

Le 26 mai 2010

Madame Charley Beresford
Directrice générale
Columbia Institute Centre for Civic Governance
1166, rue Alberni, bureau 1200
Vancouver (C.-B.) V6E 3Z3

Madame Beresford,

Objet : L'Accord économique et commercial global (AÉCG)

Le Canada négocie présentement un Accord économique et commercial global (AÉCG) avec l'Union européenne (l'« UE »). Le document qui suit présente une évaluation des conséquences potentielles de cette proposition d'accord commercial pour les instances gouvernementales municipales.

Le gouvernement fédéral a décrit l'AÉCG comme étant l'initiative de libre-échange la plus ambitieuse entreprise par le Canada. En réalité, de nombreuses dispositions du texte proposé sont identiques à celles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Les deux accords étendent grandement la portée du droit commercial international pour inclure des sphères de politique intérieure et des lois qui ont peu à voir avec le commerce international dans le sens traditionnel, y compris celles relevant des gouvernements municipaux. En effet, les actions des gouvernements locaux – y compris celles liées à la gestion des déchets, l'approvisionnement en eau et l'aménagement du territoire – peuvent être contestées, et elles l'ont été, pour avoir enfreint les exigences du droit commercial international.

L'analyse qui suit n'offre pas d'évaluation globale de la pleine portée des règles de l'AÉCG qui sont susceptibles d'avoir des conséquences sur les gouvernements municipaux parce que, tel que mentionné, une grande partie de ce terrain a déjà été reconnue en vertu des règles de l'ALÉNA et de l'OMC. Par exemple, le Canada propose d'offrir aux entreprises un droit pratiquement inconditionnel de se prévaloir de l'arbitrage international pour réclamer des dommages-intérêts lorsqu'elles affirment qu'un gouvernement canadien ou un autre organisme public ne s'est pas conformé aux règles d'investissement du régime. Bien que l'inclusion de telles dispositions dans un accord commercial international intégral serait sans précédent pour l'UE, le Canada doit faire face aux conséquences d'accorder aux investisseurs privés de tels droits extraordinaires depuis plus de dix ans.



Tout de même, les conséquences qu'il y a à exposer les gouvernements canadiens à des réclamations des États investisseurs par d'innombrables entreprises de l'UE ne doivent pas être écartées. En raison des risques graves engendrés par de telles règles d'investissement, nous avons inclus un exemple de ces risques de litige ci-dessous en ce qui a trait aux services d'approvisionnement en eau en lumière de la demande importante de l'UE pour que de tels services soient soumis aux règles de l'AÉCG et de la position dominante des sociétés spécialisées dans l'approvisionnement en eau de l'UE dans ce secteur.

Cependant, le point central de l'évaluation suivante est l'approvisionnement. Dans ce secteur, les propositions de l'AÉCG étendraient de façon importante l'application des règles commerciales aux gouvernements municipaux et autres organismes publics, et on peut dire que l'inclusion de l'approvisionnement infranational dans l'AÉCG est la principale demande de l'UE. Pour le moment, les pratiques d'approvisionnement des gouvernements provinciaux et municipaux demeurent largement non entravées par les obligations du traité international. Pour ces raisons, et parce que l'approvisionnement peut jouer un rôle si important dans une économie moderne, l'analyse qui suit offre une évaluation détaillée des règles d'approvisionnement proposées dans l'AÉCG.

RÉSUMÉ

[Le terme « municipalités » est utilisé partout dans cette analyse comme formule abrégée pour les entités du secteur MESSS (municipalités, organismes municipaux, conseils et commissions scolaires, entités d'enseignement supérieur, services de santé ou de services sociaux financés par l'État), y compris les écoles, les hôpitaux, les bibliothèques, les services publics d'électricité et les services d'eau, et pratiquement tous les autres organismes et institutions publics qui, en vertu des propositions actuelles, seraient également soumis aux règles d'approvisionnement de l'AÉCG.]

Les pratiques d'approvisionnement actuelles des municipalités canadiennes sont généralement ouvertes et transparentes. Les entreprises de l'UE ont autant le droit de soumissionner en réponse aux appels d'offres des municipalités, tout comme le sont leurs homologues canadiens, et les invitations à soumissionner exigent seulement très rarement qu'une proportion des produits et des services soit offerte localement. Cependant, les municipalités reconnaissent également le rôle important que l'approvisionnement peut jouer dans l'atteinte d'objectifs économiques, sociaux ou environnementaux.

En effet, la FCM (Fédération canadienne des municipalités) a souligné la relation importante entre l'investissement dans l'infrastructure et la création d'emplois. En commentant les engagements du budget fédéral, et sous la rubrique « En route vers l'emploi », la FCM a écrit :

Les engagements du budget fédéral ne se transformeront pas en nouveaux emplois automatiquement. Pour y arriver, il faut franchir plusieurs étapes, obtenir des décisions de plusieurs sources, résoudre des problèmes complexes et surmonter divers obstacles et défis externes. Chacune de ces étapes doit être atteinte par un ordre de gouvernement ou plus parmi les trois qui participent aux efforts nationaux de relance afin de convertir les

sommes affectées dans le budget fédéral en projets réels et en nouveaux emplois dans les municipalités canadiennes.

Bien entendu, un point de décision critique concerne les conditions des marchés publics, et la FCM a également demandé au gouvernement fédéral de protéger le droit des municipalités d'insister sur le contenu local et la création d'emplois locaux comme conditions d'approvisionnement. En établissant les principes qui devraient guider les négociations commerciales canadiennes, la FCM a souligné l'importance de ce qui suit :

Un contenu canadien pour les industries stratégiques ou les projets critiques : un accord commercial doit reconnaître les considérations stratégiques et d'intérêt public avant d'exclure tout traitement préférentiel basé sur le pays d'origine. Il se peut qu'il y ait des industries qui aient une importance stratégique pour une région particulière, comme le transport, ou des projets où des considérations de qualité, de bien public, de protection de l'environnement ou d'éthique des affaires signifient qu'un gouvernement local peut avoir le droit d'imposer des niveaux de contenu canadien minimums, et ce, avec raison.

En termes simples, les règles proposées de l'AÉCG élimineraient de façon permanente l'option d'utiliser l'approvisionnement de cette manière. Ainsi, en vertu de l'AÉCG, les municipalités ne pourraient plus limiter les appels d'offres aux entreprises canadiennes, ou stipuler que les entreprises étrangères qui soumissionnent pour des contrats publics accordent une certaine préférence aux produits, aux services ou aux travailleurs locaux ou canadiens. Ainsi, les municipalités perdraient un des rares, et peut-être le plus important, outil dont elles disposent en ce moment pour stimuler l'innovation et le développement économique communautaire, créer des emplois locaux et atteindre d'autres objectifs de politiques publiques, allant de la sécurité alimentaire à l'équité sociale.

Parallèlement, les municipalités assumeraient des coûts administratifs importants et des risques de litiges en devant étendre la portée de leurs pratiques d'approvisionnement; en devant faire rapport sur leurs choix en matière d'approvisionnement, justifier ces choix et les défendre; et en devant indemniser les soumissionnaires non retenus lorsque les procédures et les règles de l'AÉCG ne sont pas strictement respectées.

