

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada



Commission on the
Future of Health Care
in Canada

RAPPORT SOMMAIRE
MONDIALISATION ET LA SANTÉ

FAIRE PASSER LA SANTÉ EN PREMIER

*La réforme des soins de santé, les accords
commerciaux et la politique étrangère au Canada*



par le
**Groupe sur la mondialisation et la santé du
Centre canadien de politiques alternatives**
octobre 2002

CP32-83/2002F-IN
0-662-87916-3

Les opinions exprimées dans ce document demeurent l'entière responsabilité des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada.

Le générique masculin sera utilisé uniquement dans le but d'alléger le texte.

Ce rapport regroupe les constatations de deux rapports que le groupe a produits auparavant pour la Commission. Les auteurs principaux de ce rapport sont Matthew Sanger et Scott Sinclair, qui ont reçu l'aide précieuse à la rédaction de Jim Grieshaber-Otto.

Chercheur principal, Auteur

Bruce Campbell

Directeur général, Centre canadien de politiques alternatives, Ottawa

Auteurs

Chantal Blouin

Chercheure, Institut Nord-Sud, Ottawa

John Foster

Chercheur principal – société civile, Institut Nord-Sud, Ottawa

Ron Labonte

Directeur, Unité d'évaluation et de recherche de la santé des populations de la Saskatchewan, Régina
Joel Lexchin, MD et professeur agrégé, École des politiques de santé et de gestion, Université York

Matthew Sanger

Associé de recherche, Centre canadien de politiques alternatives, Ottawa

Steven Shrybman

Associé, Sack, Goldblatt et Mitchell, Ottawa

Scott Sinclair

Maître de recherche principal, Centre canadien de politiques alternatives, Ottawa

Conseillers

- Paul Leduc Browne, maître de recherche principal, Centre canadien de politiques alternatives, Ottawa
- Marcy Cohen, coordonnatrice principale de la recherche et des politiques, Syndicat des employés d'hôpitaux, Vancouver
- Bob Evans, professeur, Département des sciences économiques et Centre de recherche sur les services et les politiques de santé (Université de la Colombie-Britannique)
- Colleen Fuller, associée de recherche, Centre canadien de politiques alternatives, Ottawa
- Gordon Guyatt, professeur, Départements d'épidémiologie clinique et de biostatistique et de médecine, Université McMaster, Hamilton
- Andrew Jackson, directeur de recherche, Conseil canadien de développement social, Ottawa
- Stan Marshall, agent de recherche principal, Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa
- Aleck Ostry, professeur adjoint, Département des soins de santé et d'épidémiologie et Centre de recherche sur les services et les politiques de santé (Université de la Colombie-Britannique)
- Jerry Spiegel, professeur adjoint, Institut de recherche sur la promotion de la santé et Centre Liu d'études des enjeux mondiaux, Vancouver
- David Zakus, directeur, Centre pour la santé internationale, Faculté de médecine, Université de Toronto
- Christina Zarowsky, scientifique principale, Santé, Centre de recherches pour le développement international, Ottawa

Remerciements

Les auteurs sont reconnaissants à tous les membres de l'équipe du projet qui ont contribué au rapport, à la fois collectivement au cours des discussions qui ont eu lieu pendant nos réunions d'équipe et individuellement en revoyant des versions préliminaires, partageant leur propre travail et présentant des suggestions utiles.

De nombreux experts distingués ont révisé des versions préliminaires du présent rapport, formulé des commentaires et présenté les rapports de recherche plus détaillés sur lesquels s'appuie le présent document. Sans compter qu'ils ont répondu à nos exigences après un très bref préavis, beaucoup d'entre eux nous ont généreusement fourni des copies de leur propre travail. Les auteurs ont une dette envers Obijiofor Aginam (Université Carleton), Hugh Armstrong (Université Carleton), Patricia Baranek (consultante en politiques et recherche sur la santé, Toronto), Nick Drager (Organisation mondiale de la santé, Genève), Ross Duncan (Santé Canada), Richard Elliot (Réseau juridique canadien VIH/SIDA, Toronto), Robert Howse (Université du Michigan), Andrew Jackson (auparavant du Conseil canadien de développement social), Jon R. Johnson (Goodmans LLP, Toronto), Tom Kent (ancien secrétaire aux politiques du Premier ministre Lester Pearson), Debra Lipson (Organisation panaméricaine de la santé, Washington), et au D^r James Orbinski (Médecins sans frontières/Centre Munk d'études internationales). Nous sommes aussi reconnaissants à David Fidler (Université de l'Indiana) qui nous a généreusement communiqué ses publications.

Nous remercions aussi Tom McIntosh, coordonnateur de la recherche de la Commission, de sa patience, de ses précieux conseils et de son encouragement constant.

Table des matières

Sommaire

1. Introduction.....	1
Perspective du rapport et démarche.....	3
Partie I : Dispositions commerciales clés qui ont un effet sur la politique de santé.....	6
2. Sommaire des dispositions clés.....	6
Portée et application	6
Expropriation et indemnisation	7
Dispositions non discriminatoires	8
Prescriptions de résultats	9
Norme minimale de traitement.....	10
Restrictions quantitatives.....	11
Réglementation intérieure	11
Monopoles et entreprises d'État.....	12
Marchés publics.....	13
Droits de propriété intellectuelle	13
3. Sauvegardes pour la santé.....	13
Partie II : Répercussions des traités commerciaux sur la politique des soins de santé	17
4. Commercialisation des services hospitaliers et cliniques.....	17
Événements en cours	17
Enjeux et répercussions de la politique commerciale.....	20
5. Règles sur l'assurance-santé et les services financiers	24
Intérêts commerciaux.....	25
Couverture et sauvegardes contenues dans les règles sur les services financiers	27
Application à l'assurance-santé	28
Application aux réformes visant à étendre l'assurance-santé	29
<u>Expropriation et indemnisation au sens de l'ALENA (article 1110)</u>	29
<u>Monopoles en vertu de l'AGCS (article VIII)</u>	31
Évaluation des risques.....	31
6. Soins à domicile	32
Programmes existants de soins à domicile.....	32

Intérêts commerciaux.....	33
Couverture et sauvegardes	34
Financement des soins à domicile	36
Réglementation de la prestation des services de soins à domicile.....	38
<u>Prestation directe par le secteur public</u>	38
<u>Appels d’offres concurrentiels</u>	39
<u>Partenariat avec des fournisseurs sans but lucratif</u>	40
<u>Soins autodirigés</u>	41
Évaluation des risques.....	41
7. Assurance-médicaments	42
Assurance-médicaments au Canada.....	42
Options pour étendre la couverture des médicaments.....	43
Financement de l’assurance-médicaments.....	44
Réglementation de l’accès à l’assurance-médicaments	44
Réglementation des coûts de l’assurance-médicaments	45
<u>Licences obligatoires</u>	45
<u>Offres concurrentielles portant sur des médicaments génériques</u>	47
<u>Contrôles des prix : établissement du coût en fonction du produit de référence et inscription compensatoire d’agents thérapeutiques</u>	48
Évaluation des risques.....	48
Partie III – Options pour maintenir et d’améliorer la flexibilité des politiques sur les soins de santé	50
8. Gestion de l’incertitude qui entoure les contraintes commerciales : principes directeurs d’une réforme des soins de santé	50
9. Réduire l’incertitude : options relatives à une politique commerciale du Canada	54
Modifications de la politique commerciale.....	55
L’ALENA, la ZLEA et les traités bilatéraux sur le commerce et les investissements	55
Les négociations de l’AGCS et de l’OMC sur les services	55
Obtention de sauvegardes permanentes et efficaces	56
Réforme des mécanismes d’élaboration de politiques commerciales et de négociation	58
Recommandations ;	59
10. Renforcer la convergence entre les politiques sur la santé, le commerce et les affaires étrangères	60
La santé comme droit de la personne	62
La gouvernance des politiques de santé.....	63

Initiatives internationales clés dans le domaine de la santé	64
11. Le défi : Faire passer la santé en premier	67
Bibliographie	69
Consultations et communications personnelles.....	75

SOMMAIRE

La question : les soins de santé dans les accords commerciaux

Le système de santé du Canada échappe-t-il à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)? Ou ces accords rendent-ils impossible une réforme efficace des soins de santé? Nous concluons dans ce rapport que la brève réponse à ces questions, c'est ni l'un ni l'autre.

