services du Canada, le présent chapitre s'appliquera aux achats du

⁴⁵ Voir : P.A. Low, A. Matoo et A. Subramanien, *supra* note 3, qui traitent de la question à la p. 236 et ss..

⁴⁶ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1023.

⁴⁷ *AMP*, *supra* note 8, art. XXIV (6) b).

⁴⁸ Concernant les difficultés rencontrées par les négociateurs à ce sujet lors des pourparlers menant à l'*ALÉ*, voir : M. Hart et P. Sauvé, *supra* note 22, à la 209.

Bureau of Reclamation du Department of the Interior seulement lorsque le présent chapitre s'appliquera aux achats des compagnies d'électricité des provinces canadiennes, à l'exception des services locaux d'hydroélectricité»⁴⁹. De telles exceptions pourraient être utilisées afin de forcer certaines Parties à inclure des secteurs que d'autres parties considèrent alléchantes.

Dans les deux accords, les Parties gardent la possibilité de modifier leurs listes d'engagement. Elles s'exposent toutefois à voir les autres Parties lui demander des ajustements compensatoires si celles-ci jugent que ces modifications ne permettent pas l'application du chapitre à un niveau comparable à son niveau antérieur. Dans un tel cas, les Parties contestantes pourront faire appel au mécanisme de règlement des différends prévu dans le chapitre 20 de l'*ALÉNA* ou dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

2.1.2 Les biens, services ou services de construction

La méthode des listes positives ou négatives est également utilisée pour définir les biens, services et, lorsqu'ils sont inclus, les services de construction dont les achats devront être soumis aux règles de l'accord (voir le tableau 1 au sujet de la méthode utilisée dans les différents accords étudiés).

Une inclusion large des biens dans l'accord et qui passerait par une liste négative ne semble pas être ennuyeuse pour les différentes délégations présentes aux négociations pour la ZLÉA. Il est toutefois possible que certaines Parties sentent le besoin de retirer certains biens produits par leur industrie nationale dans des secteurs jugés encore non-compétitifs. Par contre, l'insertion des services dans l'accord pourrait bien représenter un enjeu conflictuel. On peut rappeler, pour appuyer cet argument, que les services n'étaient pas inclus dans le *Code de Tokyo* ni dans l'*ALÉ* qui avaient pourtant été conclus par des États industrialisés, généralement plus enclins à prendre des mesures afin de libéraliser l'économie mondiale. Dans l'*AMP*, les États avaient l'opportunité de choisir entre l'utilisation d'une liste positive ou négative au moment de confirmer leurs engagements et la majorité des États (à l'exception notable des États-Unis) ont choisi d'utiliser la liste positive. De plus :

[I]a plupart ont exclu de leur liste une panoplie de secteurs de services. Ces exclusions incluent les services postaux, les services de télécommunications de base, les services d'audiovisuel, les services de distribution, les services d'éducation, les services reliés à la santé ou aux services sociaux, le tourisme et les voyages, ainsi que les services de récréation, culturels et sportifs. La signification empirique de ces exclusions n'est pas claire. Finalement, il existe tout un champ de non application et de provisions de réciprocité contenue dans les Annexes où apparaissent les services couverts. Les exceptions générales les plus communes ont cette forme : « un service inscrit dans l'Annexe 4 est couvert en regard d'une Partie particulière uniquement dans la mesure où une telle Partie a aussi inclus ce service dans l'Annexe 4 »⁵⁰.

Il est à parier que non seulement les pays d'Amérique latine et des Caraïbes incluront, eux aussi, ces mêmes exceptions, mais tenteront-ils également d'y inclure

⁴⁹ *ALÉNA*, *supra* note 6, annexe 1001.1a-1, liste des États-Unis. Voir, à ce sujet : N. Belley, *supra* note 2, à la p. 529.

⁵⁰ P. A. Low, A. Matoo et A. Subramanian, *supra* note 3, à la p. 230 [notre traduction].

certains secteurs de services névralgiques à leur économie qu'ils se sentent encore l'obligation d'appuyer par le biais des achats publics. Ainsi, si tout porte à croire que les services seraient inclus dans un éventuel accord sur les marchés publics dans la ZLÉA, il semble bien que les pays auront, au moins, l'opportunité de prendre des engagements dans ce secteur selon la méthode de la liste positive. Il n'est pas assuré non plus que les gouvernements latino-américains incluront plusieurs services ou, à tout le moins, des services importants dans leur liste.

Dans l'*ALÉNA* et l'*AMP*, les services de construction sont séparés des produits et des services. Une telle distinction semble avoir été faite afin de permettre de lier les engagements à des seuils plus élevés.

2.1.3 les seuils

Les seuils sont les montants estimés à partir desquels un achat d'une entité soumise aux règles de l'accord doit être effectué par le biais d'un appel d'offres. Les accords stipulent habituellement les procédures à suivre lors de telles estimations et prévoient notamment qu'une Partie ne pourra répartir les quantités à acheter en différents marchés afin de se soustraire aux accords.

Vue d'une façon apolitique, la détermination des seuils est importante dans la mesure où des seuils trop bas risquent de créer des tracasseries administratives pour des marchés sur lesquels les étrangers ne voudront pas soumissionner, et des seuils trop élevés se traduiront par une diminution importante de la validité de l'accord.

Dans le cadre de négociations entre des pays de niveaux de développement différents comme c'est le cas actuellement dans les pourparlers concernant la ZLÉA, la détermination des seuils pourrait être une façon d'apaiser les craintes de certains pays. Pour chacun des secteurs, il y aurait trois manières de déterminer ceux-ci. La première serait de mettre en place des seuils homogènes pour tous les pays; la seconde, de séparer les pays selon leur niveau de développement et de déterminer des seuils pour chacun des groupes; et la dernière serait la méthode employée dans l'*AMP* pour les services de construction, c'est-à-dire que chaque Partie pourrait, au moment de déposer sa liste d'engagement, faire connaître la valeur de ses seuils. Ceux-ci seraient donc différents pour chaque pays.

2.2 Les trois types d'appels d'offres

Les accords internationaux concernant les marchés publics reconnaissent généralement qu'il existe trois sortes d'appels d'offres : les appels d'offres ouverts, les appels d'offres sélectifs et les appels d'offres limités. Dans un système complètement libéralisé et où le marché serait pleinement effectif, les appels d'offres ouverts seraient la norme. Cependant, dans certains cas, les entités préfèrent utiliser un appel d'offres sélectif où seuls les fournisseurs potentiels faisant partie d'une liste peuvent soumissionner, ou encore un appel d'offre limité où on n'entre en contact qu'avec un seul fournisseur à qui on demande une estimation pour le bien, le service ou le service de construction nécessaire.

2.2.1 Les appels d'offres ouverts

Les appels d'offres ouverts sont les appels d'offres où tous les fournisseurs potentiels peuvent soumissionner. Ce type d'appels d'offres est, bien évidemment, soumis aux règles des accords concernant, notamment, la non discrimination. Comme l'expliquent Claro de la Maza et Camblor, les avantages des appels d'offres ouverts sont bien connus. « La compétition sert d'incitatifs aux fournisseurs pour maximiser la valeur offerte au gouvernement en matière de prix, de qualité et des autres termes de livraison »⁵¹. Par contre, plusieurs désavantages incitent les États à utiliser parfois les appels d'offres sélectifs ou limités. « Les besoins de la compétition allongent le temps nécessaire pour allouer un contrat car on a souvent besoin de plus de temps afin d'évaluer un grand nombre de propositions et des étapes additionnelles pour les propositions révisées »⁵². Ces désavantages, ainsi que le désir de favoriser certaines entreprises nationales, incitent souvent les États à utiliser la procédure d'appels d'offres sélectifs ou limités. Ainsi, et en principe, la procédure des appels d'offres ouverts devrait être la norme mais afin, notamment, d'éviter les coûts reliés à l'évaluation d'un trop grand nombre de soumissions dont certaines viennent de soumissionnaires dont les qualifications sont loin de remplir les exigences requises, les entités ont parfois recours aux appels d'offres sélectifs.

2.2.2 Les appels d'offres sélectifs

L'*AMP* définit la procédure d'appels d'offres sélective comme étant celle où « les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité »⁵³. Cette procédure est légale autant en vertu de l'*AMP* que de l'*ALÉNA*. La méthode habituelle de passer des appels d'offres sélectifs consiste en l'utilisation de listes de fournisseurs potentiels qui se seront qualifiés, c'est-à-dire qui auront prouvé qu'ils sont en mesure de remplir les conditions reliées à un marché quelconque (voir partie 2.3.3). Les accords demandent qu'on envoie des invitations à soumissionner au plus grand nombre de fournisseurs potentiels possible. La sélection des fournisseurs recevant une telle invitation ne devra, évidemment, pas être faite de façon discriminatoire. Enfin, à ce sujet, les accords stipulent que : « une entité qui tient des listes permanentes de fournisseurs qualifiés fera en sorte que les fournisseurs puissent demander leur qualification à tout moment et que tous les fournisseurs qualifiés qui en feront la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court »⁵⁴. Dans le même sens, le texte du chapitre du deuxième avant-projet d'Accord fait état d'une proposition selon laquelle : « Tout fournisseur pourra présenter une offre, qu'il ait ou non été invité à soumissionner »⁵⁵.

⁵¹ J. Claro de la Maza et R. Camblor, *Government Procurement and Free Trade in the Americas*, Buenos Aires, Intal, ITD, 1999, working paper 3, à la p. 8 [notre traduction].

⁵² *Ibid.*, [notre traduction].

⁵³ *AMP*, *supra* note 8, art. VII (2) b)

⁵⁴ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1009 (2) (g).

⁵⁵ *ZLÉA II*, *supra* note 39.

2.2.3 Les appels d'offres limités (ou de gré à gré)

Autant dans l'*ALÉNA* que dans l'*AMP*⁵⁶, les entités gardent la possibilité de ne pas passer par un appel d'offres ouvert ou sélectif et de demander directement à un fournisseur de proposer un prix pour l'achat d'un bien ou d'un service en particulier. Les cas où les entités possèdent cette possibilité sont toutefois circonscrites à certaines situations bien précises. Une telle procédure peut être utilisée, par exemple, lorsque aucune soumission n'a été déposée suite à un appel d'offres, lorsqu'il s'agit de travaux d'art, lorsque l'utilisation de marché limité est rendue essentielle pour des causes d'extrême urgence ou lorsqu'il s'agit d'une livraison additionnelle à un achat. Dans tous les cas, les procédures d'appels d'offres limités ne pourront être utilisées dans le dessein de ramener la concurrence en deçà du maximum possible ou afin de discriminer des fournisseurs potentiels étrangers ou de protection des fournisseurs nationaux.

Lors des négociations actuelles autour de la création de la ZLÉA, il semble que certaines Parties tentent de restreindre les possibilités dans lesquelles les entités peuvent utiliser les appels d'offres sélectifs et, *a fortiori*, limités. Reich fait remarquer, à titre d'exemple, que le *Code de Tokyo* s'est avéré être un échec principalement à cause de la grande possibilité qu'il offrait aux entités d'utiliser les appels d'offres limités et que l'*AMP* n'a pas apporté de restrictions supplémentaires à cet égard⁵⁷. L'*ALÉNA* et l'*AMP* permettent en tout temps l'utilisation de l'appel d'offres sélectif en autant que certaines règles soient suivies. Or, l'avant-projet d'accord nous laisse à penser que certaines Parties aimeraient bien forcer les entités à utiliser l'appel d'offres ouvert (ou, autrement dit, les empêcher d'utiliser comme bon leur semble la méthode d'appel d'offres sélectif), à moins que certains critères ne soient rencontrés, comme c'est actuellement le cas pour les appels d'offres limités. Ce type de disposition risque de rencontrer des objections, spécialement de la part des économies de petite taille qui pourraient chercher à éviter, autant que faire se peut, que se multiplient les tracasseries administratives pour leur bureaucratie. Il est en effet probable que ces pays cherchent à se garder une certaine marge de manœuvre leur permettant d'utiliser le plus souvent l'appel d'offres sélectif et l'appel d'offres limité, considérant que le développement de leur administration publique n'a pas atteint un stade suffisamment avancé pour respecter dans tous les cas des règles aussi précises.