Plus précisément, les règles d'approvisionnement proposées de l'AÉCG :

- i) interdiraient aux municipalités d'utiliser l'approvisionnement comme outil de développement économique ou social local en restreignant les appels d'offres aux entreprises locales ou canadiennes ou en exigeant que les soumissionnaires utilisent une partie de la main-d'œuvre, des produits ou des services locaux ou canadiens dans l'offre des produits et des services faisant l'objet des appels d'offres;
- ii) interdiraient aux municipalités d'utiliser l'approvisionnement à des fins stratégiques, comme la création ou l'appui d'un marché pour des produits et des services innovateurs, y compris les technologies vertes où l'effet favoriserait les producteurs canadiens ou attirerait un investissement au Canada;

- iii) interdiraient aux municipalités d'utiliser l'approvisionnement à des fins de développement durable, comme la promotion de la sécurité alimentaire, en adoptant des pratiques d'achat d'aliments locaux;
- iv) exigeraient que les municipalités paient les coûts administratifs associés à :
 - l'offre de renseignements et de statistiques au gouvernement fédéral sur leurs pratiques et activités d'approvisionnement;
 - la publication d'annonces et d'avis détaillés des approvisionnements projetés;
 - l'émission d'appels d'offres conformément aux procédures et aux spécifications techniques de l'AÉCG;
 - la justification aux fournisseurs non retenus pour leurs décisions d'approvisionnement;
 - la défense de leurs actions si on les conteste devant les organes administratifs, judiciaires et d'appels nationaux;
- v) menaceraient les municipalités que leurs processus d'approvisionnement soient ralentis ou sabotés en devant :
 - fournir aux soumissionnaires non retenus de l'UE suffisamment de temps pour en appeler de leurs décisions;
 - faire face à une ordonnance suspendant l'approvisionnement en attendant la résolution d'un tel appel;
 - payer des dommages à un ou des soumissionnaires non retenus lorsqu'elles ne se sont pas conformées aux règles de l'AÉCG.

Les contraintes imposées par l'AÉCG sur les options d'approvisionnement des municipalités vont également bien au-delà de celles de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI) qui permettent que l'approvisionnement municipal favorise les produits et les services canadiens et qui, contrairement aux règles de l'AÉCG, exemptent l'approvisionnement en ce qui a trait à l'approvisionnement en eau et services connexes.

L'importance pour les municipalités de faire preuve de la diligence requise

Étant donné la nature de ces contraintes, il est surprenant que ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n'aient présenté d'évaluation de leurs conséquences, ni offert d'évaluation utile de ce que les municipalités pourraient retirer de l'abandon de leurs prérogatives d'approvisionnement. Cependant, il ne semble pas être reconnu que le Canada a peu à gagner de l'accès réciproque aux marchés publics de l'UE et, par conséquent, cherchera à obtenir des gains dans d'autres secteurs.

Par exemple, selon un rapport dans une revue spécialisée réputée reconnaissant que l'UE a beaucoup plus à gagner de l'inclusion de l'approvisionnement infranational dans l'AÉCG, le ministre du Commerce du Canada est prêt à utiliser l'approvisionnement infranational comme

monnaie d'échange pour un nouvel accès aux marchés pour le bœuf, le porc et les grains canadiens¹. Nous ne pourrions toutefois pas trouver de preuve qu'un tel échange serait justifié, même si on accepte qu'il est raisonnable de s'attendre à ce que les municipalités assument les coûts pour les avantages que les autres secteurs et régions du pays pourraient retirer.

Nous avons également inclus ci-dessous un bref rapport sur le dénouement de récentes négociations bilatérales en matière d'approvisionnement avec les États-Unis pour démentir la notion selon laquelle on peut se fier au dénouement de telles négociations pour produire un accord équilibré qui sert les intérêts du Canada. L'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis est un accord incroyablement unilatéral en vertu duquel les entreprises américaines retirent la plupart des avantages, et c'est particulièrement vrai pour les dispositions temporaires qui exigent que les municipalités canadiennes se conforment aux règles d'approvisionnement internationales pour la première fois. En vertu de ces règles, les municipalités canadiennes doivent ouvrir l'approvisionnement dans le secteur de la construction et des services connexes aux entreprises américaines, mais les municipalités et les États américains, dont bon nombre conservent des préférences locales qui excluent efficacement les soumissionnaires canadiens, ne sont tenus par aucune obligation réciproque. Il semble, dans ce cas, que les impératifs politiques du gouvernement fédéral dépassent ses intérêts dans l'atteinte de résultats qui font avancer les intérêts canadiens. Nous croyons qu'il y a de bonnes raisons d'être préoccupés que la même dynamique soit en jeu dans les négociations de l'AÉCG.

S'il est encore nécessaire de souligner l'importance de la diligence requise par les personnes représentant les municipalités dans les dossiers commerciaux, cela est prescrit en reconnaissant le caractère permanent des engagements de l'AÉCG. Les difficultés pratiques et politiques rencontrées dans la modification d'un accord international sont telles qu'il est pratiquement impossible de rétablir les prérogatives des gouvernements une fois qu'elles sont abandonnées. Reconnaisant cette difficulté, le Canada a proposé une procédure élaborée pour modifier les engagements qu'il prend en vertu du régime de l'AÉCG². Mais le droit de modifier des engagements est hautement mitigé et n'a pas été accepté par l'UE. De plus, à notre avis, il est improbable que la proposition du Canada soit acceptée par l'UE parce qu'elle vient à l'encontre si directement du but essentiel de cet accord commercial proposé qui est d'établir des obligations contraignantes et continues qui ne peuvent pas être modifiées à l'intérieur du pays.

Pour souligner ce point, nous ignorons toute instance de la part du Canada qui cherche à modifier les règles de l'ALÉNA, nonobstant un sérieux mécontentement quant aux aspects du régime – les conflits sur le sciage de bois résineux et les revendications des États investisseurs étant deux exemples. La seule hypothèse raisonnable que les municipalités peuvent faire est que si le pouvoir d'achat est cédé en vertu de l'AÉCG, il sera impossible de le récupérer.

¹ *Inside Trade*, 28-18-13.

² Voir article XVIII : *Modifications and Rectifications to Coverage* (Modifications et rectifications quant à la couverture).

En lumière du dénouement des négociations quant à l'approvisionnement dans le cadre des mesures du *Buy American* (Acheter américain) avec les États-Unis, et des contraintes considérables sur les pouvoirs d'achat des municipalités engendrées par les règles proposées de l'AÉCG, il serait raisonnable, à notre avis, de demander au gouvernement fédéral :

- i) d'entreprendre et de publier une évaluation approfondie, en temps utile et objective des coûts et avantages pour les municipalités contenus dans le programme de l'AÉCG;
- ii) de fournir une explication des secteurs qui risquent le plus d'être les principaux bénéficiaires de l'AÉCG, et comment les prétendus avantages de cet accord commercial doivent être répartis;
- iii) d'entreprendre des consultations efficaces avec les municipalités à la suite de ces analyses et avant que les négociations aillent plus loin;
- iv) d'allouer suffisamment de temps aux municipalités pour solliciter des commentaires de la part de ceux qui risquent d'être le plus touchés par les propositions actuelles.

Le plus important, étant donné l'échec des propositions de l'AÉCG pour préserver le droit des municipalités d'insister sur du contenu canadien pour les industries stratégiques comme l'a demandé la FCM, il serait raisonnable de demander à nouveau au gouvernement fédéral d'offrir une assurance claire qu'il n'échangera pas le pouvoir des gouvernements locaux d'utiliser l'approvisionnement pour atteindre des objectifs économiques, sociaux, environnementaux, de durabilité et autres objectifs d'intérêt public valides.

Finalement, il est important que les objectifs d'approvisionnement internationaux du gouvernement fédéral soient approfondis dans au moins un autre secteur majeur – les négociations bilatérales en vertu de l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis. En vertu de cet accord, le Canada est engagé face à des discussions futures pour explorer une expansion des engagements en ce qui a trait à l'accès aux marchés pour l'approvisionnement.

Nous croyons que les municipalités canadiennes devraient être très claires sur le fait que la préservation de tels droits est une condition préalable nécessaire pour tout soutien futur qu'elles pourraient offrir pour le programme de l'AÉCG.

Mises en garde

Finalement, en guise d'introduction, il est important de qualifier l'évaluation suivante en mentionnant qu'elle est fondée sur des copies non officielles et qui ont fui des textes provisoires de négociation³. Bon nombre des détails des propositions actuelles doivent être mis au point et, dans de nombreux cas, les projets établissent, en texte encadré, les positions de négociation respectives des deux parties qui n'ont pas encore été réglées. Bien que le gouvernement fédéral ait fourni des résumés constants des progrès des négociations, il n'était pas prêt à faire preuve de transparence quant aux détails réels et à la teneur de ces négociations.

