

**Sack
Goldblatt
Mitchell**

Avocats et
conseillers juridiques

312, rue Cooper
Ottawa (Ontario)
K2P 0G7

Tél.: (613) 233-4897
Télec.: (613) 237-3359
Courriel :
stevenshrybman@sgmlaw.com

20, rue Dundas Ouest, bureau 1130
B.P. 180
Toronto (Ontario)
M5G 2G8

Tél.: (416) 977-6070
Télec.: (416) 591-7333

Avis juridique

**La création d'un système national de services d'éducation de la petite enfance et de
garde d'enfants
à la lumière des obligations du Canada en vertu de l'ALÉNA et de l'OMC**

**Steven Shrybman
Novembre 2004**

Introduction et sommaire

Le présent avis évalue les projets de création d'un programme national de garderies à la lumière des obligations du Canada en matière de commerce international. Il examine les avenues qui s'offrent aux gouvernements pour conserver leurs possibilités d'action en matière de services éducatifs et de garde à l'enfance (SEGE), à la lumière des contraintes imposées par les accords de libre-échange – en particulier celles qui ont trait aux investissements étrangers et aux services.

La question que nous abordons est la suivante : les règles de commerce international limitent-elles l'éventail des possibilités d'action, de financement et de réglementation que les gouvernements pourraient vouloir adopter, ou abandonner, le cas échéant, pour que les programmes de SEGE répondent aux besoins actuels et futurs des enfants et des familles du Canada ?

Essentiellement, nous sommes arrivés aux conclusions suivantes :

1. À bien des égards, les objectifs de libéralisation du commerce de l'ALÉNA et de l'OMC sont fondamentalement incompatibles avec des politiques qui cherchent à limiter les forces du marché pour atteindre des buts sociétaux, comme la prestation de programmes de SEGE universels, accessibles, de grande qualité et financés par l'État.
2. Reconnaissant ces contradictions, le Canada a pris des mesures visant à protéger les programmes sociaux contre le plein impact des disciplines commerciales en négociant des exceptions ou des réserves aux engagements pris en vertu de ces régimes

commerciaux. En fin de compte, la viabilité future des programmes sociaux du Canada dépendra de l'intégrité de l'application générale de ces sauvegardes.

3. Grâce à ces exceptions et réserves, les gouvernements canadiens ont pu conserver les programmes sociaux existants et en créer de nouveaux, comme le système de SEGE, à l'abri des contraintes imposées par beaucoup de disciplines de commerce international (mais pas toutes).
4. Toutefois, la portée de ces réserves et exceptions est restreinte et il est peu probable qu'elles s'appliquent dans les cas où les services de garde d'enfants sont fournis sur une base commerciale. Par conséquent, pour assurer la protection de ces réserves, il serait prudent pour les gouvernements canadiens de créer des programmes de SEGE sur une base sans but lucratif.
5. En outre, le risque d'une contestation commerciale ou de plaintes soumises par des investisseurs étrangers est négligeable tant qu'il n'y a pas d'investissement étranger significatif dans le secteur des garderies. Mais sans la protection assurée par les réserves de l'ALÉNA et de l'OMC, les gouvernements seront incapables de limiter les investissements d'entreprises étrangères de garde d'enfants, susceptibles d'être attirées par un financement public accru et stable.
6. Pour ces raisons, la stratégie la plus efficace pour préserver la marge de manœuvre des gouvernements en matière de SEGE consiste à minimiser ou à éliminer la prestation de services de garde par des fournisseurs commerciaux ou à but lucratif. À l'inverse, la création d'un système qui permet aux entreprises commerciales de services de garde d'enfants de devenir des joueurs importants dans le système est un comportement à haut risque qui accroît de façon significative la menace des contestations commerciales et des plaintes soumises par des investisseurs étrangers.
7. Pour préserver l'éventail de ses possibilités en matière de SEGE, le Canada pourrait également éviter de prendre de nouveaux engagements commerciaux qui limiteraient encore davantage la capacité des gouvernements à répondre aux besoins de la société canadienne. Le fait que le gouvernement fédéral semble prêt à prendre des engagements commerciaux en vertu de l'accord sur les services de l'OMC (AGCS) pour les services d'éducation qu'il juge non publics, montre à quel point il est important que le programme de SEGE soit créé en tant que système public.