Contrairement aux garanties répétées, les accords sur le commerce international comme l'ALENA et l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) s'appliquent en fait à des aspects importants du système public de santé du Canada. Ces accords vont beaucoup plus loin que les questions commerciales traditionnelles et la valeur des sauvegardes qu'ils contiennent pour la santé est incertaine ou limitée. En fait, si l'assurance-santé n'existait pas déjà, les obligations commerciales actuelles du Canada en rendraient presque certainement la création beaucoup plus difficile, voire impossible.

Il y a non-convergence entre les principes qui sous-tendent ces accords commerciaux internationaux et ceux qui constituent l'assise du système de santé du Canada. Les traités favorisent la circulation plus libre des biens, des services et des investissements – facilitant ainsi les affaires internationales en restreignant et réorientant le pouvoir de réglementation des gouvernements. Ces priorités commerciales entrent en conflit avec la raison d'être publique fondamentale de l'assurance-santé au Canada : la prestation de soins de santé à tous, en fonction du besoin plutôt que de la capacité de payer. Si l'on ne s'en occupe pas, ce conflit de principes pourrait entraîner une reptation des contraintes imposées au système de santé actuel du Canada et en miner la réforme future.

Le rajeunissement du système de santé du Canada passe inévitablement par un engagement fondé sur des principes comme celui qui a présidé à la création de l'assurance-santé. En réformant le système de santé du Canada, les gouvernements ne peuvent oublier sans danger les contraintes commerciales. Il faudra modifier la politique commerciale du Canada et les obligations que lui imposent les traités afin de protéger l'assurance-santé pour l'avenir, mais les gouvernements ne doivent pas se laisser dissuader par les incertitudes et les menaces découlant des accords commerciaux. Heureusement, les gouvernements du Canada peuvent toujours mettre en œuvre une réforme démocratique des soins de santé et donner aux politiques de la santé encore plus de la flexibilité qui s'imposera à l'avenir. En dépit des accords commerciaux en vigueur et des négociations en cours, les perspectives d'une réforme réelle, fructueuse et durable des soins de santé sont en fait favorables. C'est peut-être le meilleur moment de saisir l'occasion de faire passer la santé de la population canadienne en premier.

Les contraintes : dispositions commerciales clés qui ont un effet sur la politique de santé

L'ALENA et l'AGCS sont tous deux très généraux et couvrent des aspects importants du système de santé du Canada. L'ALENA est un accord « descendant » qui couvre toutes les mesures et tous les secteurs que les gouvernements n'ont pas exclus formellement. L'AGCS couvre toutes les mesures prises par les gouvernements qui ont des « répercussions » sur le commerce des services de santé et tous les modes de prestation de ces services, y compris par voie électronique. Certaines dispositions de l'AGCS sont « descendantes » et s'appliquent de façon générale, tandis que les dispositions les plus musclées sont « ascendantes » et ne s'appliquent qu'aux secteurs, comme celui de l'assurance pour soins de santé, que le gouvernement du Canada a spécifiquement convenu de couvrir.

Les deux traités contiennent des dispositions visant à exempter les services de santé, mais on ne peut, dans aucun des deux cas, compter sur elles pour qu'elles protègent entièrement le système de santé du Canada contre la force des traités. Il n'y a en fait aucune protection contre certaines dispositions importantes de l'ALENA. De plus, lorsque des mesures de protection s'appliquent vraiment à un service de santé, l'augmentation de l'élément commercial ou concurrentiel contenu dans le financement ou la prestation du service en question referme le champ d'application des sauvegardes en cause et, par conséquent, expose davantage le service de santé aux restrictions liées au droit commercial.

Les dispositions suivantes de ces traités justifient une attention particulière :

- Expropriation et indemnisation : La disposition de l'ALENA sur la protection des investissements que les investisseurs peuvent invoquer directement dans le contexte du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État a été interprétée de façon générale et les investisseurs pourraient s'en prévaloir pour exiger une indemnisation à la suite de mesures qui étendent la couverture de l'assurance-santé ou restreignent la prestation à but lucratif, par le secteur privé, de services de santé. Aucune des sauvegardes du Canada qui s'appliquent aux soins de santé ne protège contre de telles revendications liées à l'expropriation.
- Dispositions sur la non-discrimination : Le *traitement national* oblige les gouvernements à accorder aux étrangers le meilleur traitement accordé à des biens, des investissements ou des services canadiens semblables. Le *traitement de la nation la plus favorisée (NPF)* oblige les gouvernements à accorder le meilleur traitement consenti à *n'importe quel* bien, investissement ou service étranger à tous les biens, investissements ou services étrangers semblables. Lorsque ces dispositions s'appliquent, on pourrait les invoquer pour contester des politiques qui favorisent ouvertement les fournisseurs communautaires locaux de services de santé ou les politiques officiellement non discriminatoires qui favorisent les fournisseurs sans but lucratif, si elles ont un effet défavorable sur les possibilités concurrentielles des fournisseurs de services ou des investisseurs étrangers.

- Norme minimale de traitement : On a interprété de façon inattendue cette disposition de l'ALENA qui semble anodine et exige que les investisseurs reçoivent « un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ». Cette disposition accorde en réalité aux investisseurs étrangers un droit exclusif d'examen administratif qui est applicable directement par un mécanisme international d'arbitrage commercial. Cette disposition ne protège pas les mesures administratives liées à la santé et l'on pourrait donc les contester.
- Restrictions de la réglementation intérieure : Des négociations en cours au sujet de l'AGCS visent à élaborer « toutes disciplines nécessaires » pour que l'obtention de licences, la certification, les normes techniques et d'autres règlements intérieurs pour les services et les fournisseurs de services « ne soient pas plus rigoureux qu'il n'est nécessaire ». Si l'on s'entendait sur les « disciplines » en question, elles pourraient donner aux groupes spéciaux de l'OMC la capacité de contester les organismes nationaux de réglementation au sujet de la façon optimale ou la plus efficiente de réglementer les services de santé.

D'autres dispositions pourraient avoir des répercussions sur le système de santé. Elles comprennent les suivantes :

- Prescriptions de résultats : Ces dispositions pourraient empêcher les gouvernements d'imposer aux investisseurs des obligations d'acheter localement, de recourir à des services locaux ou de transférer de la technologie afin de produire des retombées sur le développement économique local, ou sur les politiques environnementales ou sociales.
- Restrictions quantitatives : Même si le Canada n'a pas pris d'engagements en vertu de l'AGCS au sujet de l'accès aux marchés de la santé, s'il le fait jamais, beaucoup de politiques de soins de santé qui réduisent les coûts pourraient être menacées, notamment les limites imposées quant au nombre de médecins, à certains types de matériels de diagnostic coûteux ou à la valeur des services remboursés par les régimes publics d'assurance-santé.
- Dispositions sur les monopoles et les entreprises d'État : Les restrictions imposées aux monopoles et aux fournisseurs exclusifs de services prévues dans l'AGCS et l'ALENA soulèvent des préoccupations, car on veut savoir si l'expansion de l'assurance-santé publique obligatoire pourrait susciter des demandes d'indemnisation d'assureurs étrangers.
- Règles sur les marchés publics : Comme ni le chapitre de l'ALENA sur les approvisionnements, ni l'accord de l'OMC sur les marchés publics ne s'appliquent actuellement à l'achat de services de santé et de services sociaux, ni aux achats locaux ou provinciaux, ces règles ont actuellement un impact minime. Des pourparlers en cours visent toutefois à étendre la portée de ces accords sur les marchés publics.
- Droits de propriété intellectuelle : L'ALENA et l'OMC protègent tous deux très bien la propriété intellectuelle, y compris les brevets sur les médicaments. Les deux accords protègent un brevet de façon monopoliste pendant au moins 20 ans, même s'ils permettent l'octroi de licences obligatoires dans certaines conditions. Les prix des médicaments sont un des principaux éléments moteurs de la montée

des coûts des soins de santé et beaucoup d'observateurs considèrent la protection onéreuse de la propriété intellectuelle imposée par les accords internationaux comme un facteur clé qui restreint la disponibilité de médicaments génériques meilleur marché.