2.3 Les règles concernant la non discrimination

Le cœur normatif des accords sur les marchés publics réside dans les normes concernant la non discrimination. Celles-ci cherchent à dépolitiser les mécanismes de sélection des fournisseurs. Comme nous le verrons, ces règles tentent de créer un espace intégré où la totalité du bassin des fournisseurs potentiels de la zone de libre-échange concernée seront mis en état de concurrence économique lors de la sélection des soumissions. Autrement dit, on poursuit l'objectif de ne faire entrer que les facteurs d'efficacité économique lors de la sélection, ce qui implique évidemment

⁵⁶ *AMP*, *supra* note 8, art. XV; *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1016.

⁵⁷ A. Reich, *supra* note 11, à la p. 300.

que la nationalité du fournisseur, par exemple, ne pourra pas être prise en considération dans ce processus.

Ces règles dépassent la non discrimination dans la mesure où on tente de maximiser la prévisibilité du processus. Analysé au second degré, le contenu normatif qu'elles mettent en place cherche à forcer les fonctionnaires à établir des critères objectifs (que ce soit des critères financiers, des critères d'efficacité, de qualité ou autres) qui serviront à juger les différentes soumissions soumises. Ce sera la précision de ces critères qui établiront les standards de prévisibilité si on peut parler ainsi. On peut dire qu'idéalement, le processus de sélection pourrait être fait par un nombre indéterminé de fonctionnaires et donner invariablement le même résultat.

D'un point de vue social ou développementaliste, il y a lieu de se questionner à savoir si ces accords ne représentent pas un risque pour certains projets gouvernementaux visant, par le biais d'obligations contractuelles, à faire la promotion de certains objectifs sociaux (la promotion d'un tel groupe de travailleurs historiquement désavantagé) ou économiques (la promotion de certains secteurs industriels ou de certaines régions sous-développées). En effet, presque tous les pays protègent, d'une façon ou d'une autre, les producteurs nationaux lors de la passation des marchés publics⁵⁸. Ce type de politiques prend deux formes : les politiques spécifiques qui exigent un quelconque comportement en relation avec le contrat et les politiques générales qui commandent que l'entreprise adopte une certaine pratique lors de l'ensemble de ses activités. Dans le premier groupe, on peut inclure tout ce qui est relié aux caractéristiques du produit, du service ou du service de construction, tel que la demande pour qu'un produit soit biodégradable ou tout ce qui concerne la composition de la force de travail lors de la réalisation du contrat. On peut donner pour exemple, pour le second groupe, l'obligation de s'engager à mettre en place certaines politiques sociales à l'avantage de certains groupes défavorisés⁵⁹.

Les États-Uniens ont mis en place plusieurs programmes de politiques secondaires dans leurs procédures de marchés publics. On peut schématiser leurs procédures en disant qu'il existe deux régimes de passation des marchés pour les entités fédérales dans ce pays. Le premier régime s'applique aux pays avec qui les États-Unis ont un accord de libre-échange (le Canada, le Mexique et Israël), les pays Parties à l'AMP, les pays membres de l'Initiative du Bassin des Caraïbes et les pays en développement d'Afrique et d'Asie désignés par le Président des États-Unis et pour lesquels le *Trade Agreement Act* prévoit la non-application du *Buy American Act* ou du *Balance of Payment Program* que nous analyserons plus loin. Ces accords établissent des normes de passation des marchés publics (comme nous l'avons vu avec l'AMP et l'ALÉNA) mais prévoient une exception concernant le respect du *Small Business Act*⁶⁰. Le *Small Business Act* cherche à promouvoir les intérêts des petites entreprises, de certains groupes défavorisés et de certaines zones défavorisées.

⁵⁸ P. Carrier, *supra* note 4, à la p. 67.

⁵⁹ S. Arrowsmith, *supra* note 5.

⁶⁰ Concernant le *Small business Act*, voir notamment: CEPAL, *Compras governamentais : Políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*, (LC/BRS/R.130), septembre 2002, aux pp. 101 à 105.

Parmi ses nombreuses mesures, on peut en souligner trois qui nous paraissent les plus importantes :

- Lors d'achats d'une valeur comprise entre 2500 et 100 000 dollars et où deux petites entreprises ou plus auraient soumissionné, le marché sera automatiquement réservé à une petite entreprise, en autant que ces entreprises soient compétitives concernant le prix, la qualité et la capacité de livraison du bien ou du service. Il faut ici souligner qu'on définit assez largement les petites entreprises, celles-ci comprenant toute entreprise comprenant, dépendamment des secteurs, entre 500 et 1000 employés.
- Les petites entreprises détenues par certains groupes désavantagés (vétérans de guerre, Noirs, hispaniques, autochtones, femmes) peuvent obtenir une subvention de 10 % lorsqu'ils sont récipiendaires d'un contrat de sous-traitance à un marché public passé à une autre entreprise. De plus, les entités doivent maintenir un bureau d'aide à ces entreprises (*l'Office of Small and Disadvantaged Business Utilization*) afin de favoriser la participation de ces petites entreprises.
- Certaines zones historiquement désavantagées sur le plan du développement (les *HUBzone* ou *Historically Underutilized Business Zones*) ont également droit à certains avantages non négligeables. En effet, une entité peut passer un contrat avec une entreprise ayant siège dans une de cette zone via un marché unique (donc, sans passer d'appel d'offres) lors d'achat d'une valeur allant jusqu'à 5 millions, dans le cas de biens industriels, et jusqu'à 3 millions pour les autres types d'acquisition lors que celle-ci est pour consommation dans une de ces zones.

Ainsi, ce premier régime respecte les règles de non discrimination et les autres règles inscrites dans les accords commerciaux, sauf lorsque des petites entreprises, des entreprises propriété de groupes désavantagés ou d'entreprises installées dans des *HUBzones* font parties des fournisseurs potentiels, dans lequel cas celles-ci jouissent d'un traitement préférentiel. Cette discrimination positive à l'égard de certaines petites entreprises états-uniennes fait en sorte que « persiste une forte restriction à l'accès au marché américain »⁶¹ et ce, malgré les accords ratifiés par Washington concernant les marchés publics.

Le second régime s'applique aux pays exclus de la liste élaborée plus haut. Pour ces pays s'applique, en plus du *Small Business Act*, le *Buy American Act* et le *Balance of Payment Program*⁶².

Le *Buy American Act*⁶³ est, comme son nom l'indique, un programme cherchant à avantager les produits états-uniens lors d'achats gouvernementaux. Selon cette loi,

⁶¹ *Ibid.*, à la p. 101 [notre traduction].

⁶² Le *Balance of Payment Programme* ne sera pas expliqué en détail ici parce que relativement peu significatif sur le plan quantitatif. On peut toutefois rappeler qu'il offre, lui aussi, des conditions extrêmement avantageuses pour les produits états-uniens lors d'achat par des entités mais destiné à l'extérieur du pays, dans les ambassades, par exemple.

⁶³ Sur le *Buy American Act*, voir, par exemple : L. Hughes : « Buy North America : A Revision to FTA But America Requirement » (1995) 23 *Transp. L.J.* 207; C.F. Szurgot « The Buy American Act : Reverse Discrimination Against Domestic Manufacturers; Implications of the Trade Act of 1979 on the

le gouvernement fédéral états-unien ne peut faire d'achat si le bien obtenu n'est pas substantiellement manufacturé, extrait ou produit aux États-Unis. Cette règle s'applique, à moins que (1) l'intérêt public n'exige un achat contrevenant à ce principe; (2) le prix de l'achat serait « déraisonnable »⁶⁴; (3) l'inexistence de ce type de produit de provenance états-unienne est démontrée. De plus, environ 35 États ont adopté des préférences de type *Buy American* ou *Buy Local* lors des achats publics. Comme le font remarquer Corr et Zissis, « [é]tant donné la grande valeur des marchés publics passés par les états et les instances locales aux États-Unis, ces restrictions peuvent empêcher des opportunités de marché significatives »⁶⁵.

Ainsi, autant les États-Uniens que les Canadiens utilisent les marchés publics afin d'atteindre certains objectifs sociaux, politiques ou économiques. D'un point de vue économique, ces types de programmes sont discriminatoires ils favorisent les entreprises qui adoptent une certaine pratique ou qui font partie d'une certaine catégorie. Depuis l'entrée en vigueur des accords sur les marchés publics, on assiste donc à une confrontation entre ces politiques gouvernementales (dites politiques secondaires) et la pratique du néo-libéralisme économique où seules les contraintes économiques, ou en d'autres mots seul le marché, devraient influencer les résultats d'un investissement.

Dernier point à remarquer : Alors que traditionnellement, les règles de non discrimination énumérées dans les accords de commerce de toute sorte ne pouvaient être utilisées que par les étrangers, les accords sur les marchés publics font un pas supplémentaire en permettant aux fournisseurs potentiels de se prévaloir des règles de l'accord contre les entités de son propre État. En effet, puisque les accords consacrent la non discrimination entre les fournisseurs potentiels plutôt que le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, la nationalité d'origine du fournisseur n'est prise en considération que dans la mesure où le fournisseur doit être originaire d'un pays Partie à l'accord.

Les enjeux concernant la non discrimination lors des négociations ne se dégagent pas d'un article en particulier mais plutôt de l'ensemble des règles. Ces enjeux concernent principalement la complexité et la précision des règles qu'on cherche à mettre en place. Cette précision et cette complexité sont telles que certaines administrations publiques, et spécifiquement celles des pays à économies de petite taille, pourraient avoir de la difficulté à mettre en place de telles règles.

Rule of Origin Test » (1993-1994) 7 *Adm. L. J. of the Am. U.* 737; et C.F. Corr et K. Zissis, « Convergence and Opportunity: The WTO Government Procurement Agreement and U.S. Procurement Reform » (1999) 18 *N.Y. L. Sch. J. of Int'l & Com. L.* 303.

⁶⁴ Ce prix sera déraisonnable s'il est supérieur de 6 % à la meilleure offre étrangère, de 12 % s'il s'agit d'une petite entreprise, et de 50 % au moins s'il s'agit d'achats réalisés par le Département de la Défense; CEPAL, *supra* note 60, à la p. 98.

⁶⁵ C.F. Corr et K. Zissis, *supra* note 63, à la p. 321 [notre traduction].

2.3.1 Les spécifications techniques

L'article portant sur les spécifications techniques est presque identique dans l'*ALÉNA*⁶⁶ et dans l'*AMP*⁶⁷. Il faut d'abord expliquer ce que sont les spécifications techniques. Selon l'*ALÉNA*, il s'agit

d'un document qui énonce les caractéristiques de produits ou les procédés et méthodes de production connexes, ou les caractéristiques de services ou les modes d'opération connexes, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent. Il peut traiter en totalité ou en partie de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production ou un mode d'opération donnés⁶⁸.

Il s'agit donc des exigences que l'entité a envers les caractéristiques *intrinsèques* au produit ou au service même, et non envers la capacité du fournisseur à remplir certaines conditions (il s'agit là des critères concernant la qualification des fournisseurs; nous y reviendrons). On peut illustrer ces caractéristiques par l'exemple suivant : un Ministère cherchant à acheter des avions afin d'éteindre d'éventuels feux de forêts voudra sûrement que les réservoirs de ces avions puissent contenir un nombre minimal de litres d'eau. Il s'agit là d'une caractéristique technique que l'entité est en droit d'exiger. Ces articles demandent toutefois que ces spécifications techniques ne soient pas établies, adoptées ou appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Une proposition dont le deuxième avant-projet d'accord pour la ZLÉA fait état évoque également l'interdiction de telles spécifications ayant comme but ou comme effet de limiter la concurrence. Les accords conçoivent que dans certaines situations, on cherche un produit ou un service possédant des caractéristiques bien précises, mais lorsque c'est le cas, ces caractéristiques doivent être établies en fonction des propriétés d'emploi plutôt que selon sa conception ou ses caractéristiques descriptives, et soient fondées sur des normes internationales lorsqu'il en existe, ou sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes de bâtiment. On exprime enfin la volonté de ne pas voir les entités exiger, par exemple, des marques de fabrique ou de commerce et que si une telle utilisation s'avérait absolument nécessaire (afin, par exemple, d'assurer la compatibilité de nouveaux ordinateurs avec la flotte informatique que possède déjà l'entité), des termes tels que « ou l'équivalent » devront figurer dans la documentation relative à l'appel d'offres.

