

**Sack  
Goldblatt  
Mitchell LLP**  
Avocats

30, rue Metcalfe, bureau 500  
Ottawa (Ontario)  
K1P 5L4  
Tél. : 613-235-5327  
Télé. : 613-235-3041  
Courriel : sshrybman@sgmlaw.com

20, rue Dundas ouest  
Bureau 1130, C.P. 180  
Toronto (Ontario)  
M5G 2G8  
Tél. : 416-977-6070  
Télé. : 416-591-7333

---

**L'investissement étranger dans le secteur des garderies :  
Les obligations commerciales internationales du Canada**

**Steven Shrybman  
Février 2008**

**Introduction et sommaire**

L'avis qui suit a été préparé pour le Syndicat canadien de la fonction publique et traite de l'effet que pourraient avoir les obligations commerciales internationales du Canada sur les politiques et le droit des provinces en matière de services de garderie.

Le projet qu'aurait formé un conglomérat international de services de garderie de mettre sur pied une chaîne de garderies en Ontario, en Alberta, et en Colombie-Britannique, principalement par l'achat d'entreprises de garderie actuelles, est un élément particulièrement préoccupant. Cet élément nouveau et sans précédent a incité divers regroupements de garderie à demander un moratoire qui interdirait l'acquisition de garderies par une société et la fusion de garderies. Les fonctionnaires du gouvernement ontarien ont réagi à ces demandes en s'interrogeant sur la possibilité de décréter un tel moratoire, compte tenu des obligations commerciales du Canada.

À la lumière de ces événements, vous nous avez demandé de répondre à trois questions :

**i) L'investissement étranger dans le secteur des garderies a-t-il pour effet de déclencher l'application des règles commerciales et d'ainsi limiter les diverses mesures que les gouvernements pourraient prendre, sous forme de politiques et de réglementation, au sujet des programmes d'apprentissage et de garde des jeunes enfants?**

Réponse : Oui.

Si le gouvernement autorise l'investissement étranger dans le secteur des garderies, les investisseurs obtiendront des droits acquis aux termes de l'Accord de libre-échange nord

américain (ALENA); ces droits comprendront notamment celui de présenter des demandes d'indemnisation si les mesures adoptées par un gouvernement portent atteintes à leurs investissements, comme cela pourrait se produire, par exemple, si le gouvernement mettait en œuvre un programme d'apprentissage en journée complète pour les enfants de quatre et cinq ans qui fréquentent la prématernelle ou la maternelle. Le risque de voir apparaître ce genre de demande est proportionnel à l'ampleur de l'investissement étranger dans ce secteur.

De plus, si des investisseurs étrangers établissaient une présence commerciale dans ce secteur, la protection dont bénéficie le Canada grâce à une réserve clé de l'ALENA en matière de services sociaux en serait réduite. Une telle présence aurait également pour effet d'aggraver le risque que les auteurs de plaintes fondées sur l'ALENA contestent les politiques, les lois et les règlements d'un gouvernement en matière de garderies.

**ii) Les gouvernements provinciaux peuvent-ils adopter des mesures visant à interdire l'investissement étranger dans le secteur des garderies sans violer les obligations commerciales du Canada?**

Réponse : Oui.

Le Canada a formulé une réserve générale pour les services sociaux dans le cadre des règles de l'ALENA en matière de services et d'investissement. Avec cette exception, le Canada se réserve le droit de limiter ou d'interdire l'investissement privé ou étranger dans le secteur des garderies. De la même façon, les gouvernements peuvent obliger une garderie à embaucher son personnel dans la collectivité locale, à desservir une région particulière à titre de condition d'obtention de son permis ou à faire en sorte que les parents et les membres de la communauté locale constituent la majorité des membres du conseil d'administration. Si ce n'était de la réserve concernant les services sociaux, chacune de ces mesures serait contraire aux règles de l'ALENA.