Les effets : répercussions des accords commerciaux sur les politiques de santé

Commercialisation croissante des services hospitaliers et cliniques

La tendance à la commercialisation croissante du secteur de la santé – par le financement privé, des modèles axés sur le marché qui régissent la répartition du financement et la prestation à but lucratif des services – soulèvent des problèmes particulièrement troublants sur le plan des politiques commerciales. Cette commercialisation menace de déclencher une dynamique d'autorenforcement – un cercle vicieux – qui pourrait miner l'assise du système d'assurance-santé du Canada. La commercialisation affaiblit l'effet protecteur des sauvegardes de la santé prévues dans les accords commerciaux tout en facilitant l'entrée de fournisseurs de services et d'investisseurs étrangers sur de nouveaux marchés des services de santé. Plus la présence des fournisseurs de services et des investisseurs étrangers sera importante, plus la possibilité de différends commerciaux grandira si les gouvernements prennent des mesures pour freiner ou renverser la tendance à la pénétration étrangère. Une fois que des fournisseurs de services et des investisseurs étrangers se sont implantés dans le système de santé du Canada – et plus ils y sont présents – plus il devient difficile et coûteux de freiner ou de renverser la tendance à la commercialisation en général. Si l'on maintient la commercialisation des services de santé à un niveau minimum – et si l'on intervient rapidement pour enrayer ou renverser la tendance à la commercialisation partout où elle existe déjà – cela aura un effet bénéfique en réduisant le risque global de contestations futures des accords commerciaux.

Assurance pour soins de santé

Les assureurs privés du secteur de la santé ont d'importants intérêts commerciaux que les réformes de la santé pourraient toucher et l'on pourrait s'attendre à ce que des investisseurs étrangers cherchent à se prévaloir de recours commerciaux si ce marché se resserre. Le Canada a inscrit l'assurance pour soins de santé à sa liste d'engagements de l'AGCS qui ont trait au traitement national et à l'accès aux marchés. Même si les motifs que le gouvernement fédéral invoque pour affirmer que l'assurance-santé publique *existante* est exclue ne sont pas coulés dans le bronze, il est incontestable que les règles de l'ALENA et de l'AGCS s'appliquent aux *nouvelles* mesures gouvernementales qui ont des répercussions sur les assureurs privés étrangers du secteur de la santé. L'application de l'assurance-santé aux médicaments d'ordonnance ou aux services de soins à domicile pourrait par conséquent déclencher des contestations commerciales d'assureurs privés étrangers (ou du gouvernement de leur pays) dont les débouchés commerciaux subiraient des retombées défavorables. Une telle intervention n'empêcherait pas le Canada d'étendre l'application de l'assurance-santé, mais il pourrait lui en coûter plus cher. Les

dispositions de l'ALENA sur l'expropriation et l'indemnisation et les règles de l'AGCS sur les monopoles constituent les motifs les plus probables sur lesquels on pourrait fonder de telles contestations commerciales.

Soins à domicile

Les programmes actuels de soins à domicile varient énormément et les dépenses publiques représentent un enjeu considérable pour les fournisseurs du secteur privé. De nombreuses propositions visent à *augmenter le financement public* accordé aux services de soins à domicile. Elles visent notamment à :

- établir un système de partage des coûts, ce qui équivaut en fait à étendre l'assurance-santé;
- créer un fonds d'assurance sociale financé par des contributions obligatoires fondées sur le revenu;
- offrir des incitations fiscales, et notamment augmenter les déductions et les crédits d'impôt existants ou créer des régimes d'épargne individuelle fiscalement avantageux.

Comme certaines de ces options pourraient avoir des répercussions défavorables sur les activités d'assureurs privés appartenant à des intérêts étrangers, les responsables des politiques doivent prévoir que l'on pourrait contester des traités commerciaux, même si c'est peu probable. Ils doivent aussi être conscients du fait qu'à cause de certaines dispositions des accords commerciaux, il pourrait être plus difficile de faire volte-face dans la voie de certaines réformes.

Il y a aussi de nombreuses options en ce qui concerne la *réglementation de la prestation* des services de soins à domicile : prestation directe par le secteur public, offres concurrentielles, partenariats avec des fournisseurs sans but lucratif et soins autodirigés. Dans chaque cas, des considérations pratiques indiquent qu'il est peu probable que les dispositions des accords commerciaux entravent considérablement les réformes de la réglementation de la prestation des services de soins à domicile, mais il pourrait être plus difficile de faire volte-face dans le cas de certains changements.

Assurance-médicaments

Il y a de nombreuses façons d'étendre l'assurance-médicaments financée par l'État. L'expansion de l'assurance publique entraîne le risque de contestations pour indemnisation entreprises par des assureurs privés étrangers qui seraient touchés. Même s'il est peu probable qu'ils donnent lieu à des demandes semblables d'indemnisation, d'autres modes possibles de financement – assurance publique et privée mixte et assurance entièrement privée – pourraient se révéler difficiles à changer.

Un des défis clés pour un programme d'assurance-médicaments consiste à créer un moyen de contrôler les coûts des médicaments. Parmi ces moyens, les *licences obligatoires* demeurent faisables en vertu des règles qui régissent le commerce international, contrairement à ce qu'a affirmé récemment le gouvernement fédéral. *Les*

offres portant sur des médicaments génériques entraînent des risques incertains, principalement parce que la question de savoir si cette intervention serait considérée comme un marché public n'est pas claire. Il est peu probable que le *contrôle des prix par l'établissement du coût en fonction du produit de référence et l'inscription compensatoire de produits thérapeutiques* posent un risque important de contestation commerciale ou de réclamation par des investisseurs étrangers. En deux mots, les dispositions de l'OMC et de l'ALENA sur la propriété intellectuelle laissent plus de place aux licences obligatoires qu'on le reconnaît en général et les gouvernements du Canada disposent d'une importante capacité de contrôler les coûts des médicaments sans enfreindre les règles qui régissent le commerce.

La stratégie : éviter le froid, faire baisser la chaleur

Trouver des stratégies de réforme des soins de santé durables et fondées sur des principes

Dans le contexte d'une stratégie de réforme des soins de santé fondée sur des principes, les gouvernements du Canada devraient reconnaître le risque de contestation commerciale au lieu de le nier. On leur recommande de procéder ensuite à une réforme de la santé qui s'impose vraiment en affirmant et défendant leur droit d'agir. Le gouvernement du Canada devrait plus précisément rendre explicites et appuyer énergiquement les objectifs des réformes des soins de santé qui sont liées à l'intérêt public. Afin de limiter les risques éventuels de contestations commerciales et d'indemnisation, le gouvernement devrait aussi :

- affirmer en termes bien sentis qu'il considère que l'exercice de son droit de réglementer les politiques de la santé ne constitue pas une expropriation qui entraîne une indemnisation en vertu du droit canadien ou du droit international;
- faire savoir qu'il a l'intention de défendre énergiquement son droit de réglementer les politiques de la santé;
- donner le plus tôt possible une idée de ses orientations politiques futures.