2.3.2 Le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée

Comme tous les accords de libre-échange ou presque, les accords sur les marchés publics demandent aux Parties d'offrir aux fournisseurs des autres Parties le traitement national et celui de la nation la plus favorisée. Ce traitement doit également être offert aux fournisseurs locaux rattachés à une entreprise étrangère, tel qu'en fait foi, par exemple l'article 1003 (2) a) de l'*ALÉNA*. Cet article stipule qu'aucune des Parties ne pourra : « traiter un fournisseur local moins favorablement

⁶⁶ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1007

⁶⁷ *AMP*, *supra* note 8, art. VI.

⁶⁸ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1025.

qu'un autre fournisseur local, au motif que le premier aurait des liens avec une entreprise étrangère ou appartiendrait à des intérêts étrangers »⁶⁹.

Dans le domaine des marchés publics, ces traitements sont d'une importance beaucoup moindre que dans les autres domaines du droit commercial international. En effet, le contenu normatif dans ce secteur tend à consacrer l'égalité de traitement, sans égard à la nationalité du fournisseur (en autant, bien sûr, que le fournisseur ait un lien avec un pays Partie à l'accord) et par le biais de règles concrètes et bien précises. Cette manière de créer les accords signifie principalement deux choses relativement aux traitements national et de la nation la plus favorisée. D'abord que les fournisseurs nationaux peuvent également se prévaloir du contenu normatif issu du droit international, mais aussi surtout que dans ce secteur, les règles consacrant l'obligation d'offrir l'égalité à *tous* les fournisseurs sont tellement précises que lorsque ceux-ci contestent un marché passé par une entité, ils ne se sentent plus le besoin (du moins si on se fie à l'expérience du Tribunal canadien sur le commerce extérieur; TCCE) de prétendre que le traitement qui leur a été réservé était en violation avec la règle du traitement national ou de la nation la plus favorisée.

Il est à noter que certaines politiques de développement local, c'est-à-dire qui donnent la priorité aux entreprises nationales ou à celles de certaines régions sous-développées peuvent être, dans certaines circonstances, en violation avec le traitement national⁷⁰. Considérant que celles-ci sont utilisées (ou pourraient l'être éventuellement dans de nouvelles stratégies de développement) par certains pays prenant part aux négociations pour la ZLÉA, il est fort à parier qu'on tentera d'inscrire des exceptions à ce traitement dans cet accord visant à protéger ce type de programmes. Nous en discuterons plus en détail un peu plus bas.

2.3.3 Procédures de passation des marchés

La section B du chapitre 10 de l'ALÉNA met en place les procédures de passation des marchés. Même s'il n'est pas formellement divisé en section, l'AMP possède également une partie consacrée à ce sujet. Ces parties sont intéressantes en ce sens qu'elles évoquent, d'entrée de jeu, le principe de la non discrimination entre les fournisseurs, pour ensuite élaborer un ensemble de règles bien précises qui elles, mieux encore que l'évocation du principe lui-même, consacrent l'égalité de tous.

Dans les deux cas (ALÉNA et AMP), la section débute par un article-chapeau appelant à la non discrimination et assorti d'une obligation de respecter certaines conditions dans les articles suivants. Dans l'AMP, cet article se lit comme suit : « Chaque Partie fera en sorte que les procédures de passation des marchés suivies par ses entités soient appliquées de façon non discriminatoire et soient conformes aux dispositions des articles VII à XVI »⁷¹. Nous avons déjà souligné, et nous expliquerons ce mécanisme plus en détails dans la partie 3, que les accords portant sur les marchés publics demandent aux États de mettre en place un processus de contestation des offres qui a été interprété par le Canada entre autres comme

⁶⁹ ALÉNA, *supra* note 6, art. 1003 (2) (a).

⁷⁰ Pour une discussion à ce sujet, voir : S. Arrowsmith, *supra* note 5.

⁷¹ AMP, *supra* note 8, art. VII (1).

permettant des contestations de la part des fournisseurs nationaux canadiens. Parallèlement à ce mécanisme, l'article VII (1) de l'*AMP* et l'article 1008 de l'*ALÉNA* qui est semblable sont importants car ils établissent que le principe de non discrimination ne doit pas nécessairement être établi sur un critère de nationalité. En d'autres mots, un fournisseur n'a pas à démontrer que la mesure violant l'accord avait comme objectif de protéger la production nationale pour convaincre le Tribunal ou l'arbitre que la mesure de l'entité était discriminatoire. On peut même imaginer un cas où un fournisseur canadien convaincrerait le Tribunal canadien qu'une entité canadienne a fait preuve de discrimination à son égard lors d'un marché remporté par un fournisseur américain, de telles situations s'étant déjà produites devant le TCCE ! Mais quoi qu'il en soit, si on reprend, une fois encore, l'expérience canadienne en matière de contestation des appels d'offres, on se rend compte que les autres règles sont tellement précises que ce sont plutôt elles qui sont utilisées par les fournisseurs pour se plaindre que l'interdiction de discrimination en soi.

Dans la section consacrant les obligations en matière de passation des marchés, un premier article traite de la qualification des fournisseurs ou, en d'autres mots, des conditions de participation aux procédures d'appels d'offres. Les conditions de participation ont comme objectif de donner à l'entité l'assurance qu'un soumissionnaire sera capable d'exécuter un marché donné. À titre indicatif, le TCCE, dans une décision, a déjà décrit celles-ci comme permettant d'établir des preuves d'aptitude, de capacité, de compétence ou d'expérience⁷². Ainsi, contrairement aux spécifications techniques qui concernaient les conditions intrinsèques au *produit* ou au *service*, la qualification du fournisseur ne s'attarde qu'aux caractéristiques du *fournisseur*. Un premier article à ce sujet établit d'abord qu'une entité ne pourra, lors de la qualification des fournisseurs, faire de discrimination entre les fournisseurs des autres Parties ou entre les fournisseurs étrangers et les fournisseurs nationaux. Mais l'article le plus important à ce sujet est sûrement celui qui se lit ainsi :

Les conditions de participation des fournisseurs aux procédures d'appels d'offres, y compris les garanties financières, les qualifications techniques et les renseignements nécessaires pour établir leur capacité financière, commerciale et technique, ainsi que la vérification des qualifications, se limiteront aux conditions qui sont essentielles pour s'assurer que le fournisseur est en mesure d'exécuter le marché visé⁷³.

Évidemment, quand le document d'appel d'offres émet de telles conditions et en fait des éléments essentiels pour se qualifier, l'entité ne pourra retenir un fournisseur ne remplissant pas celles-ci. Les deux accords insistent sur cet aspect au point d'en faire mention dans deux articles différents. On fait de cette condition un aspect important de la prévisibilité des marchés publics. Ainsi, « pour être considérée en vue de l'adjudication, une soumission devra être conforme, au moment de son ouverture, aux conditions essentielles spécifiées dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres, et avoir été présentée par un fournisseur remplissant les conditions de participation »⁷⁴ et « l'adjudication des marchés sera conforme aux critères et aux

⁷² *Information Systems Management Corporation*, Décision du Tribunal Canadien du commerce extérieur, Dossier no : PR-95-040, 30 juillet 1996.

⁷³ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1009 (2) (b). L'article VIII (b) de l'*AMP* est différent dans sa forme mais est semblable dans son intention.

⁷⁴ *Ibid*, art. 1015 (4) (a); article parallèle : *AMP*, *supra* note xxx, art. XIII (4) (a).

conditions essentielles spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres »⁷⁵.

Ainsi, et à moins d'insérer de tels programmes à l'intérieur de la liste des exceptions prévue à cet effet (voir la partie 4), les obligations contractuelles utilisées par les États afin de forcer les fournisseurs à adopter certains comportements répondant à des objectifs sociaux risquent d'être mis en péril dans la mesure où elles peuvent être assimilées à des conditions de participation (dans le cas des programmes d'obligations contractuelles concernant l'équité en matière d'emploi au Canada, un soumissionnaire qui n'a pas coché la case lui demandant de s'engager à mettre en place un tel programme voit sa soumission automatiquement rejetée). En effet, s'il s'agit là d'une condition de participation, peut-on vraiment plaider que ce type de programme est, pour reprendre les mots de l'article, essentiel pour s'assurer que le fournisseur est en mesure d'exécuter le marché visé ?

Les accords énumèrent ensuite des règles, parfois très précises, concernant les aspects techniques de la passation des marchés. On demande, par exemple, que le délai fixé pour soumettre une soumission soit suffisant « pour permettre aux fournisseurs des autres Parties ainsi qu'aux fournisseurs nationaux de préparer et de déposer leurs soumissions avant la clôture des procédures d'appel d'offres »⁷⁶. Ce délai, sauf exceptions énumérées dans le paragraphe 3 du même article, est spécifié dans l'article et varie de 25 à 40 jours selon les situations. Il peut être rétréci lorsqu'il s'agit de la deuxième publication ou dans les cas d'urgence. On met aussi en place des règles concernant les informations requises dans la documentation remise aux fournisseurs potentiels. Enfin, on prévoit que les entités pourront procéder à des négociations :

- a) dans le contexte des marchés publics pour lesquels elles ont indiqué qu'elles en avaient l'intention, à savoir dans l'avis mentionné au paragraphe 2 de l'article IX (l'invitation à participer à la procédure pour le projet de marché faite aux fournisseurs); ou
- b) lorsqu'il résulte de l'évaluation qu'aucune soumission n'est manifestement la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou la documentation relative à l'appel d'offres.⁷⁷

Si l'ensemble de ces critères est relativement précis, ceux-ci ne sont pas suffisamment contraignants, à notre avis, pour représenter un danger excessif, même pour des administrations publiques disposant de ressources limitées. Cependant, les accords disposent de façon stricte de la façon dont l'adjudication des marchés devra être faite. L'article 1015 (4) (d) dispose que :

sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité adjugera au fournisseur qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le marché et dont la soumission sera la soumission la plus basse ou *celle qui aura été jugée la plus*

⁷⁵ *Ibid*, art. 1015 (4) (d); article parallèle : AMP, supra note xxx, art. XIII (4) (c).

⁷⁶ AMP, supra note 8, art. XI (1) (a).

⁷⁷ *Ibid*, art. XIV (1), article correspondant, ALÉNA, supra note xxx, art. 1014 (1).

*avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres*⁷⁸.

Dans bien des cas, le prix ne sera pas l'unique critère de sélection, c'est-à-dire que l'entité saura compenser de façon relative celui-ci par des critères tels que la qualité du produit ou du service, le service d'après-vente, l'entraînement qu'offre le fournisseur afin d'entraîner le personnel de l'entité acheteuse, etc. Mais dans une telle situation, l'entité aura dû prévoir à l'avance quels sont ou quels pourraient être les critères qui pourraient influencer leur décision au moment de la prise de décision. Une des façons de remplir ces exigences est d'élaborer, dans le document d'appel d'offres, une grille d'évaluation qui divise les points accordés selon certains critères, et selon « l'excellence » atteinte par le fournisseur en regard de ceux-ci. On donnera ainsi, par exemple, 5 points pour un fournisseur prêt à obtenir le marché à un prix x, 4 points pour celui qui serait prêt à l'obtenir à un prix y, etc.. On donnera ensuite 3 points pour le fournisseur qui assumera un certain montant d'heures de formation à l'entité, 2 points pour un montant inférieur (mais déterminé) d'heure, et un bonus si le fournisseur est capable d'offrir la formation dans deux langues, etc.. Lorsque l'accord demande que l'adjudication soit faite selon les critères d'évaluation spécifiés dans les documents d'appel d'offres, on cherche à s'assurer que les soumissions pourraient être évaluées par plusieurs équipes de fonctionnaires qui en viendraient tous au même résultat étant donné l'objectivité de ces critères.

