

LE TILMA ET LES MUNICIPALITÉS

Quel est le statut du TILMA présentement?

Le 28 avril 2006, l'Alberta et la Colombie-Britannique ont conclu un *Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre* (TILMA), entré en vigueur le 1^{er} avril de cette année. Le TILMA est autorisé par l'Accord sur le commerce intérieur (ACI), qui a été négocié par les provinces et le gouvernement fédéral il y a plus d'une décennie. Cependant, le TILMA étend considérablement la portée de l'ACI, en particulier par l'inclusion de procédures de règlement des différends auxquelles peuvent recourir des parties privées et qui peuvent donner lieu à l'octroi de dommages dont l'application sera assurée par des tribunaux canadiens.

Pour le moment, seules ces deux provinces adhèrent au TILMA. Toutefois, comme l'exige l'ACI, le TILMA invite d'autres provinces et le gouvernement fédéral à devenir parties prenantes à l'Accord,ⁱ et cette possibilité est envisagée par d'autres provincesⁱⁱ qui sont activement encouragées à adhérer à l'Accord.ⁱⁱⁱ

Le TILMA s'applique-t-il aux municipalités?

Le TILMA s'applique aux mesures des parties et à leurs entités gouvernementales. Par entités gouvernementales, on entend les administrations régionales, locales, de district ou d'autres formes de gouvernement municipal, ainsi que les *conseils scolaires, les établissements des réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux financés par l'État*. Selon cette définition, les hôpitaux publics, les conseils des bibliothèques, les garderies, les sociétés d'aide à l'enfance et presque tous les

autres organismes publics sont soumis aux disciplines du TILMA. Le mot *mesure* est aussi défini largement et comprend *les lois, règlements, normes, directives, exigences, lignes directrices, programmes, politiques, pratiques administratives et autres procédures*.

Un rapport préparé pour l'Union des municipalités de la Colombie-Britannique (UBCM) reconnaît l'immense portée du régime et, en particulier, son application aux règlements sur le zonage, les subdivisions et le bruit, à la réglementation et à l'octroi de permis aux entreprises, aux exemptions fiscales et autres règlements, aux politiques d'approvisionnement, aux règlements et services de délivrance des licences et aux politiques relatives aux « donations à titre gratuit ».^{iv}

Bien que les dispositions du TILMA soient officiellement entrées en vigueur le 1^{er} avril 2007, certaines mesures bénéficient d'une exemption partielle qui prendra fin en avril 2009. Ces exemptions comprennent les mesures liées aux municipalités, aux conseils scolaires et aux établissements des réseaux de l'éducation, de la santé et des services sociaux financés par l'État. Toutefois, même pendant la période de transition, ces mesures ne doivent être ni modifiées, ni renouvelées d'une façon qui puisse diminuer leur compatibilité avec le TILMA.

En outre, comme l'indique leur nom, les mesures de transition sont temporaires et, ultimement, les disciplines du TILMA s'appliqueront à toutes les mesures réservées, à moins que les parties en conviennent autrement. Bien que des mesures puissent être ajoutées aux exemptions, cela ne serait possible qu'avec le consentement mutuel des parties.

Comment le TILMA limite-t-il l'autorité des administrations municipales?

Il est évident que le TILMA impose plusieurs contraintes à l'exercice de l'autorité des administrations municipales. Toutefois, l'ampleur et la nature de ces contraintes sont moins claires. En fin de compte, l'interprétation des règles du TILMA reviendra aux tribunaux autorisés par le régime et par les cours qui peuvent être invitées à examiner ou à faire appliquer les décisions de ces tribunaux.

Les dispositions du TILMA qui sont le plus contraignantes sont sans doute celles qui interdisent les « mesures » gouvernementales actuelles et futures dont « l'effet serait de restreindre ou d'entraver » le commerce, l'investissement ou la mobilité de la main-d'œuvre.^{vi} La raison en est que presque tout ce que font les gouvernements peut être jugé contraire à ces larges restrictions. Après tout, les mesures prises par les gouvernements ont généralement un effet sur le marché d'une façon ou d'une autre. *A priori*, ces mesures touchent le droit et la possibilité pour les sociétés et les individus de faire des affaires, d'investir ou de fournir des services et, par conséquent, à moins d'une exemption, elles peuvent être contestées en vertu du TILMA.