Le gouvernement devrait aussi structurer ses réformes de façon à tirer le maximum des sauvegardes limitées prévues dans l'ALENA et l'AGCS. À cette fin, il peut présenter des mesures qui réduiront au minimum le rôle du financement privé et de la prestation de services à but lucratif et qui correspondent ainsi à une conception étroite des services publics. En général, les réformes de la santé risquent le moins d'être entravées par des règles commerciales si elles :

- étendent l'accès universel aux services en fonction du besoin plutôt que de la capacité de payer;
- établissent des objectifs et des règlements clairs qui sont liés à la raison d'être publique;
- financent les services par le Trésor;
- favorisent les subventions ou les octrois directs plutôt que les services à contrat;
- adoptent les procédures normalisées des marchés publics là où l'on adjuge des services à contrat.

Avant tout, les gouvernements du Canada ne devraient pas succomber à une « timidité réglementaire » dans les politiques de santé qui découle de l'incertitude et des restrictions imposées par les politiques commerciales. Ce qui signifierait céder indûment à la reptation des règles commerciales qui contraignent graduellement la politique actuelle et future sur les soins de santé et la déforment. En agissant ainsi, ils se trouveraient en fait à laisser tomber de nombreuses options stratégiques prometteuses qui pourraient répondre efficacement aux besoins critiques de la population canadienne dans le domaine de la santé pour les remplacer par des options qui privilégient des intérêts commerciaux beaucoup plus étroits.

Éviter la « timidité » ne constitue toutefois qu'un élément d'une stratégie canadienne générale nécessaire à une réforme durable des politiques de la santé.

Évolution de la politique commerciale du Canada

Les gouvernements du Canada devraient aussi intervenir pour faire baisser la « chaleur » excessive que l'attitude actuelle du Canada face aux accords commerciaux impose au système national de soins de santé. Afin d'atténuer les conflits qui existent entre les politiques sanitaires et les politiques commerciales et d'éviter le détournement futur de priorités clés dans le domaine des soins de santé, le gouvernement doit modifier sa politique commerciale – il doit faire baisser la chaleur.

En ce qui concerne les objectifs de ces négociations reliées à la santé, la politique commerciale du Canada devrait reposer d'abord sur le premier principe qui consiste à *ne causer aucun préjudice*. Le Canada participe activement à des négociations visant à créer une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA), des accords régionaux de libre-échange, sans oublier les négociations de Doha de l'OMC qui portent notamment sur de nombreuses questions de santé, y compris les services, les investissements et la propriété intellectuelle. Le Canada devrait faire preuve de prudence au cours de ces négociations afin d'éviter d'exposer encore davantage notre système de soins de santé à une pression accrue et à des contestations possibles. En deux mots, il devrait négocier des règles commerciales qui empiètent moins sur les systèmes publics de soins de santé. Dans le contexte de cette stratégie, chaque fois qu'il surgit des conflits entre la politique commerciale et celle de la santé, le Canada ne devrait pas compter exclusivement sur les exceptions propres à un pays pour la santé, qui présentent d'importantes lacunes et qu'il faut considérer seulement comme des solutions intérimaires. Il devrait plutôt rechercher les exceptions ou les sauvegardes généralement acceptées—caractéristiques permanentes de traités qui ont beaucoup plus de chance de résister à l'usure du temps. La population canadienne mérite des protections permanentes des soins de santé qui sont enchâssées dans l'assise même de ses accords internationaux sur le commerce et les investissements.

Une réforme efficace de l'élaboration de politiques commerciales au Canada consisterait à ouvrir le processus des négociations à l'examen public complet et à la participation des professionnels et des défenseurs de la santé, ainsi que de la population en général. On ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les négociateurs commerciaux, dont le mandat premier est d'ouvrir les marchés d'exportation, connaissent

à fond les arcanes du système de santé du Canada et il ne faut pas non plus leur confier la tâche de protéger la politique de la santé. Le gouvernement fédéral devrait proposer l'adoption du processus d'établissement de traités des Nations Unies dans le contexte duquel les séances de négociation sont ouvertes et tous les documents sont publics.

Le Canada devrait apporter d'autres modifications à sa politique commerciale et à ses processus de négociation. Il devrait notamment :

- chercher de toute urgence à obtenir une interprétation obligatoire du chapitre de l'ALENA sur les investissements afin d'assurer que l'on précise le sens du mot « expropriation » pour le rendre conforme à la loi canadienne. Le Canada devrait aussi chercher à faire adopter une définition pointue du terme dans la ZLEA proposée et dans tout autre accord à venir;
- cesser d'appuyer les mécanismes de règlement des différends opposant un investisseur et un État qui permettent aux investisseurs de contester directement des politiques publiques;
- retirer l'engagement qu'il a pris dans l'AGCS de 1994 au sujet de l'assurance pour soins de santé;
- éviter de prendre, dans le contexte de l'AGCS, d'autres engagements qui couvrent directement les services de santé;
- procéder à une évaluation d'impact sur la santé du mécanisme des demandes et des offres de l'AGCS;
- appliquer une limite générale « horizontale » afin de protéger sa flexibilité à l'égard de la politique de la santé dans toutes les offres futures de négociation portant sur l'AGCS;
- rendre publiques toutes les demandes que le Canada présente à d'autres pays en vertu de l'AGCS, celles que d'autres pays présentent au Canada et les offres que le Canada fait de prendre d'autres engagements en vertu de l'AGCS.

Resserrer la convergence des politiques sur la santé, le commerce et les affaires étrangères

Rendre convergentes la politique nationale de santé du Canada, sa façon d'aborder les accords commerciaux et sa politique étrangère aiderait à préserver l'intégrité du système de santé du Canada. Cela aiderait aussi à renforcer les accords internationaux sur la santé, ce qui compenserait l'influence prépondérante des traités commerciaux et dissiperait l'ombre qu'ils jettent sur les initiatives de santé publique au Canada et dans le monde.

Cette convergence devrait reposer sur un engagement envers la *santé comme droit de la personne*, droit reconnu sur la scène internationale dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. La politique commerciale et étrangère du Canada devrait reposer sur les mêmes valeurs universalistes que celles que reconnaissent ces traités et qui sont enchâssées dans le système de santé du Canada.

Il y a de nombreuses mesures pratiques que le Canada peut prendre pour promouvoir l'instauration de la santé comme droit de la personne sur la scène internationale. Le Canada devrait, par exemple :

- reconnaître que le droit international sur les droits de la personne l'emporte sur d'autres domaines du droit international, y compris les traités sur le commerce et les investissements;
- assurer que les initiatives canadiennes de politique étrangère, y compris notre participation aux négociations sur le commerce international, n'entravent pas les politiques de santé d'autres pays ou ne nuisent pas à leur capacité de répondre à l'évolution des besoins dans le domaine de la santé;
- renforcer l'appui que le Canada accorde aux grands organismes internationaux qui s'occupent de droits de la personne.

Le Canada devrait en outre :

- appuyer les dispositions du projet de Convention-cadre pour la lutte antitabac afin d'assurer que les mesures antitabac l'emportent sur les règles commerciales en cas de conflit. Le Canada devrait aussi mettre fin à l'appui public aux exportations de produits du tabac, ainsi qu'à la participation des sociétés de tabac aux missions commerciales d'Équipe Canada à l'étranger;
- suivre l'exemple du Service national de santé du Royaume-Uni et promettre de ne pas recruter activement de professionnels de la santé dans des pays en développement;
- proposer un accord international afin d'affirmer le droit des gouvernements de maintenir des politiques nationales distinctes en matière de santé en s'inspirant de la démarche suivie dans le cas du nouvel Accord international sur la diversité culturelle;
- promouvoir la promotion d'un groupe de pays « de même opinion » voués à maintenir les systèmes nationaux de santé qui reposent sur des principes universalistes et une solide réglementation dans l'intérêt public.

