

10 avril 2012

M. Paul Moist  
Président national  
Syndicat canadien de la fonction publique  
1375, boul. St. Laurent  
Ottawa (Ontario) K1G 0Z7

Cher Monsieur,

**Objet : Accord économique et commercial global (AÉCG)  
entre le Canada et l'Union européenne**

**SOMMAIRE :**

Vous nous avez demandé notre avis sur les réserves qu'a formulées le Canada et les exceptions qu'il a proposées en lien avec les services et les règles d'investissement de l'AÉCG entre le Canada et l'Union européenne.

Cet accord international en devenir ayant une grande portée et étant lourd de conséquences, il vaut mieux décrire ses effets en termes simples et clairs. Voici nos principales conclusions :

1. L'AÉCG étendrait, de manière dramatique, le champ d'application des lois internationales aux sphères de gouvernance provinciale et municipale qui, jusqu'ici, n'ont jamais été assujetties aux contraintes et aux lois qu'imposent les régimes commerciaux internationaux. Bien que les règles de l'AÉCG s'apparentent à celles de l'ALÉNA et de l'AGCS, leur champ d'application sera beaucoup plus grand, puisque le Canada propose d'abandonner la plupart des réserves (exclusions ou mesures de protection) qui, jusqu'à présent, exemptaient les gouvernements sous-nationaux de l'application pleine et entière de telles règles internationales.
2. Les gouvernements provinciaux détiennent la compétence principale en matière de réglementation des investissements dans les services publics et de la fourniture desdits services (du traitement de l'eau potable aux soins de santé) en vertu du paragraphe 92 (13) de la constitution canadienne. Par conséquent, l'AÉCG étendrait effectivement l'autorité du fédéral à cette sphère de compétence provinciale. Ainsi, en vertu de l'AÉCG, les provinces ne pourraient plus exercer leurs mandats respectifs sans devoir respecter les limites politiques et réglementaires strictes d'un traité international qu'elles ne sont pas autorisées à modifier. Le droit de modifier l'AÉCG est une prérogative du fédéral, que peut l'exercer avec ou sans l'appui des provinces.

3. Une conséquence quasi constitutionnelle de l'AÉCG est soulevée par les approches divergentes adoptées par les provinces quant aux réserves qu'elles réclament. Par exemple, certaines provinces cherchent à préserver leur droit de promouvoir les énergies renouvelables, de maintenir un système de gestion de l'offre pour certains produits agricoles ou de fixer des mesures de conservation de l'eau, alors que d'autres ne le font pas. Nous pourrions ainsi nous retrouver devant un paysage constitutionnel fragmenté, avec des provinces ayant un pouvoir de gouvernance que d'autres n'auraient pas.
4. Du côté des relations commerciales trilatérales avec les États-Unis et le Mexique, on peut voir l'AÉCG comme une sorte de désarmement unilatéral, puisque, en vertu de l'ALÉNA et à peu d'exceptions près, le Canada est tenu d'offrir aux investisseurs et fournisseurs de services américains et mexicains le statut de *nation la plus favorisée (NPF)*. Avec l'AÉCG, le Canada accorderait aux investisseurs et aux fournisseurs de services de l'Union européenne des droits beaucoup plus étendus que ceux qu'il accorde à leurs homologues américains et mexicains. Le Canada serait donc obligé d'offrir ce traitement « du plus favorisé » à ses partenaires de l'ALÉNA, même si ni l'un ni l'autre n'offre un engagement réciproque au Canada.
5. Les réserves qu'avance l'UE sont beaucoup plus fortes et englobantes que celles proposées par le Canada. Donc, l'UE cherche à exclure un plus vaste éventail de domaines qui, autrement, violeraient les contraintes de l'AÉCG, des domaines comme les services de garde, le maintien des monopoles de l'eau et de l'énergie ou encore la protection de l'environnement. Par exemple, à cette fin, l'UE a demandé de vastes réserves pour les services publics, les monopoles et les réglementations concernant l'eau, la santé, l'éducation, l'énergie et plusieurs autres services. Le Canada, lui, n'a demandé aucune exclusion que ce soit pour nombre de ces domaines et, pour les autres, ces réserves sont superficielles.
6. Parmi les lacunes spécifiques des réserves actuellement proposées par le Canada, notons l'absence de demandes d'exemption des champs clés des politiques et lois publiques, dont ceux nécessaires...
  - (i) ...pour réglementer les soins de santé lorsque ceux-ci sont prodigués sur une base commerciale ou en concurrence avec d'autres fournisseurs. Dans le contexte canadien, on parle des services fournis par les médecins, les cliniques privées, les ambulances, les fournisseurs de soins à domicile et de soins de longue durée, ainsi que les sociétés d'assurance-maladie;
  - (ii) ...pour réglementer les services éducatifs et de garde à la petite enfance fournis sur une base commerciale, y compris les règles définissant le nombre de ces établissements, l'octroi de territoires et la formation du personnel;
  - (iii) ...pour établir et maintenir des monopoles publics dans des secteurs aussi variés que le transport et la distribution d'électricité, la consultation scientifique et technique, ainsi que certains services environnementaux;

- (iv) ...pour garder le contrôle public sur les services d'eau et les ressources en eau;
  - (v) ...pour protéger l'environnement en matière d'utilisation du sol et d'activités manufacturières et industrielles.
7. En vertu de l'AÉCG, les mesures des gouvernements municipaux, y compris celles de leurs entités apparentées, comme les commissions scolaires et les services publics municipaux, bénéficient d'une clause de droits acquis. Cependant, le Canada a précisé que cette exemption « sera assujettie au mécanisme de cliquet » qui empêche l'adoption de nouvelles initiatives ou de toute réforme aux mesures actuelles susceptibles de limiter un tant soit peu les droits des investisseurs et des fournisseurs de services étrangers.

Les points ci-dessus, sur lesquels nous reviendrons plus en détail plus loin, ne représentent qu'une partie des conséquences qu'auront les propositions actuelles du Canada. Ces exemples illustrent les problèmes d'une approche qui semble traduire un désir d'accorder de vastes concessions aux sociétés européennes, sans attendre grand-chose en retour.

Étant donné la faiblesse patente des propositions du Canada et devant le fait que l'UE n'est pas prête à abandonner elle aussi ses prérogatives politiques et réglementaires sur son propre territoire, les gouvernements provinciaux et territoriaux devraient être prudents et réévaluer leur appui à la liste des réserves proposées par le Canada, en tenant compte de l'engagement du fédéral à déréglementer et à privatiser. En fait, pour cette raison, le fédéral pourrait bien voir dans l'AÉCG (qui incarne ces politiques) un moyen utile de les enchâsser afin de pouvoir consacrer moins d'effort à l'obtention d'un équilibre raisonnable des bienfaits.

Il est donc primordial pour les gouvernements provinciaux et territoriaux de comprendre que les propositions de l'AÉCG représentent un changement radical qui, dût-elles être mises en œuvre, influenceraient de manière omniprésente, contraignante et sans précédent l'autorité des gouvernements provinciaux et territoriaux. Conséquemment, il est dommage que plusieurs provinces et territoires aient exclu du champ d'application des règles de l'AÉCG si peu de domaines de politique et de loi publique. Qui plus est, comme nous l'avons déjà souligné, les disparités entre les diverses propositions provinciales et territoriales transformeraient profondément le paysage constitutionnel canadien, qui se fragmenterait. Plus d'un expert en droit international (Schwartz, Schneiderman) a souligné que l'influence généralisée et le caractère virtuellement permanent des règles internationales d'investissement et de service équivalent à des contraintes quasi constitutionnelles sur l'exercice de l'autorité gouvernementale.

Conséquemment, il est important que les gouvernements provinciaux et territoriaux aient le temps de revoir leur alignement actuel. À cet égard, le Canada a accompagné son offre d'un certain nombre de conditions, dont celle :

*[d'obtenir] de l'UE une offre satisfaisante représentant une ouverture des marchés équilibrée par rapport à l'offre canadienne, quant à l'étendue des mesures non conformes incluses aux Annexes I et II.*

Comme nous l'avons déjà souligné, ce n'est clairement pas le cas entre les propositions européennes et canadiennes. De plus, des deux approches, celle de l'UE protège beaucoup mieux la capacité des gouvernements à gouverner dans l'intérêt de la population.

