

Le monde du commerce international

Jean-François Lord*

RÉSUMÉ	85
INTRODUCTION.	87
1. LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE	88
2. LES MODES D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE	89
2.1 La zone de libre-échange	89
2.2 L'union douanière.	91
2.3 Le marché commun, l'union économique et le fédéralisme	92
3. L'INTÉGRATION DANS UN CONTEXTE MULTILATÉRAL : L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC).	93
3.1 Les principes qui inspirent le commerce international	93
3.1.1 La règle du traitement de la nation la plus favorisée (NPF)	93
3.1.2 La règle du traitement national	94

* Avocat au ministère de la Justice du Québec, Direction générale des affaires juridiques et législatives. Le présent texte reflète les opinions de l'auteur seulement et n'engage en rien le ministère de la Justice.

3.2	La libéralisation progressive du commerce par voie de négociation	95
3.3	Les règles d'origine	96
3.3.1	Les conditions d'admissibilité d'un produit comme produit originaire	97
3.3.2	Le système harmonisé de classement tarifaire	98
3.4	Le règlement des différends de l'OMC	100
4.	LA RÉCEPTION DES ACCORDS DE COMMERCE PAR LES TRIBUNAUX.	105
	CONCLUSION	114
	Annexe : Accords de libre-échange conclus par le Canada	116

RÉSUMÉ

L'accroissement des rapports de l'État avec l'étranger, notamment en matière de commerce, amène une internationalisation de notre pratique du droit, car le cadre juridique régissant les mouvements de biens, de services, de capitaux et de personnes, d'une portée essentiellement internationale, influence aujourd'hui plusieurs de nos sphères d'activités à l'interne : législation, conseil, représentation devant les tribunaux.

Cette influence découle d'abord d'une volonté affirmée sur la scène internationale de procéder, à divers degrés, à une intégration économique, que ce soit par l'établissement de zones de libre-échange, d'unions douanières, de marchés communs, d'union économique ou par le fédéralisme.

Au Canada, bien que de multiples engagements bilatéraux mettent de l'avant le libre-échange, la pièce maîtresse en cette matière reste l'ALÉNA. Un coup d'œil sur ses fondements et son fonctionnement permet de constater comment cet instrument a permis de stimuler l'économie nord-américaine depuis plus de 15 ans. Parallèlement, la venue de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en 1995, suivant de très près l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, a instauré un régime multilatéral sans précédent visant à réguler le commerce mondial, de façon à lui procurer des règles claires, sécuritaires et prévisibles.

C'est ainsi que l'équité et la non-discrimination ont été consacrées dans les règles dites du « traitement de la nation la plus favorisée » et du « traitement national », bien que celles-ci figuraient déjà dans le GATT de 1947. Ces deux règles de base sont complétées par les règles d'origine et les conditions d'admissibilité d'un produit pour qu'il puisse être considéré comme étant un « produit originaire », une autre notion incontournable pour comprendre la mécanique qui gouverne le commerce international. Enfin, sans un moyen de régler les différends, cet ensemble de règles commerciales ne serait d'aucune utilité puisque rien n'en assurerait l'application. Le mécanisme

de règlement des différends de l'OMC permet ainsi de rendre le système commercial plus sûr et plus prévisible, en établissant une discipline rigoureuse, mais en permettant, en même temps, une certaine souplesse pour passer à travers chacune des étapes de la procédure.

Hormis la gestion des différends au sein de l'OMC, les tribunaux québécois et canadiens ont été amenés à se pencher sur la réception des accords de commerce en droit interne, qui met en cause la pratique de type dualiste qu'entretiennent le Canada et les provinces au regard des relations entre le droit interne et le droit international. À cet égard, la méthode d'intégration utilisée dans la législation de mise en œuvre des accords de commerce (qu'elle soit complète, partielle ou par transposition) devient déterminante, pour l'État comme pour le citoyen, lorsque le tribunal a la possibilité de fonder ses décisions sur ces instruments.

« Le monde n'est plus le "dehors" de notre vie domestique : il a fait effraction dans le quotidien de nos vies, il y a introduit de nouveaux risques, de nouvelles formes de concurrence, de nouveaux défis, de nouvelles peurs. Les arrangements sociaux et politiques de nos sociétés ont été bousculés. Il nous a placés devant un défi que le XXI^e siècle aura à charge de relever : inventer une vie politique mondiale, à la fois démocratique et à la hauteur d'enjeux qui sont désormais d'envergure planétaire. »

Pascal Lamy

INTRODUCTION

C'est ainsi que Pascal Lamy amorce, en 2004, son essai intitulé « La démocratie-monde : Pour une autre gouvernance globale ». Cet ouvrage est paru quelques mois seulement avant sa nomination, le 1^{er} septembre 2005, à titre de directeur général de l'une des plus prestigieuses institutions internationales, l'Organisation mondiale du commerce. La portée de cette affirmation exprime bien l'idée de « mondialisation », dont l'expression est parfois galvaudée. Pour nous, elle signifie que notre contexte collectif de travail ne se mesure plus seulement par des références locales : notre pratique s'internationalise de plus en plus. À titre de juristes de l'État, nous sommes tout particulièrement interpellés par cet appel à composer avec des enjeux d'envergure planétaire. Ainsi, la façon dont nous rendons nos conseils juridiques, dont nous élaborons la législation et la réglementation, dont nous développons nos plaidoiries, est et doit désormais être empreinte d'une prise en compte du fait que le Québec d'aujourd'hui n'agit plus à l'intérieur d'un cadre isolé du reste du monde.

Dans le domaine du commerce international, on assiste depuis la fin des années 1950 à une multiplication des zones de libre-échange et des unions douanières. Pour le Canada seulement, outre son implication dans la conclusion, le 15 avril 1994, de l'*Accord*

de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, sa volonté d'accroître les échanges commerciaux l'ont conduit à conclure au moins une dizaine d'accords de libre-échange supplémentaires (voir la liste en annexe 1).

À ces accords, il nous faut aussi ajouter la douzaine de chantiers de négociation en cours, seulement en matière de libre-échange. Le chantier le plus notoire actuellement reste sans doute celui de l'ambitieuse négociation d'un accord de libre-échange avec l'Union européenne, dont les résultats sont attendus pour 2012. S'y ajoutent les initiatives de négociation à l'intérieur de la zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA), celles avec Singapour, l'Inde, le Japon, le Groupe des quatre de l'Amérique centrale (C-4), la République dominicaine, le Marché commun des Caraïbes (CARICOM), les pays andins, la Corée, le Maroc, l'Ukraine et la Turquie¹.

1. LA LIBÉRALISATION DU COMMERCE

Le premier effet de la libéralisation des échanges est d'accroître la concurrence à l'intérieur même des États. Elle permet en effet l'introduction sur le marché interne de produits qui viennent concurrencer, du point de vue de la qualité, de la nouveauté ou des prix, les produits fabriqués localement. Il importe de souligner que le seul fait d'éliminer les entraves existantes à l'entrée des produits étrangers, en dehors de tout mouvement de bien en tant que tel, accentue déjà la concurrence et force les producteurs locaux à envisager des ajustements.

Mais la libéralisation des échanges n'entraîne pas que des réactions défensives. En effet, pour de nouveaux producteurs, elle signifie aussi la possibilité d'introduire, sur le marché international, des produits qu'ils considèrent suffisamment compétitifs et intéressants pour attirer l'attention d'une clientèle étrangère. Dans le climat de concurrence qui caractérise le marché mondial, les entreprises sont amenées à rechercher de nouvelles positions de force qui leur permettent de faire face adéquatement à la concurrence, même si les moyens pour y parvenir ne sont pas si abondants. Pour maintenir leurs parts

1. Source : ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/index.aspx?lang=fra>> (date de consultation : 2011-01-06). D'autres accords ou initiatives clés sont aussi à signaler, dont les 35 accords de promotion et de protection des investissements étrangers, ainsi que d'autres accords sectoriels, tels que ceux conclus en matière de marchés publics ou de commerce du bois d'œuvre par le Canada et les États-Unis.

de marché, et encore davantage pour les accroître, ces entreprises doivent s'adapter constamment à la concurrence, s'orienter vers de nouveaux domaines de production et peut-être abandonner certaines productions pour se spécialiser davantage.

2. LES MODES D'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE

Le besoin, pour les producteurs d'un pays, d'avoir accès aux marchés étrangers, l'augmentation du degré d'activité économique sur leur territoire et le désir de maintenir une balance commerciale positive restent sans doute les principales motivations pour les États de procéder à une intégration économique avec un autre État, au moyen d'un accord bilatéral, ou avec un groupe d'États, à l'intérieur d'un accord multilatéral.