Le défi : Faire passer la santé en premier

Ce rapport repose sur la conviction selon laquelle les interventions des Canadiens, et en particulier nos interventions collectives par l'entremise de nos gouvernements élus, devraient—*et peuvent*—agir sur des événements de façon à améliorer la santé et le mieux-être des Canadiens et de population du monde. À une époque d'intégration croissante de l'économie mondiale, comme le disait l'économiste canadien Gerald Helleiner, ce sont « les conditions de l'interaction entre les pays et leur gouvernement... et la nouvelle économie mondiale », qui importent.

Nous sommes d'avis que le Canada devrait fonder ses interventions intérieures et internationales sur le principe universaliste de la santé comme droit de la personne. La mise en pratique de ce principe devrait constituer une des « conditions » des échanges mondiaux du Canada. Pour relever ce défi vraiment important, il faut une vision claire et

une démarche convergente—de la cohérence—dans les activités nationales et internationales du Canada.

Ce rapport porte avant tout sur un manque de convergence entre la stratégie du Canada dans le domaine des soins de santé, d'une part, et sa politique commerciale et étrangère, de l'autre. Il faut régler le problème de toute urgence. Si l'on ne s'attaque pas aux divergences sous-jacentes entre les priorités du Canada dans le domaine des soins de santé et les intérêts commerciaux dont il fait la promotion dans les accords commerciaux les plus récents, les pressions qui s'exercent sur le système de santé du pays s'alourdiront de plus en plus et le nombre des possibilités de réforme diminuera sérieusement. Comme on le souligne dans le rapport, il y a heureusement de nombreuses façons pratiques de rendre plus convergentes la politique commerciale et celle de la santé.

Il existe un besoin marqué de cohérence dans un autre sens tout aussi important. La création de l'assurance-santé a obligé les gouvernements à intervenir de façon décisive et fondée sur des principes—souvent en dépit d'une vive opposition et d'intérêts commerciaux puissants—pour servir l'intérêt public plus général. La réforme des soins de santé au Canada exige aujourd'hui les mêmes interventions décisives et fondées sur des principes afin de répondre aux priorités clés des Canadiens—en dépit de la puissante tendance à la commercialisation contenue dans les accords commerciaux—en faisant passer la santé en premier.

1. Introduction

Le système de santé du Canada échappe-t-il à la portée de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)? Ces traités rendent-ils impossible une réforme efficace des soins de santé?

La réponse courte à ces questions, c'est ni un ni l'autre.

Contrairement aux garanties répétées, les accords commerciaux s'appliquent en fait à des aspects importants du système de santé du Canada et pourraient en miner la réforme si l'on ne s'en occupe pas. Par ailleurs, le Canada a encore beaucoup de flexibilité sur le plan des politiques. En abordant la politique commerciale et celle de la santé d'une façon judicieuse, fondée sur des principes, les gouvernements du Canada peuvent à la fois mettre en œuvre des réformes démocratiques des soins de santé et renforcer encore davantage la flexibilité de la politique de santé qui s'imposera à l'avenir.

Le présent rapport oriente la mise en œuvre d'une réforme des soins de santé en dépit des contraintes actuelles et imminentes imposées par les accords commerciaux. Ce rapport met avant tout en évidence l'importance pour les gouvernements de ne pas succomber à la « timidité » face aux contraintes découlant des traités commerciaux mais plutôt de concevoir et de mettre en œuvre une réforme qui vise à faire passer en premier les priorités de notre politique de santé.

On a fait croire à beaucoup de Canadiens que le système national de soins de santé échappe à la portée de l'ALENA et de l'OMC. Il est de plus en plus évident que cette position est indéfendable. Comme nous l'expliquerons dans le présent rapport, une nouvelle génération d'accords internationaux généraux dont le champ d'application dépasse de loin celui des questions commerciales traditionnelles s'appliquent déjà à des aspects importants de notre système de santé. Ces traités ne le protègent pas entièrement de leur application et la valeur des sauvegardes qui existent est incertaine, voire limitée.

Les accords commerciaux et notre système de santé ne font toutefois pas que se croiser : ils reposent sur des principes fondamentalement incompatibles. Les traités commerciaux internationaux visent principalement à faciliter le commerce international en limitant et réorientant le pouvoir de réglementation des gouvernements—afin de favoriser la circulation ininterrompue des biens, des services et des investissements. Dans ce contexte—même si, souvent certaines règles des traités ne s'appliquent pas à certains services de santé de base—les soins de santé sont considérés simplement comme un autre secteur de services exploitable commercialement, ou qui le sera un jour.

Ces principes commerciaux vont à l'encontre de la raison d'être publique fondamentale de l'assurance-santé, qui est de dispenser des soins de santé à tous en fonction du besoin plutôt que de la capacité de payer. Une réforme durable des soins de santé oblige à reconnaître cette divergence fondamentale au niveau des principes et à établir fermement que les valeurs que la population canadienne a exprimées démocratiquement face aux soins de santé l'emportent sur les intérêts commerciaux.

Afin de créer l'assurance-santé, les gouvernements ont dû agir de façon décisive et dans l'intérêt du public face à une opposition puissante. Nos gouvernements, d'abord celui de la Saskatchewan et ensuite les gouvernements nationaux, ont jeté les bases de l'assurance-santé après presque deux décennies de débats publics entre des intérêts divergents. Ils ont décidé que l'avantage collectif offert par un régime public d'assurance maladie—mise en commun du risque pour tous les Canadiens et accès garanti aux services médicaux et hospitaliers en fonction du besoin—l'emporte sur les pertes commerciales pour les assureurs privés du secteur de la santé déplacés par l'avènement de l'assurance-santé. Au cours des 36 années qui ont suivi, la législation fédérale a étendu l'assurance publique aux services des médecins ainsi qu'aux soins hospitaliers, notre système de soins de santé a connu une expansion énorme et une relation complexe entre les secteurs public et privé s'est installée. Mis en œuvre en dépit d'une opposition parfois amère des assureurs privés et d'éléments puissants de la profession médicale, ce système est devenu non seulement le programme social auquel le Canada attache le plus de valeur, mais aussi une caractéristique cruciale de l'identité canadienne.

Si l'assurance-santé n'existait pas déjà, le poids complet des obligations actuelles du Canada face au commerce et aux investissements internationaux en rendrait presque certainement la création beaucoup plus difficile, voire impossible. La possibilité de devoir indemniser des intérêts commerciaux étrangers bien établis pour la perte d'investissements possibles suffirait probablement pour faire pencher la balance en faveur des adversaires de l'assurance-santé.

Pour rajeunir aujourd'hui le système de santé du Canada et en prévoir l'amélioration future, il faut un engagement fondé sur des principes aussi ferme que celui qui a présidé à la création de l'assurance-santé. La première étape à franchir pour assurer que les traités sur le commerce international n'entravent pas la réforme des soins de santé et éviter les retombées défavorables sur le système de santé du Canada consiste à reconnaître franchement les risques qu'ils posent.