³ On peut trouver ces documents sur le site Web du Réseau pour le commerce juste (<http://www.tradejustice.ca/>)

LE RÔLE DE L'APPROVISIONNEMENT

Avant de décrire les règles d'approvisionnement établies dans le texte provisoire de l'AÉCG, il est approprié de décrire comment l'approvisionnement public est maintenant utilisé par le Canada et ses principaux partenaires commerciaux parce que, tel que mentionné, des utilisations conventionnelles et des utilisations plus innovatrices d'approvisionnement seraient largement écartées de ces règles commerciales proposées.

L'utilisation conventionnelle de l'approvisionnement

Généralement, l'approvisionnement public concerne la dépense de fonds publics pour acquérir des produits (comme des ordinateurs, des véhicules pour le transport en commun et des éoliennes) et des services (comme des services d'ingénierie, de comptabilité, de gestion des déchets et d'économie d'énergie) pour utilisation par des organismes gouvernementaux ou autres organismes publics. Assujetties à certaines exigences au sujet de la transparence et de l'équité, les municipalités canadiennes sont relativement libres d'adopter toutes les pratiques d'approvisionnement qu'elles jugent être dans l'intérêt public.

En fait, l'approvisionnement demeure un des rares leviers économiques encore à la disposition des gouvernements en vertu du libre-échange et qui peut encore être utilisé pour promouvoir le développement économique local et créer des emplois. L'importance de cet outil est également expliquée par le fait que de telles dépenses publiques représentent environ de 15 à 20 % du PIB dans les pays de l'OCDE⁴.

En raison de leur utilité et de leur importance, bon nombre des partenaires commerciaux du Canada ont également conservé leurs droits d'utiliser l'approvisionnement à des fins économiques et d'intérêt public. Par exemple, aux États-Unis, l'approvisionnement est couramment utilisé pour promouvoir le développement communautaire et économique local – et les préférences pour les entreprises et les produits locaux sont une caractéristique universelle de douzaines de régimes d'approvisionnement d'États et locaux.

L'approvisionnement pour favoriser l'innovation et le développement durable

En plus des utilisations plus conventionnelles de l'approvisionnement public, on voit de plus en plus l'approvisionnement public comme offrant un outil important pour encourager l'innovation et créer des marchés pour de nouveaux produits et services. Parfois décrit comme de l'*approvisionnement stratégique*, cette utilisation des achats publics peut créer une demande pour des innovations technologiques, des produits ou des services qui stimulent un marché plus vaste. De cette façon, la demande publique peut jouer un rôle important en ce qui a trait à la diffusion de nouvelles technologies ou de technologies alternatives, étant donné que la demande publique pour des produits innovateurs envoie également des signaux forts aux utilisateurs privés.

⁴ Rapport conjoint sur la définition du périmètre d'un accord économique approfondi entre l'Union européenne et le Canada, 5 mars 2009.

Énergie verte en Ontario

C'est en fait l'approche adoptée récemment par l'Ontario dans le cadre d'une initiative d'énergie verte en vertu de laquelle le gouvernement utilise du financement public et des dépenses publiques pour attirer et créer un marché pour les produits et les producteurs d'énergie renouvelable.

En vertu de la *Loi sur l'énergie verte* de 2009 de l'Ontario, un programme de prix préférentiels a été établi pour encourager l'utilisation de l'énergie renouvelable. La *Loi sur l'énergie verte* comprend des exigences de contenu national importantes pour l'approvisionnement de projets d'énergie renouvelable. Selon cette nouvelle politique, au moins 25 % des projets d'énergie éolienne et 50 % des grands projets d'énergie solaire doivent comporter de la main-d'œuvre et des produits ontariens. Ces pourcentages augmenteront pour l'énergie solaire en 2011 (jusqu'à 60 %) et pour l'énergie éolienne en 2012 (jusqu'à 50 %). L'Ontario voit cette initiative comme une façon de stimuler l'économie, d'assurer la sécurité énergétique pour la province et d'atteindre d'importants objectifs environnementaux, y compris la réduction des gaz à effet de serre. Cela révèle que l'UE a spécifiquement identifié la *Loi* et ces programmes comme enfreignant les principes des règles d'approvisionnement de l'AÉCG qu'elle propose⁵.

Traitement des eaux résiduaires et énergie durables

Un autre exemple de l'approvisionnement stratégique est fourni par les plans actuels du District régional de la capitale (DRC) de la Colombie-Britannique pour établir une installation d'épuration des eaux d'égout et des installations connexes. Le projet de traitement des eaux résiduaires du DRC est composé de plusieurs éléments, y compris un procédé de collecte des eaux usées, deux stations principales des eaux résiduaires, un centre pour l'énergie biogaz, des projets de chaleur résiduaire et autres projets de récupération d'énergie, et des installations de récupération des ressources pour les biosolides et autres déchets⁶. Le DRC a identifié des critères pour l'évaluation des diverses options pour aller de l'avant avec ce projet, y compris « la possibilité pour l'option d'exécution d'offrir des avantages économiques maximums au DRC et à la Colombie-Britannique en termes d'emplois et autres avantages économiques ».

Mais le DRC considère également l'approvisionnement comme un moyen de promouvoir l'innovation environnementale en ce qui a trait à la gestion des eaux résiduaires⁷. À cet égard, le plan du DRC est considéré comme un moyen important d'« intégrer la gestion des eaux

⁵ MAAC 2009 – *List of Key Market Access Barriers in Canada under the Market Access Strategy* (Liste des obstacles clefs à l'accès aux marchés au Canada en vertu de la stratégie d'accès aux marchés).

⁶ *Capital Regional District Core Area Wastewater Management Program Potential Program Delivery Options* (Options d'exécution des programmes potentiels du programme de gestion des eaux résiduaires du District régional de la capitale), 6 janvier 2010.

⁷ Tel que mentionné dans le dossier commercial du DRC « ... le DRC est engagé à mettre en œuvre un grand nombre d'initiatives de durabilité dans ces programmes. Le DRC fera preuve de leadership dans le domaine du traitement des eaux résiduaires et de la réutilisation avantageuse des déchets et visera également la carboneutralité. » [G.5 Récupération des ressources et carboneutralité – dossier commercial]

résiduaire dans la planification durable de l'eau, de l'eau d'orage, des déchets solides et de l'énergie pour la collectivité. Pour des applications pratiques des ressources de traitement des eaux résiduaires, les possibilités sont illimitées »⁸. Ce type d'approvisionnement stratégique par le DRC peut offrir un marché pour des services et des technologies canadiennes innovatrices en matière d'environnement et d'énergie, tout en atteignant son autre objectif explicite de promotion du développement économique pour la région et le Canada.

Mais comme nous le décrivons ci-dessous, en vertu des règles de l'AÉCG, on interdirait au DRC d'inclure des « mesures de compensation » dans les contrats d'approvisionnement afin d'encourager le développement local « comme l'utilisation de contenu national ... [ou] l'octroi de licence pour la technologie... » Cette règle interdit clairement des conditions d'approvisionnement qui exigeraient que tout soumissionnaire localise les sources d'approvisionnement pour les services ou les technologies d'ingénierie environnementale des fournisseurs canadiens, et annulerait les doubles buts que le DRC tente d'atteindre.

Sécurité alimentaire

Une autre perte potentielle découlant des règles proposées de l'AÉCG concerne les politiques d'achat d'aliments locaux comme la politique d'approvisionnement d'aliments locaux (*Local Food Procurement Policy*) de Toronto qui a été explicitement adoptée pour « réduire les émissions de gaz à effet de serre et les émissions causant le smog produites par l'importation d'aliments de l'extérieur de l'Ontario ». Cette politique engage le conseil municipal de Toronto « à accroître progressivement le pourcentage d'aliments servis dans des établissements appartenant à la municipalité ou achetés pour des activités municipales de sources locales ». « Local » est défini comme étant « des aliments cultivés dans la région du Grand Toronto, dans la ceinture verte de l'Ontario et dans d'autres régions de l'Ontario »⁹.