Cette intégration économique peut s'effectuer à divers degrés. Nous présentons ici quelques exemples d'intégration économique, dont l'ordre est établi en fonction du degré d'intégration atteint par chacun, du plus faible au plus important.

2.1 La zone de libre-échange

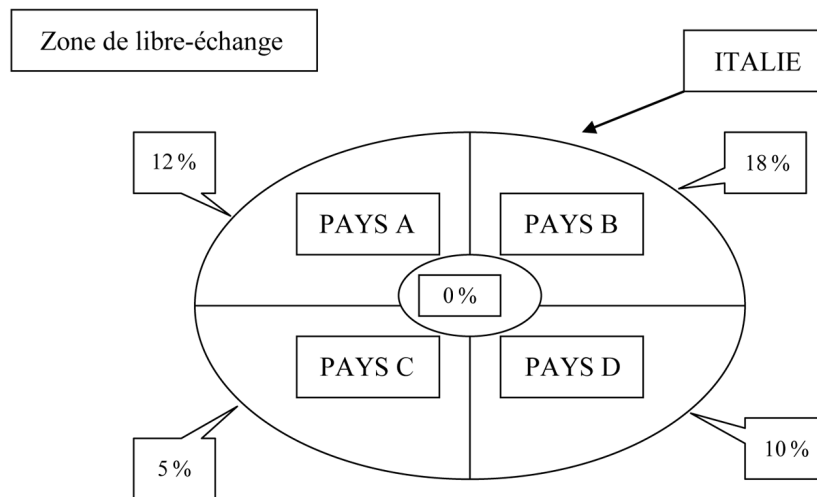
En établissant une zone de libre-échange, les États ont comme principal objectif que les produits puissent traverser les frontières libres de charges douanières lorsqu'ils circulent à l'intérieur de la zone. Si on prend l'exemple de la zone ALÉNA, un produit du Canada peut ainsi être expédié aux États-Unis ou au Mexique sans que ne soient imposés des droits de douanes à la frontière américaine ou à la frontière mexicaine.

Toutefois, les pays signataires d'un accord établissant une zone de libre-échange conservent chacun leur propre grille tarifaire par rapport à l'importation de produits en provenance de l'extérieur de la zone. Cela signifie, par exemple, que, si le Canada importe des bottes en cuir d'origine italienne, un tarif de douane sera perçu lors de l'importation de ces bottes au Canada, que celles-ci arrivent à Montréal directement en provenance d'Italie ou qu'elles aient transité par le port de New York, car la provenance véritable du produit (Italie) se situe en dehors de la zone de libre-échange.

Continuons avec cet exemple. À l'importation de ces bottes dans une zone de libre-échange hypothétique dont l'Italie n'est pas membre, un pays A peut imposer un tarif douanier de 12 % sur ce produit, mais un pays B peut prévoir pour celui-ci un tarif douanier d'importation de 18 %. Un pays C peut, de son côté, avoir fixé un tarif de 5 % et un pays D, un tarif de 10 %. Ces taux seront perçus par chacun des pays faisant partie de cette zone de libre-échange, dès que l'un d'entre eux procédera à l'importation de bottes de cuir en provenance d'Italie.

Donc, pour éviter que les exportateurs italiens d'un tel produit le fassent entrer dans la zone uniquement par le pays qui demande le plus bas tarif douanier (n'oublions pas que chaque pays détermine souverainement le tarif applicable à un produit donné), pour ensuite profiter de la règle de la libre-circulation des produits à l'intérieur de la zone, les pays signataires d'un accord de libre-échange prévoient des règles d'origine.

Figure 1



La détermination de l'origine d'un produit constitue donc la question clé, l'élément fondamental qui permettra aux autorités douanières de déterminer quel traitement doit s'appliquer lors de l'importation du produit. Autrement dit, si le produit provient de l'un des pays de la zone, il peut entrer en franchise (aucun tarif perçu), mais, si ce n'est pas le cas, alors c'est le tarif extérieur qui doit être perçu. Nous verrons plus loin comment fonctionnent les règles

d'origine (section 3.3), mais, au départ, en fonction de ces règles, seuls les produits qui sont cultivés, fabriqués, ou produits sur le territoire du pays signataire, ou qui ont un lien substantiel avec celui-ci, pourront circuler librement à l'intérieur de la zone. Dans les autres cas, les exportateurs auront intérêt, soit à faire entrer le produit directement dans le pays auquel il est destiné, pour ne payer qu'une seule fois le tarif douanier applicable, soit à recourir à la règle de la liberté de transit², de façon à ce que l'État par lequel le bien ne fait que transiter ne perçoive pas de tarif douanier puisque le produit est immédiatement – ou dans de courts délais – destiné à être réexporté.

2.2 L'union douanière

L'union douanière comporte essentiellement tous les attributs de la zone de libre-échange, à laquelle s'ajoute l'uniformisation de la gestion des douanes pour tous les pays membres. Ainsi, dans l'exemple utilisé précédemment, peu importe quel serait le point d'entrée choisi par l'exportateur, ce dernier devrait en principe verser un tarif douanier de 11,25 %, correspondant à la moyenne des tarifs auparavant appliqués par chacun des membres de l'union douanière ($(12 + 18 + 5 + 10) / 4$), pour y importer son produit (les bottes en cuir). À noter qu'une fois admis à l'intérieur de l'union douanière, le produit pourra y circuler librement, puisqu'il y a mise en commun des recettes perçues à la frontière de l'union entre ses membres. Les produits issus des territoires des membres de l'union douanière et ceux qui y sont admis via l'un des points d'entrée peuvent donc y circuler sans entrave tarifaire.

On comprendra que le principal intérêt de l'union douanière réside dans la mise en commun de ressources administratives et financières relativement à la gestion des douanes. À cela s'ajoute l'établissement d'une politique commerciale commune comme volet externe de l'union douanière ; la communauté d'États parle alors d'une seule voix sur le plan international³. Parmi les principales unions douanières, on dénombre le MERCOSUR⁴, la Communauté

-
2. La liberté de transit est prévue à l'article V du GATT. Celui-ci garantit la liberté de transit à travers le territoire des membres de l'Organisation mondiale du commerce pour le trafic en transit à destination ou en provenance du territoire d'autres membres empruntant les voies les plus commodes pour le transit international. Les marchandises en transit sur le territoire d'un membre n'entrent pas sur le marché de ce membre ; elles ne sont pas « importées ».
 3. <http://europa.eu/scadplus/glossary/customs_union_fr.htm> (date de consultation : 2011-01-06).
 4. Le MERCOSUR désigne la communauté économique des pays de l'Amérique du Sud, née le 26 mars 1991, et regroupant à titre de membres permanents le Brésil,

d'Afrique de l'Est, la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale, l'Union douanière d'Afrique australe, les Territoires palestiniens (1994), la Suisse-Liechtenstein (1924) et la Russie-Biélorussie-Kazakhstan (2010).

2.3 Le marché commun, l'union économique et le fédéralisme

Progressant de plus en plus profondément dans l'intégration économique, le marché commun est un mode d'intégration qui va plus loin que l'union douanière. À l'image d'une poupée russe, le marché commun détient les mêmes caractéristiques que l'union douanière, auxquelles s'ajoutent le libre passage des personnes et des travailleurs, le mouvement des capitaux et le libre commerce des services.

Le Marché commun centraméricain regroupe, depuis 1960, cinq pays d'Amérique centrale : le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua. On compte aussi six pétromonarchies du Golfe Persique, qui ont ouvert un marché commun en 1981 : l'Arabie saoudite, Oman, Koweït, Bahreïn, Émirats arabes unis et le Qatar.

Après le marché commun, l'étape suivante du cheminement vers l'intégration économique nous amène à l'union économique. À ce stade, on ajoute aux attributs du marché commun l'établissement d'une monnaie commune et d'une politique fiscale coordonnée. Bien souvent, lorsque l'on parle d'union économique, l'intégration devient à ce point forte qu'on tend naturellement aussi vers l'intégration politique, jusqu'à culminer vers le mode le plus intégré, celui du fédéralisme.

En théorie, la zone de libre-échange et l'union douanière ne couvrent que le commerce des biens. Dans un certain nombre d'accords de commerce, toutefois, comme l'ALÉNA, la portée du libre-échange a été élargie pour couvrir aussi le commerce des services (quoique dans une moindre mesure) et le mouvement des capitaux et de la main-d'œuvre. En fait, même si l'ALÉNA a été établi sur le fondement d'un accord de libre-échange, il est devenu en quelque sorte un hybride de la zone de libre-échange et du marché commun, allant au-delà de la simple zone de libre-échange, empruntant certains éléments du marché commun, sans toutefois offrir le partage du contrôle douanier et l'unicité du tarif applicable pour l'importation de produits hors zone. On en déduit donc que ces modèles ne sont pas hermétiques, que les États, dans la négociation et la conclusion d'accords commerciaux,

l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. Les « pays associés » au MERCOSUR sont la Bolivie, le Chili, le Pérou, la Colombie et l'Équateur.

vont tantôt se rattacher à la conception traditionnelle de l'un de ces modèles, tantôt leur emprunter certains de leurs critères pour construire leur relations commerciales selon un modèle unique, bâti « sur mesure ».