Toutefois, les véritables effets du TILMA ne découlent pas simplement de l'ampleur de son application, mais aussi et surtout de l'efficacité de ses procédures d'exécution. Ainsi, le TILMA donne le pouvoir aux parties privées d'exiger des dommages lorsqu'elles allèguent qu'une mesure contrevient aux règles du TILMA, et de faire trancher ces cas par des tribunaux selon des règles relatives à l'arbitrage international. Par exemple, si une municipalité refuse de retirer une mesure qui a été jugée contraire aux règles du TILMA, des dommages pécuniaires pouvant aller jusqu'à 5 millions de dollars peuvent être accordés contre la province et en faveur de la partie privée.^{vii}

Pour protéger certaines mesures contre les contestations, le TILMA prévoit quelques exceptions. Néanmoins, de larges pans de politiques et de législations publiques doivent se conformer aux exigences du TILMA, y compris de nombreuses mesures liées à l'environnement, à la protection des consommateurs, aux soins de santé, à l'éducation et à d'autres services sociaux. Même les mesures exemptées doivent être revues chaque année « dans le but d'en réduire l'ampleur ».

Le gouvernement de la C.-B. soutient que le TILMA n'est pas « destiné à restreindre la capacité des administrations locales à mettre en œuvre et à maintenir des mesures instaurées de bonne foi et non discriminatoires, comme les règlements de zonage, les restrictions de hauteur... »^{viii} Mais une simple lecture des dispositions du TILMA, de même que le but affirmé du régime, contredisent directement cette affirmation. Lorsque le TILMA vise à interdire des mesures qui sont discriminatoires pour les personnes ou les services de l'autre partie, il le précise (article 4). Mais les articles 3 et 5 n'incluent aucune réserve de cet ordre et interdisent donc toutes les mesures qui restreignent ou qui entravent l'investissement, le commerce ou la mobilité de la main-d'œuvre, qu'elles soient discriminatoires ou non. En fait, certaines des exigences en matière d'harmonisation du TILMA^{ix} s'appliquent à toutes les mesures gouvernementales, y compris celles qui ne touchent même pas accessoirement le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre.

Le TILMA aura-t-il un effet sur les services publics?

Il existe une contradiction fondamentale entre les politiques de libre marché de la libéralisation du commerce créées par le TILMA et les politiques, lois et programmes nécessaires pour établir et soutenir des services publics qui sont offerts conformément à des principes extérieurs au marché, comme l'accès universel ou la prestation sans but lucratif.

Le Canada a reconnu l'existence de ce conflit fondamental et a pris des mesures pour en exempter les services de santé et certains autres services sociaux dans l'ALÉNA et à l'OMC. Les auteurs du TILMA n'ont déclaré aucune exception semblable. Au contraire, en vertu du TILMA, les services de santé et les services sociaux ne sont réservés qu'en tant que mesures de transition qui, comme nous l'avons souligné, ne doivent pas être réformées et expireront ultimement. De plus, certains services municipaux ont peu de chance d'être considérés comme des services sociaux.

Ainsi, on peut invoquer les règles du TILMA pour contester les règlements, programmes, et accords de financement sur lesquels s'appuient les services publics et sociaux, sous prétexte que ces mesures restreignent, entravent ou sont discriminatoires à l'égard des fournisseurs de services du secteur privé. En fait, des règles relatives à l'investissement international, semblables à celles du TILMA mais moins étendues, ont été invoquées à plusieurs reprises soit pour limiter la portée de la prestation de services par le secteur public, soit pour exiger des dommages lorsque les gouvernements cherchent à mettre fin à des ententes de privatisation qui ont échoué^x.

Parce que le TILMA fournit des motifs sans précédent pour faire valoir des intérêts privés et un forum sympathique pour ce faire, il est probable qu'il deviendra le moyen privilégié de ceux

qui cherchent à privatiser les services publics. Au lieu de se jouer devant les tribunaux nationaux pendant des années, les contestations comme celles qui ont été intentées par les docteurs Chaoulli et Day contre le système d'assurance-maladie du Québec seront maintenant entendues dans le cadre du TILMA. En outre, le TILMA offre un réel incitatif à entreprendre ces contestations en permettant d'espérer remporter d'importants règlements pécuniaires.