Il est pertinent ici de donner l'opinion d'Arrowsmith concernant ce type de procédures en regard des politiques secondaires. Selon elle, il est probable que les politiques secondaires soient interdites lorsque utilisées au moment de la qualification des fournisseurs. Cependant, il appert, selon elle, que si ces politiques sont utilisées lors de l'évaluation des soumissions (c'est-à-dire, par exemple, allouer un certain nombre de point aux fournisseurs qui rempliraient les conditions de la politique secondaire), celles-ci sont probablement légales en vertu des accords⁷⁹.

L'expérience canadienne, pays possédant une administration publique professionnelle et qui peut être qualifiée comme étant une des meilleures au monde, démontre que ses entités ont parfois de la difficulté à établir de tels critères et doivent régulièrement faire face à des contestations d'appel d'offres parce que les marchés n'ont pas été passé de façon complètement conforme aux critères établis dans les accords. Peut-on, conséquemment, demander à l'administration publique de Trinité et Tobago, d'Haïti ou du Nicaragua d'en arriver à un degré de performance tel qu'elles sauront à l'avance quels seront les critères pertinents leur permettant de bien choisir parmi les soumissions quelle est la plus intéressante ? Une telle « rationalisation » du processus d'adjudication des marchés serait un grand pas vers l'avant pour ces pays concernant la lutte contre la corruption. Mais nonobstant ce point, il nous semble douteux que (principalement mais non uniquement) les administrations publiques des pays à économie de petite taille soit en mesure de supporter le poids d'autant de détails, même lors d'achats importants. En d'autres mots, on veut forcer les administrations publiques des pays en développement des

⁷⁸ ALÉNA, *supra* note 6, art 10105 (4) (d), article correspondant : AMP, *supra* note xxx, art. XIII (4) (b) [nos italiques].

⁷⁹ S. Arrowsmith, *supra* note 5.

Amériques d'adopter les critères « d'excellence » que même celles des pays développées ont de la difficulté à atteindre.

2.4 Les opérations de compensation

Les deux accords empêchent les pays, en principe, d'avoir recours à des opérations de compensation. Celles-ci sont définies dans l'*AMP* comme étant :

des mesures utilisées pour encourager le développement local ou améliorer la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, de l'octroi de licences pour des technologies, de prescriptions en matière d'investissement, d'échanges compensés ou de prescriptions similaires⁸⁰.

Tout comme les autres formes de politiques secondaires, les opérations de compensation sont de deux types. Les opérations de compensation directe, qui sont directement liées à la réalisation du contrat (concernant, par exemple, le contenu national nécessaire ou un transfert technologique) et les opérations indirectes qui réfèrent à un comportement général du fournisseur potentiel qui n'est pas directement lié au marché en question⁸¹.

L'*AMP* précise que les pays en développement pourront, au moment de leur accession, préciser qu'ils se réservent le droit d'imposer certaines de ces opérations de compensation, mais « uniquement aux fins de la qualification pour la participation au processus de passation des marchés et non pas comme critères pour l'adjudication des marchés »⁸² et en autant que ces opérations de compensation soient objectives, clairement définies et non discriminatoires. On insérera dans l'accord sur les marchés publics de la ZLÉA une telle disposition permettant aux pays en développement d'utiliser des opérations de compensation. Si tel est le cas, les enjeux concerneront, pour les entités de ces pays, la mise en place de programmes enchâssant ces opérations de compensation, chose qui ne sera peut-être pas aussi facile qu'on pourrait le croire étant donné la faiblesse de l'administration publique de certains de ces pays.

3. Les mécanismes de contestation des offres.

Les mécanismes de règlement des différends que mettent en place l'*ALÉNA* et l'*OMC* reposent sur le principe de la représentativité des intérêts du commerçant par son État d'origine⁸³. Règle générale, si une entreprise croit qu'un autre pays Partie à un accord commercial avec son État d'origine ne respecte pas les engagements que lui confère cet accord et que ces manquements lui sont préjudiciables, elle doit avoir

⁸⁰ *AMP*, *supra* note 8, art. XVI (1), note de bas de page no 7.

⁸¹ R.F. Doods jr, « Offsets in Chinese Government Procurement : The Partially Open Door » (1995) 26 *L. & Pol'y in Int'l B.* 1119.

⁸² *AMP*, *supra* note 8, art. XVI (2).

⁸³ Il faut, ici, souligner l'exception notable du mécanisme de règlement des différends investisseur-État que met en place la partie B du chapitre 11 de l'*ALÉNA*. Voir : R. Bachand, *Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements : l'ALÉNA comme modèle ?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, cahier de recherche 00-03, Montréal, février 2000, en ligne : www.gric.uqam.ca.

recours à son État afin que celui-ci utilise le mécanisme de règlement des différends prévu dans cet accord afin de convaincre la Partie délinquante de se conformer enfin à ses obligations. Dans l'ALÉNA et dans l'OMC, lorsqu'un Groupe spécial ou lorsque l'Organe des différends constate qu'une Partie a effectivement violé ses obligations, on demandera au pays fautif de modifier ses mesures afin de rendre sa législation conforme à ses obligations internationales. Dans le cas où la Partie coupable refuserait de répondre favorablement à cette requête, la Partie requérante pourrait alors prendre des mesures compensatoires contre la Partie coupable de la violation. Dans bien des cas, ces mesures compensatoires ne seront nullement utiles ou bénéfiques pour l'entreprise ayant été à l'origine de la plainte.

En plus d'être hautement politiques, ces procédures sont longues et coûteuses. Aussi, on peut concevoir qu'un tel mécanisme soit inefficace dans le cas des marchés publics dans la mesure où on peut difficilement imaginer qu'un État entrerait en conflit commercial avec une autre Partie parce que cette dernière aurait empêché à un de ses nationaux de mettre la main sur un marché de 50 000, ou même 500 000 dollars. Conséquemment, l'efficacité de la mise en œuvre de cet accord demandait un mécanisme que les fournisseurs potentiels frustrés pouvaient utiliser eux-mêmes sans avoir à compter sur leur État national. L'ALÉNA et l'AMP intègrent cette exigence.

Les deux accords demandent d'abord aux Parties de s'assurer que les entités examineront de bonne foi les plaintes éventuelles des fournisseurs potentiels croyant qu'un appel d'offres a été passé de façon irrégulière relativement aux obligations internationales du pays. On demande aussi aux Parties de mettre en place « un tribunal ou un organe d'examen impartial »⁸⁴. Lorsque ce mécanisme constatera la violation de l'accord, il pourra faire des *recommandations*⁸⁵ et prévoir :

- a) des mesures transitoires rapides pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales. Cette action pourra entraîner la suspension du processus de passation du marché. Toutefois, les procédures pourront prévoir que des conséquences défavorables primordiales pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, pourront être prises en compte lorsqu'il faudra décider si de telles mesures devraient être appliquées. En pareil cas, tout défaut d'action sera motivé par écrit;
- b) une évaluation et une possibilité de décision concernant la justification de la contestation;
- c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation⁸⁶.

⁸⁴ ALÉNA, supra note 6, art. XX (6).

⁸⁵ Le mécanisme de règlement des différends ne peut faire, pour des raisons constitutionnelles, que des recommandations. En effet, nous expliquent Lemieux et Stuhec, « la Couronne possède un pouvoir inhérent et discrétionnaire de prendre des décisions. Par essence, des décisions prises dans l'exercice du pouvoir général d'administration ne sont pas sujettes à une revue judiciaire ». Toutefois, si la recommandation n'est pas suivie par l'entité, un différend peut être engagé en vertu de l'organe de règlement des différends, tant dans l'ALÉNA que par le biais de l'ORD de l'OMC. Voir D. Lemieux et A. Stuhec, *Review of Administrative Action Under NAFTA*, Scarborough, Carswell, 1999, aux pp. 68 et ss., la citation aux pp. 72 à 73 [notre traduction].

⁸⁶ AMP, supra note 8, art. XX (7). L'article correspondant de l'ALÉNA mais possédant une formulation différente : ALÉNA, supra note 6, art. 1017 (1) (k).

L'originalité de ces procédures de contestation des offres réside principalement en deux choses. D'une part, elles tendent à favoriser l'entrée directe du droit international en droit interne. Deuxièmement, elles donnent la possibilité aux nationaux d'une Partie de se plaindre de la violation des obligations d'un accord commercial *par son propre État*.

3.1 L'entrée directe du droit international en droit interne

Expliquons d'abord le processus habituel qui permet, dans les États dualistes comme le Canada d'intégrer le droit international dans le droit interne. Quand un tel pays signe et ratifie un accord, c'est-à-dire qu'il s'engage à respecter les obligations que contient celui-ci, une loi de mise en œuvre doit être validée par la suite afin d'intégrer les changements nécessaires dans le droit interne.

Afin d'illustrer cette situation, imaginons la situation parfaite où le droit dans un domaine quelconque ne serait légiféré que par une seule Loi (L). Lorsqu'un événement (x) intervient dans la sphère de validité de cette Loi, un Tribunal, (T) compétent selon la Loi définissant ses compétences (LT), portera un jugement afin de juger de la conformité de x avec L et rendra une décision sur cette conformité.

Lorsque intervient un accord international (A) sur le sujet de L, le pays doit appliquer une Loi de mise en œuvre (LMO) afin de modifier la Loi (L). Cette Loi sera ainsi modifiée afin d'être conforme à l'accord (elle deviendra ainsi L'). Lorsque arrivera l'événement x, le tribunal aura donc à juger de la conformité de x non plus avec L mais maintenant avec L'.

La nouveauté qu'apportent les accords sur les marchés publics, c'est qu'ils tendent à demander aux Parties de mettre en place un mécanisme de contestation des offres qui fera porter ses décisions sur la conformité de l'événement x (qui est dans ce cas une mesure d'une entité c'est-à-dire, de façon plus concrète, un marché passé) avec non plus la Loi (L) ou la Loi amendée (L'), mais avec l'accord (A) lui-même.

L'*ALÉNA* d'abord, stipule que « chacune des Parties établira, créera ou désignera un organisme d'examen n'ayant aucun intérêt substantiel dans le résultat des appels d'offres, qui sera chargé de recevoir les contestations relatives aux offres, de les étudier et de faire des recommandations »⁸⁷. L'*Accord de libre-échange Canada États-Unis* avait un article semblable qui spécifiait que : « Conformément aux principes énoncés à l'annexe 1305.3, chaque Partie introduira et maintiendra des procédures équitables, opportunes, transparentes et efficaces de contestation des offres à l'intention des fournisseurs potentiels de produits admissibles »⁸⁸. Dans cet article 1305.3, on spécifiait que : « Une instance de révision n'ayant aucun intérêt important dans une issue de la procédure de passation de marchés devra recevoir et trancher les contestations relatives aux offres »⁸⁹. Ces articles, contrairement à l'article correspondant dans l'*AMP* comme nous allons le voir, ne demandent pas clairement aux Parties de donner compétence au Tribunal ou à l'organe compétent

⁸⁷ *ALÉNA, ibid*, art. 1017 (1) (g).

⁸⁸ *ALÉ, supra* note 23 art. 1305 (3).