3. L'INTÉGRATION DANS UN CONTEXTE MULTILATÉRAL : L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC)

Les modes d'intégration économique précédemment abordés nous montrent surtout des phénomènes d'intégration régionale. La prémisses de base dans un tel contexte demeure la promotion et l'accroissement du commerce interne et transfrontalier conjugué à une stabilité dans l'accès aux marchés. Les accords commerciaux d'intégration régionale sont, comme nous l'avons vu, très nombreux et variés.

Il en va autrement lorsqu'on aborde le commerce international dans un contexte multilatéral. Dans ce cas, en effet, l'objectif premier ne vise pas tant l'accélération et l'accroissement des échanges commerciaux que l'application de règles connues et uniformes. Ainsi, dans la pratique du commerce international, l'exportateur pourra transiger sur les marchés internationaux dans un cadre juridiquement plus sécuritaire et prévisible, quel que soit l'endroit où il effectue ses transactions commerciales.

3.1 Les principes qui inspirent le commerce international

Les accords de l'OMC sont longs et complexes, car ce sont des textes juridiques portant sur un large éventail de domaines d'activités : agriculture⁵, textiles et vêtements, activités bancaires, télécommunications, marchés publics, normes industrielles et sécurité des produits, réglementation relative à l'hygiène alimentaire, propriété intellectuelle, etc. Cependant, un certain nombre de principes simples et fondamentaux constituent le fil conducteur de tous ces instruments, dont la règle du traitement de la nation la plus favorisée et la règle du traitement national.

3.1.1 La règle du traitement de la nation la plus favorisée (NPF)

Aux termes des accords de l'OMC, les pays ne peuvent pas, en principe, établir de discrimination entre leurs partenaires commer-

5. Voir, à ce sujet, Raymond TREMBLAY, « L'impact des accords internationaux de commerce sur l'industrie laitière québécoise », dans *Actes de la XV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 37-48.

ciaux. Si, par exemple, un pays A accorde une faveur spéciale en abaissant le droit de douane perçu sur un produit donné en provenance d'un pays B, il doit offrir cette même faveur spéciale aux pays C, D, E, etc., bref, à tous les autres membres de l'OMC.

Ce principe est dénommé « traitement de la nation la plus favorisée » (traitement NPF). Son importance est telle qu'il constitue le premier article du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), qui régit, rappelons-le, le commerce des marchandises. Il est aussi une clause prioritaire de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS, art. 2) et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC, art. 4), même s'il est énoncé en des termes légèrement différents d'un accord à l'autre.

Quelques exceptions sont autorisées, par exemple lorsque des pays accordent une préférence ou un accès spécial à leurs marchés aux pays sous-développés ou aux pays en voie de développement. C'est aussi le cas lorsque des pays concluent un accord régional de libre-échange, lequel couvrira seulement les marchandises échangées à l'intérieur de la zone et créera, par le fait même, une discrimination vis-à-vis les marchandises en provenance de l'extérieur. L'ALÉNA constitue ici un bel exemple, puisque sa clause de « traitement national » (art. 301 – voir section suivante) et l'ensemble des avantages conférés spécifiquement aux États-Unis et au Mexique dans les chapitres sectoriels de l'accord⁶ ne sont pas offerts au reste de la communauté internationale. De même, sur le plan interne, l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI), qui régit les rapports de commerce entre le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires canadiens en s'attaquant aux barrières non tarifaires, prévoit lui aussi l'équivalent de la règle du « traitement NPF » en termes de non-discrimination réciproque.

3.1.2 La règle du traitement national

En vertu de cette règle, les produits importés doivent être traités de manière au moins aussi favorable que les produits de fabrication locale, du moins une fois que les produits importés ont été admis sur le marché intérieur. De fait, l'imposition de droits de douane ne saurait entrer en ligne de compte dans la détermination de l'exis-

6. Il s'agit des chapitres 6 (Produits énergétiques et produits pétrochimiques de base), 7 (Agriculture et mesures sanitaires et phytosanitaires), du chapitre 10 (Marchés publics), 11 (Investissement), 12 (Commerce des services), 13 (Télécommunications), 14 (Services financiers), 15 (Politique de concurrence, monopoles et sociétés d'État), 16 (Admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires) et 17 (Propriété intellectuelle).

tence d'un traitement discriminatoire entre un produit étranger importé et un produit similaire d'origine locale. Si ce devait être le cas, aucun pays ne serait en mesure d'offrir le traitement national, à moins de renoncer à la perception de tout droit de douane... Cela dit, le traitement national couvre un large éventail de mesures et de prescriptions, notamment la taxation, les règles d'étiquetage, de transport, de distribution, de mise en marché, de certification, etc.

Il en va de même pour les services, les marques de commerce, les droits d'auteur et les brevets étrangers et nationaux. Ce principe du « traitement national », qui accorde à d'autres un traitement au moins aussi favorable que le traitement appliqué aux nationaux, figure aussi dans les trois principaux accords de l'OMC : l'article 3 du GATT, l'article 17 de l'AGCS et l'article 3 de l'ADPIC. Là encore, le principe est formulé en des termes légèrement différents dans chacun de ces trois accords.

Le fait que le Québec ait mis en œuvre des engagements intergouvernementaux et internationaux qui incluent ces deux règles fondamentales et qu'il continue de négocier ou de participer à la négociation de nouveaux accords en matière économique et commerciale fait en sorte que ces règles doivent toujours rester présentes à l'esprit des juristes de l'État, dans tous les domaines d'activités. Les engagements internationaux ont et auront des répercussions dans la rédaction législative et réglementaire, qu'il s'agisse de nouvelles lois ou de nouveaux règlements, ou de modifications à la législation et à la réglementation existantes. Ils influencent la façon dont nous conseillons nos clients dans l'élaboration de contrats, dans le développement de programmes, dans l'octroi et le versement d'aides financières, etc. Bien entendu, certaines exceptions ou exemptions prévues par les accords de commerce permettront d'adopter ou de maintenir des mesures qui contreviennent à l'une ou l'autre de ces deux règles fondamentales, mais une vérification de l'application de nos engagements, à travers les différents accords de commerce mis en œuvre au Québec et au Canada, constitue désormais un incontournable sur le plan juridique pour éviter d'éventuelles contestations devant les instances de règlement des différends.

3.2 La libéralisation progressive du commerce par voie de négociation

L'un des moyens les plus directs d'encourager les échanges, comme nous l'avons vu, consiste à réduire les obstacles au commerce, par exemple par l'abaissement des droits (ou tarifs) de douane et la

suppression de mesures telles que les interdictions à l'importation ou les contingents, qui consistent à appliquer sélectivement des restrictions quantitatives. Depuis la création du GATT, en 1947, huit séries de négociations commerciales ont eu lieu. Dans un premier temps, ces négociations ont porté sur l'abaissement des taux de droits applicables aux marchandises importées. Elles ont permis de réduire progressivement les taux de droits perçus par les pays industrialisés sur les produits industriels. Dans les années 1980, cependant, le champ des négociations a été élargi pour comprendre les obstacles non tarifaires au commerce des marchandises et des domaines nouveaux comme les services et la propriété intellectuelle.

Les règles relatives à la non-discrimination – que sont le traitement NPF et le traitement national – ont pour objet de garantir des conditions commerciales loyales, tout comme celles qui concernent le dumping (exportation et vente à des prix inférieurs au coût de production pour s'approprier des parts de marché) et les subventions. Même si l'on dit parfois que l'OMC est l'institution du « libre-échange », cette qualification n'est pas tout à fait exacte. Le système autorise bien l'application de droits de douane et, dans des circonstances limitées, d'autres formes de protection de la production nationale. Il est donc plus juste de dire qu'il s'agit d'un système de règles visant à garantir une concurrence ouverte, loyale et exempte de distorsions.

C'est ainsi que l'OMC peut être qualifiée comme étant d'abord et avant tout un cadre de négociations. En effet, l'OMC est essentiellement un lieu où les gouvernements qui en sont membres se réunissent pour essayer de résoudre les problèmes commerciaux qui existent entre eux. La première étape consiste toujours à discuter. L'OMC est le fruit de négociations, et tout ce qu'elle fait est le résultat de négociations.