Les municipalités peuvent-elles être poursuivies en vertu du TILMA?

Pour tenter de calmer les appréhensions des municipalités, le ministère du Développement économique de la C.-B. a déclaré ce qui suit : « Les municipalités ne sont pas tenues de défendre leurs propres mesures ni de verser des dommages pécuniaires. Seuls les gouvernements provinciaux peuvent être soumis au processus de règlement des différends. »^{xi} Bien que la première de ces affirmations soit vraie dans son sens étroit, le ministère a oublié de préciser que la province est obligée, en vertu du TILMA, de veiller à ce que les municipalités se conforment aux exigences du régime. Comme le savent les gestionnaires municipaux, la province jouit d'un levier financier et d'un pouvoir législatif considérables auprès des administrations locales et peut les forcer à respecter cet engagement. Il n'est pas crédible de laisser entendre qu'une municipalité n'a pas à se préoccuper des conséquences de mesures qui pourraient imposer de sérieuses responsabilités à la province.

De plus, lorsque l'Union des municipalités de la Colombie-Britannique a demandé à la province l'assurance qu'elle ne chercherait pas à être indemnisée par « une municipalité qui prendrait des mesures valides en vertu de la jurisprudence de la *common law*... mais à l'égard de laquelle le mécanisme de règlement des différends aurait jugé que ces mesures entraînent des dommages pécuniaires pour la province », les négociateurs

du TILMA ont répondu que « compte tenu de la nature hypothétique de la situation proposée. . . il est impossible de répondre à la question de manière définitive ». ^{xii}

Quant au deuxième point, bien qu'il soit vrai que seule la province peut être partie aux procédures de règlement des différends du TILMA, en vertu des règles d'arbitrage international, une administration municipale n'a pas qualité pour agir dans un différend qui conteste l'une ou plusieurs de ses mesures. Certaines municipalités pourraient ne pas être très enthousiastes à l'idée de devoir compter sur un gouvernement provincial pour défendre leurs mesures, particulièrement lorsque celles-ci reflètent des valeurs avec lesquelles la province n'est pas d'accord.

Le TILMA prévoit-il des avantages pour les municipalités?

Nous n'avons entendu personne dire que le TILMA offre aux gouvernements municipaux des gains ou des avantages particuliers. En fait, aucun des deux gouvernements provinciaux n'a proposé de justification convaincante pour leur initiative, ni n'a engagé de débat politique public réel sur son bien-fondé et sur ses coûts.

Les deux provinces ont plutôt cité des rapports rédigés par le Conference Board du Canada vantant les gains économiques qui sont censés découler de la mise en œuvre du régime. Mais les lacunes et les erreurs de l'analyse macro-économique proposée dans ces rapports ont été vertement dénoncées par plusieurs experts, tant à gauche qu'à droite du centre. ^{xiii}

Peu importe que ces rapports du Conference Board soient solides ou peu étoffés, ils sont peu convaincants quand vient le temps de démontrer l'existence de barrières importantes et injustifiées au commerce intérieur et à l'investissement au Canada. Bien que certaines règles en matière d'approvisionnement et programmes de subvention des provinces favorisent toujours les entrepreneurs et l'embauchage locaux, les quelques exemples cités dans les rapports ont trait à des restes de mesures internationales liées au commerce, à l'investissement et aux services qui ont survécu au libre-échange, comme les limites à la propriété étrangère imposées aux sociétés canadiennes de radiodiffusion. Bien peu de ces exemples sont pertinents pour le marché intérieur du Canada.

Comme le reconnaissent d'emblée la plupart des Canadiens, le Canada est une société où ils sont libres de vivre, de travailler et d'investir où bon leur semble. Il n'y a aucun poste frontalier entre les provinces et aucun tarif sur le commerce interprovincial. De plus, le commerce interprovincial est une responsabilité fédérale et les tribunaux peuvent annuler les mesures provinciales qui entravent ce commerce.

La question que doivent se poser les municipalités est celle-ci : à la lumière de cette douteuse justification et compte tenu de ses coûts incertains mais significatifs, peut-on plausiblement prétendre que le TILMA représente un exercice de pouvoir exécutif provincial que les municipalités devraient appuyer ou auquel elles devraient adhérer?