Le contexte de la politique de SEGE

En octobre 2004, l'OCDE publiait un rapport critiquant vertement le système de garderies du Canada, le qualifiant de « mosaïque de services fragmentée et peu économique, au sein de laquelle un petit secteur de 'services de garde d'enfants' est considéré comme un soutien au marché du travail, distinct du développement et de l'éducation des enfants ». ¹

¹ Direction de l'éducation de l'OCDE: *Politique sur les services éducatifs et de garde à l'enfance - Note de synthèse du CANADA*, octobre 2004.

Comme le soulignait une autorité canadienne en matière de SEGE, Martha Friendly, l'incapacité du Canada à suivre les autres pays de l'OCDE est une conséquence de sa dépendance envers le marché pour assurer le développement et la prestation de services de garde d'enfants.² Il en est résulté un investissement public limité dans le secteur des garderies et une dépendance considérable envers les soins informels, les frais privés et la prestation à but lucratif. En comparaison, la plupart des autres pays de l'OCDE ont progressé vers des programmes universels gérés par l'État et axés sur le développement des jeunes enfants.³

C'est dans ce contexte que les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables des services sociaux (à l'exception du Québec) ont annoncé leur entente sur des principes communs visant à guider l'élaboration d'un nouveau système national d'éducation de la petite enfance et de garde d'enfants. Leur annonce décrit une orientation politique générale pour l'élaboration d'un système de SEGE qui inclurait des objectifs mesurables, des principes communs, un solide mécanisme de reddition de comptes et la souplesse provinciale et territoriale. Les ministres ont aussi convenu que les principes de base devaient inclure « la qualité, le principe d'universalité inclusive, l'accessibilité et le développement ».⁴

Pour l'instant, nous n'avons que peu de détails sur la façon dont on étoffera le cadre de l'entente FPT. Les experts et les groupes de défense ont proposé certains principes qui soutiennent généralement la démarche des ministres, mais qui l'étendraient davantage en ajoutant deux exigences aux programmes de SEGE :

- i) qu'ils fonctionnent sous l'égide d'organismes publics du gouvernement, ou d'agences sans but lucratif;
- ii) qu'ils rendent des comptes non seulement aux parents, aux enfants et aux collectivités desservies, mais aussi sur l'utilisation efficace des fonds publics, sur la bonne gouvernance et sur la qualité des services offerts.

Tenant compte de ces options en matière de politiques et de programmes, nous nous tournons vers les contraintes imposées par les ententes de l'ALÉNA et de l'OMC sur les politiques et les lois relatives aux services sociaux.

La large portée des règles de commerce international

Depuis le premier accord de libre-échange avec les États-Unis en 1988, l'ampleur des accords de commerce international et d'investissements s'est considérablement accrue et

² Martha Friendly; *Child Care and Canadian Federalism in the 1990s: Canary in a Coal Mine*. (Garderies et fédéralisme canadien : le canari dans la mine) Childcare Resource and Research Unit Centre for Urban and Community Studies, University of Toronto, août 2000

³ OCDE, note 1.

⁴ Communiqué de presse de la réunion des ministres FPT, http://www.scics.gc.ca/cinfo04/830828004_e.html

comprend maintenant de larges domaines de politiques, de programmes et de droit qui se limitaient autrefois à des questions internes et locales. Le cadre de l'OMC inclut désormais des accords sur les investissements, les services, les achats par le gouvernement, la propriété intellectuelle et de nombreuses formes de réglementation interne où ces accords influencent, même indirectement, le commerce ou l'investissement étranger. Il en va de même pour l'ALÉNA.