Il y a de nombreuses raisons d'être optimiste. Il est peut-être à la mode dans certains milieux de brosser un tableau sombre de l'avenir du système public de santé du Canada, mais en dépit des pressions, le système d'assurance-santé demeure solide. L'évolution depuis 36 ans d'un système mixte réglementé rigoureusement a endigué la présence d'intérêts commerciaux étrangers qui pourraient profiter de droits que leur confèrent des traités commerciaux pour contester les interventions de l'État qui ont des répercussions sur leurs intérêts commerciaux. Les gouvernements canadiens qui se sont succédé ont aussi obtenu dans les accords sur le commerce et les investissements internationaux des sauvegardes qui, en dépit de leurs lacunes, signifient que les règles régissant le libre-échange ne s'appliquent pas entièrement au secteur des soins de santé. L'assurance-santé demeure enfin le programme social auquel le Canada attache le plus de valeur et commande un appui puissant du public que n'importe quel gouvernement du Canada ne peut oublier qu'à ses risques et périls sur le plan politique.

On ne peut néanmoins tenir l'assurance-santé pour acquise. C'est un système dynamique qui doit évoluer avec le temps et en fonction des besoins et des désirs de la

population canadienne. Même s'il est structuré et réglementé en fonction d'une fin publique prédominante, le système comporte d'importants éléments fournis et financés par le secteur privé sans but lucratif et à but lucratif. Certains de ces intérêts commerciaux présents dans notre système de santé vaste et complexe sont étrangers et, si on leur laisse carte blanche, ils pourraient prendre une expansion rapide. Une fois qu'ils se sont implantés dans notre système de santé, leur présence devient très difficile à réduire ou à faire reculer à cause des dispositions des traités. On ne peut tout simplement supposer qu'il y aura convergence entre l'assurance-santé et les engagements toujours en expansion rapide que le Canada prend en vertu de traités internationaux sur le commerce et les investissements.

Il est clair que les gouvernements du Canada qui sont déterminés à instaurer de nouvelles initiatives dans le domaine des politiques publiques doivent maintenant tenir compte, dans leurs réformes, de moyens de réduire le risque de contestations commerciales. Ils doivent aussi se demander comment modifier les engagements commerciaux du Canada à la fois pour réduire les contraintes que les traités commerciaux en vigueur imposent aux politiques de santé et pour en éviter de nouvelles. C'est sur ces défis critiques que le présent rapport porte avant tout.

Perspective du rapport et démarche

Une prémisse sous-tend ce rapport : il est préférable de dispenser les services de santé et de les répartir en fonction des valeurs de la société plutôt que des mécanismes du marché. Une masse de documents sur l'économie de la santé démontrent pourquoi l'offre et la demande des services de santé ne fonctionnent pas bien lorsqu'elles reposent sur les principes du marché (Drache et Sullivan 1999a; 1999b; Evans 1999). Le système d'assurance-santé du Canada émane d'un engagement éthique de dispenser des soins de santé à tous en fonction de leurs besoins, ce qui est tout aussi important.

Pour appuyer cet engagement, des gouvernements provinciaux et fédéraux qui se sont succédé ont établi et maintenu des moyens de fournir des soins de santé dans un contexte non commercial. Il convient de signaler surtout que nos services de santé financés par l'État se conforment en général aux cinq conditions établies dans la *Loi canadienne sur la santé – gestion publique* de l'assurance-santé; *intégralité* de tous les services de santé médicalement nécessaires; *universalité de la couverture* pour tous les Canadiens à des conditions uniformes; *transférabilité* de la couverture entre les provinces et les territoires et *accessibilité* aux services à des conditions uniformes, sans restreindre l'accès par quelque forme que ce soit de frais privés (Sullivan et Baranek 2002).

Les valeurs universalistes enchâssées par l'État qui constituent l'assise de notre système d'assurance-santé se reflètent aussi dans le droit international sur les droits de la personne. Le droit à la santé est reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 25), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 12) et plusieurs autres pactes internationaux auxquels le Canada est

partie prenante¹. Tout comme notre système d'assurance-santé, le droit à la santé qui est reconnu sur la scène internationale n'a pas beaucoup de points en commun avec les principes du marché qui constituent l'assise du droit sur le commerce international. Même si des experts soutiennent que le droit international sur les droits de la personne l'emporte officiellement (p.ex. Howse et Matua 2000), le droit sur le commerce est appliqué plus efficacement en pratique parce que les violations peuvent entraîner des sanctions commerciales (Dommen 2002).

Sur le plan du droit international, il existe selon nous un déséquilibre qui saute aux yeux. Des sanctions commerciales protègent efficacement les intérêts commerciaux des investisseurs et des entreprises commerciales, mais l'application de régimes légaux multilatéraux qui expriment des valeurs humaines fondamentales comme le droit à la santé repose en grande partie sur la persuasion morale. C'est vrai non seulement dans le cas du droit international sur les droits de la personne, mais aussi dans celui de la jurisprudence internationale qui a évolué depuis 150 ans pour faire face aux menaces transfrontière à la santé publique (Fidler 2001).

Ce déséquilibre déforme aussi nos priorités intérieures, autant que la collaboration internationale imminente dans le domaine de la santé. Les services financés par l'État et fournis en mode non commercial dans le contexte du système de santé réglementé par le secteur public rejettent dans l'ombre la valeur du commerce et des investissements transfrontière du Canada dans les services de santé². Or, ces intérêts commerciaux exercent une influence disproportionnée sur la politique commerciale du Canada³. Il faudrait élaborer la politique commerciale et la politique étrangère qui ont trait à la santé par des mécanismes qui représentent mieux les intérêts de la population canadienne et des fournisseurs publics et sans but lucratif qui utilisent, paient et fournissent la part dominante de nos services de soins de santé.

Plus les forces de la mondialisation accroissent l'interdépendance dans le secteur de la santé, plus il devient important de corriger le déséquilibre sur le plan du droit international et de renforcer les mécanismes internationaux qui permettent de concrétiser le droit à la santé et de protéger la santé publique. La croissance du commerce entraîne une augmentation de la migration, facilite les déplacements internationaux et les rend plus fréquents, étend la commercialisation et la distribution de substances dommageables pour la santé comme le tabac, entraîne la prolifération des maladies infectieuses sur la scène internationale et rend plus pressants les défis mondiaux posés par l'hygiène du

¹ Les obligations des gouvernements nationaux de concrétiser le droit à la santé sont énoncées en détail par l'organisme responsable des Nations Unies, qui examine périodiquement le rendement du Canada et d'autres pays signataires de ces pactes (CDESCNU 2000).

² Les exportations transfrontière de services de santé canadiens, dont la valeur s'établissait à 188 millions de dollars en 1997, ne représentaient en fait que 0,4 % de la production du secteur de la santé. Même si elle est plus élevée—à quelque 1,4 milliard de dollars aux États-Unis—la valeur des investissements transfrontière effectués par des entreprises canadiennes représente toujours moins de 2 % du secteur intérieur de la santé (Chen 2002).

³ C'est des plus évidents dans la constitution du Groupe de consultations sectorielles sur le commerce extérieur (GCSCE) chargé de conseiller le ministre du Commerce international du Canada sur les questions de santé et de commerce. Le GCSCE sur les produits et services médicaux et de soins de santé est constitué presque exclusivement de cadres de haute direction de fabricants de produits pharmaceutiques et d'entreprises de soins de santé.

milieu. Des menaces internationales à la santé, comme la pandémie croissante de VIH/SIDA, ont des répercussions profondes sur la sécurité mondiale. Tout compte fait, la santé des Canadiens est de plus en plus entrelacée avec celle d'autres populations. Comme nous le soutenons dans le rapport de recherche que nous avons présenté plus tôt à la Commission, il est dans l'intérêt éclairé des Canadiens de renforcer la capacité de la collectivité mondiale de protéger et de promouvoir la santé publique (Blouin, Foster et Labonte 2002).

Ces observations montrent qu'il faut rendre plus convergentes les politiques étrangère et commerciale du Canada et notre politique intérieure sur la santé. Même si le présent rapport porte avant tout sur les répercussions que les engagements pris par le Canada dans des accords commerciaux ont sur la réforme des soins de santé, il ne faut pas croire que pour rendre les politiques plus convergentes, il suffit simplement de protéger la politique intérieure de santé du Canada contre des contraintes d'origine internationale. Il faut aussi renforcer les institutions internationales et les cadres législatifs qui complètent et améliorent notre capacité intérieure de réglementer les services de santé dans l'intérêt du public.