Les avantages de l'engagement de Toronto ont été décrits comme incluant des réductions dans :

- le changement climatique et les émissions de gaz à effet de serre associés au transport et à la production d'aliments;
- les effets nocifs des produits agrochimiques, plus particulièrement les pesticides et les engrais;
- les conséquences à long terme des monocultures à grande échelle;
- la dépendance accrue aux aliments importés et aux questions de sécurité alimentaire liées aux bouleversements dans la chaîne alimentaire en raison d'urgences ou de catastrophes naturelles.

Encore une fois, les règles proposées de l'AÉCG élimineraient ces objectifs d'approvisionnement.

⁸ <http://www.wastewatermadeclear.ca/environment/benefits.htm>

⁹ Voir la discussion à l'adresse
<http://www.torontoenvironment.org/campaigns/greenbelt/localfoodapprovisionnement>.

Approvisionnement stratégique dans l'UE

Une des ironies ici est que l'Ontario suit, de nombreuses façons, l'exemple des pays européens qui ont adopté des stratégies très similaires pour favoriser le développement de technologies d'énergie renouvelable comme les éoliennes (Danemark) et les cellules photovoltaïques (Allemagne). En fait, en Europe, ces initiatives ont souvent été suivies par des gouvernements municipaux.

Par exemple, l'article 2 de la *Renewable Energy Sources Act* (Loi sur les sources d'énergie renouvelable) de l'Allemagne prévoit que :

1. *le branchement prioritaire aux systèmes connectés au réseau pour l'approvisionnement général en électricité des installations qui produisent de l'électricité de sources d'énergie renouvelable et de gaz provenant des mines sur le territoire de République fédérale de l'Allemagne, y compris sa zone économique exclusive (application territoriale de cette Loi); [traduction libre]*
2. *l'achat, la transmission, la distribution et le paiement prioritaires d'une telle électricité par les opérateurs des systèmes connectés au réseau...). [traduction libre]*

Le Royaume-Uni est également engagé à utiliser l'approvisionnement public pour favoriser l'innovation. Sa politique est établie dans une publication intitulée *Driving innovation through public procurement* (Assurer l'innovation par le biais de l'approvisionnement public) qui montre aux ministères gouvernementaux comment ils peuvent encourager les fournisseurs à utiliser leurs capacités et leur savoir-faire pour innover de façons qui profiteront aux services publics et à l'économie en général. Le Royaume-Uni considère les producteurs publics comme ayant un rôle important à jouer « pour faire du Royaume-Uni le meilleur endroit dans le monde pour être une entreprise innovatrice, un secteur public ou une organisation du secteur tertiaire ».

Comme l'explique son ministère responsable :

« L'innovation est un élément clef pour l'optimisation des ressources de l'approvisionnement du secteur public. En encourageant les fournisseurs à élaborer des techniques nouvelles pour favoriser la prestation de services publics, nous continuerons d'obtenir des améliorations dans les résultats des services publics. »¹⁰

Étant donné le dénouement très asymétrique des négociations en matière d'approvisionnement avec les États-Unis, qui sont décrites plus en détail ci-dessous, le fait que l'UE puisse voir une occasion de contester l'initiative d'énergie verte de l'Ontario, tout en laissant des programmes similaires de l'UE intacts, est une véritable préoccupation.

¹⁰ http://www.ogc.gov.uk/documents/Innovation_policy_statement.pdf

PRATIQUES ACTUELLES DU CANADA EN MATIÈRE D'APPROVISIONNEMENT

C'est hors de la portée de cette évaluation d'examiner les diverses pratiques d'approvisionnement des municipalités canadiennes et des organismes du secteur MESSS. Cependant, des cas anecdotiques indiquent qu'une partie importante de l'approvisionnement canadien par ces secteurs engendre peu de restrictions quant au droit des entreprises de l'UE de soumissionner sur des appels d'offres publiques. Il est également rare que les appels d'offres stipulent que certains produits et services concernés, ou tous, doivent être acquis localement ou même au Canada. Néanmoins, il y a des exceptions importantes pour des appels d'offres ouverts lorsque les municipalités ou les institutions du secteur MESSS croient qu'ils sont nécessaires. Cependant, ce sont clairement l'exception.

EST-CE DU PROTECTIONNISME?

Lorsque le gouvernement américain a incorporé des préférences locales de longue date aux récentes lois sur la stimulation, le Canada a rapidement dénoncé ces dispositions comme étant protectionnistes. En mettant de côté pour l'instant que des exigences similaires d'achat et d'assemblage nationaux sont une caractéristique de la loi américaine depuis les années 1930, et qu'elles sont conformes à ses obligations commerciales internationales, il n'est pas évident que de telles mesures répondent à la définition de protectionnisme à tout égard.

Pour commencer, l'approvisionnement ne faisait pas, avant la venue de l'OMC, l'objet d'une inclusion dans un accord commercial international. En vertu des règles du libre-échange, les gouvernements ne doivent pas interférer dans le commerce de produits de l'autre côté de la frontière, mais ils n'ont pas été tenus historiquement de dépenser les fonds publics sur des produits ou des services étrangers lorsqu'ils choisissent de ne pas le faire. En outre, les règles proposées de l'AÉCG s'appliquent aux services ainsi qu'aux produits – comme la planification, la conception, l'ingénierie, l'étude d'impact sur l'environnement et les services de gestion associés à l'établissement d'un programme de compostage de catégorie verte, pas seulement les boîtes vertes, les camions et les composteurs nécessaires pour exploiter un tel système.

Cependant, plus important que l'étiquette, il y a la question pratique à savoir si le Canada devrait abandonner un outil de développement économique si important, et pourquoi il devrait le faire étant donné la détermination des États-Unis et d'autres partenaires commerciaux de conserver ce pouvoir.

PORTÉE ET APPLICATION

L'UE a présenté sa demande initiale pour l'application des règles d'approvisionnement de l'AÉCG et propose l'inclusion de tous les contrats d'approvisionnement d'une valeur de plus de 200 000 \$ par les entités suivantes :

- Toutes les entités des gouvernements sous-centraux, y compris celles qui opèrent sur le plan local, régional ou municipal, ainsi que toutes les autres entités dans tous les territoires et

provinces du Canada, y compris :

- en Ontario : les municipalités d'Ottawa, de Toronto, de Hamilton, de London, de Richmond Hill, de Kitchener, de Vaughan, de Brantford, de Windsor, de Markham, du Grand Sudbury, de Burlington, d'Oakville, d'Oshawa, de St. Catharine's-Niagara, de Sherbrooke, de Thunder Bay, de Kingston, de Barrie et de Guelph;
 - au Québec : les municipalités de Montréal (ou qui faisaient auparavant partie de la CUM), de Québec, de Longueuil, de Gatineau, de Trois-Rivières, de Laval et de Chicoutimi-Jonquière;
 - en Alberta : Calgary et Edmonton;
 - en Colombie-Britannique : Vancouver, Richmond, Coquitlam, Burnaby, Abbotsford, Victoria et Kelowna;
 - au Manitoba : Winnipeg;
 - dans d'autres provinces : Regina, Saskatoon, Halifax et St John's (Terre-Neuve).
-
- Toutes les entités qui exploitent dans le soi-disant secteur MESSS (municipalités, organismes municipaux, conseils et commissions scolaires, entités d'enseignement supérieur, services de santé ou de services sociaux financés par l'État), ainsi que toute corporation ou entité appartenant à un ou plusieurs des secteurs précités ou contrôlés par l'un ou plusieurs d'entre eux.
 - Toutes les autres entités dont les politiques d'approvisionnement sont essentiellement contrôlées par un gouvernement central, régional ou local, dépendent d'un tel gouvernement ou sont influencées par lui, et qui prennent part à des activités commerciales ou industrielles dans une ou plusieurs des activités ci-dessous :
 1. Aéroports – y compris de nombreux aéroports exploités par des autorités municipales ou régionales;
 2. Transport – y compris les réseaux de transport en commun des plus grandes villes du Canada;
 3. Ports;
 4. Eau potable.