⁸⁹ *Ibid*, annexe 1305.3 (e).

pour juger de la conformité du mécanisme avec *l'accord lui-même*. Cependant, le Canada a interprété les obligations de ces articles par la mise en œuvre de la *Commission de révision des marchés publics*⁹⁰ qui fut remplacée, en 1993, par le *Tribunal canadien sur le commerce extérieur*⁹¹. Ce dernier a entre autres fonctions de déterminer « si le marché public a été passé conformément aux exigences de l'ALÉNA, de l'Accord sur le commerce intérieur, de l'Accord sur les marchés publics ou de l'Accord Canada- Corée sur les marchés d'équipement de télécommunications, selon le cas »⁹². Ainsi, sans même que ce ne soit nécessaire, le Canada a donné compétence au Tribunal de juger des appels d'offres non pas en fonction de la Loi amendée, mais bien de l'accord lui-même.

L'AMP, de son côté, va plus loin. Il établit clairement que : « Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux fournisseurs de contester de *prétendues violations de l'Accord* dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt »⁹³. Si on prend cet article au mot, l'organe ou le tribunal (T) a qui incombera cette tâche devra, non pas avoir compétence pour juger de la conformité de l'appel d'offres avec une loi (L) ou une loi amendée (L') devant elle-même être conforme à l'accord, mais plutôt avec l'accord lui-même (A). La Loi de mise en œuvre (LMO) devra donc établir cette juridiction du Tribunal en modifiant la Loi définissant la compétence du Tribunal (LT) qui deviendra la Loi sur la compétence du Tribunal amendée (LT').

Les différentes formulations de l'article pertinent inclus dans l'avant-projet d'Accord de la ZLÉA nous laissent à penser qu'on tentera de laisser le moins d'ambiguïté possible sur la compétence du Tribunal ou de l'organe chargé de réviser les appels d'offres. Celui-ci devra juger de la conformité des appels d'offres avec l'accord et non avec la loi amendée.

Cette entrée directe du droit international dans le droit interne a une signification importante qu'il faut replacer dans l'ensemble du droit international. Les vingt dernières années ont été marquées, dans la sphère du droit international, par l'arrivée de plusieurs nouveaux accords touchant un grand nombre de sujets. On a notamment assisté, durant cette période, à de grandes avancées concernant la libéralisation des services et des investissements. Mais le point le plus important à souligner concernant cette période est l'amélioration des mécanismes d'application et de sanction du cadre juridique international économique. Nous ne soulignerons que deux exemples, l'ALÉNA et le système de l'OMC. L'ALÉNA, d'abord, possède un mécanisme de règlement des différends inter-étatiques qui s'avère être relativement efficace. Son chapitre sur les investissements met en place un mécanisme de règlement des différends permettant aux investisseurs de poursuivre un État recevant ses investissements et qui aurait violé les normes établies par ce chapitre. L'OMC,

⁹⁰ Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique, *L.C. 1988, ch 65, art. 14.*

⁹¹ Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, *L.C. 1993, ch. 44, art. 44 à 46.*

⁹² Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, *DORS/93-602, art. 11.*

⁹³ AMP, *supra* note 8 art. XX (2) [nos italiques].

pour sa part, force également les Parties à respecter leurs obligations envers les autres Parties grâce à un organe de règlement des différends qui est de plus en plus utilisé et qui a fait preuve d'une grande efficacité au cours de ses huit premières années d'existence. En d'autres mots, il existe des moyens relativement efficaces de s'assurer que seront respectées les obligations que les États prennent sur le plan international concernant le commerce et l'investissement, c'est-à-dire les obligations qu'ont indirectement ceux-ci vis-à-vis les commerçants et les investisseurs des autres Parties. Concernant les marchés publics, la formulation des règles de contestation des offres entre en ligne directe avec ce principe. Là où le bât blesse, c'est lorsque l'on constate que de tels mécanismes d'application du droit international sont inexistantes ou, au mieux, relativement inefficaces, en ce qui concerne le droit de l'environnement, les droits des travailleurs et les autres droits humains.

Il n'est pas inutile non plus de dire que cette entrée directe du droit international dans le droit interne favorisera aussi une uniformisation de ce dernier. Il s'agit de mettre en place un bassin où l'attribution des marchés publics se fera de la manière la plus prévisible possible, cette prévisibilité passant notamment par une homogénéité des normes.

3.2 La possibilité pour les nationaux d'utiliser le droit national contre les entités de leur propre État

Historiquement, le droit international a utilisé le mécanisme de protection diplomatique afin de forcer les États à respecter leurs obligations. Le principe soutenant la protection diplomatique est qu'un national d'un État qui est sur le territoire d'un autre État représente l'extension des intérêts de son État sur ce territoire. Lorsque ce mécanisme est utilisé, ce sont les deux États qui vont s'affronter; c'est-à-dire l'État du national dont les droits ont été violés et l'État qui n'a pas respecté ses obligations. Ainsi, un national ne peut généralement pas utiliser la protection diplomatique contre son propre État si celui-ci a violé, contre lui, des obligations prises en vertu du droit international. De nos jours, certaines conventions régionales et internationales de droits humains permettent aux citoyens de revendiquer devant des tribunaux nationaux ou des organes supra nationaux des droits garantis par le droit international face à leur État national, mais ces mécanismes sont d'une efficacité irrégulière et sont souvent longs et difficiles à utiliser.

En ce qui a trait aux marchés publics, les accords sont formulés de façon à permettre aux nationaux d'utiliser également les mécanismes de contestation des offres et de revendiquer les droits que leur octroient ces accords. L'*AMP* d'abord, stipule que : « Chaque Partie établira des procédures non discriminatoires, rapides, transparentes et efficaces permettant aux *fournisseurs* de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt »⁹⁴. L'*ALÉNA*, pour sa part, prévoit que « chacune des parties permettra aux *fournisseurs* de présenter des contestations des offres portant sur tout

⁹⁴ *AMP*, *supra* note 8, art. XX (2) [nos italiques].

aspect du processus de passation des marchés [...]»⁹⁵. Ainsi, les deux accords prennent une formulation laissant présager que les Parties devront aussi permettre à leurs propres fournisseurs d'utiliser le mécanisme de contestation des appels d'offres qui lui-même, comme nous l'avons vu, doit juger de la conformité de ceux-ci avec les accords internationaux. C'est, à tout le moins, de cette façon que le Canada a interprété cette disposition. La section du TCCE servant de mécanisme de contestation des offres peut être utilisée par les fournisseurs potentiels canadiens. Cette possibilité est effectivement bien utilisée par ceux-ci, Lemieux et Stuhec faisant remarquer que c'est moins de 5 % des plaintes qui sont remplies par des fournisseurs potentiels venant de l'extérieur du Canada⁹⁶.

4. Les exceptions

Les accords permettent aux entités de se soustraire, dans certaines occasions, aux méthodes mises en place par les accords pour passer les marchés. Ces exceptions sont particulièrement importantes à analyser pour notre travail car ce sont peut-être ces exceptions qui permettront de «sauver» les négociations, c'est-à-dire qui réussiront à permettre un consensus entre les Membres. Ces exceptions sont de deux ordres : Les exceptions générales, qui sont inscrites dans l'accord et qui concernent tous les pays, et les exceptions particulières que peut insérer chacun d'entre ces Membres en annexe.

4.1 Les exceptions générales

L'*ALÉNA* et l'*AMP* possèdent des exceptions communes qui seront sans aucun doute reprises dans le texte de la *ZLÉA*. La première de ces exceptions concerne les marchés se rapportant à « la protection des intérêts essentiels de [la] sécurité [des Membres], se rapportant aux marchés des armes, de munitions ou de matériels de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale »⁹⁷. Cette exception semble pouvoir être évoquée très facilement par les Parties. À titre d'exemple, le TCCE, qui avait à en interpréter la portée, en a dit ceci dans une décision rendue en 1998. « [L'histoire de la disposition] porte à croire qu'il n'y a pas de limites à la fréquence d'invocations de telles exceptions, si ce n'est que chacune des Parties à un accord particulier reconnaît que le fréquent recours à l'exception remettra en question l'efficacité de l'accord applicable ». Puis, plus loin : « le Tribunal n'a aucune compétence relativement à la détermination par le gouvernement qu'une question particulière se rapporte à la sécurité nationale »⁹⁸. Puisque cette exception est présente dans la majorité des accords commerciaux internationaux, que ce soit le GATT de 1947, les accords sur les investissements ou

⁹⁵ *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1017 (1) (a) [nos italiques].

⁹⁶ D. Lemieux et A. Stuhec, *supra* note 85, aux pp. 62-63. Voir aussi : C.W. Levesque « Chapter 13 of the United States-Canada Free Trade Agreement : Has it Created an Open and Effective Government Procurement Dispute Resolution System ? » (1991) 12 *J. Int'l L. Bus.* 187.

⁹⁷ *AMP*, *supra* note 8, art. XXIII (1); article correspondant : *ALÉNA*, *supra* note 6, art. 1018 (1).

⁹⁸ Lotus Development Canada Limited, Novell Canada, LTD. et Netscape Communications Canada inc., *Décision du TCCE, Dossiers nos : PR-98-005, PR-98-006 et PR-98-009, 14 août 1998.*

ceux, comme nous le disions, sur les marchés publics, tout porte à croire qu'elle sera à nouveau insérée dans le chapitre sur les marchés publics concernant la ZLÉA.

Par ailleurs, le paragraphe 2 du même article stipule, dans l'*ALÉNA* (l'*AMP* possède le même paragraphe mais qui est formulée de façon très légèrement différente) que :

À condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire et injustifié entre les Parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce entre les Parties, aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adopter ou de maintenir des mesures :

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique;
- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
- c) nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle; ou
- d) se rapportant à des produits ou services provenant de personnes handicapées, d'institutions philanthropiques ou de personnes incarcérées⁹⁹.

Ces exceptions nous obligent à quelques commentaires. Concernant l'exception d'ordre public, tout d'abord, on doit souligner le fait que ce concept n'a jamais été défini lors d'une décision de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Par ailleurs, Oppertit nous apprend qu'elle sert à empêcher certaines pratiques commerciales telles que la corruption et le trafic d'influence et d'empêcher que soit incorporé dans des accords le commerce de certains biens illicites tels que les stupéfiants ou la fausse monnaie. Selon lui, elle permet aussi de protéger certaines valeurs telles que la protection de la vie ou de la propriété¹⁰⁰. Mais puisque les accords sur les marchés publics visent fondamentalement à défendre, lors du processus menant aux achats publics, de telles valeurs libérales (lutte contre la corruption, contre le trafic d'influence, etc.), il serait surprenant qu'une entité évoque cette exception sur l'ordre public pour adopter des pratiques contraires à l'accord.

Ces exceptions sont proposées dans l'avant-projet d'accord pour la ZLÉA et tout porte à croire qu'elles seront insérées dans l'accord final, si un tel accord est conclu.

Dans le premier avant-projet d'accord, la liste des exceptions générales proposées de part et d'autre était très longue et on pouvait dès lors envisager que des négociations extrêmement serrées seraient menées afin de définir celles qui seront finalement incluses dans l'accord. Dans le second avant-projet d'Accord, cette liste a été légèrement modifiée mais plusieurs différends importants semblent subsister.

La toute première exception figurant sur ces listes (autant dans le premier que dans le deuxième texte) est celle qui concerne les accords d'intégration économique à un niveau subhémisphérique. Ce type de dérogation, très fréquente dans les différents accords de commerce, permet aux pays Membres de deux accords commerciaux de ne pas étendre les avantages de l'accord le plus libéral aux Membres de l'autre

⁹⁹ *ALÉNA*, supra note 6, art. 1019 (2).

¹⁰⁰ B. Oppertit, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », dans C. Dominicé (dir.), *Études du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, 309.

accord. Dans le cas qui nous concerne, cette proposition a probablement été amenée par les Membres de l'ALÉNA qui possèdent ensemble un accord sur le sujet qui pousse extrêmement loin la libéralisation des marchés publics. Ces trois pays, craignant sans doute que le chapitre sur les marchés publics dans la ZLÉA ne libéralise pas autant ce secteur que l'ALÉNA, cherchent probablement à empêcher que les autres pays Membres de la ZLÉA ne profite de ces avantages en revendiquant le traitement de la nation la plus favorisée alors qu'eux-mêmes auraient des procédures de libéralisation des marchés publics n'allant pas aussi loin que celles incluses dans l'ALÉNA. L'utilité de revendiquer une telle exception générale lors des négociations étant évidemment aussi de mettre de la pression sur les autres pays négociant l'accord, ceux-ci sachant qu'ils n'auront accès aux marchés des trois pays du Nord qu'en autant qu'ils acceptent de libéraliser leurs propres marchés publics. Une telle exception sera certainement incluse si l'accord de la ZLÉA ne va pas aussi loin que le chapitre 10 de l'ALÉNA.