Les conséquences qu'aura l'AÉCG sur la capacité de gouverner des gouvernements provinciaux, territoriaux et municipaux étant identifiables et très majoritairement négatives, il serait judicieux pour les gouvernements provinciaux et territoriaux de suspendre leur appui à cette initiative fédérale, d'ici à ce qu'une évaluation publique exhaustive permette d'en évaluer les risques, les coûts et les avantages.

Enfin, et cela nous servira d'introduction, notons que l'évaluation qui suit se fonde sur des documents obtenus par le biais de fuites. Les propositions canadiennes décrites ci-dessous sont datées du 12 octobre 2011; celles de l'UE, du 28 février 2012. Il est déplorable qu'un accord international si lourd de conséquences virtuellement permanentes se soit négocié, jusqu'à présent, sans permettre la tenue d'une discussion ou d'un débat public éclairé.

## **PARTIE I : L'IMPORTANCE DES RÉSERVES**

### **L'impact qu'auraient des réserves inadéquates sur les mesures provinciales et territoriales**

Comme plusieurs le savent, l'avènement de « règles commerciales » internationales au sujet de l'investissement et des services a gravement limité les gouvernements dans leur politique intérieure et leurs prérogatives réglementaires en matière d'investissement et de services, alors que la grande majorité des mesures provinciales et territoriales entre dans cette catégorie. L'importance des restrictions qu'imposent ces régimes internationaux à l'action gouvernementale dépend de deux choses : i) les règles en elles-mêmes; ii) l'importance des mesures gouvernementales exemptées de ces règles (les réserves). Bien que l'ALÉNA et l'AGCS contiennent des règles très larges en matière d'investissement et de services, la plupart des activités gouvernementales provinciales, territoriales et municipales qui leur sont antérieures en ont été exclues.

Les règles de l'AÉCG portant sur l'investissement, les services et l'approvisionnement ressemblent beaucoup à celles de l'ALÉNA et de l'AGCS, à la différence près que l'AÉCG réduira dramatiquement la portée des réserves de ces deux traités lorsqu'il ne les éliminera pas complètement. Conséquemment, la liberté de statuer et de réglementer des gouvernements provinciaux, territoriaux et municipaux sera beaucoup plus limitée par cet accord de libre-échange que par les précédents. C'est particulièrement le cas avec les règles internationales concernant l'approvisionnement qui, auparavant, ne s'appliquaient pas aux gouvernements infranationaux, mais cela est tout aussi vrai dans bien d'autres champs de politique et de droit provinciaux et territoriaux.

Si les règles touchant à l'investissement et aux services internationaux ont cette fois une portée beaucoup plus grande, c'est parce que les clauses de l'AÉCG s'appliqueront à virtuellement toutes les mesures gouvernementales infranationales, à l'exception de celles qui auront été explicitement exclues. L'application « descendante » des règles de l'AÉCG constitue une inversion de l'approche utilisée dans l'AGCS. Ce traité limite l'application de ses clauses principales aux secteurs de services que le gouvernement fédéral y a inscrits explicitement (et volontairement). Il laisse aussi aux gouvernements provinciaux et territoriaux la possibilité d'exclure de l'application de ses règles des mesures ou des sous-secteurs appartenant aux secteurs de services couverts.

Dans le cas de l'ALÉNA, toutes les mesures existantes des gouvernements infranationaux étaient exclues d'office, tant et aussi longtemps qu'elles sont maintenues. Avec l'AÉCG, la grande majorité de ces mesures doivent maintenant respecter les règles de l'AÉCG, puisque seul un nombre relativement petit d'entre elles en a été exclu. Autrement dit, l'approche descendante, qui consiste à devoir énumérer les mesures provinciales et territoriales à exclure, réduit dramatiquement la portée des protections accordées à ces mesures par l'ALÉNA et l'AGCS. Plus encore, les règles *NPF* de l'ALÉNA obligent le Canada à accorder aux investisseurs et fournisseurs de services américains et mexicains le même traitement préférentiel qu'il offrira maintenant à leurs homologues européens, même si nos voisins du sud n'offrent aucune concession réciproque.

L'évaluation qui suit tient compte des réserves qu'ont proposées le Canada et l'UE. On peut diviser celles-ci en deux catégories. Le premier groupe de réserves, inscrit dans l'Annexe II, préserve les prérogatives futures du gouvernement dans le secteur visé. Ces réserves sont dites « illimitées », parce qu'elles laissent les gouvernements libres d'adopter et de formuler des politiques et des lois pouvant restreindre les droits accordés aux sociétés et aux investisseurs étrangers. L'autre catégorie, qu'on retrouve à l'Annexe I, regroupe les réserves dites « limitées », parce qu'elles exemptent les mesures existantes uniquement si celles-ci demeurent en vigueur pour conserver leur statut, tout en interdisant de leur apporter tout amendement qui les écarteraient des exigences de l'AÉCG. En d'autres termes, les seules réformes permises des mesures inscrites à l'Annexe I sont celles menant à une plus grande libéralisation. C'est ce mécanisme qu'on appelle « effet de cliquet » dans le vocabulaire du droit commercial international.

### **La disparité entre les réserves proposées par l'UE et le Canada**

Si on compare les réserves proposées par le Canada et l'UE, on constate que les réserves européennes sont beaucoup plus inclusives. Par exemple, l'UE propose d'inscrire de vastes réserves à l'Annexe II pour protéger tous les services publics; les monopoles publics, qu'ils soient commerciaux ou non (comme le transport en commun); les services d'information; la distribution de l'eau « à usage domestique, industriel, commercial et autre »; les services d'approvisionnement pour « tous les travailleurs commerciaux et industriels, le personnel soignant et les autres employés »; la recherche et le développement dans presque tous les secteurs; la vente au détail de médicaments;

les services éducatifs aux niveaux primaire, secondaire, supérieur et d'éducation aux adultes; les soins de santé et les services sociaux; les services financiers; les services de distribution d'énergie (comme les pipelines et réseaux de transport de l'électricité); etc.

Le Canada n'a proposé aucune réserve dans la plupart de ces secteurs de services; dans les autres, ses propositions sont superficielles si on les compare à celles de l'UE. Bien qu'on puisse s'attendre à un certain écart entre ce que proposent le Canada et l'UE, la différence est ici frappante. Soulignons aussi que l'offre de départ du Canada consiste simplement à abandonner complètement de vastes secteurs de politique et de droit public, alors que l'UE n'a signifié aucune intention d'abandonner elle-même ces secteurs.

Notre mandat d'évaluation n'inclut pas la comparaison point par point des propositions divergentes, mais l'analyse ci-dessous propose plusieurs exemples illustrant à quel point le Canada est plus prêt que son homologue à abandonner son droit de modeler des mesures gouvernementales afin de faire face à l'avenir.

### **L'expansion non réciproque des droits des investisseurs en vertu de l'ALÉNA**

Autre aspect hautement problématique de l'AÉCG dans sa forme actuelle : son effet sur les obligations du Canada en vertu de la clause *nation la plus favorisée (NPF)* des accords commerciaux en vigueur. Pour illustrer ce problème, nous utiliserons les clauses *NPF* de l'ALÉNA, mais le Canada a pris des engagements similaires dans d'autres accords commerciaux internationaux.

À cet effet, l'**article 1103** de l'ALÉNA stipule que :

*1. Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation ou la vente ou autre aliénation d'investissements.*

*2. Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, aux investissements effectués par les investisseurs de toute autre Partie ou d'un pays tiers, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre aliénation d'investissements.*

L'article 1103 de l'ALÉNA portant sur les services reprend la formulation de l'article 1203 sur les investissements.

En langage simple, la règle de traitement *NPF* se lit comme suit : faveur à l'un, faveur à tous. Il s'agit ici de traiter équitablement ses partenaires commerciaux, selon le principe de non-discrimination.

Ainsi, en vertu de l'ALÉNA, et à moins qu'une réserve à la clause *NPF* ait été obtenue dans cet accord commercial, les investisseurs et les fournisseurs de services américains et mexicains ont droit au traitement le plus favorable qu'accorde le Canada à leurs homologues des autres nations, y compris dans le cadre de futurs accords commerciaux comme l'AÉCG. De plus, les investisseurs et les fournisseurs de services de l'ALÉNA ont droit aux avantages de la clause *NPF*, même si les États-Unis et le Mexique n'offrent aucun engagement de réciprocité, ce qui est le cas actuellement.