L'application explicite des disciplines de commerce aux gouvernements provinciaux et municipaux, ainsi qu'à d'autres organismes publics, s'écarte aussi de façon importante des normes qui s'appliquaient autrefois au droit commercial international. L'effet combiné de ces développements a surimposé de lourdes contraintes à l'autorité de tous les paliers de gouvernement et de nombreuses institutions. Ne pas tenir compte de ces contraintes, c'est risquer de subir des sanctions commerciales de représailles ou des dommages-intérêts imposés par des tribunaux d'arbitrage étrangers.

Le risque que des États investisseurs soumettent des plaintes

Contrairement aux traités qu'ils remplacent, les accords de commerce international de la nouvelle génération sont obligatoires *et* exécutoires. En outre, les règles d'investissement de l'ALÉNA accordent aux investisseurs étrangers le droit presque sans réserve et unilatéral de réclamer des dommages-intérêts en cas de violation des larges contraintes établies par ces règles.⁵

De plus, contrairement aux procédures de règlement de différend d'État à État prévues par l'ALÉNA et l'OMC, les plaintes d'États investisseurs n'engendrent aucun élément de réciprocité, parce que les investisseurs étrangers n'ont aucune obligation en vertu du traité. Ces derniers sont également indifférents aux pressions diplomatiques et politiques qui pourraient dissuader des gouvernements d'avoir recours à des procédures formelles de règlement des différends dans le but de contester les programmes sociaux populaires d'un autre pays. Contrairement aux gouvernements, les investisseurs ne subissent que peu ou pas de pressions qui pourraient les dissuader de soumettre des plaintes.

Parce qu'elles peuvent être si facilement invoquées, les disciplines d'investissement prévues dans l'ALÉNA constituent la menace la plus importante pour les politiques, les programmes et le droit en matière de services sociaux.

Les contraintes imposées par les disciplines commerciales

Il vaut la peine de décrire brièvement quelques-unes des contraintes qui seraient imposées par les disciplines commerciales si elles devaient s'appliquer dans ce contexte. Elles limiteraient le droit des gouvernements :

⁵ Avec l'article 1122, le Canada a unilatéralement consenti à l'arbitrage international des plaintes déposées en vertu du chapitre, en dépit de l'absence de toute relation contractuelle avec l'investisseur étranger. Bien que les investisseurs étrangers doivent renoncer à leur droit de présenter des plaintes similaires devant les tribunaux nationaux, ils ne sont pas tenus d'épuiser tous les recours nationaux avant d'avoir recours à la procédure internationale de règlement de différends [Article 1121]

- de restreindre les investissements étrangers dans le secteur des services de garde à l'enfance [ALÉNA et AGCS : *Traitement national*];
- d'exiger que les conseils d'administration des établissements de garde d'enfants soient formés de parents ou de membres des collectivités desservies [ALÉNA, art. 1107: *Dirigeants et conseils d'administration*];
- d'étendre la sphère des services de garde d'enfants publics et sans but lucratif d'une façon qui réduirait le potentiel d'affaires des fournisseurs commerciaux à but lucratif [ALÉNA, art. 1110 : *Expropriation*]⁶;
- de spécifier les compétences exigées du personnel des services de garde d'enfants, ou les exigences en matière d'octroi de permis pour les établissements de garde d'enfants « qui sont plus lourdes qu'il ne le faut » ou qui établissent des barrières « inutiles » à la prestation de services de garde par des sociétés étrangères [AGCS, art. VI: *Réglementation intérieure*];
- de limiter le nombre de sociétés offrant des services de garde d'enfants, ou la part du marché qu'elles peuvent acquérir [AGCS, *Accès au marché*].