La réserve relative aux services sociaux est toutefois nuancée et n'a pas pour effet de protéger le Canada contre certaines plaintes basées sur l'ALENA, à partir du moment où des investisseurs étrangers ont effectué des investissements dans ce secteur. En outre, la protection associée à cette réserve serait affaiblie si les services de garderie étaient privatisés ou fournis sur une base commerciale.

**iii) Les gouvernements canadiens peuvent-ils attribuer des fonds publics aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services de garderie sans violer les règles de l'ALENA?**

Réponse : Oui.

Les restrictions qu'impose le commerce international n'obligent pas les gouvernements à subventionner les fournisseurs de services de garderie à but lucratif, qu'ils soient la propriété d'investisseurs nationaux ou étrangers. Par conséquent, le droit commercial n'empêcherait pas un gouvernement d'attribuer des fonds publics aux seuls fournisseurs

de service à but non lucratif. Néanmoins, si un tel régime de financement compromettrait la rentabilité des fournisseurs de service à but lucratif, ces derniers pourraient contester le régime mis en place s'il avait pour effet d'exproprier leurs investissements dans ces services. Ce problème ne peut toutefois se poser que si l'on permet à des investisseurs étrangers d'établir une présence commerciale importante dans le secteur des garderies.

Résumé :

À l'heure actuelle, les gouvernements canadiens ont le pouvoir d'interdire l'investissement étranger dans les services de garderie, ainsi que la privatisation de ces services, sans aller à l'encontre des règles commerciales internationales. Cependant, si les gouvernements s'abstiennent d'utiliser ce pouvoir pour empêcher l'établissement d'une présence importante des investisseurs étrangers dans ce secteur, ils vont favoriser l'application de règles commerciales qui limiteront les mesures qu'ils pourront prendre à l'avenir en matière de politiques et de programmes. Dans un tel cas, les règles de l'ALENA en matière d'investissement empêcheraient pratiquement les gouvernements de revenir en arrière et de favoriser les services de garderie communautaires, sans but lucratif et auraient pour effet de rendre certaines formes de réglementation des services de garderie vulnérables à des contestations portées devant les tribunaux de l'ALENA. Compte tenu de l'incertitude qui entoure actuellement l'avenir de la politique fédérale en matière de services de garderie, il serait prudent que les gouvernements provinciaux qui souhaitent conserver leurs options décident de restreindre l'investissement étranger dans le secteur des garderies.

### **La libéralisation des échanges commerciaux et les services sociaux**

Dans un avis précédent, nous avons examiné le projet du gouvernement fédéral précédent de mettre sur pied un programme de garderies pancanadien à la lumière des obligations commerciales internationales du Canada. Les conclusions qui suivent contenues dans cet examen sont pertinentes au présent avis :

1. À bien des égards, les objectifs de libéralisation du commerce de l'ALENA et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont fondamentalement incompatibles avec des politiques qui cherchent à limiter les forces du marché pour atteindre des buts sociaux, comme la prestation de services de garderie universels, accessibles, de grande qualité et financés par l'État.
2. Le Canada a reconnu cette contradiction et a pris des mesures visant à protéger les programmes sociaux contre le plein impact des règles commerciales en négociant des exceptions ou des réserves à 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 réserves, les gouvernements canadiens ont le droit de conserver les programmes sociaux existants et d'en créer de nouveaux, comme les garderies.

Cependant, la protection découlant de ces réserves n'est pas absolue et serait affaiblie si les services de garderie étaient fournis sur une base commerciale.