Donc, puisque le Canada accorde des droits beaucoup plus étendus aux investisseurs et fournisseurs de services européens en vertu de l'AÉCG, leurs homologues américains et mexicains ont droit aux mêmes avantages. Et puisque les réserves du Canada quant à la clause *NPF* de l'ALÉNA ont une portée très limitée, on peut voir l'AÉCG comme une expansion unilatérale et asymétrique des règles de l'ALÉNA sur l'investissement et les services, à l'avantage exclusif des investisseurs et fournisseurs de services des États-Unis et du Mexique.

Autrement dit, les États-Unis et le Mexique ont droit à plusieurs des avantages de l'AÉCG, avantages que le Canada a présentés comme des innovations en matière de libéralisation du commerce, sans avoir à accorder des droits similaires aux investisseurs et fournisseurs de services canadiens.

Cette situation a pour corollaire que, à moins qu'il demande une réserve sur la clause *NPF* de l'AÉCG, le Canada fera face au même problème lorsqu'il signera ultérieurement un accord commercial qui étendra encore plus le champ d'application des règles internationales d'investissement et de services. Néanmoins, comme ce fut le cas avec l'ALÉNA, le Canada n'a proposé qu'un nombre limité de réserves à la clause *NPF*.

Essentiellement, l'UE aura droit au traitement le plus élevé accordé aux investisseurs et fournisseurs de services domestiques (en vertu du *traitement national*) et étrangers (*NPF*). On s'attendrait à ce que le Canada évalue la pertinence d'un tel engagement, considérant ce qu'il espère tirer de l'AÉCG. Néanmoins, le déséquilibre marqué de l'accord commercial proposé, comme l'illustre l'asymétrie des réserves proposées par l'UE et le Canada, devrait soulever de graves questions quant aux compromis que le Canada est prêt à faire afin de conclure cet accord.

## **PARTIE II : L'IMPACT DES RÈGLES DE L'AÉCG SUR LES SERVICES PUBLICS**

### ***Transport en commun, réseaux électriques, vente d'alcool et autres monopoles d'État***

Les disciplines concernant l'accès aux marchés des disciplines de l'AÉCG touchant à l'investissement et aux services empêchent les gouvernements d'adopter des mesures créant des monopoles d'État dans les services publics comme l'assurance-maladie et le transport en commun. Certains de ces services sont offerts en mode universel et non en mode commercial ou en concurrence avec d'autres fournisseurs de services, pour reprendre la terminologie de la réserve de l'AGCS. Au Canada, l'assurance-maladie publique constitue un tel service, et les lois provinciales et territoriales interdisent habituellement aux sociétés d'assurance privées d'offrir des polices d'assurance couvrant des services assurés en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*.

De telles restrictions sont incompatibles avec la règle de l'*accès au marché*. Il faut donc les protéger pour qu'elles puissent demeurer en vigueur (voir la discussion ci-dessous).

Dans d'autres domaines, les gouvernements ont accordé un monopole à des fournisseurs de services qui fonctionnent en mode commercial ou en concurrence avec d'autres fournisseurs. C'est le cas dans le transport en commun, le transport et la distribution de l'électricité, la vente de boissons alcoolisées et les services postaux. Ces mesures vont aussi à l'encontre de la règle de l'*accès au marché* et, pour que ces monopoles subsistent, elles doivent être réservées.

Comme dans la plupart des autres domaines, les propositions canadiennes présentent des lacunes évidentes comparativement à celles de l'UE. Nous traiterons plus loin de la santé et de l'éducation, mais intéressons-nous pour l'instant aux monopoles et quasi-monopoles d'État fonctionnant en mode commercial et en concurrence avec d'autres fournisseurs de services.

L'UE a expressément exclu de telles mesures de l'*accès au marché* en vertu de l'Annexe II. Ainsi, elle protège son pouvoir actuel et futur de légiférer et de réglementer.

*Il existe des services publics dans des secteurs comme les services-conseil scientifiques et techniques apparentés, les services de recherche et de développement en sciences sociales et en sciences humaines, les essais techniques et les services d'analyse, les services environnementaux, les services de transport et les services complémentaires à tous les modes de transport. Souvent, on a accordé à des exploitants privés le droit exclusif d'offrir ces services, par exemple lorsque le gouvernement octroie à un exploitant privé des concessions assorties d'obligations de service précises. Puisqu'il existe aussi des services publics au niveau sous-central, il est quasi impossible de dresser une liste complète et détaillée de ces services par secteur. Cette réserve ne s'applique pas aux télécommunications et aux services informatiques. [Nous soulignons.]*

Le Canada n'a proposé aucune réserve correspondante ou équivalente. De plus, il a inscrit à l'Annexe II qu'un très petit nombre de ces monopoles d'État (comme la commercialisation des produits agricoles). Voici un exemple digne de mention : l'UE a inscrit les services postaux aux réserves de l'Annexe II, alors que le Canada les a mis à l'Annexe I. C'est dire que l'UE a protégé son droit de faire évoluer ses services postaux pour les adapter aux nouvelles réalités et opportunités du monde des services postaux et des messageries, qui connaît une transformation rapide. Le Canada? Non.

Il est important de souligner l'avertissement que contient la réserve de l'UE, à savoir que « *puisque il existe aussi des services publics au niveau sous-central, il est impossible de dresser une liste complète et détaillée de ces services par secteur* », d'où l'intérêt de réserver ces services publics et monopoles d'État à l'échelle de la communauté européenne ou, dans le cas du Canada, à l'échelle nationale. Or, le Canada a adopté l'approche opposée, ce qui force les gouvernements provinciaux et territoriaux à s'atteler à la tâche « quasi impossible » qui consiste à identifier chaque service public qu'ils souhaitent protéger contre l'application des disciplines de l'AÉCG.



Cette approche engendre une autre difficulté évidente : elle livre les prérogatives des futurs gouvernements provinciaux et territoriaux à la merci du gouvernement actuel qui peut, aujourd'hui, imposer ses vues à tous les gouvernements qui seront élus par la suite pour diriger cette province ou ce territoire. Une comparaison des propositions de réserves selon l'Annexe II formulées par les provinces et les territoires illustre d'ores et déjà les divergences de points de vue entre ces gouvernements.

Ainsi, le Manitoba a proposé une vaste réserve à l'*accès au marché* pour « l'agriculture, l'alimentation, la vente au détail de boissons alcoolisées, la pêche, l'assurance, la foresterie, l'énergie et les services récréatifs ». Elle se lit comme suit :

*Le Manitoba se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure limitant l'accès au marché des services, fournisseurs de services, investissements et investisseurs en lien avec l'une ou l'autre des activités ou sous-secteurs énumérés ci-dessus.*

Par comparaison, le Nouveau-Brunswick a uniquement exclu de l'*accès au marché* la commercialisation des produits agricoles et les services de jeux de hasard.

Et les exemples de divergences entre les provinces sont nombreux. Par exemple, une minorité de provinces et de territoires ont proposé d'inscrire leur réseau électrique parmi les réserves de l'Annexe II. Aucune province ni aucun territoire n'ont réservé le transport en commun. Seule l'Ontario a inscrit les énergies renouvelables parmi les réserves de l'Annexe II, et non seulement pour l'*accès au marché*, mais aussi pour le *traitement national*, la *NPF*, les *prescriptions de résultats* et la *haute direction et le conseil d'administration*.

L'Ontario nous offre un bel exemple de ce qui peut arriver lorsqu'on omet d'inscrire des réserves à l'Annexe II dans des domaines de politique et de droit public où le progrès technologique, les impératifs écologiques et les besoins sociaux exigent d'un gouvernement qu'il développe des initiatives imprévues. Ainsi, parce qu'elle n'a pas protégé ses options en vertu des règles de l'OMC ou de l'ALÉNA<sup>1</sup>, l'Ontario doit maintenant défendre sa *Loi sur l'énergie verte* contre des coups portés en vertu de ces règles.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Mesa Power Group LLC c. le gouvernement du Canada*: Le 6 juillet 2011, Mesa Power Group LLC, une entreprise américaine, a signifié une notification à l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage au gouvernement du Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. La plainte de Mesa Power Group concerne des mesures prises par le gouvernement de l'Ontario qui se rapportent au Programme de tarifs de rachat garantis (TRG) autorisé par la *Loi sur l'énergie verte et l'économie verte*. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/mesa.aspx?lang=eng&view=d>

<sup>2</sup> Canada — Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable; [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds412\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds412_f.htm). Le Japon a allégué que les mesures étaient incompatibles avec les obligations du Canada au titre de l'article III:4 et III:5 du GATT de 1994. L'UE et les États-Unis soutiennent la démarche du Japon.