Les gouvernements doivent maintenant faire preuve de prudence lorsqu'ils élaborent de nouveaux projets politiques et législatifs afin d'éviter les risques que recèle cette nouvelle génération d'accords commerciaux. Mais il est difficile d'évaluer la nature et l'ampleur des contraintes imposées par les disciplines de l'ALÉNA et de l'OMC parce que les règles commerciales relatives à l'investissement, aux services et aux achats gouvernementaux sont sans précédent, mal définies et en très grande partie non éprouvées. Et pour empirer encore la situation, les efforts se poursuivent pour élargir le cadre du droit commercial, et les nouveaux engagements en matière de commerce s'appliquent habituellement rétroactivement.

Risques de jure ou de facto (de droit ou de fait)

Dans la détermination des pièges qui peuvent être associés aux règles commerciales, il faut faire deux évaluations – l'une juridique, l'autre pratique. La question juridique consiste à savoir si une mesure particulière⁷, comme l'exigence que les garderies soient des organisations publiques ou communautaires, est conforme aux règles commerciales qui limitent ou interdisent les mesures ayant pour effet d'exclure les fournisseurs de services étrangers.

La deuxième question a trait à la probabilité réelle d'une contestation commerciale ou même d'une plainte soumise par un investisseur étranger lorsqu'une mesure prise par un

⁶ Comme nous le verrons plus loin, l'article 1110 s'applique peu importe la réserve du Canada.

⁷ « Mesure » est un mot technique en vertu de l'ALÉNA et de l'OMC. L'article 201 de l'ALÉNA stipule que « **mesure** s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique ».

gouvernement pourrait être incompatible avec les disciplines du libre-échange. Les risques ici dépendent en grande partie de l'ampleur des effets de la mesure sur les intérêts acquis de nos partenaires commerciaux ou d'investisseurs étrangers. Dans un avis rédigé pour la Commission Romanow, un avocat commercial chevronné, qui a représenté le Canada au cours des premières négociations du libre-échange, exprime la question ainsi :

Il est facile d'inventer les pires des scénarios pour l'ALÉNA et l'OMC, mais les effets réels de ces accords doivent être évalués de façon réaliste. Une expansion de la composante publique du système de santé dans de nouveaux domaines qui entraînerait l'exclusion d'intérêts privés ne donnerait lieu à des demandes d'indemnisation en vertu de l'ALÉNA ou à des contestations en vertu de l'OMC que si les intérêts économiques privés touchés étaient importants. Si ces intérêts sont inexistantes ou insignifiants, les risques de plaintes ou de contestations sont négligeables.⁸

À l'inverse, la présence d'intérêts d'investissements privés ou étrangers importants dans un secteur particulier peut créer un empêchement majeur à l'instauration de nouveaux programmes publics. La raison en est que les règles d'investissement de l'ALÉNA enchâssent dans les faits les droits de propriété privée (contrairement à la Constitution canadienne), ce qui permet aux investisseurs étrangers d'exiger une indemnisation lorsque leurs affaires subissent les effets négatifs de politiques ou de règlements instaurés par un gouvernement.⁹ Par exemple, le Nouveau-Brunswick a renoncé à mettre en place un régime public d'assurance-auto parce que l'industrie de l'assurance a menacé d'exiger des indemnisations en vertu de l'ALÉNA si la province réalisait son projet.

Avec cette introduction, nous nous tournons maintenant vers la question centrale :

Les règles de l'ALÉNA ou de l'OMC limitent-elles l'ampleur des possibilités d'action, de financement et de réglementation que les gouvernements pourraient vouloir mettre en œuvre, ou abandonner, le cas échéant, pour faire en sorte que les programmes de services de garde d'enfants répondent aux besoins actuels et futurs des enfants et des familles canadiennes ?