4. En outre, en pratique, le risque qu'un investisseur étranger dépose une contestation commerciale ou une plainte est négligeable tant qu'il n'y a pas d'investissement étranger significatif dans le secteur des garderies. Par contre, si l'investissement étranger est autorisé, les investisseurs étrangers pourraient soumettre des plaintes fondées sur les accords commerciaux. Le risque de voir apparaître de telles contestations serait alors directement proportionnel à l'ampleur de l'investissement étranger autorisé.
5. C'est pourquoi la stratégie la plus efficace pour préserver la souplesse des politiques et des programmes relatifs aux garderies consiste à minimiser ou à éliminer la prestation de services de garderie par des fournisseurs commerciaux ou à but lucratif. À l'inverse, autoriser des entreprises commerciales offrant des services de garderie à devenir des joueurs importants dans ce secteur serait un comportement très dangereux qui augmenterait sensiblement le risque que des investisseurs étrangers soumettent des plaintes commerciales.

Comme cela a été mentionné dans notre avis antérieur, tant que le Canada ne prendra pas des mesures visant à étendre l'application des règles de l'AGCS<sup>1</sup> aux services de garderie, ce sera l'ALENA et les droits des investisseurs étrangers garantis par ce traité qui joueront un rôle essentiel dans ce domaine. Par conséquent, le présent avis traitera principalement des droits que possèdent les investisseurs privés aux termes des règles de l'ALENA en matière d'investissement dans la mesure où celles-ci s'appliquent aux politiques et à législation relatives aux services de garderie.

### **La mondialisation touche le secteur des garderies**

Nous croyons savoir qu'un conglomérat international en pleine expansion qui offre des services de garderie cherche à étendre ses activités dans au moins trois provinces canadiennes. Les acteurs sociaux concernés ont refusé de rendre public leur projet mais ces derniers mois, des fournisseurs de services de garderie de l'Ontario, de la C.-B. et de l'Alberta ont reçu des lettres provenant de deux personnes qui représentaient un « groupe important de services financiers et de services de garderie désireux d'acquérir des garderies en Ontario ». Les auteurs de la lettre souhaitaient acheter les garderies des destinataires de ces lettres. L'expéditeur était « Adroit Investments » et son adresse une boîte postale en Caroline du Nord.

D'autres entités sociales semblent être impliquées dans ce projet d'acquisition, notamment une société appelée 123 Busy Beavers Learning Centres, qui a été récemment enregistrée en Ontario, en Colombie-Britannique et en Alberta. Même si leurs relations

---

<sup>1</sup> L'Accord général sur le commerce des services signé dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce. Les règles de l'AGCS les plus contraignantes s'appliquent uniquement au secteur des services à l'égard desquels le Canada a pris des engagements explicites. Il ne l'a pas fait à l'égard des services éducatifs.

sont un peu floues, 123 Busy Beavers, Adroit Investments et une autre société appelée 123 Global Holdings (Amérique du Nord) entretiennent toutes deux des liens avec la multinationale australienne ABC Learning Centres, la première société au monde dans le domaine des services de garderie.

Pour les fins qui nous occupent ici, l'identité et les rapports qu'entretiennent ces acteurs sociaux ne sont pas particulièrement pertinents, si ce n'est pour établir que des investisseurs étrangers participent à ce projet. Pour obtenir la qualité d'investisseur étranger aux termes des règles de l'ALENA en matière d'investissement, il suffit que Adroit Investments, 123 Global Holdings, ABC Learning, ou leurs actionnaires, soient des résidents des États-Unis ou du Mexique. De plus, dans le cas où une ou toutes ces sociétés achèteraient des participations dans des garderies commerciales au Canada, elles pourraient exercer les droits reconnus aux investisseurs étrangers par les règles de l'ALENA en matière d'investissement, y compris celui d'intenter des poursuites en dommages et intérêts devant un tribunal international s'il était allégué que certaines mesures prises par un gouvernement canadien, y compris un gouvernement provincial ou municipal, portaient atteinte à des droits reconnus par l'ALENA. Il suffirait, pour que ces sociétés puissent intenter de telles poursuites, qu'elles possèdent des actions dans une société qui fournit des services de garderie au Canada.