Toutes les entités, conformément à la définition ci-dessous, qui offrent ou exploitent des réseaux fixes qui ont pour but d'offrir un service à la population en lien avec la production, le transport ou la distribution d'eau potable, ou qui fournissent de l'eau potable à de tels réseaux, y compris :

- EPCOR d'Edmonton;
- l'approvisionnement en eau et les services d'urgence de Toronto;
- les entités municipales de traitement des eaux et des eaux usées.

5. Énergie

- Toutes les entités, conformément à la définition ci-dessous, qui offrent ou exploitent des réseaux fixes ayant pour but d'offrir un service à la population en lien avec la production, le transport ou la distribution d'électricité, ou l'approvisionnement en électricité à de tels réseaux, y compris Toronto Hydro (Hydro-Toronto).
- Les services apparaissant déjà dans la liste des engagements actuels du Canada en vertu de l'AMP, y compris :
 - les services de consultation scientifiques et techniques liés à l'ingénierie et les essais techniques et les services d'analyse;
 - les services de consultation en gestion financière, les services de relations publiques et autres services consultatifs de gestion;
 - l'entretien et la réparation de véhicules motorisés;
 - les services d'étude du marché et les services de sondage d'opinion;
 - les services d'imprimerie et d'édition;
 - les services de télécommunication;
 - les services de messagerie;
 - les services de construction.
- Les contrats de concessions de travaux, lorsqu'ils sont accordés en vertu des entités des annexes 1, 2 et 3, et pourvu que leur valeur soit égale ou supérieure à 5 millions de DTS (droits de tirage spéciaux), sont inclus en vertu du régime relatif au traitement national.
N.B. : La définition des concessions de travaux et les règles applicables doivent faire l'objet d'un accord lors des prochaines rondes.

Tel que mentionné, ces demandes imposeraient des contraintes permanentes dans l'exercice du pouvoir de l'autorité d'approvisionnement par les gouvernements canadiens infranationaux, y compris les municipalités et autres entités publiques locales, pour la première fois.

LES CONDITIONS FONDAMENTALES DES RÈGLES D'APPROVISIONNEMENT DE L'AÉCG

Les conditions fondamentales pour l'approvisionnement en vertu de l'AÉCG ont essentiellement une triple portée et exigent que les municipalités et autres organismes publics :

1. éliminent toute préférence pour des entreprises, des produits ou des services locaux comme exigence ou condition d'approvisionnement;
2. procèdent à l'approvisionnement conformément aux spécifications et aux procédures délimitées par l'AÉCG;
3. accordent une procédure de recours aux soumissionnaires de l'UE, y compris le droit de réclamer des dommages-intérêts, si les règles de l'AÉCG ne sont pas strictement respectées.

Nous considérons ce qui suit en retour.

1. Il se peut que l'approvisionnement ne favorise pas les entreprises, les produits, les services ou les travailleurs locaux

Premièrement, les municipalités doivent offrir un accès aux marchés publics nationaux sur une base de non-discrimination. L'article IV prévoit :

Non-discrimination

1. En ce qui concerne toute mesure ayant trait aux marchés visés, chaque partie, y compris ses entités contractantes, accordera, immédiatement et sans condition, aux produits et aux services de l'autre partie et aux fournisseurs de l'autre partie qui offrent de tels produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui accordé par la partie, y compris ses entités contractantes, aux produits, aux services [UE : les siens] [CANADA : nationaux] et aux fournisseurs [UE : établis localement].

2. En ce qui concerne toute mesure relative aux marchés visés, une partie, y compris ses entités contractantes :

(a) n'accordera pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, en raison du degré de contrôle ou de participation étranger;

(b) n'établira pas de discrimination à l'égard d'un fournisseur établi sur le territoire national, au motif que les produits ou les services que ce fournisseur offre pour un marché donné sont des produits ou des services de l'autre partie.

Tout aussi important est le fait que ces entités locales n'ont pas le droit de stipuler des conditions d'un approvisionnement qui ont pour but, de quelque façon que ce soit, de favoriser le développement local. Dans la terminologie du droit commercial international, une telle condition est connue comme étant une « opération de compensation » et est définie en vertu de l'AÉCG comme suit :

« opération de compensation » s'entend de toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement local ou améliore les comptes de la balance des paiements d'une partie, comme l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences

*pour des technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescriptions similaires*¹¹.

Et, en vertu du paragraphe IV:6 :

Pour ce qui est des marchés visés, une partie, y compris ses entités contractantes, ne demandera, ne prendra en considération, n'imposera pas ni n'appliquera pas une quelconque opération de compensation.

On peut dire que l'interdiction d'utiliser les opérations de compensation est la contrainte la plus sérieuse imposée par le régime, et il est important de mentionner qu'elle s'applique à tous les contrats d'approvisionnement, peu importe les antécédents nationaux des soumissionnaires potentiels.

Cela signifie que lorsque les règles de l'AÉCG s'appliquent, l'approvisionnement ne peut plus être utilisé comme outil pour favoriser le développement économique ou durable local ou canadien, faciliter l'innovation, promouvoir des objectifs sociaux, soutenir la sécurité alimentaire ou traiter les problèmes environnementaux locaux ou canadiens. À une époque où l'approvisionnement est un des rares leviers économiques disponibles aux gouvernements, les règles de l'AÉCG le retireraient du contrôle des organismes gouvernementaux et autres organismes publics.

2. L'approvisionnement doit se faire conformément aux règles de l'AÉCG

La deuxième obligation générale des municipalités est d'adopter les procédures et les pratiques d'approvisionnement délimitées par l'AÉCG. Parce que le fardeau administratif et les coûts pour se conformer à ces règles peuvent être importants, et parce que la non-conformité peut donner lieu à des réclamations en dommages-intérêts par des soumissionnaires éventuels ou non retenus, ces règles de fond et de procédure sont brièvement décrites ici.

Pour commencer, les documents d'approvisionnement, comme les demandes de soumissions et les demandes de propositions, doivent être rédigés conformément aux spécifications techniques détaillées établies par l'entente¹². Les municipalités doivent également allouer suffisamment de temps aux fournisseurs de l'UE pour préparer et soumettre des demandes de participation et de soumissions adaptées aux besoins.

Le gouvernement fédéral est obligé de publier l'information au sujet des exigences, conditions et statistiques relatives à l'approvisionnement public, y compris par les gouvernements municipaux et le secteur MESSS¹³. Une grande partie de cette information devrait être recueillie par les municipalités et transmise d'une certaine façon au gouvernement fédéral.

¹¹ Paragraphe I(k)

¹² Article IX

¹³ Article V, ss. 1-3

Avis détaillés et récapitulatifs des approvisionnements envisagés

Les municipalités auraient la responsabilité directe de publier des avis détaillés¹⁴ de l'approvisionnement envisagé¹⁵ et, selon les propositions de l'UE, cette information serait recueillie et diffusée sans frais à un seul point d'accès¹⁶. Les municipalités doivent également assumer la responsabilité de la publication « d'un avis récapitulatif qui est facilement accessible, en même temps que la publication de l'avis de l'approvisionnement envisagé, en anglais ou en français »¹⁷. On doit soit « encourager » [CANADA] les municipalités ou « exiger » [UE] d'elles qu'elles publient également des avis des approvisionnements planifiés dès que possible à chaque exercice financier.

Il est au-delà de la portée de cette évaluation d'estimer les coûts pour recueillir, traduire et rapporter cette information. Les municipalités pourraient également vouloir savoir comment les coûts du maintien d'un seul système d'information national sur les approvisionnements doivent être répartis.