Certains Membres demandent que l'accord ne s'applique pas : « aux services ou fonctions gouvernementales, comme l'application des lois, les services de réadaptation sociale, [santé] les régimes de retraite ou l'assurance-chômage, les services de sécurité sociale ou de bien-être social, l'instruction publique, la formation publique, la santé et la protection des enfants, et les services à l'enfance »¹⁰¹. On peut voir dans cette formulation la volonté de soustraire certaines prérogatives gouvernementales des règles de l'accord. Il nous apparaît certain qu'une exception ainsi articulée n'apparaîtra jamais dans la ZLÉA dans la mesure où on pourrait lui donner une interprétation tellement large qu'elle viderait complètement de sens un accord sur les marchés publics et ce, à cause du caractère inclusif du mot « comme » (dans le second Avant-projet d'Accord, on utilise le mot « tel » qui a la même signification). Un tel mot signifie que les applications qui suivent ne sont incluses qu'à titre d'exemples et que d'autres « services ou fonctions gouvernementales » pourraient aussi être touchées par les dispositions de cet article. Ainsi, une entité pourrait toujours plaider qu'un marché passé de façon irrégulière par rapport à l'accord de commerce cherchait à remplir un service ou une fonction sociale. La présence d'une telle formulation dans la liste des exceptions proposée laisse néanmoins deviner certains malaises concernant l'accord et fait comprendre que certaines des Parties négociant cet accord voudraient voir celui-ci avoir une portée la plus restrictive possible.

Une autre proposition est extrêmement intéressante dans le contexte d'une analyse Nord-Sud. Il s'agit de celle qui prévoit que l'accord ne s'appliquera pas aux : « marchés publics financés avec des fonds provenant d'organisations internationales, d'organismes de développement international, d'organisations multilatérales d'assistance technique, ou d'organisations bilatérales d'assistance technique ou financière, qui seront régis par les stipulations des contrats d'assistance financière ou

¹⁰¹ ZLÉA, *avant-projet d'accord* [ci-après : ZLÉA I]. Le deuxième projet d'Accord contient quelques propositions qui ne se distinguent de ce premier avant-projet d'accord qu'au niveau de la forme. Notons, afin de faciliter la lecture, que les passages entre crochets [...] signifient qu'on ne s'est pas encore entendu sur les dispositions en question.

technique respectivement applicables»¹⁰². Cette proposition d'exception, on le conçoit bien, cherche à préserver la possibilité pour le Canada et les États-Unis d'utiliser le processus de l'aide liée¹⁰³ dans leur aide publique au développement. Autrement dit, les pays d'Amérique latine qui sont bénéficiaires d'aide publique au développement états-unienne ou canadienne devront passer des appels d'offres respectant les règles de la ZLÉA lorsqu'ils passeront des marchés, sauf lorsque les achats seront faits grâce aux fonds de l'aide au développement canadienne et états-unienne, dans lesquels cas ces achats pourront être faits directement auprès de compagnies canadiennes ou états-uniennes sans passer par un appel d'offres. Considérant l'importance que ces deux pays ont toujours accordé à l'aide liée, on ne peut être surpris de voir une telle proposition surgir dans le chapitre sur les marchés publics. Nous sommes toutefois un peu étonnés de voir que le Canada et les États-Unis ne cherchent pas à restreindre le champ d'application de cette exception à l'aide décernée par eux seuls et de ne pas favoriser une formulation qui leur permettrait d'empêcher les autres pays donateurs (principalement le Japon et certains pays européens impliqués dans la région) de faire, eux également, de l'aide liée. On pourrait ainsi permettre aux entreprises nord-américaines de vendre certains biens et services qui seraient payés par l'aide publique au développement d'autres pays car ces achats devraient être faits par le biais de la procédure instituée par le chapitre sur les marchés publics.

C'est dans un objectif de développement que certains ont également proposé de permettre aux « Parties en développement ou à l'économie de petite taille » de soustraire aux règles de l'accord les marchés publics visant à encourager les petites et moyennes entreprises. Une telle inclusion serait, selon nous, pleinement acceptable pour chacune des Parties et on doit, encore une fois, démontrer un peu d'étonnement de voir que cette exception ne s'appliquerait uniquement aux « Parties plus petites et moins développées » et non à tous. Un peu de la même façon, mais concernant le développement ciblé de certains groupes défavorisés, certaines Parties ont proposé de soustraire à l'accord « toute mesure adoptée ou maintenue en ce qui concerne les Autochtones »¹⁰⁴.

4.2 Les exceptions spécifiques

Les Parties auront vraisemblablement la possibilité d'insérer des exceptions spécifiques dans le chapitre pertinent de la ZLÉA. Cette information n'est pas introduite dans le texte de l'avant-projet et nous devons utiliser les listes de l'*ALÉNA* et de l'*AMP* pour avoir une indication des exceptions risquant d'y être notées. À cet égard, nous avons à titre d'exemple discuté plus haut (au point 2.3) les procédures utilisées aux États-Unis. Ces procédures vont clairement à l'encontre de l'esprit des accords mais n'en violent pas la lettre car Washington a réussi à inclure celles-ci

¹⁰² ZLÉA II, *supra* note 39.

¹⁰³ On appelle aide liée l'aide publique au développement qui est accordée à un pays mais qui doit, en tout ou en partie, être utilisée pour faire des achats auprès d'entreprises du pays donateur. Il s'agit d'une pratique commune, notamment par les programmes d'aide au développement des États-Unis et du Canada.

¹⁰⁴ ZLÉA I, *supra* note 101.

dans leur liste d'exception. Cette dérogation permet à ce pays de protéger une grande partie de ses marchés publics et d'empêcher les entreprises étrangères d'y avoir accès. Nous pouvons prendre pour acquis que les pays ayant un certain potentiel d'exportation et qui participent aux négociations pour la ZLÉA chercheront à forcer les États-Unis à libéraliser leurs marchés publics et à abandonner ces pratiques.

Nous avons voulu souligner la pratique états-unienne en matière de marchés publics parce que selon nous, celle-ci sera au cœur des discussions dans le groupe de négociations sur ce sujet dans le cadre des discussions pour la ZLÉA. Voulant résister aux pressions protectionnistes internes, il est certain que les négociateurs états-unis chercheront à protéger le *Buy American Act* et le *Small Business Act* qui constituent des barrières importantes à leur marché. Il y a de fortes chances que des pays possédant un certain potentiel d'exportation tels que le Brésil, par exemple, résistent fortement à adhérer à un accord sur les marchés publics qui ouvrirait leur propre marché sans pour autant permettre à leurs produits l'accès au plus grand marché du continent. Les pays moins développés, même s'ils ne possèdent pas le même potentiel d'exportation que le Brésil, risquent de ne pas être très enthousiastes à cette idée eux non plus, d'autant plus que les États-Unis, de loin le plus industrialisé et le plus développé du continent (avec le Canada) cherchent à utiliser les marchés publics afin de favoriser... le développement de petites entreprises ou de zones moins industrialisées sur son territoire. Dans la même veine, notons que le Canada a également pris position comme quoi « La volonté américaine de modifier les dispositions des réglementations dites 'Buy American' et 'Small Business Set-Aside' (commandes réservées aux entreprises et PME américaines) sera déterminante pour le succès des négociations dans certains secteurs clés, actuellement exclus de l'ALENA »¹⁰⁵.

Concernant les exceptions spécifiques, on doit souligner une méthode utilisée dans l'AMP pour convaincre les différentes Parties de s'engager concernant certaines entités ou certains biens, services ou services de construction. Il s'agit, pour une Partie, d'inscrire une exception spécifique ne concernant qu'une seule autre Partie et qui est limitée temporellement par le maintien de cette autre Partie d'une certaine exception. Par exemple, afin de protester contre le Japon qui n'a pas inclus certains biens, services ou services de construction auxquels les États-Unis voulaient avoir accès, les notes générales de ce dernier pays précisent que les bénéfices de l'AMP accordés en matière de distribution d'électricité ne s'appliquent pas au Japon¹⁰⁶. Il existe de fortes chances pour qu'une telle formule soit également utilisée lors des négociations dans le cadre de la ZLÉA.

D'autre part, d'autres pays impliqués dans les négociations ont des politiques préférentielles à l'égard de leurs producteurs nationaux. Toutefois, si l'on en croit un

¹⁰⁵ Ministère des Affaires étrangères et du commerce international, *Zone de libre-échange des Amériques : Ébauche du chapitre sur les marchés publics – Position et propositions du Canada*, en ligne, MAECI, <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/GP-P%26P-fr.asp> (date d'accès : 11 novembre 2002).

¹⁰⁶ AMP, *supra* note 8, Appendice 1, notes générales des États-Unis, OMC, (WT/Let/330). Voir aussi à ce sujet : A. Brown et C. Pouncet, « Expanding the International Market for Public Procurement : The WTO's Agreement on Government Procurement » (1995) 1 :3 *Int'l Trade L. & Reg.* 69, aux pp. 71 et ss..

compendium sur les marchés publics réalisé par la Banque inter-américaine de développement qui explique les politiques des 34 pays impliqués dans les négociations¹⁰⁷, et s'il y a lieu de formuler un commentaire général, celui-ci concernerait le peu de programme cherchant à favoriser officiellement les entreprises nationales. De plus, lorsque de tels programmes existent, ceux-ci protègent beaucoup moins le marché national que les politiques états-uniennes.

La Bolivie, par exemple, ajoute 10 % des points dans l'évaluation des facteurs techniques et économiques aux soumissions des compagnies nationales lorsque celles-ci rencontrent les critères de qualification exigés. D'autres pays (l'Uruguay et l'Argentine, par exemple) ne donnent de préférence que lorsque la qualité ou la performance est similaire entre un produit étranger et un produit national. Le Paraguay, qui possède probablement les règles les plus protectionnistes d'Amérique latine, demande que « tous les travaux publics [soient] exécutés par des professionnels ou des compagnies paraguayens, selon les modalités de la loi. Lorsque, concernant les contrats de travaux publics, des compagnies étrangères sont requises, celles-ci doivent être associées avec des compagnies nationales, dont la participation devra être aussi grande que le permet leur capacité de production, mais ne pourra en aucun cas être inférieure à 40 % »¹⁰⁸.

Concernant les négociations, il semble que les pays d'Amérique latine n'aient pas à défendre de programmes cherchant à protéger les marchés nationaux étant donné que ceux-ci sont, malgré quelques exceptions, relativement peu nombreux. Ces pays pourront toutefois chercher à garder la possibilité de mettre éventuellement en place de tels programmes et insérer des réserves (celles-ci pourraient être spécifiques ou générales) qui ne rendraient pas, dans le futur, illégales de telles initiatives. On doit cependant se poser la question suivante : Seront-ils prêts à faire les concessions politiques nécessaires à l'inclusion de telles exceptions qui sont, pour le moment, plus ou moins utiles, sachant que de telles exceptions sont surtout utilisées par les États-Unis et, dans une moindre mesure, par le Canada ?