Si ce projet d'acquisition devait aboutir, il aurait pour effet de créer la première grande chaîne de garderies commerciales au Canada. À l'heure actuelle, il existe quelques sociétés canadiennes de services de garderie qui exploitent plusieurs établissements, mais ces opérations sont relativement modestes et limitées à quelques centres urbains. L'échelle de ce projet d'acquisition est sans précédent et pourrait, pour la première fois, avoir pour effet d'établir la présence d'une grande société dans un secteur des services sociaux qui est dominé à l'heure actuelle par des garderies à but non lucratif, dont la plupart sont gérées par des organismes communautaires. Il ne nous appartient pas d'évaluer ici les répercussions plus larges d'un tel projet, mais plutôt d'examiner ses effets à la lumière des obligations du Canada aux termes des règles de l'ALENA en matière d'investissements étrangers dans les services sociaux.

### **Le contexte de la politique en matière d'éducation de la petite enfance**

Les services de garderie sont une responsabilité principalement provinciale et les politiques et les programmes dans ce domaine varient considérablement d'une région à l'autre. Les engagements qu'avait pris le gouvernement fédéral précédent d'augmenter le financement accordé aux services de garde et de renforcer la cohérence des programmes et des politiques provinciales se sont traduits par la conclusion d'ententes entre le gouvernement fédéral et plusieurs gouvernements provinciaux. En échange d'un financement fédéral accru, certaines provinces ont convenu de renforcer les services de garde d'enfants en respectant quatre principes fondamentaux : qualité, principe d'universalité inclusive, accessibilité et développement (les quatre principes clés).

Le gouvernement fédéral actuel a renoncé à cette initiative et a annulé les ententes fédérales-provinciales qui avaient été négociées; il a choisi de verser directement aux

parents de jeunes enfants des prestations modestes et imposables. Le financement fédéral n'étant plus garanti, les provinces ont renoncé à leur engagement de créer des places de garderie ou en ont réduit la portée. De récents rapports indiquent que le programme fédéral n'a pas eu pour effet de faciliter l'accès aux services de garde.

Ayant prévu l'échec de la politique du gouvernement conservateur en matière de services de garde, les trois partis de l'Opposition ont appuyé un projet de loi d'origine parlementaire qui prévoit la création d'un programme pancanadien de services de garderie, dans le respect des principes clés, et qui restreint le financement fédéral aux seuls fournisseurs de services de garde sans but lucratif. Ce projet de loi a été qualifié de « projet de loi de finances », et ne peut donc progresser sans l'appui du gouvernement conservateur; celui-ci a fait savoir qu'il n'appuierait pas ce projet de loi.

Les politiques d'un gouvernement fédéral obstiné ont débouché sur un échec et ont eu pour effet de contrecarrer les efforts déployés pour créer des places de garderie nécessaires; elles ont également créé un vide politique dont les investisseurs étrangers semblent prêts à profiter.

**i) L'investissement étranger dans le secteur des garderies a-t-il pour effet de déclencher l'application des règles commerciales et d'ainsi limiter les diverses mesures que les gouvernements pourraient prendre, sous forme de politiques et de réglementation, au sujet des programmes d'apprentissage et de garde des jeunes enfants?**

Pour cerner les pièges que pourraient poser les règles commerciales, il convient d'examiner deux aspects – le premier est juridique et le second pratique. La question juridique est celle de savoir si une mesure<sup>2</sup> gouvernementale particulière, comme le fait d'exiger que les garderies soient des organismes communautaires ou publics, serait conforme aux règles commerciales qui interdisent, d'une façon générale, toute réglementation gouvernementale qui limite l'investissement étranger dans le secteur des services.