ALÉNA

Le Canada s'est effectivement réservé le droit d'élargir des programmes sociaux ou d'en instaurer de nouveaux en vertu de l'ALÉNA. À cet égard, la réserve du Canada pour les « services sociaux » prévoit ce qui suit :

⁸ Jon Johnson; *How Will International Trade Agreements Affect Canadian Health Care?* (Quels effets les accords de commerce internationaux auront-ils sur les soins de santé au Canada ?) Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, septembre 2002.

⁹ David Schneiderman, *NAFTA's Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada*, University of Toronto Law Journal 499 (1996), p. 521-523, et *Investment Rules and New Constitutionalism*, 25 Law and Social Inquiry 757 (2000).

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, bien-être social, éducation publique, formation publique, santé et garde d'enfants. [c'est nous qui soulignons]¹⁰

Dans le jargon du droit commercial international, la réserve du Canada en matière de services sociaux est « non liée », ce qui signifie que les gouvernements canadiens ont le droit de maintenir, d'élargir ou d'établir de nouveaux services sociaux, comme un programme national de SEGE. Ce principe vaut même lorsque de telles initiatives restreignent les droits d'investisseurs ou de fournisseurs de services étrangers, tant que les gouvernements respectent les limites du domaine des politiques gouvernementales et des lois définies par la réserve.

Toutefois, les gouvernements doivent savoir que la réserve du Canada en matière de services sociaux comporte des limites importantes. Pour commencer, la réserve ne s'applique pas à toutes les règles relatives à l'investissement et aux services de l'ALÉNA, incluant les dispositions sur l'expropriation¹¹ qui ont été invoquées par l'industrie de l'assurance-auto pour dissuader le Nouveau-Brunswick de réaliser son projet de création d'une assurance-auto publique.

Une autre limite vient du fait que, contrairement à l'application du droit ou aux services correctionnels, cette réserve pour la garde d'enfants ne s'applique qu'aux « services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public ». Malheureusement, les États-Unis et le Canada ont des points de vue très différents sur le sens de ces mots clés, mais mal définis. Selon la vision américaine :

La réserve prévue à l'annexe II U-5 (l'équivalent américain de celle du Canada) est destinée à couvrir des services similaires à ceux fournis par un gouvernement, comme la garde d'enfants ou les programmes de désintoxication. Si ces services sont fournis par une entreprise privée, qu'elle soit à but lucratif ou non, le chapitre onze et le chapitre douze s'appliquent. [c'est nous qui soulignons]¹²

Autrement dit, les services de garde d'enfants fournis par des entreprises privées ne seraient pas considérés comme un service social. En conséquence, les politiques en matière de services de garde d'enfants et le droit qui sanctionne cette prestation privée ne jouiraient pas de la protection assurée en vertu de la réserve de l'ALÉNA. En d'autres mots, selon le fonctionnaire américain du jour, seuls les programmes sociaux fournis par

¹⁰ ALÉNA, annexe II.

¹¹ En vertu de l'ALÉNA, l'expropriation est définie beaucoup plus largement qu'en vertu du droit canadien et, comme le souligne la Cour suprême de la C.-B., sa définition est si large qu'elle inclut les règlements de zonage locaux d'application générale. *The United Mexican States vs. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, motifs du jugement de l'honorable juge Tysoe, publiés le 22 mai 2001, parag. 99.

¹² Lettre du représentant américain au commerce Michael Kantor au procureur général de l'État de l'Oregon, mars 1996

des gouvernements ou des établissements publics seraient protégés par cette importante réserve.

Pour leur part, les représentants canadiens n'ont pas grand-chose à dire sur le point de vue américain, si ce n'est de suggérer que la portée de cette réserve devrait plutôt dépendre « de la façon dont le propre gouvernement d'un pays perçoit la situation ».¹³ Mais l'idée que cette réserve soit essentiellement auto-définie est tout à fait incompatible avec la démarche adoptée par les parties à l'ALÉNA pour définir ces exceptions et a très peu de chances de persuader un tribunal international de commerce ou d'investissement.¹⁴

Il reste à voir quel point de vue prévaudra lorsqu'un tribunal commercial ou d'arbitrage se réunira pour trancher la question. Si la protection assurée par cette réserve est rejetée, les possibilités en matière de politique et de réglementation des gouvernements en ce qui a trait aux services de garde d'enfants seront significativement restreintes. Par exemple, comme nous l'avons souligné, les gouvernements ne pourraient pas empêcher les chaînes de garderies d'investir dans le secteur, et même de le dominer.