5 Un accord sur les marchés publics dans la ZLÉA : Trois hypothèses

Afin de formuler nos hypothèses concernant ce à quoi pourrait ressembler un accord sur les marchés publics inséré éventuellement dans la ZLÉA, nous devons élaborer de façon succincte les objectifs des joueurs ou des groupes de joueurs majeurs. N'ayant accès qu'à très peu d'information concernant les positions de chacun, cet exercice relève bien sûr en partie de la spéculation. Nous croyons toutefois que la position économique et politique des différents pays, jumelée à leur comportement historique dans ce genre de forum de négociations nous permet de méditer sur les positions défendues par eux. Trois pays/groupes de pays seront examinés, à savoir les États-Unis en tant que puissance hégémonique du groupe, le Brésil comme leader du groupe le plus apte à s'opposer à cette hégémonie états-

¹⁰⁷ Sur ce point, voir : Inter-American Development Bank, *National Legislations, Regulations and Procedures Regarding Government Procurements in the Americas*, en ligne : ZLÉA : <http://www.alca-ftaa.iabd.org/eng/gpdoc2/INTRO.htm> (mise à jour: 6 septembre 2002).

¹⁰⁸ *Ibid.*

unienne (et auquel nous pourrions ajouter des pays possédant un potentiel d'exportation important tels que l'Argentine, par exemple) et le groupe des économies de petite taille, représentant l'ensemble des pays et considérant que les positions défendues par ces pays sont évidemment loin d'être homogènes.

À cause de leur fort potentiel d'exportation, les États-Unis chercheront vraisemblablement à libéraliser de façon maximale les marchés publics de leurs partenaires américains. C'est d'ailleurs ce qui transcende du court document rendu public concernant leur position dans le groupe de négociation sur les marchés publics¹⁰⁹. Ce document fait mention de la volonté états-unienne d'en arriver à un accord consacrant notamment la transparence et la non discrimination et incluant un mécanisme de contestation des appels d'offres. Il est toutefois pertinent de rappeler les exceptions fortement protectionnistes inscrites par ce pays à l'intérieur de l'ALÉNA et de l'AMP concernant le *Small Business Act*¹¹⁰. Ces exceptions répondent à une dynamique politique interne qui n'a, de toute évidence, pas été modifiée depuis la signature de ces derniers accords. Ainsi, tout porte à croire que les négociateurs états-uniens chercheront à préserver cette possibilité de protéger les petites entreprises de leur pays lors de la passation de marchés publics par leurs entités. La question demeure à savoir où serait la priorité de ces négociateurs si ceux-ci, dans un contexte de négociations féroces, étaient forcés à faire un choix entre l'ouverture des marchés publics des autres partenaires américains et la protection des petites entreprises états-uniennes par le biais du *Small Business Act*. Un mot sur le partenaire principal des États-Unis, le Canada. Comme son voisin du sud, ce pays cherche un accord qui permettra à ses fournisseurs nationaux d'avoir accès aux marchés publics des autres pays américains. Sa position ne diffère donc pas beaucoup de celle exprimée par les États-Unis, à l'exception de la note dont nous faisons mention plus haut et qui concerne la politique états-unienne¹¹¹.

Dans le cas du Brésil, il faut rappeler que ce pays a un système de passation des marchés relativement ouvert¹¹². La conformité à des règles libérales et consacrant la transparence et la non discrimination telles que celles existant dans l'ALÉNA ou dans l'AMP ne demanderait probablement pas beaucoup d'efforts aux entités brésiliennes. Cette relative libéralisation des marchés publics déjà réalisée par ce pays lui enlève cependant certains atouts dans un contexte de négociation, dans la mesure où il n'a que peu de choses à concéder. Ceci dit, l'objectif principal du Brésil doit probablement être la libéralisation des marchés publics de ses principaux partenaires commerciaux en Amérique du Sud et l'abandon des protections accordées aux petites entreprises états-uniennes en vertu du *Small Business Act*. Une question demeure, dans le contexte d'une négociation en bloc pour le Mercosur. Le Paraguay et l'Uruguay ont des procédures de passation des marchés relativement plus protectionnistes que celles utilisées par le Brésil¹¹³. Il serait intéressant de voir quelle sera la position de ce groupe et de voir, dans son cas, où serait placée la priorité dans

¹⁰⁹ USTR, *FTAA Negotiations Group on Government Procurement : Public Summary of U.S. Position*, en ligne : <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/gov.pdf>, (date d'accès : 22 juillet 2002).

¹¹⁰ Voir *Supra* partie 2.3.

¹¹¹ *Supra*, partie 4.2.

¹¹² CEPAL, *supra* note 60.

¹¹³ Inter-American Development Bank, *supra* note 107.

l'opposition entre la protection des procédures uruguayennes et paraguayennes et le désir brésilien d'une plus grande libéralisation des marchés publics américains.

En dernier lieu, au sujet des pays à économie de petite taille, il y a lieu de répéter l'avertissement selon lequel les positions exprimées par ceux-ci risquent d'être hétéroclites voire divergentes. Nous pouvons quand même nous risquer à souligner quatre points qui risquent d'être pris en considération par au moins une partie de ce groupe disparate. 1) Il y a de grandes chances que certains de ces pays cherchent à protéger leur administration publique face aux exigences de transparence et de non discrimination d'un accord sur les marchés publics. Certaines des administrations publiques de ces pays manquent fortement de ressources pour atteindre le niveau d'efficacité atteint par celles de pays comme le Canada, par exemple. Pourtant, l'expérience du TCCE nous montre que même un pays comme le Canada possédant une fonction publique hautement professionnelle, peut avoir beaucoup de difficulté à atteindre les objectifs d'un tel accord. En d'autres mots, comment peut-on imaginer que les fonctionnaires haïtiens, considérant leur nombre et les ressources qui leur sont allouées, puissent respecter des règles que même les fonctionnaires canadiens sont parfois incapables d'honorer ? Si on ajoute la corruption (qui afflige plusieurs administrations publiques en Amérique latine) à cette dimension, on comprend jusqu'à quel point il sera difficile pour certains pays de mettre en place et de respecter de tels accords. 2) La possibilité de mettre en place des programmes tels que la *Small Business Act* dans l'annexe consacrant les exceptions spécifiques demeure. Toutefois, afin de profiter de ce type d'exceptions, les pays devront mettre sur pied des programmes suffisamment clairs et détaillés et les mettre en application de façon conforme aux différents textes législatifs ou réglementaires leur donnant force légale. Or, si même la première étape (la création de programmes) risque d'être difficile à réaliser pour une administration publique manquant d'expérience, sa réalisation effective risque de représenter toute une aventure pour certaines entités. 3) Les pays voudront probablement garder la possibilité de protéger certaines parties de leur économie. Ils voudront ainsi sûrement, non seulement préserver les programmes actuels (lorsque ceux-ci existent) mais aussi maintenir l'opportunité de mettre éventuellement en place de nouveaux programmes. 4) Même s'ils ne possèdent souvent qu'un potentiel d'exportation limité, il est fort à parier que les pays à économie de petite taille aimeraient, eux aussi, voir les États-Unis abandonner leurs mesures protectionnistes. Comment ces pays pourraient-ils en effet expliquer à leurs nationaux la libéralisation de leurs propres marchés publics nationaux aux entreprises (notamment) états-uniennes alors que les marchés publics états-uniens préservent un degré de protectionnisme élevé?

Les objectifs de ces trois pays/groupes de pays grossièrement expliqués, nous allons élaborer trois hypothèses concernant ce à quoi pourrait ressembler un accord sur les marchés publics incorporé dans la ZLÉA.

5.1 Hypothèse libérale

La première hypothèse est celle où les négociateurs en arriveraient à un accord égalant ou surpassant, sur le plan de la libéralisation, le chapitre 10 de l'*ALÉNA* et l'*AMP*. Un tel accord comprendrait des normes concernant la transparence et la non

discrimination, forcerait les entités à utiliser des appels d'offres ouverts dans la grande majorité des situations et contraindrait les Parties à mettre en place un organe de contestation des offres. Un tel accord ne comprendrait pas de régime dérogatoire pour les pays à économie de petite taille, ou encore en contiendrait un mais celui-ci ne comprendrait que peu de mesures et ne serait en vigueur que sur une courte période de temps. Trois questions demeurent toutefois en suspens en relation avec cette hypothèse.

D'abord, il y a lieu de se questionner sur l'ampleur des exceptions spécifiques qui seraient intégrées. Concrètement, les pays d'Amérique latine et le Canada sauront-ils forcer les États-Unis à abandonner le *Small Business Act* ? Et ce premier groupe de pays sera-t-il capable de préserver certaines exceptions pour ses propres entreprises et secteurs émergents ? À l'intérieur de cette hypothèse, demeure le risque que les négociateurs états-uniens réussissent à restreindre le nombre d'exceptions spécifiques accordées aux autres partenaires de la Zone, mais parviennent du même coup à insérer une exception leur permettant de protéger le *Small Business Act*.

La deuxième question réfère à l'introduction des entités des gouvernements provinciaux, étatiques et municipaux. Sur ce point, la situation constitutionnelle de certains pays (dont le Canada) peut rendre difficile une telle insertion. Dans le cas des États-Unis, par contre, l'assurance qu'une partie au moins des entités des États vont effectuer leurs achats conformément aux règles de l'accord pourrait être une façon de convaincre les autres partenaires au sujet de l'exception du *Small Business Act*.

Troisièmement, il existe de fortes chances que, quel que soit le degré de libéralisme d'un tel accord, un comité d'aide technique (ou une aide technique sous une autre forme) soit mis en place pour aider les pays à économie de petite taille à s'adapter à de telles règles. Cette assistance serait bien sûr à l'avantage des fournisseurs des pays potentiellement exportateurs (comme le Canada, les États-Unis ou le Brésil, par exemple) qui verraient, grâce à lui, le niveau de transparence et de prévisibilité augmenter lors de la passation de marchés publics dans les pays aidés. Une question demeure toutefois face à ce comité. Si celui-ci encouragera forcément les pays à mettre en place des procédures libérales, ira-t-il jusqu'à assister les entreprises de ces pays qui veulent exporter leurs marchandises ou leurs services et qui aimeraient avoir accès aux marchés publics des autres pays ? Si les entreprises états-uniennes, canadiennes et mexicaines ont, grâce à l'*ALÉNA*, eu l'occasion de prendre de l'expérience et sont maintenant bien à l'aise avec ce type de commerce, qu'en sera-t-il, par exemple, des entreprises salvadoriennes cherchant à profiter de l'ouverture des marchés publics du Guatemala, pays voisin ?

S'il n'est pas totalement exclu que cette hypothèse se réalise, il est probable que certains pays d'Amérique latine et des Caraïbes ne se sentent (à tort ou à raison) pas prêts à prendre ce type d'engagements. D'autant plus qu'il serait surprenant que les États-Unis abandonnent le *Small Business Act* et que ce refus risque d'entacher leur crédibilité et leur capacité à libéraliser les marchés publics des autres partenaires de la ZLÉA.

5.2 Hypothèse protectionniste

Cette hypothèse pourrait prendre deux formes. On pourrait assister à la mise en place d'un accord plurilatéral, comme à l'OMC, que certains pays seulement intégreraient. Il existerait deux désavantages à ce type d'accord pour les pays non adhérents. Premièrement, à partir du moment où la conjoncture des négociations montrerait qu'on se dirige vers ce type d'accord, les pays réfractaires se verraient isolés et n'auraient plus aucune crédibilité dans les négociations. Leur point de vue ne serait ainsi nullement pris en considération lors de l'écriture finale du texte et, advenant le cas où ils changeraient éventuellement d'idée et voudraient adhérer à l'accord, ils n'auraient d'autre choix que d'accepter les normes déjà existantes. Deuxièmement, il est loin d'être certain que le Président américain persisterait à accorder aux pays non adhérents à cet accord les bénéfices de l'Initiative du Bassin des Caraïbes. Cette Initiative, rappelons-le¹¹⁴, permet à certains pays de jouir de mêmes avantages que les pays avec qui Washington a un accord de libre-échange.