La deuxième question concerne la probabilité réelle qu'un investisseur étranger dépose une contestation commerciale ou une plainte, même dans le cas où le gouvernement prendrait des mesures qui seraient incompatibles avec les règles du libre-échange. Dans un tel cas, les risques dépendraient principalement de l'effet de la mesure en question sur les droits acquis de nos partenaires commerciaux ou des investisseurs étrangers. Dans un avis préparé pour la Commission Romanow, un avocat commercial d'expérience qui représentait le Canada pendant les premières négociations relatives au libre-échange s'est exprimé ainsi :

Il serait facile d'inventer des scénarios catastrophiques découlant de l'ALENA et de l'OMC mais il faut plutôt évaluer, de façon réaliste,

---

<sup>2</sup> Mesure est un terme technique selon l'ALENA et l'OMC. L'article 201 de l'ALENA précise que « mesure » s'entend de toute législation, réglementation, procédure, prescription ou pratique.

l'effet réel de ces accords. L'extension du volet public du système de santé dans de nouveaux domaines, entraînant l'exclusion des intérêts privés, ne déboucherait sur des demandes d'indemnité formulées en vertu de l'ALENA ou sur des contestations présentées dans le cadre de l'OMC que si des intérêts économiques privés étaient gravement touchés. Si ces intérêts sont inexistantes ou insignifiants, le risque que soient présentées des plaintes ou des contestations est négligeable<sup>3</sup>.

De la même façon, la présence d'intérêts privés ou étrangers importants dans un secteur particulier, comme celui des garderies, créerait un obstacle à la mise sur pied d'organismes publics ou à but non lucratif fournissant ces services. Cela vient du fait que les règles de l'ALENA relatives à l'investissement autorisent les investisseurs étrangers à demander des dommages-intérêts lorsque leurs entreprises subissent un préjudice en raison d'initiatives gouvernementales en matière de réglementation ou de politiques publiques<sup>4</sup>.

Pour ce qui est de la légalité des mesures touchant les services de garderie, la disposition la plus importante de l'ALENA dans ce domaine est la réserve relative aux services sociaux que le Canada a formulée pour exempter certaines mesures gouvernementales reliées à ces services; elle énonce :

*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**.* [non souligné dans l'original]<sup>5</sup>.

La nature de cette réserve relative aux « services sociaux » est telle que les gouvernements canadiens ont non seulement le droit de préserver les programmes et les règlements actuels en matière de services sociaux mais aussi celui d'en adopter de nouveaux. Cette règle s'applique même si ces initiatives ont pour effet de restreindre explicitement les droits des investisseurs ou des fournisseurs de services étrangers, en interdisant, par exemple, les investissements étrangers dans le secteur des garderies.

La réserve relative aux services sociaux comporte toutefois certaines limites. Premièrement, la réserve ne s'applique pas à toutes les règles de l'ALENA en matière

---

<sup>3</sup> Jon Johnson, *Quels seront les effets des accords de commerce internationaux sur les soins de santé au Canada?* Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada, septembre 2002.

<sup>4</sup> David Schneiderman, *NAFTA's Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada*, University of Toronto Law Journal 499, 1996, aux p. 521 à 523, et *Investment Rules and New Constitutionalism*, 25 Law and Social Inquiry 757, 2000.

<sup>5</sup> Annexe II de l'ALENA.

d'investissement, notamment à la règle la plus connue qui interdit toute expropriation<sup>6</sup>. Cette interdiction a reçu une interprétation extensive de la part d'un tribunal de l'ALENA et a été invoquée pour inciter des gouvernements à s'abstenir d'adopter des projets visant à mettre sur pied des services publics qui auraient un effet préjudiciable sur les fournisseurs commerciaux œuvrant dans le secteur considéré. C'est ce qui a été fait tout récemment au Canada pour inciter le Nouveau-Brunswick à ne pas mettre sur pied un régime public d'assurance automobile dans la province. Le même argument, ou la menace de litige, risque d'être invoqué à l'égard de projets gouvernementaux visant à mettre sur pied un régime de garderies général et public dans le cas où l'on permettrait à des investisseurs étrangers de s'implanter de façon significative dans ce secteur.