Une conviction sous-tend l'analyse présentée dans ce rapport : les interventions des Canadiens, et en particulier les mesures collectives que nous prenons par l'entremise des gouvernements, peuvent orienter la mondialisation afin d'améliorer notre propre état de santé et notre mieux-être, ainsi que ceux d'autrui.

Dans les chapitres qui suivent, nous :

- passons en revue les dispositions clés des accords sur le commerce et les investissements internationaux signés par le Canada et la protection que les sauvegardes prévues dans ces accords assurent à notre système de santé;
- analysons les risques de contestations commerciales et l'efficacité probable des exemptions et des exclusions qui visent à protéger le système de santé du Canada en cas de contestations de cette nature;
- suggérons des moyens d'orienter les réformes intérieures afin d'atteindre les objectifs des politiques de santé tout en réduisant le risque de contestations commerciales fructueuses;
- proposons des modifications des accords sur le commerce international conclus par le Canada et des objectifs que visent les négociations afin de protéger plus efficacement l'éventail complet des programmes et des politiques de soins de santé.

Nous proposons enfin dans ce rapport

- des moyens de rendre les politiques plus convergentes en assurant que les politiques étrangères du Canada dans le domaine de l'économie reflètent les valeurs de notre système de santé et complètent nos initiatives internationales sur le plan des politiques de la santé.

Partie I : Dispositions commerciales clés qui ont un effet sur la politique de santé

2. Sommaire des dispositions clés

Dans l'optique de la politique des soins de santé, les accords sur le commerce et les investissements les plus importants signés par le Canada sont l'ALENA – et en particulier ses chapitres qui portent sur les investissements, les services, les monopoles et la propriété intellectuelle – et les accords de l'OMC, et en particulier l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce (ADPIC)⁴.

Les règles fondamentales de ces accords se ressemblent, mais leur application et leur portée précise peuvent varier considérablement. L'interprétation n'en est pas toujours simple, mais leurs règles peuvent être difficiles à appliquer à un ensemble précis de faits stratégiques. Comme d'habitude, ce sont les détails qui posent les problèmes. Les responsables des politiques intérieures doivent être conscients de toutes les obligations clés et de leur chevauchement, de leur divergence et de leur interaction (Sinclair 2000; Sinclair et Grieshaber-Otto 2002).

Avocat spécialisé en commerce international, Jon Johnson propose un principe directeur utile pour s'y retrouver dans les répercussions stratégiques variables des régimes parallèles de l'ALENA et de l'OMC : « Le résultat pratique pour les légistes, c'est que les lois doivent se conformer aux plus rigoureuses des deux séries de normes parallèles mais un peu différentes » (Johnson 1998). Ce bref sommaire se fonde sur les principes de Johnson et porte avant tout sur les dispositions les plus rigoureuses des divers accords qui ont des répercussions sur la politique canadienne des soins de santé⁵.

Portée et application

L'ALENA a un champ d'application d'une étendue extraordinaire. Il s'agit d'un accord « descendant » qui couvre l'ensemble des mesures et des secteurs que les gouvernements n'ont pas exclus clairement. Le Canada a négocié une réserve sectorielle (ou une exception propre à un pays) qui exclut les soins de santé au Canada dans la mesure où il s'agit « d'un service social établi à une fin d'intérêt public » de l'application d'une partie, mais non de l'ensemble, des dispositions des chapitres de l'ALENA qui portent sur les investissements et les services (ALENA annexe II-C-9). Une réserve distincte (à

⁴ D'autres traités, y compris les traités de l'Organisation mondiale du commerce sur les obstacles techniques au commerce (OTC) et les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS) et de nombreux traités bilatéraux sur les investissements (TBI), peuvent aussi être pertinents, mais ils échappent en général à la portée du présent rapport.

⁵ Le rapport de recherche (Sanger, Shrybman et Lexchin, 2002) que nous avons préparé pour la Commission inclut une analyse plus détaillée de ces dispositions et de la jurisprudence connexe.

l'annexe I de l'ALENA) exempte toutes les mesures non conformes des gouvernements provinciaux et des administrations locales qui existaient le 1^{er} janvier 1994. On peut modifier ces mesures non conformes seulement pour les harmoniser davantage avec l'ALENA. Une fois qu'on les a éliminées ou rendues plus conformes, il est impossible de revenir en arrière par la suite.

L'AGCS a lui aussi un champ d'application très vaste. Il couvre tous les types de mesures prises par les gouvernements qui ont des « répercussions » sur le commerce des services de santé et tous les modes de prestation des services en question, y compris par voie électronique. Certaines dispositions de l'AGCS – dont la règle de la nation la plus favorisée est la plus importante – sont descendantes et s'appliquent de façon générale. Contrairement à l'ALENA, toutefois, les dispositions les plus musclées de l'AGCS sont « ascendantes » et ne s'appliquent qu'aux secteurs que les gouvernements conviennent spécifiquement de couvrir. Le Canada n'a pas pris d'engagements particuliers au sujet des « services de santé » au sens de l'AGCS. Il s'est toutefois engagé à couvrir des domaines importants qui ont trait à la santé, et notamment l'assurance pour soins de santé, ce qui est des plus remarquables (Sanger 2001).

L'AGCS exclut les services fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », qui s'entendent de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence (AGCS, article I:3). Comme le système de santé du Canada est mixte et comme le financement et la prestation de services par le secteur privé y sont importants, on ne peut compter sur cette exclusion pour qu'elle protège intégralement le système de santé du Canada des règles de l'AGCS.

L'ALENA et l'AGCS comprennent toutes deux des exceptions générales (article 2101 de l'ALENA et article XIV de l'AGCS) qui permettent aux gouvernements de soutenir que d'autres mesures autrement non convergentes s'imposent pour atteindre des objectifs légitimes, y compris la protection de la santé humaine. Les groupes chargés de trancher les différends commerciaux ont toutefois interprété ces exceptions générales de façon très restrictive. L'exception générale prévue à l'ALENA ne s'applique pas au chapitre de l'accord qui porte sur les investissements.

Compte tenu de leur importance, nous abordons ces sauvegardes plus en détail à la section 3 ci-dessous.

Expropriation et indemnisation

L'article 1110 de l'ALENA prévoit que les gouvernements peuvent exproprier des investissements appartenant à des intérêts étrangers seulement pour une raison d'intérêt public *et* à condition d'indemniser les intéressés. Les investisseurs peuvent invoquer directement les dispositions de l'ALENA sur la protection des investissements en recourant au mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État. Aucune des réserves du Canada au sujet des soins de santé ne protège contre les poursuites en expropriation intentées en vertu de l'article 1110. Les accords en vigueur de

l'OMC ne contiennent aucune disposition comparable sur la protection des investissements.

La question de savoir si une mesure en particulier constitue une expropriation et le montant de l'indemnisation à verser aux investisseurs sont des questions qu'un groupe spécial arbitral de l'ALENA tranche. Des investisseurs ont soutenu avec succès que des règlements non discriminatoires qui réduisent considérablement la valeur de leurs investissements équivalent à une expropriation⁶. Ainsi, contrairement au droit canadien *qui ne considère pas comme une expropriation une mesure comme un rezonage foncier légitime*⁷, des groupes spéciaux de l'ALENA ont décidé que des règlements gouvernementaux non discriminatoires peuvent entraîner une expropriation. Cette interprétation libérale de l'expropriation, qui s'écarte vivement des principes du droit canadien portant sur l'expropriation, permet d'affirmer en vertu de l'ALENA que des mesures qui visent à étendre la couverture de l'assurance-santé ou à restreindre la prestation à but lucratif par le secteur privé de services de santé équivalent à une expropriation et qu'il faut indemniser les investisseurs américains ou mexicains touchés de façon défavorable (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002).