La seconde forme que pourrait prendre cette hypothèse consiste en un accord sur les marchés publics où les seules obligations qu'auraient les pays en développement et/ou ceux à économie de petite taille seraient celles reliées à la transparence. Concrètement, ceux-ci s'engageraient à publier leurs politiques (quelles soient protectionnistes ou pas) et à mettre sur pied un mécanisme de contestation des offres qui pourrait être utilisé lorsqu'un marché n'aurait pas été passé conformément aux règles publiées. Cette option aurait le double avantage de permettre aux pays en développement de préserver la possibilité d'utiliser les marchés publics pour avantager certains secteurs ou certaines régions tout en servant d'arme efficace contre la corruption lors des achats publics. Une proposition va d'ailleurs dans ce sens dans le deuxième avant-projet d'accord. Certaines Parties désirent en effet que :

[Les Parties à l'économie de petite taille] [Les Parties dont le niveau de développement le justifiera, en particulier les Parties à l'économie de petite taille] conserveront le droit d'utiliser toutes les méthodes de passation des marchés (c'est-à-dire les procédures ouvertes, sélectives et limitées), à condition de les appliquer de manière transparente.]¹¹⁵

Si une telle disposition est adoptée, les pays de l'ALÉNA feront sûrement ajouter une exception concernant les accords conclus dans les zones sous-hémisphériques. Une telle exception empêcherait les pays Parties à la ZLÉA mais non à l'ALÉNA de profiter du traitement libéral qu'offre ce dernier accord grâce au traitement de la nation la plus favorisée inclus dans la ALÉNA.

5.3 Hypothèse médiane

Dans l'hypothèse médiane, on doit accepter l'idée qu'un accord relativement libéral sera conclu mais que celui-ci comprendra plusieurs mesures d'exception en faveur des pays à économie de petite taille.

On doit d'abord imaginer que cet accord contiendra une période de transition pour les pays à économie de petite taille. Cette période pourrait prendre deux formes.

¹¹⁴ Voir *supra* partie 2.3.

¹¹⁵ ZLÉA II, *supra* note 39.

La première serait une période de transition absolue, c'est-à-dire que l'accord (ou certaines parties de l'accord) ne s'appliquerait d'aucune façon pour un certain nombre d'années. La seconde forme serait une période de transition progressive, où le régime d'exception serait de moins en moins important d'année en année. Dans cette période, on pourrait permettre aux pays de passer un certain pourcentage de leurs marchés publics sans respecter les règles de l'accord.

Il est également possible que certains pays puissent utiliser des opérations de compensation (qui servent à promouvoir le développement local ou à protéger la balance des paiements, voir *supra* partie 2.4). Dans ce cas, la question sera de savoir quels seront les pays qui pourront se prévaloir de cette option. Tout porte à croire que seuls les pays à économie de petite taille pourront le faire. Cependant, certains pays beaucoup plus forts économiquement pourraient être aussi tentés d'utiliser ce moyen afin de favoriser le développement de certaines de leurs régions sous-développées. Le meilleur exemple demeure sûrement le Brésil dont certaines régions (le Nord-Est, par exemple) sont parmi les moins développées du continent. Il est possible qu'on utilise la formule de l'AMP¹¹⁶ et qu'on n'accorde le droit aux pays de négocier des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation uniquement au moment de son accession à l'accord. De cette façon, on n'accorderait probablement à ces pays le droit de ne protéger que des programmes bien précis, qui n'existent peut-être pas encore et qui seront, pour certaines petites administrations publiques, difficiles à mettre en œuvre rapidement. De toute évidence, ces opérations de compensation devront être utilisées par le biais de programmes bien définis. C'est, du moins, ce que laisse voir l'article pertinent du deuxième projet d'accord pour la ZLÉA où on confirme que : « 2. Les pays en développement et les pays à économie de petite taille pourront appliquer des conditions compensatoires, à la condition qu'elles soient objectives, clairement définies et non discriminatoires,] [et seulement aux fins de qualification et non comme critères de l'adjudication des marchés.]] »¹¹⁷

Certains pays voudront également sûrement obtenir la possibilité d'offrir certaines préférences nationales à leurs fournisseurs nationaux. Ces préférences pourraient, par exemple, être de 10 %, c'est-à-dire que le prix des fournisseurs étrangers pourrait être gonflé de ce pourcentage lors de l'évaluation finale.

Une fois de plus, une initiative de l'AMP pourrait être reprise afin de laisser une plus grande souplesse aux pays en développement au moment de la modification de leurs listes d'engagement. En effet, cet Accord prévoit que :

Après l'entrée en vigueur du présent accord, un pays en développement qui y est Partie pourra modifier ses listes d'entités et de services visés conformément aux dispositions du paragraphe 6 de l'article XXIV relatives à la modification desdites listes, eu égard aux besoins de son développement, de ses finances et de son commerce, ou demander au Comité des marchés publics (ci-après dénommé le "Comité") de consentir à des exceptions aux règles du traitement national en ce qui concerne certaines entités ou certains produits ou services repris dans ses listes d'entités et de services visés, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas et compte dûment tenu des dispositions des alinéas 1 a) à 1 c). Après l'entrée en vigueur du présent accord, un pays en

¹¹⁶ AMP, *supra* note 8, art. XVI (2).

¹¹⁷ ZLÉA II, *supra* note 39 [nos italiques].

développement qui y est Partie pourra également demander au Comité de consentir à des exceptions en ce qui concerne certaines entités ou certains produits ou services repris dans ses listes d'entités et de services visés, en raison de sa participation à des arrangements régionaux ou mondiaux entre pays en développement, eu égard aux circonstances particulières de chaque cas et compte dûment tenu des dispositions de l'alinéa 1 d). Toute demande adressée au Comité par un pays en développement Partie à l'Accord au sujet de la modification d'une liste sera accompagnée d'une documentation pertinente et de tout renseignement qui pourra être nécessaire pour l'examen de la question¹¹⁸.

Cet article demande quelques explications ainsi que certains rappels. D'une part, l'article XXIV (6) dont parle la première phrase décrit les conditions dans lesquelles les modifications de listes devront se faire¹¹⁹. Rappelons que ces modifications pourront faire face à certaines objections de la part de certaines autres Parties qui pourront se voir accorder des ajustements compensatoires si ces modifications leurs est nuisible¹²⁰. Ensuite, le paragraphe 1 cité mentionne que les pays en développement se verront octroyés certains avantages :

considérant la nécessité où ils se trouvent :

- a) de sauvegarder leur balance des paiements et de s'assurer un volume de réserves suffisant pour la réalisation de programmes de développement économique;
- b) de promouvoir la création ou le développement de branches de production nationales, y compris le développement de petites industries et d'industries artisanales dans les zones rurales ou retardées, ainsi que le développement économique d'autres secteurs de l'économie;
- c) d'apporter un soutien aux établissements industriels aussi longtemps qu'ils dépendront entièrement ou substantiellement des marchés publics; et
- d) d'encourager leur développement économique au moyen d'arrangements régionaux ou mondiaux entre pays en développement, qui auront été présentés à la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après dénommée l'"OMC") et qu'elle n'aura pas désapprouvés¹²¹.

Un point essentiel à soulever concernant les exceptions que pourront utiliser les pays en développement concerne les exigences qu'ils devront remplir afin de prouver qu'une mesure est bien prise à cause des « circonstances particulières » illustrées dans le paragraphe 1 de l'article V. Risqueront-ils de devoir se justifier à chaque fois devant l'organe de règlement des différends où ils devront établir le lien causal entre ces circonstances et la mesure en question ? Même si la formulation sera probablement différente sur la forme, ce risque demeure dans la ZLÉA.

La dernière interrogation concernant l'hypothèse médiane se rapporte, une fois de plus, à l'opportunité de voir les États-Unis abandonner leurs mesures protectionnistes, et particulièrement le *Small Business Act*. Or, dans un scénario où la logique de la libéralisation n'est pas poussée à son maximum à cause de la volonté de certains pays d'utiliser les marchés publics à des fins de développement, il nous

¹¹⁸ AMP, *supra* note 8, art. V (5) [nos italiques].

¹¹⁹ Voir *supra* partie 2.1.1

¹²⁰ AMP, *supra* note 8, art. XXIV (6) b).

¹²¹ *Ibid.*, art. V (1).

semble peu probable que les négociateurs désignés par Washington cèdent sur cette question.

6. Conclusion

Les accords sur les marchés publics comportent un aspect positif que personne ne pourrait contester. Ils aident à combattre la corruption. En obligeant les différentes entités des administrations publiques à suivre des procédures s'appuyant sur des règles de transparence pour faire leurs achats, on évite les situations où celles-ci achètent à gros prix leurs biens et services de la compagnie appartenant au beau-frère du Ministre. Personne n'imagine que de tels comportements soient favorables pour le développement d'un pays et s'attaquer à ce genre de pratique demeure l'objectif central des accords sur les marchés publics.

Ceci dit, comme plusieurs autres accords de commerce internationaux, les accords sur les marchés publics consacrent la prédominance du droit de commercer sur les autres droits, dans ce cas-ci, sur le droit au développement principalement. Les États occidentaux (dont le Canada et les États-Unis) ont, depuis plusieurs années, utilisé les marchés publics afin de développer certains secteurs de leurs économies, afin de favoriser les intérêts de leur bourgeoisie nationale et afin de forcer les compagnies à adopter certains comportements sociaux dans leurs activités économiques. Or, afin de permettre à leurs secteurs exportateurs d'avoir accès aux marchés publics des pays en développement, ces deux pays cherchent actuellement à empêcher les pays en développement des Amériques d'utiliser ce processus afin de développer certains secteurs ou certaines régions ou afin de forcer les entreprises à adopter certaines pratiques sociales. Plus encore, un questionnement important relativement à ces négociations concerne la résistance des États-Unis à abandonner certaines de ces pratiques, à savoir l'utilisation du *Small Business Act* qui a des effets protectionnistes importants. Ainsi, alors qu'ils cherchent à libéraliser les marchés publics de leurs partenaires, les États-Unis font partie du groupe de pays protégeant le plus ses marchés publics en Amérique. Le paradoxe atteint son sommet lorsqu'on se rend compte qu'une partie du *Small Business Act* vise à promouvoir le développement de zone sous-industrialisées (les *HUBzone*) qui sont, dans tous les cas, beaucoup plus développées et industrialisées que la grande majorité des régions et des pays du reste du continent. De plus, l'utilisation de ce genre de programmes par les États-Unis montre que ceux-ci comprennent que le libre-marché ne peut, seul, assurer le développement économique et que la main invisible a parfois besoin d'un coup de pouce de la part de l'État. Or, c'est justement à ce genre de coup de pouce que les accords sur les marchés publics s'attaquent. Avec eux, seuls les considérations économiques doivent être prises en considération lors de l'achat d'une marchandise et on ne peut faire de discrimination pour des objectifs sociaux ou développementalistes, par exemple.

D'un point de vue développementaliste, l'objectif principal d'un accord sur les marchés publics devrait être la lutte contre la corruption et l'accent devrait être mis sur la transparence lors de la passation des marchés. Au sujet de la libéralisation des marchés, la lutte principale se situe au niveau de la relation antagonique entre deux objectifs : la défense des intérêts de la bourgeoisie des pays ayant un fort potentiel

d'importation (ce qui suppose la libéralisation des marchés) versus l'utilisation des achats des administrations publiques à des fins développementalistes. Or, si les deux pôles de cette confrontation s'affrontent au moment des négociations internationales ou, pour être plus clair, inter-étatiques (c'est principalement sur cet aspect que le présent cahier de recherche s'est penché), il ne faudrait pas oublier qu'elles s'opposent également sur le plan national à l'intérieur des pays possédant un potentiel d'exportation. En effet, des pays tels que le Brésil ou l'Argentine, par exemple, ont certaines parties de leur bourgeoisie qui pourraient bénéficier de la libéralisation des marchés publics des autres partenaires impliqués dans les négociations commerciales. Néanmoins, ces pays auraient aussi intérêt à préserver une marge de manœuvre au moment des achats publics afin d'utiliser ceux-ci à des fins de développement régional ou national puisque certaines de leurs régions souffrent encore de mal-développement. Même si cette dynamique intra-étatique a été évacuée de cette recherche, elle représente cependant un aspect extrêmement important dans les négociations concernant les marchés publics dans la ZLÉA.