3.3 Les règles d'origine

Que l'on parle de commerce international multilatéral avec l'OMC, ou du fonctionnement d'une zone de libre-échange avec l'ALÉNA, ou même de commerce intérieur avec l'ACI, le traitement réservé à un bien est très souvent fonction de son origine. Encore reste-t-il à la déterminer, cette origine...

Cet exercice peut parfois se révéler facile. Par exemple, si un bol à mélanger est fabriqué au Canada à partir de plastique canadien, il

est évident que ce bol est originaire du Canada. Une pomme de terre cultivée à l'Île-du-Prince-Édouard sera indéniablement aussi un produit canadien. Toutefois, qu'en est-il d'un bateau de plaisance manufacturé au Canada, auquel on a intégré un moteur assemblé aux États-Unis, mais dont les boulons, les pistons et certaines pièces particulières proviennent de Chine ? On comprend vite que, dans un tel cas, la détermination du pays d'origine du produit fini est plus difficile à établir. Ce sont les règles d'origine, prévues à l'intérieur des accords de commerce, qui fourniront des réponses (ou des pistes !) pour déterminer de quel pays un produit donné est « originaire ». En fait, les règles d'origine sont des critères objectifs qui permettent de déterminer quel taux de droits de douane ou quel régime de préférence on peut appliquer à un produit particulier lors de son importation ou lors de son exportation.

3.3.1 Les conditions d'admissibilité d'un produit comme produit originaire

Si nous prenons l'exemple de l'ALÉNA, un produit sera considéré comme originaire de la « zone ALÉNA », c'est-à-dire du territoire formé par le Canada, les États-Unis et le Mexique, lorsqu'il répond à l'une des cinq conditions suivantes :

- Le produit est entièrement obtenu ou produit sur le territoire de l'un des trois pays signataires, ou y a été entièrement cultivé, pêché ou extrait, et non simplement acheté après avoir été importé d'un pays non signataire de l'ALÉNA ;
- Le produit est entièrement fabriqué de composantes et de matières qui sont elles-mêmes admissibles comme produits originaires d'un pays signataire de l'ALÉNA ;
- Le produit répond aux exigences de la règle d'origine spécifique prévue dans l'annexe 401 de l'ALÉNA, pour le produit en question ;
- Le produit est admissible en vertu des dispositions de l'alinéa 401d) de l'ALÉNA, dont l'application est toutefois restreinte ;
- Le produit consiste en du matériel ou des pièces de traitement automatique de l'information (électronique) admissibles en vertu des dispositions de l'annexe 308.1 de l'ALÉNA.

L'ALÉNA prévoit une règle d'origine spécifique pour chaque type de produit qui renferme des matières non originaires. Habituellement, un produit est considéré comme un produit originaire de l'un des pays signataires de l'ALÉNA si son dernier lieu de fabrication se trouve sur le territoire visé par l'ALÉNA, et si le procédé de fabrication a entraîné un changement important de toutes les composantes ou matières non originaires du Canada, des États-Unis ou du Mexique. Pour déterminer si un tel changement s'est produit, nous utilisons un critère de « changement de classe tarifaire ».

Lorsqu'un produit est transformé en un produit fini à partir des matières et des composantes qui le constituent, les classements tarifaires des matières et des composantes sont remplacés par le classement tarifaire du produit fini. Si on reprend l'exemple précédent de la fabrication du bateau, les classements tarifaires spécifiques du « piston » ou du « boulon » sont délaissés une fois que ceux-ci sont inclus dans le moteur, ce dernier ayant lui-même sa propre classification tarifaire « moteur ». Le même raisonnement s'applique ensuite lorsque le moteur importé au Canada est ajouté au bateau, celui-ci constituant le véritable produit fini, « bateau de plaisance ».

La raison qui explique pourquoi un changement de position tarifaire confère un caractère originaire à un produit provient du fait que, pour avoir subi ce changement de position tarifaire, le produit doit avoir été transformé. Cette transformation nécessite une intervention, un travail, donc une activité économique. Lorsque celle-ci est suffisamment importante, elle permet un changement d'origine puisque l'activité économique de transformation devient prépondérante sur le simple matériel généré pour telle ou telle pièce, comme sous-ensemble du produit fini.

3.3.2 Le système harmonisé de classement tarifaire

Il convient maintenant de s'attarder un peu au classement tarifaire des produits et plus particulièrement au système harmonisé (SH).

En termes concrets, le SH est en quelque sorte un système de classement universel de tous les produits pouvant faire l'objet de commerce. Tout produit qui peut être vendu quelque part sur la planète peut être « catalogué » dans le SH. Pour ce faire, le SH est structuré avec une arborescence à cinq niveaux.

Au premier niveau, on dénombre 21 **sections**. Celles-ci regroupent les grandes catégories de produits. Viennent ensuite 97 **chapters**, dont la portée est un peu plus précise. Approfondissant le niveau de détail encore un peu davantage, on trouve alors des **positions**, dont le nombre variera selon la nature des chapitres. Ces positions sont ensuite déclinées en **sous-positions** pour enfin être elles-mêmes détaillées par des **numéros tarifaires**.

Prenons l'exemple d'une table de billard. Le classement de ce produit dans le SH va comme suit :

SECTION XX – marchandises et produits divers (chapitres 94-96)

Chapitre 95 Jouets, jeux, articles de sport

Position 95.04. Articles de jeux de société

Sous-position 9504.20. Billard et ses accessoires

Numéro tarifaire 9504.20.21 Tables de billard

Comme le montre cet exemple, les numéros de position sont représentés par un code de quatre chiffres, les sous-positions par un code de six chiffres et les numéros tarifaires par un code de huit chiffres.

Dans le cadre du SH, les numéros de chapitre, de position et de sous-position d'un produit donné sont les mêmes dans tous les pays qui utilisent le SH. Il faut cependant porter une attention particulière aux numéros tarifaires, car ceux-ci ne sont pas harmonisés dans tous les pays. Ces numéros sont attribués par chaque pays, le plus souvent dans la réglementation ou un autre instrument normatif servant à établir le tarif douanier à appliquer à ce produit⁷. Par exemple, toutes les sauces tomate sont classées dans la sous-position 2103.20 du SH, quel que soit le pays d'importation. Le numéro tarifaire du ketchup aux tomates est toutefois différent dans les trois pays signataires de l'ALÉNA : 2130.20.10 au Canada, 2130.20.40 aux États-Unis et 2130.20.01 au Mexique.

Une fois la bonne position et sous-position trouvées, l'annexe 401 de l'ALÉNA établit la règle à suivre afin de connaître la règle nécessaire pour faire d'un produit donné un produit originaire.

7. Au Canada, c'est dans le *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, et dans la réglementation qui s'y rattache que sont prévues les règles tarifaires qui nous sont propres.

Par exemple, pour qu'une gelée de pomme, issue du chapitre 20 (Préparations de légumes, de fruits ou d'autres parties de plantes), puisse être « originaire », l'annexe 401 de l'ALÉNA prévoit : « un changement aux positions 20.01 à 20.07 de tout autre chapitre ». Cela signifie concrètement que le lieu où est produite la gelée de pomme en question sera le lieu d'origine du produit « gelée de pomme », et ce, même si les pommes qui entrent dans la recette (chapitre 8 – Fruits comestibles) proviennent d'un autre pays. Le principe sous-jacent à cet ensemble de règles demeure le suivant : quand un produit est issu de sous-produits d'origines différentes, on lui attribue comme origine le pays d'où la majorité de ses composantes provient ou encore l'endroit où ce produit a subi sa plus importante transformation puisque, dans les deux cas, il s'agit, sauf exception, du lieu où a été générée la plus importante activité économique.

3.4 Le règlement des différends de l'OMC

Un différend naît lorsqu'un membre adopte une mesure (loi, règlement, politique, directive, programme, subvention, pratique, etc.) qui est considérée par un ou plusieurs autres membres comme une violation des accords de l'OMC ou un manquement à l'une des obligations contractées par le membre visé.

Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends établit une discipline rigoureuse pour le règlement des différends, tout en permettant une certaine souplesse dans l'échéancier prévu pour passer à travers chacune des étapes de la procédure. La procédure complète, jusqu'à la décision de la première instance, ne doit pas, en principe, durer plus d'un an, ou plus de 15 mois s'il y a appel. En cas d'urgence, comme dans le cas où le différend porte sur des matières périssables, la procédure est accélérée autant que possible.