Malgré cette controverse, il est clair qu'un système de SEGE qui permet à des fournisseurs privés ou commerciaux de jouer un rôle, si petit soit-il, est beaucoup plus susceptible d'être visé par les limites de cette réserve clé. En droit, de fortes raisons militent en faveur de l'établissement de programmes de SEGE publics et sans but lucratif.

Cette conclusion est encore renforcée lorsque l'on tient compte de la réalité. L'absence d'investissements étrangers importants dans le secteur des garderies permet aux gouvernements canadiens d'élaborer un programme national de SEGE sans menace de plaintes d'investisseurs étrangers qui plane au-dessus de leur tête. Mais cet avantage stratégique serait perdu si un nouvel investissement commercial était permis dans le secteur. Et c'est précisément dans cette situation difficile que se retrouvent maintenant les gouvernements canadiens qui songent à élargir le système de soins de santé pour y inclure l'assurance-médicaments et les soins à domicile, et qui se retrouvent confrontés à d'importants intérêts privés dans chaque domaine.¹⁵

Il vaut la peine de souligner qu'avant d'être remplacé par le TCSPS, le Régime d'assistance publique du Canada (RAPC) restreignait le financement fédéral destiné aux garderies aux organismes publics ou sans but lucratif, une contrainte qui a permis de limiter la prolifération des garderies commerciales à but lucratif dans de nombreuses provinces. C'est l'héritage de cette politique qui a permis au gouvernement de conserver ses possibilités en matière d'établissement d'un programme national de SEGE.

¹³ Voir les points de vue exprimés dans la correspondance entre John Weekes, alors coordonnateur de l'ALÉNA pour le Canada, et le sous-ministre de la Santé de l'Ontario, reproduite dans *Inside NAFTA*, 29 novembre 1995, citée dans Epps et Flood, p 25, n6.

¹⁴ Voir par ailleurs l'article 2102 de l'ALÉNA qui réserve aux parties le droit « *de prendre toutes mesures qu'elle estimera nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité* » [c'est nous qui soulignons].

¹⁵ Voir Jon Johnson, note 7.

Les entreprises internationales s'intéressent beaucoup au secteur des services de garde à l'enfance, mais ces sociétés ne sont pas encore solidement implantées au Canada.¹⁶ Toutefois, un financement accru et plus stable des services de garde à l'enfance renouvellera sans doute l'intérêt manifesté par des entreprises qui cherchent de nouveaux marchés.

Enfin, sur ce point, on ne sait pas très bien où se situera la limite pour déterminer si un système de SEGE est de nature privée ou commerciale, surtout s'il s'agit d'un système mixte qui inclut différents types de fournisseurs. Il faudra sans aucun doute distinguer entre les soins à domicile et les services fournis par des entreprises transnationales de garde d'enfants comme *KinderCare Learning Centers Inc.*, même si tous deux sont, du moins techniquement, des services privés à but lucratif.

Il est possible que même une participation marginale d'acteurs commerciaux au système de SEGE empêchera un gouvernement de réclamer la protection de la réserve du Canada en matière de services sociaux, comme question de droit. Mais cette possibilité renforce encore l'importance de conserver l'avantage pratique qui existe lorsqu'il n'y a que peu ou pas d'investissement étranger dans le secteur des services de garde, ce qui permet aux gouvernements de réglementer librement sans avoir à tenir compte de la menace que peuvent représenter les plaintes soumises par des investisseurs étrangers.