Le projet actuel du gouvernement de l'Ontario de lancer un programme d'apprentissage en journée complète pour les enfants de quatre et cinq ans qui fréquentent une maternelle en est un bon exemple. Lorsque ce projet sera mis en œuvre, il remplacera certains services privés qui sont fournis à l'heure actuelle à ces enfants. Cela risque de causer un préjudice aux entreprises privées qui fournissent actuellement ces services, de la même façon qu'un régime public d'assurance-automobile diminuerait le chiffre d'affaires des fournisseurs d'assurances privés. Si des investisseurs étrangers avaient procédé à des investissements importants en vue de fournir de tels services, l'ALENA leur permettrait de fonder une réclamation en dommages et intérêts découlant de cette perte de chiffre d'affaires.

Il existe une autre restriction qui découle du fait que la réserve relative aux services de garderie et autres services sociaux est limitée, parce qu'elle s'applique uniquement aux « services suivants dans la mesure où ils constituent des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public ». Cette disposition fait problème parce que selon les États-Unis :

La réserve exprimée à l'annexe II U-5 (la réserve des États-Unis équivalente à celle du Canada) a pour but de couvrir les services semblables à ceux que fournit un gouvernement, comme les programmes de garderie et de fourniture de médicaments. Si ces services étaient fournis par une entreprise privée, que ce soit une entreprise à but lucratif ou non, les chapitres onze et douze s'appliqueraient. [non souligné dans l'original]<sup>7</sup>.

Autrement dit, d'après les représentants commerciaux des États-Unis, les services de garderie fournis sur une base commerciale ne seraient pas considérés comme des services sociaux. Par conséquent, les politiques et les lois en matière de garderies qui pénaliseraient les services fournis sur une base commerciale ne bénéficieraient pas de la protection qu'accorde la réserve formulée dans l'ALENA.

---

<sup>6</sup> Aux termes de l'ALENA, l'expropriation est définie de façon bien plus large qu'en droit canadien et comme l'a noté la Cour suprême de la C.-B., cette définition est tellement large qu'elle comprend « une modification légitime du zonage décidée par une municipalité ou une autre autorité de zonage ». *The United Mexican States vs. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, motifs du jugement de M. le juge Tysoe, publiés le 22 mai 2001, au par. 99.

<sup>7</sup> Correspondance du représentant commercial des États-Unis, Michael Kantor destinée au procureur général de l'État de l'Oregon, mars 1996



Les représentants commerciaux canadiens ne sont guère en mesure d'influencer le point de vue américain et ne peuvent que laisser entendre que la portée de cette réserve « dépend en grande partie de la façon dont le gouvernement du pays perçoit la situation »<sup>8</sup>. Mais l'idée que cette réserve est finalement définie par son auteur est tout à fait incompatible avec l'approche adoptée par les parties à l'ALENA pour définir ce genre de réserve et risque peu de convaincre un tribunal de commerce ou d'investissement international<sup>9</sup>.

Il faudra attendre qu'un tribunal commercial ou d'arbitrage se prononce sur cette question pour savoir quelle est l'interprétation qui prévaudra. Il est toutefois clair qu'un régime de garderies qui n'accorde aucun rôle aux fournisseurs commerciaux ou privés, ou un rôle très limité, serait mieux protégé par cette réserve clé. C'est là un motif puissant pour limiter le rôle des fournisseurs commerciaux de services de garderie.

Comme nous l'avons noté, cette conclusion est encore renforcée lorsqu'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 et des politiques nationales dans ce domaine, sans avoir à faire face au risque que représentent les plaintes soumises par des investisseurs étrangers. Cet avantage serait perdu si les gouvernements autorisaient des investissements commerciaux importants dans ce secteur. C'est précisément dans cette situation difficile que se retrouvent maintenant les gouvernements canadiens qui songent à étendre le régime de soins de santé pour y ajouter l'assurance-médicaments, compte tenu des droits acquis que possède l'industrie de l'assurance privée dans ce secteur<sup>10</sup>.