Le Conseil général de l'OMC regroupe tous les pays membres, et ceux-ci sont généralement représentés par des ambassadeurs ou des hauts fonctionnaires de rang équivalent. C'est lui qui exerce les fonctions de l'OMC, et il est habilité à agir au nom de la Conférence ministérielle, qui se réunit une fois tous les deux ans. Le Conseil général se réunit aussi pour d'autres mandats, en tant qu'Organe d'examen des politiques commerciales ou en tant qu'Organe de règlement des différends (ORD). De fait, il est seul compétent pour établir des « groupes spéciaux » composés d'experts chargés d'examiner un différend, et pour adopter les conclusions des groupes spéciaux ou les résultats de la procédure d'appel. Il surveille la mise en œuvre des décisions et recommandations, et est habilité à autoriser l'adoption de mesures de rétorsion si un membre ne se conforme pas à une décision.

Première étape : les consultations (60 jours maximum). Avant de prendre d'autres mesures, les parties à un différend doivent discuter entre elles dans l'objectif de s'entendre, de régler le différend à l'amiable.

Deuxième étape : le groupe spécial. Si les consultations ne permettent pas un règlement satisfaisant du litige, l'État plaignant peut demander l'établissement d'un groupe spécial. Le groupe spécial a officiellement comme tâche d'aider l'ORD à énoncer des décisions ou des recommandations, mais, comme son rapport ne peut être rejeté que par consensus, il est difficile d'infirmes ses conclusions. Les constatations du groupe spécial doivent être fondées sur les accords invoqués.

Le rapport final du groupe spécial doit, en principe, être communiqué aux parties au différend dans un délai de six mois. En cas d'urgence, notamment lorsqu'il s'agit de produits périssables, ce délai est réduit à trois mois.

Le *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* énonce en détail les procédures suivies par les groupes spéciaux chargés du règlement d'un différend :

1. Avant la première réunion : chaque partie au différend expose par écrit ses arguments au groupe spécial.
2. Première réunion : le ou les pays plaignants, le pays défendeur et ceux qui ont déclaré avoir un intérêt dans le différend présentent leurs arguments à la première réunion du groupe spécial.
3. Réfutations : les pays concernés présentent des réfutations écrites et des arguments oraux à la deuxième réunion du groupe spécial.
4. Experts : si une partie soulève des questions à caractère scientifique ou technique, le groupe spécial peut consulter des experts ou désigner un groupe d'experts chargé d'établir un rapport consultatif.
5. Avant-projet de rapport : le groupe spécial remet aux deux parties les sections descriptives (éléments factuels et arguments) de son projet de rapport et leur donne un délai de deux semaines pour présenter leurs observations. Ce rapport ne contient pas les constatations ni les conclusions du groupe spécial.

6. Rapport intérimaire : le groupe spécial soumet ensuite un rapport intérimaire comprenant ses constatations et conclusions aux parties, qui disposent d'un délai d'une semaine pour demander un réexamen.
7. Réexamen : la phase de réexamen ne doit pas dépasser deux semaines. Pendant cette période, le groupe spécial peut tenir d'autres réunions avec les parties.
8. Rapport final : un rapport final est transmis aux parties et, trois semaines plus tard, il est distribué à tous les membres de l'OMC. Si le groupe spécial conclut que la mesure commerciale incriminée est bel et bien contraire à l'un des accords applicables ou à une obligation dans le cadre de l'OMC, il recommande que la mesure soit rendue conforme aux règles de l'OMC. Il peut suggérer comment procéder à cette fin. Il est entendu que ni le groupe spécial ni l'ORD de l'OMC ne peuvent invalider une mesure ou la déclarer inapplicable sans porter atteinte à la souveraineté nationale de ses membres. C'est pourquoi le groupe spécial émet un rapport et non un jugement, et que les conclusions sont formulées en termes de recommandations.
9. Décision : le rapport devient, dans les 60 jours suivants, une décision ou recommandation de l'ORD, à moins qu'il n'y ait consensus pour le rejeter. Les parties peuvent chacune faire appel du rapport. Il n'est pas rare que les deux parties fassent appel simultanément, car les constatations peuvent tantôt être défavorables à la partie plaignante, tantôt à la partie défenderesse.
10. Appel.

Chaque appel est traité par trois des sept membres d'un Organe d'appel permanent constitué par l'ORD et largement représentatif de la composition de l'OMC. Les membres de l'Organe d'appel sont nommés pour quatre ans. Il doit s'agir de personnes dont l'autorité est reconnue en matière de droit et de commerce international et qui n'ont aucune attache avec une administration nationale.

L'appel peut donner lieu à la confirmation, à la modification ou à l'infirmerie des constatations et conclusions juridiques du groupe

spécial. La durée de la procédure ne doit pas, en principe, excéder 60 jours et en aucun cas, 90 jours. L'ORD doit accepter ou rejeter le rapport de l'Organe d'appel dans un délai de 30 jours, le rejet n'étant possible que par consensus.

Même une fois que l'affaire a été tranchée, il est encore possible pour l'État en défaut d'agir avant que des sanctions commerciales ne lui soient imposées. À ce stade, l'objectif prioritaire est d'obtenir que le défendeur débouté corrige la mesure contestée conformément à la décision et aux recommandations qui l'accompagnent. Le Mémorandum d'accord précise d'ailleurs :

Pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD.

Si l'État visé par la plainte est débouté, il doit mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport du groupe spécial ou le rapport de l'Organe d'appel. Il doit annoncer son intention de le faire à une réunion de l'ORD tenue dans les 30 jours suivant l'adoption du rapport. S'il est irréalisable pour ce pays de se conformer immédiatement à la recommandation, un délai raisonnable pour le faire lui sera accordé. S'il ne s'exécute pas dans ce délai, il doit engager des négociations avec le ou les pays plaignants afin de trouver une compensation mutuellement satisfaisante, par exemple des réductions de droits de douane dans des domaines présentant un intérêt particulier pour la partie plaignante.

Si, à l'issue d'un délai de 20 jours, aucune compensation satisfaisante n'a été convenue, la partie plaignante peut demander à l'ORD l'autorisation d'imposer des sanctions commerciales à l'encontre de l'autre partie. L'ORD doit accorder cette autorisation dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il n'y ait consensus pour rejeter la demande.

En principe, les sanctions devraient être imposées dans le même secteur que celui qui fait l'objet du différend. Si cela n'est pas possible, elles peuvent être imposées dans un autre secteur visé par le même accord. Si cela n'est pas non plus possible, et si les circonstances sont suffisamment graves, la mesure peut être prise en vertu d'un autre accord. L'objectif est de limiter autant que possible la probabi-

lité que la mesure prise ait des répercussions sur d'autres secteurs, tout en assurant son efficacité.

Sans un moyen de régler les différends, tout cet ensemble de règles commerciales ne serait d'aucune utilité puisque rien n'en assurerait l'application. Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC permet de rendre le système commercial plus sûr et plus prévisible. Même si, à une certaine époque, quelques détracteurs ont pu avoir des doutes quant à l'ambitieux calendrier du mécanisme de règlement des différends, l'expérience vécue à l'OMC a fait du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* un modèle.

Il faut se rappeler qu'auparavant, le GATT (1947) requérait le consentement de tous les membres pour l'adoption des rapports des groupes spéciaux, même celui de l'État trouvé en défaut, lorsque c'était le cas. La résolution des conflits nécessitait davantage de temps et de négociation. Par ailleurs, dans d'autres conventions internationales, le règlement des différends employait assez souvent des moyens peu ou non coercitifs, si bien que les résultats probants se faisaient rares ou étaient longs à obtenir.

Aujourd'hui, les statistiques montrent que l'ORD a entendu et réglé, en 15 ans, un nombre d'affaires impressionnant⁸. Il existe bien entendu d'autres modèles, d'autres façons de faire. Sans les décrire en détail, pensons aux trois mécanismes que renferme l'ALÉNA : le recours des investisseurs étrangers (chapitre 11), le règlement des différends en matière de dumping et de subventions (chapitre 19) et le mécanisme général de règlement des différends (chapitre 20). Bien que l'ALÉNA ne comporte pas de structure équivalente à l'ORD de l'OMC, les trois États signataires peuvent compter sur les trois sections nationales du Secrétariat de l'ALÉNA, qui offrent entre autres un soutien administratif et logistique pour le règlement des différends. Des listes de spécialistes du commerce international sont disponibles et permettent aux États concernés de désigner des arbitres qui constitueront des groupes spéciaux et qui rendront des rapports sur la conformité des mesures contestées. En outre, les investisseurs des trois pays qui ont recours au mécanisme de règlement des différends du chapitre 11 de l'ALÉNA (investisseur contre État) peuvent aussi demander à ce que les litiges soient gouvernés par des institu-

8. <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_f.htm> (date de consultation : 2011-01-06).

tions internationales reconnues en la matière, tels le CIRDI⁹ et la CNUDCI¹⁰.