ⁱ ACI, Article 1800, TILMA Article 20:1

ⁱⁱ Le Conseil des fédérations et les ministres canadiens du Travail ont félicité la Colombie-Britannique et l'Alberta pour leur initiative. April Lindgren, *McGuinty keen to join Alberta-B.C. free-trade pact* (McGuinty veut se joindre au pacte de libre-échange Alberta-C.-B.), CanWest News Service: mercredi 18 octobre 2006. Le TILMA invite aussi d'autres gouvernements canadiens à adhérer à l'Accord, voir l'article 20.

ⁱⁱⁱ Le Conference Board du Canada promeut activement le régime du TILMA et a dernièrement publié deux rapports à cette fin, voir *Death by a Thousand Paper Cuts* (Une mort lente et pénible), 30 novembre 2006; et *An Impact Assessment of the BC/Alberta Trade, Investment and Labour Mobility Agreement Prepared for: British Columbia Ministry of Economic Development* (Évaluation des effets de l'Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre, préparée pour le ministère du Développement économique de la Colombie-Britannique), septembre 2005.

^{iv} Donald Lidstone (Lidstone, Young, Anderson Barristers and Solicitors), rapport préparé pour l'Union des municipalités de la Colombie-Britannique, 30 avril 2007, p. 9, à <http://ubcm.fileprosite.com/contentengine/launch.asp?ID=3155&Action=bypass>

^v Ni la Colombie-Britannique, ni l'Alberta n'ont publié de document ou d'analyse étoffés pour expliquer la raison d'être du TILMA ni la manière dont il a été élaboré. Il n'y a pas eu non plus de débat parlementaire, ni d'audiences de comités pour discuter du bien-fondé ou de la substance du TILMA. Toutefois, dans diverses déclarations et correspondances publiques, les gouvernements ont contesté l'interprétation proposée par les critiques de ce régime – voir, par exemple, la lettre de Colin Hanson, ministre du Développement économique, et Guy Boutelier, ministre des Relations intergouvernementales, au directeur exécutif de la UBCM, 31 janvier 2007. Pour une opinion contraire, voir Ferguson, *TILMA and the Environment* (Le TILMA et l'environnement), Sierra Legal Defense Fund, 30 mars 2007. À http://www.sierralegal.org/reports/tilma_mar302007.pdf et Ellen Gould, *Asking for Trouble* (À la recherche d'ennuis), Centre canadien des politiques alternatives, février 2007.

^{vi} Articles 3 et 5(3).

^{vii} Article 30(2).

^{viii} Lettre de Colin Hanson, ministre du Développement économique, et Guy Boutelier, ministre des Relations intergouvernementales, au directeur exécutif de la UBCM, 31 janvier 2007.

^{ix} Voir, par exemple, les articles 5(1),(2) et (5).

^x Un nombre important et croissant de cas semblables ont été et sont encore jugés par des tribunaux d'arbitrage habilités par des ententes sur l'investissement international qui ont fourni le modèle des procédures de règlement des différends du TILMA. Voir par exemple les cas signalés sur le site Web du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) à <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> Voir aussi le *International Center for Sustainable Development* qui maintient un excellent service de documentation sur ce genre de différend à <http://www.iisd.org/investment/itn/archive.asp>

^{xi} Lettre de Colin Hanson, ministre du Développement économique, et Guy Boutelier, ministre des Relations intergouvernementales, au directeur exécutif de la UBCM, 31 janvier 2007.

^{xii} Voir la note 4.

^{xiii} Lee et Weir, *The Myth of Interprovincial Trade Barriers and TILMA's Alleged Economic Benefits* (Le mythe des barrières au commerce interprovincial et les prétendus avantages économiques du TILMA), Centre canadien des politiques alternatives, février 2007. À www.policyalternatives.ca. Voir aussi Helliwell (professeur émérite d'économie, UBC) *Assessing the Impact of Saskatchewan joining the BC-Alberta Trade, Investment and Labour Mobility Agreement* (Évaluation des effets de l'adhésion de la Saskatchewan à l'Accord sur le commerce, l'investissement et la mobilité de la main-d'œuvre entre la C.-B. et l'Alberta), rapport non publié, mars 2007.