Enfin, sur ce point, on ne sait pas très bien le critère qui sera retenu pour déterminer si un régime de garderies est de nature privée ou commerciale. Il est toutefois certain que la protection qu'apporte la réserve exprimée par le Canada à l'égard des services sociaux serait affaiblie si on laissait des investisseurs privés établir une présence commerciale importante dans le secteur des garderies.

Résumé :

L'ALENA accorde certains droits aux investisseurs étrangers qui ont effectué des investissements dans des services de garderie canadiens. Il y a en particulier le droit à demander une indemnité lorsqu'il est allégué que des mesures adoptées par un gouvernement ont en réalité pour effet d'exproprier leurs investissements. Étant donné que la notion d'expropriation est définie de façon très large, un projet gouvernemental qui

---

<sup>8</sup> Voir les opinions exprimées dans la correspondance entre John Weekes, coordonnateur canadien de l'ALENA à cette époque, et le sous-ministre de la Santé de l'Ontario, reproduite dans *Inside NAFTA*, 29 novembre 1995, cité dans Epps and Flood, p 25, n6.

<sup>9</sup> Voir, par contre, l'article 2102 de l'ALENA qui réserve aux parties *le droit de prendre toute mesure qu'elle[s] estimera[ont] nécessaire à la protection des intérêts essentiels de [leur] sécurité* [non souligné dans l'original].

<sup>10</sup> Voir Jon Johnson, note 7.

viserait à mettre sur pied un régime de garderie financé par l'État, et dans lequel ce financement serait réservé aux fournisseurs sans but lucratif, pourrait être considéré comme une violation de l'interdiction de toute expropriation que prévoit l'ALENA. Le risque que de telles plaintes soient soumises est proportionnel à l'ampleur des intérêts commerciaux que les investisseurs étrangers possèdent dans ce secteur.

De plus, la présence de fournisseurs commerciaux de services de garderie affaiblirait la protection qu'accorde au Canada la réserve relative aux services sociaux qu'il a formulée dans le cadre du régime commercial. Ce risque est également proportionnel à la présence d'investisseurs privés dans le secteur.

Si la protection accordée par cette réserve était refusée, cela aurait pour effet de limiter gravement les possibilités d'action des gouvernements dans le domaine des garderies, sur le plan des politiques et de la réglementation. Un tel refus étendrait sensiblement la portée des plaintes présentées par les investisseurs étrangers qui pourraient non seulement contester toute restriction imposée à l'investissement étranger, mais aussi s'opposer à la réglementation touchant la gouvernance, les obligations en matière de services et le fonctionnement des garderies, s'il était possible d'alléguer que ces mesures violent les larges restrictions à l'action gouvernementale qui découlent des règles de l'ALENA en matière d'investissement.

Il serait manifestement prudent que les gouvernements qui cherchent à éviter ces risques, compte tenu de l'intérêt manifesté récemment par les investisseurs privés pour ce secteur, agissent rapidement pour interdire toute acquisition de garderie par des sociétés étrangères.

**ii) Les gouvernements provinciaux peuvent-ils adopter des mesures visant à interdire l'investissement étranger dans le secteur des garderies sans violer les obligations commerciales du Canada?**

Comme nous l'avons noté, le Canada a formulé une réserve générale pour les services sociaux aux termes des règles de l'ALENA en matière de services et d'investissement. Sur ce point, l'article 1108:3 énonce :

*Les articles 1102, 1103, 1106 et 1107 ne s'appliquent pas à une mesure qu'une Partie adopte ou maintient en ce qui concerne les secteurs, sous secteurs ou activités figurant dans sa liste à l'annexe II.*

La réserve relative aux services sociaux du Canada figure à l'annexe II, et pour utiliser la terminologie du droit commercial international, elle est « non liée », ce qui veut dire que les gouvernements canadiens ont le droit de préserver, d'étendre les services sociaux existants et d'en créer de nouveaux. Ils ont cette possibilité même si ces initiatives ont pour conséquence de limiter les droits des investisseurs ou des fournisseurs de services étrangers, pour autant que les gouvernements respectent les limites juridiques et administratives prévues par la réserve.