4. LA RÉCEPTION DES ACCORDS DE COMMERCE PAR LES TRIBUNAUX¹¹

Au plan de la théorie générale du droit, il n'existe pas de primauté du droit interne dans l'ordre international, mais il n'existe pas non plus, dans la tradition britannique d'intégration automatique, des règles du droit international dans la sphère des droits internes. La souveraineté des États est d'abord et avant tout un principe de droit interne, qui trouve son prolongement dans le droit international lui-même.

Le Canada a en effet une pratique de type dualiste au regard des relations entre le droit interne et le droit international, laquelle repose sur le volontarisme et suppose deux ordres juridiques indépendants, soit l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne.

Lorsque le droit international oblige le droit interne à s'ajuster à lui, comme dans le cas de la conclusion d'un traité ou d'un accord ou encore suivant une décision consécutive au règlement d'un différend, un tel changement ne peut se faire automatiquement, et il incombe à l'ordre étatique souverain de réaliser (ou non) la réception du droit international. Le droit interne ne reconnaît le droit international que dans la mesure où il en a incorporé les règles d'une façon ou d'une autre¹².

Ceci implique donc la nécessité d'une introduction ou d'une transformation du droit international en droit interne¹³. Cette appro-

9. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). La Convention constitutive du CIRDI n'a pas été ratifiée par le Canada. En anglais : <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>> (date de consultation : 2011-01-06).

10. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI – UNCITRAL en anglais), <<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/index.html>> (date de consultation : 2011-01-06).

11. Cette question a été plus amplement traitée dans l'article suivant : Sylvie SCHERRER, « L'effet des traités dans l'ordre juridique interne canadien à la lumière de la jurisprudence récente », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 131, *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 57-84.

12. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 643.

13. Sauf s'il s'agit d'un traité dit de prérogative, tel qu'un traité de paix ou de frontières.

che, qui est nécessairement tributaire de la volonté de l'État, peut ainsi défaire dans l'ordre interne ce qu'il a fait dans l'ordre international, d'où une possibilité de conflit entre la norme d'origine internationale et la norme de droit interne.

La doctrine résume ainsi la portée de cette règle dualiste :

Dûment signé et ratifié par le Canada, un traité engagera ce dernier sur le plan international sans pour autant constituer *ipso jure* une source formelle de droit interne canadien, dans la mesure où la bonne exécution d'un traité commande une action législative quelconque, comme la modification d'une loi antérieure ou l'adoption d'une nouvelle loi, le traité devra alors être expressément reçu dans l'ordre juridique canadien par une législation *ad hoc*, dite « loi de mise en œuvre ». Il s'ensuit également qu'en l'absence d'une confirmation législative, un traité ne crée pas de droits ou d'obligations pour les individus dans leurs rapports réciproques ou dans leurs rapports avec l'État.¹⁴ (Nos soulignements.)

Le traité ou l'accord régulièrement conclu n'aura donc d'effet en droit interne qu'une fois reçu par un acte législatif.

Par ailleurs, et suivant une règle jurisprudentielle bien établie en droit constitutionnel canadien, l'exécution des obligations imposées par un traité suit la répartition des pouvoirs législatifs opérée par la Constitution, ce qui signifie qu'un traité ou un accord qui porte sur une catégorie de matières réservées aux législatures des provinces nécessitera son intégration au droit positif par une législature provinciale. Or, comme les provinces sont souveraines dans leur sphère de compétences, rien ne peut conséquemment les contraindre à donner effet aux termes d'un traité valablement conclu par ailleurs par le gouvernement fédéral¹⁵. C'est en vertu de ce même principe, croyons-nous, qu'il nous est également possible d'affirmer que la conclusion d'ententes, d'accords ou de traités entre deux ou plusieurs provinces du Canada doit suivre le même principe que celui qui est appliqué à l'égard des traités ou des accords internationaux.

14. J.-Maurice ARBOUR *et al.*, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 162.

15. Allocution du ministre de l'Éducation, M. Paul Gérin-Lajoie, prononcée devant les membres du corps consulaire de Montréal le 12 avril 1965, depuis consacrée comme la « Doctrine Gérin-Lajoie », dont le texte se trouve à l'adresse suivante : <http://www.mri.gouv.qc.ca/fr/ministere/histoire_ministere/documents_archives> (date de consultation : 2011-01-06).

Au Québec, deux décisions sont venues préciser les règles applicables. Il s'agit des affaires *Entreprises de rebuts Sanipan c. Procureur général (Québec)* et *UL Canada Inc. c. Procureur général (Québec)*.

*Entreprises de rebuts Sanipan c. Procureur général (Québec)*¹⁶

Dans cette décision rendue par la Cour supérieure en 1995, la Cour était saisie d'une requête pour jugement déclaratoire par laquelle il était demandé que l'alinéa 2 de l'article 115 du *Règlement sur les déchets solides* (R.R.Q., c. Q-2, r. 14), interdisant à l'exploitant d'un lieu d'élimination d'accepter des déchets qui sont générés hors du Québec, soit déclaré invalide et *ultra vires* de la compétence du gouvernement du Québec, et inopérant du fait qu'il contrevenait à certaines clauses de l'ALÉNA.

Or, la Cour, après révision des faits et des prétentions des parties, jugea bien fondées les prétentions du gouvernement voulant que les dispositions de l'ALÉNA ne fassent pas partie du droit interne applicable au Canada, et plus particulièrement au Québec.

Citant les professeurs Brun et Tremblay, la Cour rappela que le droit interne est le droit applicable à la collectivité et au territoire d'un État donné, et que les accords internationaux, pour qu'ils fassent partie du droit interne, doivent d'abord faire l'objet d'une loi de mise en œuvre selon le partage des compétences entre le fédéral et les provinces.

Comme cela n'avait pas été le cas pour l'ALÉNA, la Cour fut d'avis que Sanipan ne pouvait fonder aucun recours devant un tribunal judiciaire en se fondant sur l'ALÉNA parce que celui-ci ne faisait pas partie du droit interne canadien et québécois. Cette décision ne fut pas portée en appel.

*UL Canada inc. c. Procureur général (Québec)*¹⁷

Cette décision portait sur la contestation de la réglementation relative à la coloration de la margarine vendue au Québec. Il s'agissait d'une requête en jugement déclaratoire accompagnée d'une

16. C.S. Montréal, n° 500-05-010020-947, 21 février 1995, juge Jean-Jacques Croteau.

17. C.S. Montréal, n° 500-05-039161-987, 26 mai 1999, juge A. Derek Guthrie.

demande d'annulation ou d'abrogation de l'alinéa 40(1)c) du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers*, qui déterminait la couleur de la margarine. Cette disposition, qui avait pour effet d'exiger que la margarine soit d'une couleur plus pâle ou plus foncée que le beurre, était contestée par l'entreprise Unilever, qui fabrique et distribue partout au Canada des produits alimentaires à base d'huile, dont de la margarine.

L'intérêt d'Unilever était d'abord et avant tout économique puisque la préparation et la tenue de deux inventaires distincts de margarine de couleurs différentes, un pour le Québec et un pour le reste du Canada, lui imposaient des coûts additionnels d'environ 100 000 \$ par mois.

Ici encore, Unilever soutenait que les restrictions imposées à la coloration de la margarine par l'alinéa 40(1)c) du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers* constituaient un obstacle au commerce et qu'elles étaient en conflit avec plusieurs accords de commerce, dont l'ALÉNA et l'ACI.

Sur cette question, M. le juge Guthrie (Cour supérieure) rappela d'abord la théorie dualiste en droit international, théorie selon laquelle l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international sont distincts, de telle sorte que le fait pour le gouvernement canadien de conclure un traité avec un ou plusieurs autres pays ne modifie en rien l'ordre juridique interne. Dès lors, s'il y a conflit entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, les tribunaux internes, comme la Cour supérieure du Québec se doivent d'appliquer le droit interne et non le droit international.

Au plan conceptuel, le Tribunal rappela aussi l'importance de ne pas confondre l'approbation d'un traité, qui est en principe du ressort du cabinet fédéral, avec sa mise en œuvre ou encore avec son incorporation en droit interne. En effet, au Canada, l'approbation d'un traité ne lui accorde pas de valeur juridique contraignante dans l'ordre juridique interne, en ce sens que les dispositions du traité, au moment de son approbation, ne modifient pas le droit interne (ce qui est l'effet de la mise en œuvre) et n'acquièrent pas non plus force de loi (ce qui relève de l'incorporation). L'approbation d'un traité consiste, pour le pouvoir exécutif, à confirmer aux autres États son engagement à exécuter les obligations qui en découlent. Une fois approuvé, le traité est soit mis en œuvre, soit incorporé dans le droit interne. Pour ce faire, une intervention du Parlement ou de l'Assemblée nationale, suivant le partage des compétences législatives, est nécessaire.