L'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC

L'AGCS est important parce qu'il s'applique à toutes les mesures¹⁷ gouvernementales qui touchent le commerce des services, qu'elles soient établies ou maintenues par les gouvernements fédéral, provinciaux ou locaux. De plus, l'AGCS définit de façon large le « commerce des services » et inclut la prestation de services fournis par l'entremise d'une « présence commerciale ». Par exemple, une entreprise étrangère de services de garde d'enfants exerçant ses activités au Canada s'adonnerait au « commerce international des services », selon cette définition de l'AGCS.

Toutefois, l'AGCS comprend aussi une importante exclusion pour les services fournis dans « l'exercice de l'autorité gouvernementale ». Cette définition comprend les services qui ne sont fournis « ni sur une base commerciale ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services » (AGCS, article I:3.c) [c'est nous qui soulignons]

¹⁶ Par exemple, ABC Learning Centres Ltd. occupe une position dominante en Australie (voir le résumé de nouveaux comptes rendus à <http://www.childcarecanada.org/index.shtml>). Plusieurs conglomérats basés aux États-Unis, dont KinderCare Learning Centers Inc., qui ont déjà investi au Canada, ont d'importantes entreprises fournissant des services de garde d'enfants, voir New York (CNN/Money): *Affiliate of ex-junk bond king's company to acquire child care center operator for \$550M in cash*, (L'affilié de l'entreprise d'un ancien roi des obligations de pacotille veut acheter une chaîne de garderies pour 550 millions de dollars comptant), 6 novembre 2004

¹⁷ « *Mesure* signifie toute mesure prise par un membre, que ce soit sous forme d'une loi, d'un règlement, d'une règle, d'une procédure, d'une décision, d'une mesure administrative ou autre ». AGCS, article XXVIII, Définitions.

L'absence d'une définition plus précise de ces termes dans l'AGCS a alimenté le débat sur l'ampleur de cette exemption. Néanmoins, il est clair qu'un programme national de SEGE fourni par des établissements publics sans but lucratif (c.-à-d. sur une base non commerciale) est beaucoup plus susceptible d'être couvert par cette exception en matière de services sociaux que si des fournisseurs à but lucratif ou commerciaux avaient le droit d'y participer.

Toutefois, même lorsque les services sont soumis à l'AGCS, ses obligations les plus exigeantes, c'est-à-dire *le traitement national* et *l'accès au marché*, ne s'appliquent qu'aux services à l'égard desquels le Canada a pris des engagements précis. Ce faisant, le Canada pourrait aussi nuancer ses obligations en matière d'exclusion de politiques et de programmes particuliers.

L'application sans réserve de ces disciplines de l'AGCS limiterait sérieusement, et pourrait même empêcher le Canada d'instaurer un programme de SEGE en tant que système public. En plus de la menace des plaintes des investisseurs, c'est précisément ce problème auquel a dû faire face le Nouveau-Brunswick lorsqu'il a tenté d'instaurer un système public d'assurance-auto, parce que le Canada avait engagé l'assurance automobile dans le cadre de l'AGCS, interdisant par le fait même la mise en œuvre d'un tel régime du secteur public.

Heureusement, le gouvernement fédéral ne s'est pas engagé de la sorte en matière d'éducation et de services de garde d'enfants et il a promis de ne pas le faire, du moins pour ce qui est des services « d'éducation publique ». Il est inquiétant de constater qu'il a limité cette promesse aux services d'éducation « publique », une réserve qu'il n'a pas incluse pour les services de santé, qu'il a promis de protéger qu'ils soient « publics » ou non.¹⁸ Le Canada semble donc laisser la porte ouverte à la prise d'engagement en vertu de l'AGCS en matière de services d'éducation qu'il ne considère pas publics. Cette réserve souligne encore davantage l'importance d'instaurer des programmes de SEGE en tant que système public ce qui, aux fins du présent texte, ne signifie pas que leur propriété et leur exploitation doivent être publiques.