On peut facilement s’imaginer que les gouvernements auront à réagir à de nouveaux défis dans le transport en commun, l’énergie, les services environnementaux et plusieurs autres domaines où le rôle de l’État est essentiel à l’atteinte d’objectifs de société. Pourtant, le Canada et la plupart des provinces et territoires n’ont pas fait ce qu’il fallait pour protéger la capacité des gouvernements à réagir aux défis futurs. Dans certains cas, cette omission traduit sans aucun doute un engagement idéologique à diminuer le rôle de l’État, mais dans d’autres cas, il s’agit peut-être d’un effet de cette exigence « quasi impossible » de prévoir des problèmes et des opportunités encore insoupçonnés dans les divers domaines de politique et de droit public. Dans un cas comme dans l’autre, le résultat est identique : les Canadiens seront privés du droit de donner à leurs gouvernements le mandat d’adopter des mesures qui transgressent les vastes contraintes des règles de l’AÉCG sur l’investissement et les services.

Néanmoins, comme nous l’avons mentionné dans notre introduction, l’aspect le plus problématique du processus actuel consiste dans le fait qu’il représente une sorte de réforme quasi constitutionnelle qui accordera aux gouvernements provinciaux et territoriaux des prérogatives très variables. Certaines provinces et certains territoires pourraient approcher l’exercice de leur autorité constitutionnelle d’une manière originale, mais il est impensable qu’on puisse modifier la *Loi constitutionnelle* pour y distinguer l’étendue des pouvoirs constitutionnels octroyés aux divers gouvernements provinciaux et territoriaux. Pourtant, c’est exactement l’effet qu’aura l’AÉCG, étant donné que chaque province ou territoire propose des réserves différentes. Ainsi, certaines provinces et certains territoires auront le droit de gérer leur demande en produits agricoles, d’encourager les énergies renouvelables ou de créer un monopole d’État dans le transport de l’électricité ou la distribution de l’eau, alors que d’autres ne le pourront pas.

Selon nous, la question de savoir si la constitution canadienne permet aux provinces et territoires de prendre de tels engagements mérite d’être étudiée plus avant.

### *Services de soins de santé*

De tous les domaines de politique et de droit public, l’assurance-maladie est certainement celui qui incarne le mieux les valeurs canadiennes, le plus central à la satisfaction des besoins de la société. Le programme universel de soins de santé est le plus gros programme social du Canada. C’est aussi le poste de dépense publique le plus imposant, mais il contribue grandement à la compétitivité du pays à l’international. Or, il est généralement convenu que les politiques canadiennes en matière de soins de santé sont fondamentalement incompatibles avec le principe de la libéralisation des marchés. En fixant un monopole d’État dans l’assurance maladie et en réglementant qui peut fournir des soins de santé et selon quelles modalités, les articles de la *Loi canadienne sur la santé* vont fondamentalement à l’encontre de l’esprit du « libre marché ».

Les accords commerciaux cherchent à ouvrir les marchés à tous les investisseurs et fournisseurs de biens et de services; le régime d’assurance-maladie dit que tous les régimes d’assurance-maladie doivent être administrés par l’État, sans but lucratif.

Les règles du commerce cherchent ostensiblement (à tout le moins) à encourager la concurrence dans les économies intérieures et internationales; la *Loi canadienne sur la santé* exige des provinces et des territoires qu'ils limitent les droits des investisseurs et des fournisseurs de services privés afin de maintenir les cinq principes de base du réseau de la santé : gestion publique, intégralité, universalité, transférabilité et accessibilité.

C'est en raison de ces contradictions que le Canada a inscrit à l'ALÉNA et à l'OMC des règles pour mettre les mesures canadiennes en matière de soins de santé à l'abri de l'application de règles commerciales qui sont incompatibles avec lui. Cependant, la portée et l'efficacité de cette réserve font l'objet d'un débat; les experts (Flood, Schwartz, Johnson), y compris l'auteur de la présente évaluation (dans un rapport commandé par la Commission Romanow), ont émis des opinions très variées à ce sujet.

Néanmoins, le Canada avait l'occasion avec l'AÉCG de préciser sa position dans la formulation de sa réserve à l'égard des services de soins de santé. Et il ne l'a pas fait, se contentant de reproduire la réserve rédigée pour l'ALÉNA en 1993. Ainsi, le Canada a proposé la réserve suivante aux règles de *traitement national*, *NPF*, *haute direction et conseils d'administration* et *accès au marché* de l'AÉCG, relativement au commerce transfrontalier des services et de l'investissement :

*Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure concernant les services d'application du droit public et les services correctionnels, ainsi que les services suivants dans la mesure où ils constituent des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public: sécurité ou garantie des revenus, sécurité ou assurance sociale, aide sociale, éducation publique, santé et garde d'enfants. [Nous soulignons.]*

Cette phraséologie soulève plusieurs problèmes, le plus grave étant que l'assurance-maladie est un régime public d'assurance dans lequel des services de santé sont souvent fournis sur une base commerciale (mais réglementée) par des médecins, des cliniques détenues par des investisseurs et d'autres établissements privés. Les États-Unis soutiennent, depuis longtemps, que cette réserve s'applique uniquement aux services similaires à ceux fournis par un gouvernement et donc qu'elle ne s'applique pas aux services fournis par une société privée, à but lucratif ou non (Kantor 1996).

Il semble que l'UE ait pris bonne note de cette interprétation, puisque la réserve qu'elle propose pour ses services de soins de santé est beaucoup plus explicite quant à la nature des mesures protégées. Ainsi, en ce qui a trait à l'*investissement étranger*, la réserve de l'UE à l'Annexe II contre l'*accès au marché*, le *traitement national*, les *prescriptions de résultats* et la *haute direction et les conseils d'administration* prévoit ce qui suit :

*L'UE se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure ayant trait à la fourniture de services de santé autres que les services de santé hospitaliers, ambulanciers ou résidentiels, qui sont financés par le secteur privé.*

*La participation des exploitants privés au réseau de la santé est assujettie à une concession. Des critères de nécessité économiques peuvent s'appliquer. Principaux critères : le nombre et l'impact des établissements existants, les infrastructures de transport, la densité de la population, la répartition géographique et la création de nouveaux emplois.*

*Plusieurs états membres se réservent le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure ayant trait à la fourniture de services de santé hospitaliers, ambulanciers ou résidentiels financés par le secteur privé.*

En ce qui a trait aux *services transfrontaliers*, l'UE s'est réservée le droit de :

- *adopter ou maintenir toute mesure exigeant l'établissement de fournisseurs de services de santé;*
- *limiter le financement public accordé à un consommateur de l'UE pour l'obtention de services sociaux ou de santé fournis à l'extérieur du territoire de l'UE.*

De plus, l'UE inclut explicitement dans sa définition des services de santé :

*les services que fournissent des professionnels de la santé à des patients dans le but d'évaluer, de maintenir ou de rétablir leur état de santé, lorsque ces activités sont réservées à une profession de la santé réglementée dans l'état membre où les services sont prodigués, que ceux-ci se déroulent ou non dans un établissement de santé.*

Encore une fois, l'approche canadienne montre des lacunes évidentes qui réduiront grandement la marge de manœuvre des gouvernements provinciaux et territoriaux en matière de réglementation ou de contrôle des coûts de leur système d'assurance-maladie. De plus, en proposant une réserve aussi superficielle pour les services de santé « dans la mesure où ils constituent des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public », le Canada laisse la portée de cette réserve mal définie à la merci de toute interprétation que souhaiterait en faire un tribunal du commerce extérieur ou des investissements. En n'étant pas plus précis dans sa réserve, ce qui risque de miner gravement la viabilité de son modèle d'assurance-maladie, le Canada fait preuve d'irresponsabilité.