Concrètement, l'incorporation d'un traité en droit interne se fait par l'annexion du texte du traité à une loi de mise en œuvre, de façon à donner force de loi à certaines ou à l'ensemble des dispositions du traité. Dans le cas d'une simple mise en œuvre, ce sont d'autres dispositions du droit interne qui seront ajoutées, modifiées ou supprimées, souvent par l'entremise d'une loi de mise en œuvre, afin de rendre le droit interne conforme aux dispositions du traité ou à tout le moins exempt de conflit. Dans le cas sous étude, la Cour supérieure a conclu que la *Loi concernant la mise en œuvre des accords de commerce international*¹⁸, même si elle vise notamment la mise en œuvre de l'ALÉNA, n'avait pas modifié le droit interne du Québec de façon à y transposer ou à incorporer les dispositions invoquées par Unilever.

Toutes les prétentions d'Unilever concernant l'application de l'ALÉNA pour réclamer l'invalidation de l'alinéa 40(1)c) ont donc été rejetées par la Cour.

Cette décision fut confirmée par la Cour d'appel¹⁹. L'appelante avait également invoqué en appel, comme elle l'avait fait devant la Cour supérieure, des arguments suivant lesquels la réglementation concernant la coloration de la margarine vendue au Québec était en contravention des obligations souscrites par le Québec aux termes des accords de libéralisation du commerce dont l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, l'ALÉNA et l'ACI.

Dans sa décision, la Cour d'appel indique que la mise en œuvre des accords de commerce pertinents en l'espèce ne constitue pas une incorporation de ces accords dans le droit interne du Québec. La simple approbation ou mise en œuvre par voie législative, dans ce cas, ne laisse transparaître aucune indication que le législateur a ou aurait voulu incorporer le contenu de ces accords dans le droit québécois (par. 83 de la décision).

De ce fait, l'appelante ne pouvait invoquer d'arguments tirés des textes des accords de commerce pour faire invalider une disposition législative par le tribunal (par. 84 de la décision).

[75] The National Assembly of Quebec passed legislation with respect to all three Agreements. The *Act Respecting the Implementation of International Trade Agreements*²⁰ (*Implementation Act International*)

18. L.R.Q., c. M-35.2.

19. C.A. Montréal, n° 500-09-008256-992, 1^{er} octobre 2003, juges Louise Mailhot, André Brossard et Joseph R. Nuss.

20. R.S.Q., c. M-35.2.

deals with NAFTA and AEWTO and the *Act Respecting the Implementation of the Agreement on Internal Trade*²¹ (*Implementation Act Internal*) deals with AIT. [...]

[...]

[80] The preamble of the *Implementation Act International* in the present case states : “Whereas the aforesaid agreements contain certain provisions falling within the constitutional jurisdiction of Québec and whereas Québec alone is competent to implement those agreements in each field coming under its jurisdiction.”²² This sets out a statement of fact and then enunciates a truism with respect to legislative competence. It is not the expression of an intention to make the Agreements part of internal Quebec Law, nor can such an intention be inferred from this text.

[...]

[82] [...] there is nothing additional in the *Implementation Act International* from which one could determine that it was the intention of the legislator to incorporate these two international Agreements into internal Quebec law.

[83] The above considerations apply to the *Implementation Act Internal*. Section 1 of this Act, like the *Implementation Act International*, states that the Agreement is approved : “The Agreement on Internal Trade dated 18 July 1994, signed by the First Ministers of Canada and published in Part 1 of the Gazette officielle du Québec of 3 May 1997, of the provinces and of the territories is hereby approved.”²³ This, in and of itself, is not sufficient to support a conclusion that it was the intention of the National Assembly to incorporate the entire text of the Agreement into Quebec Law. Neither does an examination of the other provisions of the *Implementation Act Internal* establish by inference such an intention. Those parts of the Agreement on Internal Trade which are made part of Quebec Law are the subject of specific enactments (eg., amendments to the *Travel Agents Act* enacted by s. 10 to 22 of the *Implementation Act Internal*).

[84] Guthrie J. was correct in ruling that NAFTA, the AEWTO and the AIT, were not incorporated into Quebec Law; thus, they cannot, in any event, be invoked to invalidate the Impugned section.

[Nos soulignements]

21. R.S.Q., c. M-35.1.1.

22. [TRADUCTION] Attendu que l'ensemble de ces accords comportent certaines dispositions ressortissant à la compétence constitutionnelle du Québec et que le Québec est seul compétent pour assurer la mise en œuvre de ces accords dans chacun des domaines de sa compétence.

23. [TRADUCTION] 1. Est approuvé l'Accord sur le commerce intérieur daté du 18 juillet 1994, signé par les premiers ministres des gouvernements du Canada,

Unilever présenta par la suite une requête pour en appeler devant la Cour suprême du Canada, mais son appel fut rejeté.

Parallèlement à sa contestation infructueuse du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers* devant les tribunaux judiciaires, Unilever a demandé et obtenu que le gouvernement du lieu de son principal établissement, en l'espèce l'Alberta, prenne un recours contre le Québec en vertu des dispositions du chapitre 17 de l'ACI. À la plaignante se sont jointes la Saskatchewan et le Manitoba.

Un groupe spécial a été constitué et a rendu un rapport le 23 juin 2005 dans lequel il accueillit la plainte et déclara que le paragraphe 40(1)c) du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers* constituait une entrave au commerce qui n'est pas conforme à l'obligation de non-discrimination, à celle d'absence d'obstacle et aux droits d'entrée et de sortie (art. 401, 402 et 404 de l'ACI) et ne pouvait être justifiée au titre d'un objectif légitime (art. 404 ACI).

En apparence contradictoires, les décisions des tribunaux judiciaires et celles du groupe spécial constitué en vertu de l'ACI portent en fait chacune sur des examens bien différents. D'un côté, les tribunaux ont été invités à se pencher sur la légalité du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers* au regard du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit pénal. De l'autre côté, le groupe spécial était chargé d'évaluer non pas la légalité de la mesure, mais bien sa conformité au regard des seules obligations prévues dans l'ACI. Ces deux examens doivent être bien distingués : un groupe spécial ne peut se substituer au tribunal judiciaire pour prononcer la légalité d'un règlement. À l'inverse, parce que le législateur n'a pas incorporé l'ACI dans le droit interne, ses dispositions n'ont pas valeur législative et ne font pas partie du corpus de règles dont les tribunaux assurent l'application, elles ne constituent pas à proprement parler une source de droit interne. Les tribunaux ne devraient donc pas se prononcer sur des questions de conformité d'une mesure à telle ou telle obligation d'un accord comme l'ACI. C'est là l'intérêt d'avoir recours à la mise en œuvre des accords de commerce par une législation qui approuve l'instrument et qui ajuste au besoin les dispositions non conformes du droit interne, plutôt que de donner force de loi à l'accord lui-même.

En effet, la prise d'engagements aux termes d'accords comme l'ACI ou l'ALÉNA restreint en quelque sorte la liberté des gouvernements dans la gestion de leur politique commerciale. Nécessaire-

des provinces et des territoires et publié à la partie 1 de la *Gazette officielle du Québec* du 3 mai 1997.

ment, lorsque certaines mesures plus épineuses sur le plan économique ou politique sont contestées, la rectification de ces dernières en fonction des exigences prévues par les accords se révèle parfois délicate. Sans renoncer à ses engagements, le fait de maintenir les accords en dehors du droit interne aménage, en quelque sorte, un espace pour le gouvernement et les intervenants concernés qui permet d'instaurer un dialogue ou une négociation pour déterminer la meilleure façon de ramener la mesure en conformité.

Dans le dossier de la coloration de la margarine, c'est trois ans après le dépôt du rapport, soit en juin 2008, que le gouvernement du Québec a procédé à l'abrogation de la disposition du *Règlement sur les succédanés de produits laitiers* qui exigeait une coloration blanche pour ce produit. Bien entendu, ce dossier reste sans doute à ce jour celui, parmi les dix rapports produits par des groupes spéciaux, dont on a le plus entendu parler. Les opinions sur le bien-fondé de la mesure contestée varient encore aujourd'hui, mais il reste que la promotion des intérêts commerciaux des producteurs de lait du Québec et le lobbying exercé ont peut-être jeté un certain ombrage sur la défense mise de l'avant par le gouvernement pour justifier la mesure, laquelle reposait principalement sur un objectif de protection du consommateur.