¹⁴ Article VI: 2. Sauf disposition contraire dans ce chapitre, chaque avis d'approvisionnement envisagé doit inclure :

- (a) le nom et l'adresse de l'entité contractante et tout autre renseignement nécessaire pour communiquer avec l'entité contractante et obtenir tous les documents pertinents relatifs à l'approvisionnement, et leur coût et leurs modalités de paiement, s'il y a lieu;
- (b) une description de l'approvisionnement, y compris la nature et la quantité des produits ou des services qui doivent être achetés ou, lorsque la quantité n'est pas connue, la quantité estimée;
- (c) pour les contrats successifs, une estimation, si possible, du moment des avis subséquents de l'approvisionnement envisagé;
- (d) une description de toutes les options;
- (e) le délai pour la livraison des produits ou services ou la durée du contrat;
- (f) la méthode d'approvisionnement qui sera utilisée et si elle donnera lieu à de la négociation ou à une vente aux enchères électronique;
- (g) s'il y a lieu, l'adresse et toute date finale pour la présentation des demandes pour la participation à l'approvisionnement;
- (h) l'adresse et la date finale pour la présentation des soumissions;
- (i) la ou les langues dans laquelle ou lesquelles les soumissions ou les demandes de participation peuvent être soumises, si elles peuvent être soumises dans une langue autre qu'une langue officielle de la partie de l'entité contractante;
- (j) une liste et une brève description de toute condition pour la participation des fournisseurs, y compris toute exigence pour des documents ou des attestations spécifiques connexes à être fournis par les fournisseurs, à moins que de telles exigences soient incluses dans la documentation de soumission mise à la disposition de tous les fournisseurs intéressés en même temps que l'avis de l'approvisionnement envisagé;
- (k) lorsque, conformément à l'article VIII, une entité contractante a l'intention de choisir un nombre limité de fournisseurs admissibles à être invités à soumissionner, les critères qui seront utilisés pour les choisir et, s'il y a lieu, toute limitation quant au nombre de fournisseurs qui pourront soumissionner;
- (l) une indication que l'approvisionnement est couvert par ce chapitre.

¹⁵ Article VI, paragraphes 1-2

¹⁶ Idem

¹⁷ Paragraphe VI:4

Exigences quant à la production de rapports post-approvisionnement

Les municipalités seraient également responsables de se conformer à la production de rapports post-contractuels importants qui nécessiteraient :

- l'offre d'une explication au fournisseur non retenu des raisons pour lesquelles l'entité n'a pas choisi sa soumission et des avantages relatifs de la soumission du fournisseur retenu, lorsqu'une demande est faite à cet effet;
- la publication d'un avis décrivant les détails de l'approvisionnement et de la soumission retenue;
- la conservation de la documentation concernant l'approvisionnement pour une période de trois ans;
- la collecte de renseignements statistiques pertinents et leur transmission sur son approvisionnement, qui doivent être présentés, selon une suggestion du Canada, sous forme de rapports annuels.

3. Résolution de conflits et procédures d'exécution

Il est probable que les coûts les plus élevés pour les municipalités découlant de l'obligation de se conformer aux règles d'approvisionnement de l'AÉCG surviendront lorsque les demandes seront faites par les soumissionnaires non retenus. Résoudre de telles demandes impliquera une méthode de règlement des conflits à stades multiples qui serait exigeante en besoins en personnel, pourrait entraîner des frais juridiques et des coûts d'indemnisation importants, et qui pourrait saboter tout le processus d'approvisionnement.

Étape 1 : divulgation de renseignements

Les pratiques et les décisions d'approvisionnement municipal peuvent être contestées en vertu de l'AÉCG par l'UE et les soumissionnaires non retenus. En première instance, les municipalités seraient tenues de fournir dans les plus brefs délais au gouvernement fédéral l'information expliquant si un approvisionnement particulier a été fait conformément aux règles de l'AÉCG.

Le paragraphe XVI:1 (*Communication de renseignements aux parties*) prévoit :

Une partie communique promptement à l'autre partie, sur demande de celle-ci, tous renseignements nécessaires pour établir si un marché déterminé a été passé de manière équitable, impartiale et conforme au présent chapitre, y compris des renseignements sur les caractéristiques et les avantages relatifs de la soumission retenue. (Assujetti à certaines exceptions où la divulgation ferait, par exemple, obstacle à l'application de la loi ou aux intérêts commerciaux légitimes.)

Étape 2 : contestations par les soumissionnaires non retenus

On doit accorder aux soumissionnaires non retenus le droit de contester l'approvisionnement devant un organisme administratif ou judiciaire indépendant et on doit lui allouer suffisamment de temps pour le faire. Ainsi, en vertu de l'article XVII (Procédures internes d'examen) :

2. Chaque partie établira une procédure administrative ou judiciaire de révision rapide, efficace, transparente et non discriminatoire par laquelle un fournisseur peut contester :

- (a) une violation du chapitre;*
- (b) lorsque le fournisseur n'a pas le droit de contester directement une violation du chapitre en vertu du droit national d'une partie, un défaut de se conformer aux mesures d'une partie mettant en œuvre ce chapitre, découlant du contexte d'un approvisionnement couvert, dans lequel le fournisseur a, ou a eu, un intérêt. Les règles de procédure pour toutes les contestations doivent être par écrit et être rendues généralement disponibles.*

3. Chaque fournisseur dispose, pour préparer et présenter une contestation, d'un délai suffisant, qui n'est en aucun cas inférieur à 10 jours à compter de la date à laquelle il aura eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du motif de la contestation.

Lorsqu'une municipalité établit un processus d'examen informel, on doit permettre de faire appel à un arbitre indépendant¹⁸.

Le Tribunal canadien du commerce extérieur

Au Canada, de tels conflits sont susceptibles d'être résolus par le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) et peuvent engendrer des frais juridiques et des retards importants. Le TCCE a présentement la responsabilité de faire enquête sur les plaintes des fournisseurs potentiels au sujet de l'approvisionnement par le gouvernement fédéral qui est couvert par l'ALÉNA, l'ACI et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC.

L'an dernier, le TCCE a traité 131 conflits en matière d'approvisionnement. Les décisions sont affichées en ligne et révèlent la complexité de tels conflits. De nombreux dossiers d'approvisionnement entendus par le TCCE comportaient la participation de plusieurs équipes de juristes, et il n'est pas rare que de tels conflits prennent des mois à se régler. Qui plus est, le droit de demander une révision judiciaire des décisions du TCCE devant la Cour d'appel fédérale peut également être une option pour un soumissionnaire non retenu qui n'obtient pas gain de cause devant le Tribunal. Non seulement la dépense pour de telles procédures est généralement élevée, mais un soumissionnaire non retenu peut avoir la possibilité de suspendre le processus d'approvisionnement pendant de nombreux mois en faisant une demande.

Étape 3 : protéger les droits des soumissionnaires non retenus

En plus du retard et des coûts pour statuer sur de telles demandes, un soumissionnaire non retenu a droit à la protection de ses droits pendant le règlement d'un conflit, entre autres, par exemple, par le biais d'une ordonnance suspendant le processus d'approvisionnement lui-même.

L'alinéa XVII 7(a) exige que chaque partie établisse des procédures qui prévoient :

¹⁸ Paragraphe SVII:5.

des mesures transitoires rapides pour conserver l'opportunité du fournisseur de participer à l'approvisionnement. De telles mesures transitoires peuvent entraîner la suspension du processus d'approvisionnement. Les procédures peuvent prévoir que l'on peut tenir compte de l'annulation des conséquences négatives pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, lorsqu'on décide si de telles mesures devraient être appliquées. Le motif valable pour ne pas avoir agi doit être fourni par écrit; [mise en évidence]

Il n'est pas clair si la suspension du processus d'approvisionnement demeurera une caractéristique permissive plutôt qu'obligatoire du régime, mais il est évident qu'une telle éventualité a le potentiel de saboter sérieusement les plans de la municipalité et du soumissionnaire retenu.