### ***Hôpitaux publics et cliniques privées***

Il faut aussi souligner que le Canada n'a pas réservé son droit d'accréditer et de réglementer les hôpitaux et les cliniques privées. Les hôpitaux publics sont, pour l'essentiel, des établissements privés exploités sans but lucratif. Quant aux cliniques, elles sont typiquement des entreprises détenues par des investisseurs et exploitées avec un but lucratif et sur une base commerciale; ces établissements de santé prolifèrent actuellement dans plusieurs provinces. Ces cliniques sont de plus en plus nombreuses à fournir des services de soins de santé nécessaires grâce à de l'investissement privé, et souvent ces services se mélangent aux services financés par le régime d'assurance maladie de la province ou du territoire.

Comme nous l'avons souligné, l'UE s'est réservée explicitement le droit de réglementer les soins hospitaliers, cliniques, ambulanciers et à domicile financés par l'État. De plus, plusieurs états membres de l'UE se sont également réservé le droit de faire de même pour lesdits services lorsqu'ils sont financés par le secteur privé. Le Canada n'a fait ni l'un ni l'autre.

Néanmoins, il est probable que la réserve canadienne sur la santé protégerait et permettrait une réforme progressive de la réglementation des hôpitaux publics, puisque les services fournis par ces établissements sont au cœur du réseau canadien de la santé. Or, il est tout aussi probable que cette réserve sur la santé n'inclurait pas l'accréditation ou la réglementation des cliniques détenues par des investisseurs privés, et certainement pas celles qui fourniraient des services de soins de santé financés en tout en partie par le privé. Conséquemment, si une province ou un territoire dispose de mesures lui permettant de limiter la prolifération de telles cliniques ou encore la nature ou le volume des services qu'elles peuvent fournir, ces mesures enfreindraient la règle d'*accès au marché*. Quant aux mesures favorisant la fourniture de services de soins de santé nécessaires dans les hôpitaux publics, il est presque certain qu'elles offenserait l'exigence de *traitement national*. Les services à domicile et ambulanciers canadiens sont dans une situation similaire, alors que l'EU les fait exclure en bonne partie.

Simplement dit, la faiblesse patente de la réserve canadienne concernant les services de soins de santé expose clairement des mesures provinciales et territoriales essentielles à la viabilité à long terme des régimes d'assurance-maladie à de possibles contestations commerciales et plaintes d'investisseurs étrangers. Dans les faits, le Canada joue à la roulette russe avec son plus important programme social.

Selon nous, la réserve superficielle du Canada sur la santé est manifestement insuffisante pour protéger la marge de manœuvre politique et réglementaire des provinces et des territoires en ce qui a trait à leurs régimes d'assurance-maladie. Or, les provinces mettent en jeu l'avenir de leur réseau de la santé en osant croire que la réserve du Canada sera efficace, puisque, contrairement à leurs homologues de l'UE, aucune province ni aucun territoire n'ont réservé une quelconque mesure de soins de santé, à l'Annexe I ou à l'Annexe II.

Si les gouvernements provinciaux et territoriaux n'avaient pas une idée très claire des risques que recèle cette approche, la réserve explicite et détaillée de l'UE devrait saper leur confiance en l'approche canadienne et les convaincre de faire pression pour que le Canada revoie ses propositions et les rapprochent de la position de l'UE.

### ***Éducation, apprentissage préscolaire et services de garde***

La réserve concernant les services éducatifs qu'a inscrits le Canada à l'Annexe II est identique à celle concernant les services de santé (voir ci-dessus). Encore une fois, cette réserve est beaucoup moins complète que celle de l'UE. Cependant, contrairement aux services de santé, les services d'éducation primaire et secondaire sont surtout prodigués par des établissements sans but lucratif financés par l'État. Pour cette raison, ces services sont plus susceptibles d'être perçus comme des « *services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public.* »

Contrairement à ce qu'ils ont fait pour la santé, les territoires et les provinces ont inscrit à l'Annexe I des réserves touchant à diverses mesures en lien avec la fourniture de services éducatifs privés. Néanmoins, comme pour les autres réserves provinciales et territoriales, le contenu de ces réserves varie beaucoup d'une province et d'un territoire à l'autre.

Autre problème : aucun palier de gouvernement n'a réservé de mesures portant sur l'apprentissage préscolaire et les services de garde, où on trouve une abondance de services à but lucratif et même un nombre croissant d'entreprises internationales de services de garde.

Comme nous l'avons vu précédemment, il est très peu probable que la réserve canadienne sur les services sociaux puisse s'appliquer aux mesures concernant les fournisseurs privés et à but lucratif de services de garde.

Par conséquent, les efforts visant à réglementer le nombre ou l'emplacement des établissements de garde risquent d'aller à l'encontre de l'exigence d'*accès au marché*. De plus, les mesures encourageant directement ou indirectement les fournisseurs de services à but lucratif financés par l'État risquent fort d'échouer au test du *traitement national*. Les règlements exigeant une certaine forme de contrôle de la part de la communauté seraient difficilement conciliables avec les contraintes imposées par la règle sur *la haute direction et les conseils d'administration*. Un dernier point, peut-être le plus important : les normes touchant aux établissements, à la sécurité et à la formation du personnel pourraient être attaquées en vertu de la règle sur les *prescriptions de résultats*. Plusieurs provinces et territoires ont de telles mesures en vigueur et pourtant personne n'a proposé une réserve à l'Annexe I pour les protéger. De plus, puisque les besoins des collectivités évoluent avec le temps, les gouvernements auraient de bonnes raisons de protéger leur marge de manœuvre politique et réglementaire pour faire face à cette évolution en insistant sur l'inscription d'une réserve à cet effet à l'Annexe II.

Par prudence, les gouvernements provinciaux et territoriaux devraient insister pour que le Canada modifie sa réserve à l'Annexe II concernant les services de garde pour y faire inclure i) des mesures relativement aux fournisseurs de services de garde privés à but lucratif; et ii) des mesures concernant les services éducatifs privés autres que les services d'éducation primaire, secondaire, supérieure et aux adultes, comme l'a fait l'UE.

### **Réserves relatives à l'eau**

L'eau est la source de l'un des écarts les plus frappants entre les réserves canadiennes et européennes. L'UE a proposé une vaste réserve à l'*accès au marché* et au *traitement national* pour les services de collecte, de purification et de distribution de l'eau :

*L'UE se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure, à tout palier de gouvernement, concernant les services liés à la collecte, à la purification et à la distribution de l'eau aux utilisateurs résidentiels, industriels, commerciaux ou autres, y compris, l'approvisionnement en eau potable et la gestion de l'eau. Cette réserve ne s'applique pas au traitement des eaux usées.*

À l'inverse, le Canada n'a proposé aucune réserve concernant les services liés à l'eau. De plus, le Yukon est le seul gouvernement provincial ou territorial à avoir proposé une réserve relative à l'eau, et la portée de celle-ci se limite au développement énergétique et aux réseaux de distribution.

#### Détention et contrôle public des services liés à l'eau

En omettant de réserver les réseaux de traitement et de distribution de l'eau potable, contrairement à l'UE, les gouvernements canadiens auront limité grandement leur capacité à garder un contrôle public sur ce service essentiel. Si les mesures gouvernementales locales bénéficient d'une clause de droits acquis dans l'AÉCG, ce n'est pas le cas des mesures provinciales et territoriales touchant à la distribution de l'eau, alors que ce sont les gouvernements ou les services publics provinciaux et territoriaux qui, souvent, fournissent les services d'eau aux collectivités.

En outre, le mandat d'établir et d'exploiter les services publics d'eau conféré aux gouvernements locaux découle de lois provinciales et territoriales qui, elles, sont assujetties aux disciplines de l'AÉCG. En outre, au Canada la gestion de l'eau (explicitement réservée par l'UE) constitue principalement une compétence provinciale et territoriale. Pour ces raisons parmi d'autres, le fait d'accorder des droits acquis aux mesures des gouvernements locaux en lien avec l'établissement et l'exploitation de services d'eau municipaux ne constitue absolument pas une protection adéquate du contrôle public de l'eau et des services liés à l'eau. Nous reviendrons plus loin sur des questions plus vastes touchant au contrôle public des ressources en eau et des mesures de protection et de conservation de l'eau.