Il faut préciser en outre qu'il reste ardu de rencontrer le fardeau de preuve exigé pour justifier une mesure par un objectif légitime. En effet, l'ACI exige la démonstration que la mesure ait pour objet la réalisation d'un objectif légitime, qu'elle n'ait pas pour effet d'entraver indûment l'accès des personnes, des produits, des services ou des investissements d'une Partie qui respectent cet objectif légitime, qu'elle ne restreigne pas le commerce plus qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif légitime et qu'elle ne crée pas une restriction déguisée au commerce.

*Northrop Grumman Overseas Services Corporation c. Canada (Procureur général)*²⁴

Dans les cas où un accord est incorporé dans le droit interne, les tribunaux judiciaires peuvent avoir à appliquer et à en interpréter les dispositions. C'est entre autres ce que la Cour suprême du Canada a été amenée à faire à l'égard du chapitre 5 de l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI), qui porte sur les marchés publics, dans l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corporation c. Canada (Procureur général)*.

24. [2009] 3 R.C.S. 309.

En effet, dans la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*²⁵, le Parlement fédéral a directement intégré les dispositions du chapitre 5 de l'ACI en leur donnant force de loi. Ainsi, le cadre juridique applicable aux marchés publics passés par les ministères et organismes fédéraux comporte le chapitre 5 de l'ACI non pas seulement comme engagement intergouvernemental du Canada, mais aussi comme source juridique interne d'origine législative.

En l'espèce, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC) avait lancé un appel d'offres pour le compte de la Défense nationale, visant l'acquisition de matériel militaire, à savoir 36 nacelles de désignation d'objectif munies de capteur infrarouge multirôle avancé (« CIMA ») pour les avions CF-18. L'appelant, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (« Northrop »), une société du Delaware, a déposé une plainte auprès du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), contestant l'adjudication de ce marché à un autre soumissionnaire, en alléguant la violation de dispositions du chapitre 5 de l'ACI. À l'audition, le Procureur général du Canada a invoqué que Northrop n'avait pas la qualité requise pour déposer une plainte aux termes de l'ACI devant le TCCE, à savoir être un fournisseur canadien.

Le TCCE a rejeté cet argument du Procureur général du Canada. En appel devant la Cour fédérale d'appel, la décision du TCCE a été renversée, d'où le pourvoi de Northrop devant la Cour suprême du Canada.

Dans sa décision, la Cour suprême indique que :

L'ACI est un accord intergouvernemental conclu par l'organe exécutif des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux (sauf le Nunavut). Il ne s'agit pas d'une loi. L'organe exécutif ne peut écarter des lois existantes en concluant des accords, bien que les accords qu'il ratifie puissent le lier : voir *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 433 ; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 551-552. L'organe législatif, quant à lui, peut évidemment choisir d'adopter un accord, en tout ou en partie, et lui donner force de loi : voir *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720, p. 1741, citant Nigel Bankes, « *Cooperative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia* » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, p. 832. En fait, des parties de l'ACI ont été adoptées par renvoi dans des textes de loi. Outre les dispositions examinées dans le présent pourvoi,

25. L.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.).

le chapitre cinq de l'ACI, qui porte sur les marchés publics, est incorporé intégralement dans le cadre législatif du TCCE par l'art. 11 du Règlement.

Elle précise ensuite que les fournisseurs non canadiens n'ont pas qualité pour présenter devant le TCCE une plainte fondée sur l'ACI. Certes, le TCCE peut être un instrument de règlement des différends efficace, mais il est aussi créé par une loi et il faut trouver dans le texte de loi pertinent la façon d'y accéder. Selon les dispositions législatives, l'accès au TCCE se fait de la façon prévue dans les accords commerciaux négociés par les gouvernements. Si le gouvernement dont relève un fournisseur n'a pas négocié le recours au TCCE pour ses fournisseurs, ces derniers n'y ont pas accès. En l'espèce, la qualité pour agir devant le TCCE est déterminée par l'ACI. En tant que société américaine, sans établissement au Canada, Northrop n'est pas un fournisseur canadien et se trouve dans le ressort territorial d'un gouvernement qui n'a pas négocié d'accès au TCCE pour ce type de marché public.

L'ACI est essentiellement un accord de libre-échange commercial à l'intérieur du Canada. Le paragraphe 101(1), qui définit la portée de l'ACI, indique que celui-ci s'applique au « commerce intérieur au Canada », et l'article 501 énonce que le chapitre 5 de l'ACI, portant sur les marchés publics, établit un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. Selon l'article 518, seuls les fournisseurs ayant un établissement au Canada peuvent prétendre au statut de fournisseur canadien. Interprétés dans leur contexte, les « marchés publics [...] passés au Canada », mentionnés à l'article 502, sont une sous-catégorie du « commerce intérieur au Canada », par laquelle le gouvernement acquiert des fournitures. Selon l'article 502, il est nécessaire de connaître la nationalité du « fournisseur » pour décider si le marché public en cause est « passé au Canada » et donc visé par l'ACI. Cette interprétation est compatible avec le reste de l'article 502 et avec la version française de l'ACI. Le pourvoi de Northrop a ainsi été rejeté sur cette base.

CONCLUSION

Qu'ils demeurent dans la sphère des engagements internationaux ou qu'ils soient en tout ou en partie incorporés dans notre droit interne, les accords de commerce ont indéniablement un impact dans notre pratique en tant que juristes de l'État : la prise d'engagements internationaux en matière de commerce doit nous guider dans l'éla-

boration de lois et de règlements, de politiques, de directives, de programmes, et même, dans l'administration de ces derniers.

Que le Parlement ou l'Assemblée nationale choisisse d'incorporer le contenu d'un accord dans la loi ou d'ajuster le droit interne, au besoin, pour arrimer ce dernier à la portée des engagements commerciaux internationaux qui sont contractés, la réception de ces accords par les tribunaux en sera affectée et la façon dont nos collègues des contentieux civils prépareront leurs plaidoiries sera elle-même influencée.

Le XXI^e siècle nous amène maintenant des accords commerciaux dits « de nouvelle génération ». Les engagements ne sont plus principalement d'ordre tarifaire mais pénètrent de plus en plus profondément dans la façon dont nous élaborons et interprétons les lois, les règlements, les politiques, les directives, les programmes, les lignes directrices et autres prescriptions, et ce, dans une multitude de domaines. Sans interférer avec la souveraineté des assemblées législatives ou du Conseil exécutif, l'adoption ou la modification de mesures législatives ou réglementaires doit désormais prendre en compte les impacts sur nos partenaires commerciaux. Aussi, les consultations préalables devront certainement se faire de façon plus élargie qu'auparavant.

Le monde n'est plus le « dehors » de notre vie domestique : il a fait effraction dans le quotidien de nos vies, il y a introduit de nouveaux risques, de nouvelles formes de concurrence, de nouveaux défis, de nouvelles peurs. Les arrangements sociaux et politiques de nos sociétés ont été bousculés. Il nous a placés devant un défi que le XXI^e siècle aura à charge de relever : inventer une vie politique mondiale, à la fois démocratique et à la hauteur d'enjeux qui sont désormais d'envergure planétaire.

Pascal Lamy exprime de belle façon cette facette de notre pratique d'aujourd'hui...

ANNEXE**Accords de libre-échange conclus par le Canada**

- L'Accord de libre-échange entre Canada et les États-Unis (ALÉ) (entré en vigueur le 12 octobre 1987, subséquemment remplacé par l'ALÉNA) ;
- L'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994) ;
- L'Accord de libre-échange entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'État d'Israël (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Chili (entré en vigueur le 5 juillet 1997) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Costa Rica (entré en vigueur le 1^{er} novembre 2002) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (regroupant l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Pérou (entré en vigueur le 1^{er} août 2009) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et la République de Colombie (signé le 21 novembre 2008) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et le Royaume hachémite de Jordanie (signé le 28 juin 2009) ;
- L'Accord de libre-échange entre le Canada et la République du Panama (signé le 14 mai 2010) ;

Note : Le Québec, de son côté, a conclu en matière commerciale :

- L'Accord sur le commerce intérieur, en 1994, lequel regroupe le gouvernement du Canada, les gouvernements des 10 provinces et les gouvernements des territoires du Nord-Ouest et du Yukon ;

- L'Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario, en 2009.

S'ajoutent à ces deux accords plusieurs ententes ou accords sectoriels internationaux ou intergouvernementaux touchant le commerce (mobilité de la main-d'œuvre et reconnaissance des qualifications professionnelles, commerce des produits agricoles et alimentaires, marchés publics, transports, ressources naturelles, etc.).