Ainsi, grâce à la réserve du Canada, les gouvernements peuvent interdire ou limiter les investissements étrangers dans le secteur des garderies. Cela serait autrement interdit par

les articles 1102 (traitement national) et 1103 (traitement de la nation la plus favorisée) parce que cela reviendrait à accorder aux investisseurs étrangers un traitement discriminatoire.

De la même façon, les gouvernements sont autorisés à imposer des prescriptions de résultat, notamment exiger que les garderies embauchent leur personnel dans la collectivité locale, desservent une région particulière à titre de condition pour l'obtention d'un permis – deux types de conditions réglementaires qui seraient autrement interdites par l'article 1106. Ils peuvent également exiger que les parents et les membres de la collectivité locale constituent la majorité du conseil d'administration, malgré l'interdiction de telles mesures par l'article 1107.

Cependant, comme nous l'avons noté, l'article 1110 qui concerne l'expropriation n'est pas visé par la réserve de l'annexe II. Ce qui veut dire que, si des investisseurs étrangers étaient autorisés à effectuer des investissements dans le secteur des garderies, ils bénéficieraient de certains droits garantis par l'ALENA. Comme nous l'avons également noté, la protection qu'accorde la réserve relative aux services sociaux est plus faible lorsqu'il y a eu privatisation de ces services ou prestation de ces services sur une base commerciale.

Pour utiliser des termes familiers, si les gouvernements canadiens souhaitent préserver leurs droits aux termes de l'ALENA, ils doivent les exercer. Les gouvernements ont donc le pouvoir de restreindre les investissements étrangers dans le secteur des garderies, mais s'ils ne le font pas, cela aura deux conséquences. La première sera de limiter à l'avenir les mesures que pourrait prendre un gouvernement dans le domaine de la réglementation et des politiques si celles-ci étaient considérées comme équivalentes à une expropriation. La seconde sera d'affaiblir la position du Canada s'il soutenait que la réserve relative aux services sociaux vise également les fournisseurs de services commerciaux. Cela aurait non seulement pour effet d'étendre la portée des plaintes soumises par les investisseurs, mais cela voudrait également dire qu'une fois la porte ouverte aux investissements étrangers dans le secteur des garderies, les gouvernements ne pourraient peut-être plus la refermer.

### **iii) Les gouvernements canadiens peuvent-ils attribuer des fonds publics aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services de garderie sans violer les règles de l'ALENA?**

D'une façon générale, les règles de l'ALENA en matière d'investissement n'ont pas pour effet d'empêcher les gouvernements d'affecter les fonds publics comme ils l'entendent.

L'article 1108:7 de l'ALENA énonce :

Les articles 1102, 1103 et 1107 ne s'appliquent pas

a) aux achats effectués par une Partie ou par une entreprise d'État; ou

b) aux subventions ou aux contributions fournies par une Partie ou par une entreprise d'État, y compris les emprunts, les garanties et les assurances bénéficiant d'un soutien gouvernemental.

Cela veut dire que les gouvernements peuvent attribuer des fonds publics à des fournisseurs de services sans but lucratif, même si cela constitue de la discrimination à l'égard des investisseurs étrangers. Même dans ce cas, il est possible, comme nous l'avons noté, qu'un tel traitement discriminatoire puisse justifier une plainte pour expropriation lorsque le régime de financement public a pour effet de réduire sensiblement la part de marché que possède un fournisseur de services à but lucratif. Là encore, ce problème ne se posera que dans le seul cas où les gouvernements autoriseraient des investisseurs étrangers à établir une présence commerciale importante dans le secteur des garderies.

**Steven Shrybman**  
**Sack Goldblatt Mitchell LLP**

A:\DOC\CUPENAT\07-12\00131810.DOC

F:\DOC\CUPENAT\07-12\00142772.DOC