Néanmoins, outre ces enjeux, il est évident que les propositions de l'AÉCG menacent aussi la capacité des gouvernements à conserver un contrôle public sur les services de traitement et de distribution de l'eau potable. En effet, les efforts visant à maintenir des services publics exploités sous forme de monopole risquent fort d'aller à l'encontre de l'exigence d'*accès au marché*. Là où les systèmes d'eau sont privatisés, on a protesté contre l'établissement de normes de qualité ou l'imposition d'un tarif pour l'eau, en arguant que cela lèse les droits des investisseurs en vertu de règles internationales d'investissement très similaires à celles proposées pour l'AÉCG. Les règles d'approbation des projets de développement touchant au coût d'établissement et d'exploitation des infrastructures de services d'eau risquent d'être attaquées en tant qu'infraction au *traitement national*, parce qu'elles sont plus coûteuses que les règles imposées à d'autres développeurs. Enfin, un gouvernement qui tenterait de récompenser l'innovation nationale en matière de services d'eau risquerait d'être poursuivi pour infraction à l'interdiction de *prescrire des résultats*.

Tout gouvernement qui souhaite protéger son droit au maintien de services d'eau publics, détenus par l'État et réglementés devrait suivre l'exemple de l'UE et réserver le droit de le faire.

### Les seules réserves provinciales et territoriales liées à l'eau concernent les projets énergétiques

De plus, à quelques très minces exceptions près, les provinces et les territoires n'ont rien fait pour protéger leur emprise sur l'eau à titre de ressource naturelle ou d'intérêt public, ou encore pour protéger leur droit de réglementer son utilisation dans l'intérêt public.

Seuls trois territoires ou provinces ont formulé des réserves liées à l'eau, et celles-ci portent sur l'utilisation de l'eau pour la production d'électricité. Par exemple, Terre-Neuve-et-Labrador a réservé certaines mesures en vertu de la *Loi sur les ressources en eau*, mais cette réserve parle uniquement de l'utilisation de l'eau pour la production d'électricité, soit des mesures qui, par exemple :

*permettent d'affecter des terres ou des eaux du domaine provincial à tout bien, source ou force énergétique avec laquelle il est possible de produire de l'électricité, dont l'installation d'éoliennes et de développements hydroélectriques;*

avant d'explicitier les types de réglementation réservés :

*Sans limiter la portée générale de ce qui précède, ces mesures peuvent faire appel à des décisions discrétionnaires fondées sur divers facteurs, restrictions de l'investissement ou de l'accès au marché, prescriptions de résultats ou discrimination en faveur des résidents, investisseurs et fournisseurs de service de Terre-Neuve-et-Labrador.*

La Nouvelle-Écosse et le Québec ont proposé des réserves semblables, quoique celle du Québec soit nettement plus vaste et inclue le droit d'interdire l'exportation d'électricité comme condition à l'octroi de permis de production d'énergie hydroélectrique ou autre (voir notre analyse du cas d'AbitibiBowater ci-dessous). Cette réserve est formulée comme suit :

*Toute cession par bail, octroi ou vente d'énergie hydroélectrique appartenant au Québec ou sur laquelle le Québec détient un droit de propriété ou d'autres droits, ainsi que tout contrat, permis ou octroi autorisant l'installation ou le passage de lignes de transport d'énergie dans ou par-dessus le domaine de l'État ou la construction de parcs d'éoliennes sur le domaine de l'État inclura une clause interdisant l'exportation d'électricité depuis le Québec. Néanmoins, le gouvernement pourra autoriser, par décret, selon les conditions qu'il fixera et dans les cas qu'il choisira, l'exportation d'électricité depuis le Québec.*

### Seul le Yukon propose de réserver les droits de protéger l'eau et d'en réglementer l'utilisation

Seul le Yukon a proposé une réserve (Annexe I) pour préserver sa marge de manœuvre politique et réglementaire en ce qui a trait à l'eau. Cette réserve s'applique au secteur « des minéraux et des métaux; de l'électricité, du gaz et de l'eau », ainsi qu'au « sous-secteur : eau ».



Il s'agit d'une exclusion des règles de *traitement national, nation la plus favorisée, prescription de résultats et haute direction et conseils d'administration*.<sup>3</sup> Le gouvernement du Yukon réserve spécifiquement les mesures suivantes en vertu de la *Loi sur les eaux* :

*Le ou la ministre a le droit d'émettre des directives à l'Office des eaux du Yukon relativement à l'une ou l'autre des fonctions de cet Office, y compris l'émission de permis d'utilisation de l'eau; et*

*les exigences liées aux permis émis par l'Office des eaux du Yukon pour la plupart des utilisations commerciales et industrielles de l'eau, ainsi que la plupart des rejets de déchets dans l'eau.*

Le gouvernement du Yukon est également le seul à réserver son droit « d'établir, d'amender et de révoquer un plan de gestion des ressources » et son droit « d'établir, d'amender ou de révoquer un plan de gestion de l'eau » (par. 66 et 70 de la *Loi sur l'environnement*).

En résumé, sauf ces exceptions restreintes, les provinces et les territoires canadiens semblent prêts à exposer toutes leurs mesures actuelles et futures en lien avec la gestion, l'allocation, la protection et la conservation des eaux canadiennes à des contestations pour non-respect des contraintes très vastes des règles d'investissement et de services de l'AÉCG.

Cette situation pose particulièrement problème, compte tenu du règlement récent d'une réclamation qui contestait le droit du gouvernement de maintenir la propriété de l'État sur les ressources en eau et de s'assurer que ces ressources soient utilisées pour le bien de la société canadienne.

Le cas d'*AbitibiBowater* illustre si parfaitement les écueils qui attendent les gouvernements qui omettent de réserver le droit de réglementer l'utilisation de l'eau qu'il vaut la peine qu'on s'y attarde.

#### Établir son droit à la propriété de l'eau : *AbitibiBowater v. Canada*

En 2010, *AbitibiBowater* a déposé une plainte contre le Canada en vertu des clauses de l'ALÉNA sur les différends opposant un investisseur et un État. Elle a réclamé une compensation de 500 millions de dollars en raison d'une loi de Terre-Neuve-et-Labrador qui a exproprié ses biens dans une usine de papier et la centrale hydroélectrique qui l'alimentait et reversé à la province les droits d'eau et de coupe qu'elle détenait. Cette loi permettait cela, mais elle ne prévoyait aucune compensation pour les droits, terres et biens ainsi récupérés ou expropriés de la compagnie.

---

<sup>3</sup> Les réservées sont : *Waters Act*, RSY 2002, a.19; *Environment Act*, par. 66-70; et *Yukon Environmental and Socio-Economic Assessment Act*.

Il est clair que Terre-Neuve-et-Labrador expropriait des biens privés appartenant ou prêtés à AbitibiBowater, dont son usine à papier. Or, en vertu des lois canadiennes, la compagnie ne détenait aucun droit de propriété sur les eaux et ressources forestières provinciales, mais uniquement un permis de les utiliser à certaines fins. L'eau et les terres forestières en jeu n'avaient pas été cédées à la compagnie, dont le droit de les garder ou de les transférer était assujéti à la loi provinciale. Règle générale, les lois provinciales autorisant l'émission de permis d'utilisation de l'eau et l'octroi de droits de coupe permettent à la province d'assortir ces permis et octrois de conditions et autorisent le ministre responsable à annuler ceux-ci si cette décision respecte l'intérêt public.

Quant à l'expropriation, les gouvernements canadiens ont le droit de saisir des propriétés privées à des fins publiques, comme la construction d'une autoroute. Contrairement aux États-Unis, la propriété privée n'est pas protégée par la Constitution et la proposition voulant que le Canada adopte le modèle américain a été rejetée lors du rapatriement de la Constitution en 1982. Lorsqu'ils exproprient, les gouvernements sont libres de fixer le montant de la compensation à verser. Les règles d'investissement de l'AÉCG invalideraient cette prérogative. Ainsi, la règle sur *l'expropriation et la compensation* prévoit que :

*une partie contractante ne pourra pas exproprier [...] l'investissement sur son territoire d'un investisseur d'une autre partie contractante, sauf [...] si cette expropriation est assortie du versement d'une compensation prompte, adéquate et effective [...] correspondant à la juste valeur marchande de l'investissement exproprié [...]*

Autrement dit, en vertu de l'AÉCG (et de l'ALÉNA), les investisseurs étrangers ont inconditionnellement droit à une compensation lorsqu'un gouvernement les exproprie, et cette compensation doit correspondre à la juste valeur marchande du bien en jeu.