Étape 4 : indemniser les soumissionnaires non retenus

Lorsque la plainte du soumissionnaire non retenu est confirmée, l'organe d'examen doit avoir le pouvoir d'exiger que la municipalité indemnise le soumissionnaire non retenu ou remédie à la violation. L'article XVII 7(b) prévoit :

-lorsqu'un organisme de révision a déterminé qu'il y a eu violation ou un manquement, tel que mentionné au paragraphe 1, une mesure corrective ou une indemnisation pour la perte ou les dommages subis, qui peut être limitée aux coûts pour la préparation de la soumission ou aux coûts liés à la contestation, ou les deux. [mise en évidence]

En lumière du fait que le contrat aurait déjà été accordé à un autre soumissionnaire, il est probable que l'indemnisation sera le recours habituel pour non-conformité, à moins que le processus d'approvisionnement ait été suspendu en attendant le dénouement de la demande. Ces coûts aussi peuvent être importants, car les coûts de préparation d'une soumission pour un projet important peuvent être très élevés. En outre, il est possible que l'indemnisation puisse être payable à plus d'un soumissionnaire non retenu lorsque les règles d'approvisionnement de l'AECG ne sont pas respectées.

Il est finalement important de souligner que lorsque des recours judiciaires formels et coûteux sont mis à la disposition des participants à un processus, la menace de litige peut influencer le processus de sélection au détriment des soumissionnaires qui sont moins aptes ou enclins à porter une affaire en justice si leur soumission n'est pas retenue.

LE CAS SPÉCIAL DE L'APPROVISIONNEMENT LIÉ À L'EAU

Le gouvernement fédéral a fait des efforts pour conserver son contrôle souverain sur l'eau lorsqu'il négocie des accords commerciaux internationaux, et a fait un choix très délibéré de ne pas engager les services d'approvisionnement en eau en vertu des accords de services ou des accords d'approvisionnement de l'OMC¹⁹. En connaissant ces cordes sensibles, l'UE a

¹⁹ Voir, par exemple, les notes explicatives du Canada à l'appendice 1 de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC qui stipulent que : Pour l'Union européenne, le présent accord ne s'appliquera pas aux contrats accordés par

néanmoins soulevé la question de demander que le Canada inclue les services d'eau potable dans l'accord d'approvisionnement de l'AÉCG. Cette demande est faite dans les termes suivants :

Toutes les entités des annexes 1 et 2 [entités infranationales incluant les municipalités] qui exercent une ou plusieurs des activités auxquelles on fait référence ci-dessous et relativement à des contrats attribués pour la poursuite de l'une de ces activités. Et toutes les autres entités dont les politiques d'approvisionnement sont essentiellement contrôlées par un gouvernement central, régional ou local, dépendent d'un tel gouvernement ou sont influencées par lui, et qui prennent part à des activités commerciales ou industrielles dans une ou plusieurs des activités ci-dessous.

Eau potable

Toutes les entités, conformément à la définition ci-dessus, qui offrent ou exploitent des réseaux fixes qui ont pour but d'offrir un service à la population en lien avec la production, le transport ou la distribution d'eau potable, ou qui fournissent de l'eau potable à de tels réseaux, y compris :

- *EPCOR d'Edmonton;*
- *l'approvisionnement en eau et les services d'urgence de Toronto;*
- *les entités municipales de traitement des eaux et des eaux usées.*

Nul doute que le fait que les sociétés d'approvisionnement en eau les plus importantes du monde, Veolia et Suez, les deux de la France, et Thames Water de l'Angleterre, soient basées dans l'UE explique pourquoi l'UE ferait une demande si problématique étant donné l'hésitation du Canada à prendre de tels engagements.

L'objectif de ces importants conglomérats de l'eau est d'étendre leurs marchés canadiens en obtenant des contrats pour établir et/ou exploiter des établissements et des services d'approvisionnement en eau et d'épuration des eaux usées. Des entreprises comme Vivendi et RWE (appartenant anciennement à Thames) ont soumissionné sur plusieurs projets de partenariat public-privé pour concevoir, construire, financer et exploiter les réseaux d'alimentation en eau et d'égouts au Canada.

Ces entreprises participent également de façon active au lobbying pour des services internationaux plus forts, des investissements et des règles d'approvisionnement afin de promouvoir la privatisation des services d'approvisionnement en eau et d'épuration des eaux usées. De leur point de vue, les règles internationales exigeraient idéalement que les municipalités et autres entités soumissionnent pour de tels services plutôt que de les offrir par le biais de services d'eau municipaux ou appartenant au secteur public.

les entités aux annexes 1 et 2 relativement à des activités dans le domaine de l'eau potable, de l'énergie, du transport ou des télécommunications.

La proposition de l'UE d'inclure les services d'approvisionnement en eau ne va pas aussi loin mais, bien entendu, elle permettrait à une multinationale des eaux de l'UE de soumissionner sur tout projet de privatisation ou de PPP pour lequel il y a eu un appel d'offres. Dans ce scénario, et comme nous l'avons vu dans le cas du projet d'épuration des eaux résiduaires du DRC, une municipalité ne pourrait pas exiger que le soumissionnaire retenu utilise des produits ou des services canadiens pour réaliser le projet, ou imposer des conditions à l'appel d'offres qui encourageraient le développement local de quelque autre façon.

Les règles proposées de l'AÉCG permettraient à un conglomérat de l'eau de se mettre un pied dans la porte lorsqu'une municipalité canadienne ou un service d'eau couvert soumissionne pour tout produit (par exemple une technologie de traitement des eaux) ou service (par exemple pour l'ingénierie, la conception, la construction ou les services d'exploitation) relativement à des réseaux d'approvisionnement en eau. Cette relation contractuelle pourrait alors offrir une plate-forme pour que l'entreprise puisse étendre ses intérêts dans les réseaux d'alimentation en eau et d'assainissement.

Il est également important de comprendre ces droits en matière d'approvisionnement dans le contexte des règles d'investissement proposées de l'AÉCG. Tel que mentionné, le Canada propose que les investisseurs de l'UE et du Canada aient le droit de demander des dommages-intérêts pour toute violation par la partie des droits d'investisseur établis par l'AÉCG. Des droits similaires ont été rédigés dans l'ALÉNA et de nombreux accords d'investissement bilatéraux – les derniers généralement négociés avec les pays en développement. Les compagnies multinationales de l'eau comme Vivendi (maintenant Veolia) et Bechtel ont invoqué les procédures de règlement des conflits de ces accords pour demander des dommages-intérêts lorsque leurs investissements dans les projets de privatisation de l'eau ont mal tourné²⁰. Même la menace d'un tel litige (les demandes représentent souvent des dizaines de millions de dollars) peut faire en sorte qu'il soit difficile pour une municipalité de se sortir d'un projet de privatisation avec une entreprise qui a le droit de faire une telle demande, même lorsqu'il y a des motifs valables de mettre fin à la relation.

De cette façon, les règles d'investissement internationales prévoient un complément important à ceux qui facilitent l'investissement étranger. Ainsi, les règles d'approvisionnement de l'AÉCG ouvrent la porte aux grands conglomérats de l'eau pour qu'ils établissent une participation dans les réseaux d'alimentation en eau municipaux, et au fait que les règles d'investissement de l'AÉCG les confinent effectivement dans ces investissements.

La menace la plus sérieuse à la propriété de l'État et au contrôle de l'eau découle du risque que les entités privées soient capables d'établir un droit privatif sur l'eau elle-même. De tels droits ont, en fait, déjà été accordés contre le Canada en vertu des règles de l'ALÉNA – dans le cas de

²⁰ On peut trouver un résumé de ces demandes et d'autres demandes des États investisseurs sur le site Web du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) de la Banque mondiale, à <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

Sunbelt²¹ découlant d'une interdiction par la Colombie-Britannique sur les exportations d'eau en vrac, et dans le cas d'Abitibi, découlant de la décision de Terre-Neuve de récupérer un permis d'utilisation de l'eau et des établissements d'énergie hydraulique connexes lorsque l'entreprise a décidé de fermer une usine de papier alimentée par ces ressources.

Parce que les projets de PPP s'étendent généralement sur des décennies, ils établissent un intérêt permanent face à l'eau qui est nécessaire pour les services offerts. En effet, des projets pour vendre l'effluent des usines de traitement des eaux usées ont déjà été proposés. Il n'est pas peu vraisemblable que les règles d'investissement internationales puissent être invoquées pour faire valoir un intérêt face à la ressource sous-jacente – l'eau. Bien qu'un tel scénario puisse sembler improbable, la même chose a été dite au sujet des réclamations de Sunbelt et Abitibi également.