D'un point de vue pratique, tant que le Canada ne prend aucun engagement en matière de services d'éducation ou de garde d'enfants, l'AGCS n'impose que peu ou pas de contrainte aux politiques et aux lois canadiennes en ce qui a trait au SEGE. Même si la situation juridique change, les gouvernements étrangers seraient sans doute réticents à avoir recours au mécanisme de règlement des différends prévu par l'OMC pour s'en prendre à un programme social populaire et n'auraient aucune raison de le faire, à moins que ses entreprises résidentes aient suffisamment d'intérêts dans le marché canadien pour justifier une telle contestation. Encore une fois, la prudence dicte aux gouvernements d'exclure les investissements étrangers et privés du système de SEGE qu'ils ont l'intention de mettre en œuvre.

¹⁸MAÉCI : l'AGCS et la santé, l'éducation publique et les services sociaux;
http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/instp-pcs.nsf/en/h_sk00152e.html#q1

Achats gouvernementaux

Enfin, il faut mentionner brièvement un dernier secteur du droit commercial parce qu'il représente un domaine dans lequel les gouvernements, en particulier les gouvernements provinciaux et locaux,¹⁹ jouissent toujours d'un degré relativement élevé de marge de manœuvre en matière de politique publique : les achats gouvernementaux.

Certains peuvent soutenir que si les gouvernements achètent des services de garde d'enfants, ils seront en grande partie exemptés des règles de commerce international. Ainsi, les gouvernements pourraient, directement ou par l'entremise d'un organisme public, lancer un appel d'offres pour des services de garderies. Le soumissionnaire gagnant offrirait alors ses services en vertu d'un contrat avec l'organisme qui a fait l'appel d'offres.

Mis à part les arguments politiques pour ou contre une telle méthode, deux problèmes surgissent. Le premier vient du fait que certaines règles de l'ALÉNA en matière d'investissement, y compris la règle d'expropriation, s'appliquent même aux mesures d'achat. Le deuxième, plus important, c'est qu'un tel régime d'appels d'offres a peu de chances de tomber dans la catégorie des achats gouvernementaux parce qu'il n'implique pas l'achat de produits et services par des gouvernements et des organismes du gouvernement pour leur propre consommation, bénéfice direct ou usage – ce qui est la définition convenue des achats gouvernementaux. Pour ces raisons, la relative latitude accordée aux gouvernements provinciaux et locaux en matière d'achats sera de peu d'utilité pour la mise en œuvre d'un programme de SEGE.

Conclusion

L'évaluation qui précède ne propose qu'un large survol des règles commerciales complexes et interreliées qui ont un effet sur les possibilités publiques en matière de services de garde d'enfants. Elle n'est ni exhaustive, ni complète. D'autres règles commerciales, incluant celles qui ont trait aux subventions et aux mesures fiscales, pourraient aussi devoir être étudiées. Une analyse plus détaillée et plus en profondeur du sens des termes clés de l'ALÉNA et de l'AGCS pourrait aussi être entreprise.

Mais l'évaluation a porté sur ce que nous considérons comme la question la plus critique pour les gouvernements qui veulent instaurer de nouveaux programmes de SEGE. Elle a trait à l'importance de la préservation de possibilités d'action future en matière de garderies en tirant profit, sans en menacer l'intégrité, des exceptions et des réserves prévues dans les règles de l'ALÉNA et de l'OMC qui sont critiques pour la viabilité de programmes sociaux autrement incompatibles avec les objectifs du libre-échange.

sepb491

¹⁹ Ni les disciplines d'achats de l'ALÉNA ni celles de l'OMC ne s'appliquent aux gouvernements provinciaux ou municipaux. Voir les articles 1108 et 1206 de l'ALÉNA et l'article XIII de l'AGCS.