Voilà pourquoi AbitibiBowater a déposé une plainte en arbitrage en vertu des règles d'investissement de l'ALÉNA, au lieu de s'adresser aux tribunaux canadiens. Or, en plus de réclamer une compensation pour les biens physiques qu'a saisis la province, la compagnie a aussi réclamé une compensation pour l'expropriation de ses « droits relatifs à l'eau et à l'énergie hydraulique »<sup>4</sup>, ainsi qu'à certains « droits de coupe et droits fonciers »<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Dont ses droits relatifs à l'eau en lien avec l'article 8 du bail de Grand Falls, Bishop's Falls, Star Lake, Buchans, et même de possibles centrales hydroélectriques à Red Indian Falls (capacité évaluée à 44 MW) et à Badger Chutes (capacité évaluée à 22 MW) sur le rivière Exploits.

<sup>5</sup> Dont les revendications suivantes : (1) 2000 miles carrés à l'article 8 du bail comprenant le bassin du lac Red Indian, dans le centre-ouest de Terre-Neuve; (2) 1619 hectares dans le secteur du bail 1907, article 3; (3) 965 585 hectares octroyés par divers permis non renouvelables dans le centre de Terre-Neuve; (4) 111 163 hectares situés au centre de Private Reid Lots et dans l'ouest de Terre-Neuve, y compris les terres du Reid Lot 59 (comprenant l'usine Grand Falls, la Grand Falls House, la maison du directeur de l'usine AbitibiBowater, le poste de surveillance de la qualité de l'air ambiant et d'autres étendues considérables de terres propices au développement résidentiel et commercial); (5) 72 782 hectares situés au centre des Crown Reid Lots – dont 725 hectares de lots sur la rivière Victoria.

Au lieu de défendre le droit de Terre-Neuve-et-Labrador de réglementer l'utilisation de ces ressources publiques, le gouvernement fédéral a décidé de s'entendre avec la compagnie sur une compensation de 130 millions de dollars. Les termes de l'entente révèlent que le Canada n'a rien tenté pour rejeter les réclamations touchant à la perte de ses droits sur l'eau et de ses droits de coupe sur les terres de la Couronne. Dorénavant, tout gouvernement confronté à une réclamation similaire devra démontrer qu'en s'entendant de la sorte avec AbitibiBowater, le Canada n'a pas créé une norme de *traitement national* qui doit maintenant être accordé aux autres investisseurs étrangers.

Le cas *AbitibiBowater* a créé un précédent grave. Pourtant, seule une poignée de provinces et de territoires ont pris la peine de réserver leur droit de réglementer l'utilisation des ressources en eau pour la production d'énergie. Parmi les provinces qui ne l'ont pas fait, on trouve l'Alberta, ce qui signifie que toute tentative de restreindre l'accès aux ressources provinciales en eau ou à leur utilisation par le secteur de l'exploitation des sables bitumineux, par exemple, pourrait être contestée d'office pour non-respect des règles d'*accès au marché*, de *traitement national* ou d'*expropriation*.

Qui plus est, presque toute mesure adoptée pour réglementer l'utilisation de l'eau ou les activités susceptibles de dégrader ou de polluer les ressources en eau porterait flan à une contestation commerciale en vertu de l'AÉCG, puisque seul le Yukon a réservé son droit de maintenir de telles mesures.

### ***Mesures environnementales***

À regarder la liste des réserves proposées par le Canada, on constate une autre omission flagrante : aucune province ni territoire n'ont présenté une réserve, dans l'une ou l'autre des annexes, pour leurs lois environnementales, à l'exception du Yukon.<sup>6</sup>

Pourtant, presque tous les gouvernements provinciaux et territoriaux ont établi des mesures de protection et d'évaluation environnementale. Ces lois imposent aux entreprises commerciales et industrielles d'importantes obligations en matière de gestion des déchets, de réduction et de contrôle de la pollution, de conservation des ressources, de protection des habitats et de planification environnementale.

De plus, les normes environnementales ont souvent fait l'objet de contestations en matière de commerce et d'investissement international. Au moment d'écrire ces lignes, la *Loi sur l'énergie verte* de l'Ontario est la cible d'importantes contestations internationales, alors qu'elle cherche à s'attaquer à un problème environnemental majeur : la réduction des émissions de gaz à effet de serre.

---

<sup>6</sup> Le Yukon a proposé une réserve limitée mais importante sur les mesures de planification et de gestion de l'eau au titre de la *Loi sur l'environnement* et de la *Yukon Environmental and Socio-Economic Assessment Act*.

À cet effet, l'Ontario s'est engagée à fermer ses centrales électriques au charbon, une source importante d'émissions de gaz à effet de serre au Canada. Pour encourager le développement des énergies renouvelables qui devront combler le manque à gagner substantiel qui en résultera, la province a mis sur pied diverses initiatives, dont la *Loi sur l'énergie verte* est la plus ambitieuse. Cette loi fait également la promotion du développement des technologies et de l'industrie verte canadiennes.

Nous avons appris, il y a maintenant plus de 20 ans, qu'il est pure folie de considérer l'environnement et l'économie comme deux univers distincts. Depuis, plusieurs gouvernements se sont efforcés d'intégrer les deux sous la bannière du développement durable. Comme nous le savons, il y aura toujours des gagnants et des perdants sous un régime de réglementation environnementale. Le fabricant de l'appareil efficace réussira, tandis que la technologie désuète sera abandonnée. Malheureusement, l'apparition de gagnants locaux génère des contestations commerciales internationales qui attaquent des mesures qualifiées de protectionnistes, une prétention trop souvent entérinée par les arbitres commerciaux. C'est la triste réalité des règles commerciales internationales contemporaines et de leurs mécanismes de contestation.

Le gouvernement canadien actuel voit clairement dans les règles du commerce international un outil qui découragera les initiatives environnementales des autres gouvernements. Il a donc menacé de contester une *directive sur la qualité des carburants* avancée par l'UE; cette directive établirait une distinction entre diverses sources d'énergie en fonction de leur empreinte carbone. Dans un tel système, l'énergie renouvelable est gagnante et le pétrole synthétique de l'ouest du Canada est perdant, d'où la menace canadienne d'une poursuite devant l'OMC. Dans une économie mondiale intégrée, on trouvera inmanquablement des investisseurs et des fournisseurs de services étrangers qui pâtiront des mesures environnementales, énergétiques ou préservatrices et qui, grâce à l'AÉCG, obtiendraient le droit de contester ces mesures devant des tribunaux commerciaux qui leur sont grandement favorables et qui n'ont pas de comptes à rendre.

La *Loi sur l'énergie verte* de l'Ontario et la *directive sur la qualité des carburants* qu'a avancée l'UE représentent des initiatives récentes qui tiennent compte d'une compréhension plus profonde du besoin d'innover afin de s'attaquer au réchauffement climatique. Elles illustrent parfaitement le besoin d'une évolution des politiques publiques et des lois afin de relever de nouveaux défis ou de trouver de nouvelles façons de relever des défis connus. Les gouvernements auront très peu de marge de manœuvre pour s'engager dans de telles initiatives s'ils ne s'en réservent pas le droit à l'Annexe II de l'AÉCG.

### **PARTIE III : L'EFFET INCERTAIN DES RÉSERVES À L'AÉCG**

Après avoir discuté d'une partie du terrain que cède le Canada par le biais des réserves qu'il propose d'inscrire à l'Annexe II de l'AÉCG, nous souhaitons maintenant nous pencher sur l'efficacité des réserves proposées.

Pour commencer, les réserves que les provinces et territoires ont fait inscrire à l'Annexe II se limitent, pour la plupart, à l'*accès au marché*. Souvenez-vous que l'ALÉNA comportait une obligation spécifique d'*accès au marché* et que toutes les mesures provinciales non conformes en place au moment de sa signature et maintenues ont été réservées (Annexe VII). Ainsi, les réserves provinciales et fédérales de l'Annexe II concernent le territoire étendu couvert par l'AÉCG.