EXCEPTIONS

Bien que la portée et l'application des règles de l'AÉCG seraient sans précédent, l'accord proposé établit un nombre limité d'exceptions. Aux fins actuelles, les plus importantes exceptions sont les suivantes :

Paragraphe II:3

- (a) l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou aux droits y afférant;*
- (b) les accords non contractuels ni aucune forme d'aide qu'une partie offre, y compris les accords de coopération, les subventions, les prêts, les injections de capitaux propres, les garanties et les encouragements fiscaux;*

Paragraphe III:2

Sous réserve de l'obligation que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les parties où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent chapitre ne sera interprété comme empêchant une partie d'imposer ou d'appliquer des mesures :

- (a) sont nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique;*
- (b) sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;*
- (c) sont nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle;*

²¹ Le dossier de réclamation de Sunbelt est inactif depuis des années, mais illustre les risques associés au fait d'accorder à un investisseur étranger des droits indéterminés engendrés par les règles d'investissement de l'ALÉNA.

(d) se rapportent à des produits ou des services fournis par des personnes handicapées, des institutions philanthropiques ou des personnes détenues.

Paragraphe IX:6

(Spécifications techniques et documentation relative à l'appel d'offres) : Il est entendu qu'une partie, incluant ses entités contractantes, peut, conformément à ce paragraphe, élaborer, adopter ou appliquer des spécifications techniques dans le but de favoriser la conservation des ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

Les dispositions du paragraphe III:2 sont tirées de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui comprend deux exceptions qui ont été invoquées, sans succès, pour défendre les mesures environnementales. La plus importante, qui concerne la conservation des ressources naturelles (paragraphe XX (g), n'est pas incluse à l'article III et l'omission est de toute évidence délibérée. Cependant, l'interprétation du mot « nécessaire » a établi une barre si élevée pour répondre aux normes environnementales et de conservation qu'aucune n'a pu relever le défi.

Pour ce qui est du droit d'appliquer des spécifications techniques afin de promouvoir la conservation des ressources naturelles ou de protéger l'environnement (paragraphe IX:6), cette exception ne permettrait pas les types de conditionnalité au programme d'énergie verte de l'Ontario ni ne permettrait à la région de la Capitale de la Colombie-Britannique d'utiliser l'approvisionnement pour stimuler l'innovation environnementale par les entreprises canadiennes. En d'autres mots, bien que ces exceptions environnementales doivent être soulignées, elles n'auront aucune incidence réelle sur la modération de l'interdiction des règles d'approvisionnement de l'AÉCG sur toute condition d'approvisionnement, verte ou autre, qui encouragerait, directement ou indirectement, le développement local.

MISE EN GARDE

En février 2010, le Canada a conclu l'accord lié aux marchés publics avec les États-Unis²² qui était composé de trois éléments, dont un comprenait des engagements canadiens temporaires quant à l'approvisionnement pour des projets de construction par de nombreuses municipalités. En retour, le gouvernement fédéral a affirmé que l'accord assurerait un accès aux dépenses de stimulation américaines en exemptant le Canada des dispositions du *Buy American* de la *Recovery Act*.

Cependant, lorsque les détails de l'accord ont finalement été rendus publics, il était évident que le Canada avait reçu très peu en échange de l'ouverture de ses marchés d'approvisionnement aux entreprises de construction américaines. Remarquablement, le Canada avait accepté un arrangement qui obligeait les provinces et les municipalités canadiennes à ouvrir leurs marchés

²² Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique sur les marchés publics, 3 février 2010.

publics aux soumissionnaires américains pour des services de construction, mais n'imposait aucune obligation réciproque aux municipalités et aux États américains²³.

En fait, les préférences généralisées en matière d'approvisionnement des États et des municipalités pour les entreprises, les produits et les services locaux qui sont omniprésentes aux États-Unis n'ont pas été altérées en vertu de l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis²⁴. Cela signifie que bien qu'une entreprise de construction américaine ait droit de soumissionner sur certains projets de construction municipaux canadiens, les entreprises canadiennes n'ont pas le même droit de soumissionner sur des projets américains. Il y a également des asymétries dans l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis au sujet de la portée des produits couverts et des recours disponibles pour non-conformité qui favorisent également clairement les États-Unis.

L'affirmation du gouvernement fédéral qu'il a assuré l'accès aux dépenses de stimulation américaines, n'a pas non plus tenu la route devant un examen minutieux. Selon une évaluation non contestée effectuée par le Centre canadien de politiques alternatives (le CCPA), même si prises au pied de la lettre, les entreprises canadiennes ont obtenu un accès à moins de 2 % de l'approvisionnement financé de quelque 275 milliards de dollars américains en vertu de la *Recovery Act*²⁵. Mais cet accès est soumis à plusieurs qualifications et exclusions qui réduisent énormément la valeur de même ce modeste accès à l'approvisionnement américain.

« *Accord ou non* »

La question évidente est de savoir pourquoi le gouvernement fédéral aurait engagé les gouvernements et les municipalités du Canada dans un accord si unilatéral, et deux explications possibles viennent à l'esprit. La première est que les responsables commerciaux canadiens sont des négociateurs extrêmement mauvais. L'autre est que l'impératif politique pour conclure une entente était tel que le gouvernement s'est senti obligé d'accepter un accord à tout prix, peu importe à quel point les conditions étaient désavantageuses pour le Canada.

Malheureusement, les négociations de l'AÉCG semblent refléter une dynamique semblable à celle en jeu dans le cas de l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis. Le gouvernement fédéral a une fois de plus pris un engagement politique public pour négocier un accord de libre-échange innovateur avec un partenaire commercial qui n'a pas vu au

²³ Idem., partie B, Entente provisoire sur un champ d'application élargi, Article 6 : Couverture infranationale du Canada.

²⁴ Le Canada conserve une longue liste des restrictions et des préférences en matière d'approvisionnement des États et locales des États-Unis; voir Gouvernement du Canada, Préférences des États en matière de passation des marchés des États-Unis à <http://www.canadainternational.gc.ca/sell2usgov-vendreaugouvusa/opportunities-opportunities-debouches.aspx?lang=eng> (en anglais seulement).

²⁵ Scott Sinclair, *Negotiate from Weakness, Canada-EU trade treaty threatens Canadian purchasing policies and public services* (Négocier à partir d'une position de faiblesse : l'accord commercial entre le Canada et l'UE menace les politiques d'achat et les services publics du Canada), avril 2010. <http://www.policyalternatives.ca/publications/reports/négocie-%E2%80%89weakness>.

départ la raison d'être d'un accord bilatéral avec le Canada, du moins jusqu'à ce qu'il comprenne à quel point le Canada était déterminé à conclure une entente. Les négociateurs commerciaux de la CE seront aussi déterminés que leurs homologues américains, et assez prêts à profiter du besoin du gouvernement fédéral pour un dénouement 'positif' de cette initiative commerciale.

Cette dynamique renforce considérablement le besoin pour les municipalités d'être vigilantes dans le suivi des progrès des négociations de l'AÉCG et d'être précises au sujet de son résultat collectif. Lorsque la FCM a comparu devant le Comité permanent du commerce international pour discuter de l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis, elle a refusé d'appuyer ou de rejeter l'accord et a rappelé au comité les principes qu'elle avait exhorté le ministre du Commerce d'adopter dans le cadre de la conclusion de toute initiative commerciale.

Nous croyons qu'il serait prudent de revoir ces principes en lumière du dénouement des négociations de l'accord lié aux marchés publics conclu entre le Canada et les États-Unis et que les municipalités demandent une assurance claire de la part du gouvernement fédéral selon laquelle il n'échangera pas le pouvoir des gouvernements locaux d'utiliser l'approvisionnement pour atteindre des objectifs économiques, sociaux, environnementaux, de durabilité et autres objectifs de politique publique valides.

Je vous prie d'accepter, Madame, l'expression de mes sentiments distingués.

Steven Shrybman