Le problème de cette approche, c'est que la réserve à l'*accès au marché* risque fort peu d'être efficace, puisque les nouvelles mesures adoptées dans ces secteurs réservés vont souvent enfreindre aussi la règle du *traitement national* et d'autres disciplines de l'AÉCG.

Prenons, par exemple, les mesures britanno-colombiennes qui limitent l'importation d'électricité afin d'assurer une production provinciale suffisante et économiquement viable pour satisfaire les besoins provinciaux et ainsi apporter une certaine sécurité énergétique à la province. Les mesures adoptées en vertu de la *Clean Energy Act*, de la *Utilities Commission Act* et de la *Hydro Power and Authority Act* sont exclues, à l'Annexe I, des règles de *traitement national*, de *prescription de résultats* et d'*accès au marché*.<sup>7</sup> Le problème, c'est que toute nouvelle mesure adoptée en vertu de ces lois<sup>8</sup> sera uniquement exclue de la règle d'*accès au marché* de l'AÉCG.

On trouve le même problème dans le cas de la promotion du développement économique local en Ontario, en vertu de la *Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne*, art. 30 et 34, qui n'existait pas lors de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA en 1994. Ainsi, à l'Annexe I, l'Ontario a proposé une réserve aux règles de *traitement national* et de *prescription de résultats* pour les mesures décrites comme suit :

*Tout permis autorisant la récolte du bois de la Couronne est généralement conditionnel à ce que le bois soit transformé au Canada en bois d'œuvre, en pâte ou en d'autres produits.*

*Le ou la ministre peut amender un permis forestier conformément au règlement 167/95 qui requiert le dépôt d'un plan de gestion forestière en lien avec les objectifs socioéconomiques. Dans la démarche de planification et dans l'établissement et l'atteinte des objectifs, on priorisera les besoins et bénéfices des collectivités locales avant celles des autres collectivités.*

Il semble que l'Ontario ait reconnu la futilité de telles mesures, puisqu'elle n'a pas daigné les inscrire parmi ses réserves à l'Annexe II.

---

<sup>7</sup> BC Hydro importe et exporte de l'électricité, mais puisque la loi l'oblige à maintenir une capacité de production provinciale suffisante pour répondre aux besoins de la province, la demande en électricité importée est faible.

<sup>8</sup> Voir la réserve de la C.-B. à l'Annexe II.

Pourtant, en supposant qu'une telle réserve protège effectivement les mesures non conformes existantes en vertu de la *Loi sur la durabilité des forêts de la Couronne*, toute tentative de renforcer les clauses portant sur les bénéfices locaux sera interdite, puisqu'aucune réserve à l'Annexe II ne permettra une telle réforme progressiste. Même que l'Ontario affronte de telles difficultés avec les prescriptions de traitement à valeur ajoutée de l'article 91 de sa *Loi de 1990 sur les mines*.<sup>9</sup>

Le Québec s'expose similairement aux contestations commerciales et aux plaintes d'investisseurs étrangers, en raison de ses tentatives de réserver des mesures prises en vertu de sa *Loi sur les forêts* (R.S.Q., c. F-4.1), soit :

*Tout le bois récolté dans le domaine de l'État, y compris les volumes de biomasse, doit être transformé entièrement au Québec. Par contre, le gouvernement peut, suivant les conditions qu'il fixera, autoriser l'expédition à l'extérieur du Québec de bois du domaine de l'État incomplètement transformé s'il appert que le contraire irait à l'encontre de l'intérêt public.*

Nous croyons tout aussi problématique la tentative de cette province de préserver diverses mesures touchant à la réglementation de l'électricité, y compris les mesures suivantes :

*Hydro-Québec, les systèmes municipaux d'alimentation électrique et les systèmes privés d'alimentation électrique détiennent des droits exclusifs de distribution d'électricité.*

*Toute cession par bail, octroi ou vente d'énergie hydroélectrique appartenant au Québec ou sur laquelle le Québec détient un droit de propriété ou d'autres droits, ainsi que tout contrat, permis ou octroi autorisant l'installation ou le passage de lignes de transport d'énergie dans ou par-dessus le domaine de l'État ou la construction de parcs d'éoliennes sur le domaine de l'État inclura une clause interdisant l'exportation d'électricité depuis le Québec. Néanmoins, le gouvernement pourra autoriser, par décret, selon les conditions qu'il fixera et dans les cas qu'il choisira, l'exportation d'électricité depuis le Québec.*

*Les contrats relatifs à l'exportation d'électricité par Hydro-Québec, y compris l'acheminement par le biais d'une entente de transport d'électricité, doivent être soumis à l'autorisation gouvernementale, dans les cas déterminés par le gouvernement; ces contrats seront assujettis aux conditions que fixera alors le gouvernement.*

---

<sup>9</sup> La *Loi sur les mines* de l'Ontario exige que « tous les minerais et minéraux qui en sont tirés ou extraits soient traités et raffinés au Canada de façon à produire des métaux raffinés ou d'autres produits pouvant, sans autre traitement, être directement utilisés dans les procédés techniques, à défaut de quoi, le lieutenant-gouverneur en conseil peut déclarer nuls d'une nullité absolue le bail, les lettres patentes ou tout autre titre sur le terrain, le claim ou les droits miniers ».

Pourtant, il a déjà été déterminé que le droit à l'exportation de marchandises (qui s'appliquerait certainement aux marchandises énergétiques) constitue un droit protégé des investisseurs en vertu des règles de l'ALÉNA, dans un jugement (*Pope et Talbot v. Canada*) que le Canada n'a pas porté en appel. De plus, la tentative du Québec afin de préserver son droit de réglementer ce secteur arrive trop tard pour protéger les mesures relatives aux énergies renouvelables, celles-ci ayant été adoptées après 1994.

Voici qui illustre clairement le problème du gel temporel des politiques publiques. Cela lie les mains des gouvernements lorsque ceux-ci souhaitent relever de nouveaux défis ou profiter de nouvelles opportunités.

Le Québec essaie bien de placer ses futures initiatives énergétiques derrière un bouclier en réservant l'énergie et l'électricité à l'Annexe II, mais il le fait uniquement en lien avec la règle d'*accès au marché* de l'AÉCG.<sup>10</sup> Pourtant, la réserve à l'Annexe I qu'il demande pour les mesures actuelles non conformes aux règles de *traitement national* et de *prescription de résultats* indique clairement qu'à elle seule, sa réserve à l'Annexe II ne sera pas suffisante pour préserver son droit de s'attaquer aux défis futurs, y compris aux défis liés à la sécurité énergétique et aux changements climatiques.

Autrement dit, les provinces devraient disposer de réserves claires et bien définies à l'Annexe II de l'ALÉNA, mais, pour des raisons inexplicables, elles ont failli à ce devoir. Et maintenant que les conséquences de cette omission se font de plus en plus sentir, elles tentent de fermer la porte de l'écurie après que les chevaux se sont échappés.

## CONCLUSION

Cet avis évalue quelques-unes des conséquences qu'entraînera une expansion importante de la portée d'un accord commercial international qui inclura des mesures gouvernementales provinciales et territoriales qui, jusqu'à ce jour, avaient été exemptées des contraintes imposées par de tels accords. Parce qu'en vertu de la Constitution, les droits de propriété et les droits civils relèvent de la compétence des provinces, la plupart des politiques publiques et des lois canadiennes relatives à l'investissement et aux services sont des politiques et des lois provinciales ou territoriales. En adoptant une approche descendante dans l'application des disciplines de l'AÉCG, le gouvernement du Canada a placé les provinces et les territoires devant une tâche quasi impossible : celle de dresser la liste exhaustive et détaillée de toutes les mesures provinciales et territoriales sur lesquelles ils souhaitent réserver leur droit de gouvernance.

Les approches modestes et inconsistantes qu'ont adoptées plusieurs provinces et territoires pour répondre à cette situation laisseront de grands pans de politiques et de lois exposées à des contestations en vertu des règles de l'AÉCG.

---

<sup>10</sup> Réserves à l'Annexe II du Québec.

Néanmoins, nous n'avons pas pour mandat de nous aventurer dans la pléthore de problèmes pouvant découler de cette situation. C'est pourquoi l'analyse qui précède ne fait que présenter un petit nombre d'exemples qui illustrent les problèmes à prévoir si le Canada poursuit dans la même voie.

Salutations sincères,



Steven Shrybman  
SS:lbr/cope 343