Dispositions non discriminatoires

La non-discrimination fondée sur la nationalité constitue un principe fondamental des accords sur le commerce international, mais c'est récemment seulement qu'on l'a étendue aux questions liées aux investissements et aux services. La règle sur le *traitement de la nation la plus favorisée (NPF)* oblige les gouvernements à accorder à *tous* les biens, investissements ou services étrangers semblables le meilleur traitement accordé à n'importe quel bien, investissement ou service étranger. La règle sur le *traitement national* oblige les gouvernements à accorder à des étrangers le meilleur traitement accordé à des biens, des investissements ou des services canadiens semblables. Même des mesures qui sont officiellement non discriminatoires peuvent enfreindre ces règles si elles ont en réalité un effet défavorable sur l'égalité des possibilités de concurrence qui s'offrent aux investisseurs étrangers. L'application du tarif de la NPF et le traitement national des investissements et des services, questions que l'on a déjà considérées comme relevant exclusivement des prérogatives liées à la politique intérieure, soulèvent des préoccupations à l'égard du système de soins de santé du Canada.

L'obligation relative à la NPF imposée par l'AGCS (article II de l'AGCS) s'applique entièrement aux services de santé du Canada. L'obligation relative à la NPF prévue dans le chapitre de l'ALENA (article 1103) qui traite des investissements s'applique entièrement aux mesures sur les investissements qui ont trait à la santé, sauf à celles qui

⁶ Pour citer le groupe spécial Metalclad, « l'expropriation au sens de l'ALENA inclut non seulement la saisie ouverte, délibérée et reconnue de biens... mais aussi l'entrave cachée ou accessoire à l'usage de biens qui a pour effet de priver le propriétaire, en totalité ou dans une grande partie, de l'usage ou des retombées économiques que l'on peut raisonnablement attendre d'un bien même si ce n'est pas nécessairement à l'avantage évident de la partie contractante d'accueil ». *Metalclad*, par. 103.

⁷ Pour une revue de la jurisprudence pertinente et des principes du droit canadien qui portent sur l'utilisation des terres et l'expropriation, voir Lindgren et Clark (1994).

étaient en vigueur le 1^{er} janvier 1994, que la réserve de l'annexe I met à l'abri. Leur effet combiné signifie qu'il faut accorder immédiatement et sans condition à tous les *autres* fournisseurs de services et investisseurs étrangers semblables dans le secteur des soins de santé le meilleur traitement accordé à n'importe quel fournisseur de services ou investisseur étranger présent dans le secteur des soins de santé.

Le Canada a protégé les mesures reliées aux politiques de santé qui existaient le 1^{er} janvier 1994 contre les règles régissant le traitement national dans les deux chapitres de l'ALENA qui traitent des investissements et des services (articles 1102 et 1202 de l'ALENA). Le Canada s'est aussi réservé le droit d'adopter ou de maintenir des mesures sur les soins de santé qui enfreindraient autrement le traitement national, mais seulement dans la mesure où elles s'appliquent aux services de santé qui constituent « des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public ».

La règle de l'AGCS sur le traitement national (article XVII) s'applique seulement aux services que les gouvernements conviennent expressément d'inscrire. Le Canada n'a pas inscrit sur la liste la plupart des services de santé couverts par l'AGCS, même s'il y a inscrit l'assurance pour soins de santé. L'obligation imposée par l'AGCS en ce qui concerne le traitement national est plus rigoureuse dans le cas des services prévus aux annexes parce qu'elle s'applique aux subventions, contrairement aux règles de l'ALENA sur le traitement national.

Le système de santé du Canada inclut de nombreuses politiques qui favorisent, directement ou indirectement, les fournisseurs de services locaux. On peut soutenir que ces politiques désavantagent les fournisseurs de services ou les investisseurs étrangers (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Même si elles sont officiellement non discriminatoires, les politiques qui favorisent les fournisseurs sans but lucratif pourraient aussi être considérées comme des violations **de fait** du traitement national dans les cas où les fournisseurs sans but lucratif sont surtout canadiens et les fournisseurs commerciaux sont surtout étrangers.

Prescriptions de résultats

Les prescriptions de résultats sont des mesures gouvernementales qui obligent les investisseurs à satisfaire à certaines conditions : par exemple, à acheter sur le marché local, à transférer de la technologie ou à produire d'autres retombées sur les politiques locales relatives au développement économique, à l'environnement ou aux services sociaux. Le chapitre de l'ALENA sur les investissements interdit au gouvernement d'imposer ou d'appliquer certains types de prescriptions « en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement » (article 1106 de l'ALENA). L'article 1106 s'applique non seulement aux investissements américains et mexicains, mais aussi aux investissements étrangers de

n'importe quelle nationalité, de même qu'aux investisseurs canadiens, ce qui est remarquable (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002)⁸.

La réserve que contient l'annexe II-C-9 de l'ALENA n'exempte pas le secteur des soins de santé des prescriptions de résultats. L'annexe I exempte les prescriptions de résultats des gouvernements et des administrations locales qui existaient le 1^{er} janvier 1994. Les nouvelles mesures dans le secteur des soins de santé (c.-à-d. adoptées après le 1^{er} janvier 1994) sont toutefois exposées à des contestations comme violations possibles de l'article 1106 de l'ALENA.

Du point de vue des politiques de santé, l'interdiction des prescriptions de résultats qui est probablement la plus importante s'applique aux prescriptions obligeant à « acheter, utiliser ou privilégier les produits *ou les services* de personnes situées sur son territoire » (nous soulignons). C'est pourquoi de nouvelles mesures obligeant les investisseurs dans le secteur des soins de santé, qu'ils soient nationaux ou étrangers, à acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits au Canada enfreindraient l'article 1106 de l'ALENA (Johnson, 2002).

Norme minimale de traitement

Le chapitre de l'ALENA sur les investissements (article 1105) oblige les gouvernements d'accueil à accorder aux investisseurs étrangers un traitement « conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales ». Les tribunaux appelés à trancher des différends opposant un investisseur à un État en vertu de l'ALENA ont interprété de façon plutôt inattendue cette obligation qui semble banale. Des tribunaux ont examiné le comportement administratif des gouvernements face aux investisseurs et décidé dans plusieurs cas que des fonctionnaires avaient agi de façon arbitraire, d'une manière inopportune ou sans une transparence suffisante (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Dans certains cas, on a accordé des dommages-intérêts pour violation de l'article 1105⁹.

⁸ Même si l'AGCS n'interdit pas explicitement les prescriptions de résultats, son principe du traitement national empêche implicitement les gouvernements d'imposer aux fournisseurs étrangers de services dans les secteurs visés les prescriptions qui ont trait au contenu local, aux marchés publics et aux autres résultats.

⁹ De plus, dans l'affaire Metalclad, l'investisseur a soutenu avec succès que les dispositions relatives aux normes minimales de traitement donnaient à l'investisseur le droit à une norme de traitement exprimée non pas au chapitre 11 mais ailleurs dans l'ALENA. Par la suite, d'autres investisseurs se sont servis de cette entrée en matière pour soutenir que d'autres dispositions de l'ALENA, et même des accords de l'OMC, peuvent être appliquées indirectement par le biais du chapitre 11 de l'ALENA. En juillet 2001, la Commission de l'ALENA, constituée des trois ministres du Commerce, a adopté une interprétation fondée sur une interprétation habituelle traditionnelle du droit international qui porte sur les normes internationales minimales. Cette note d'interprétation devrait limiter les investisseurs à appliquer seulement le chapitre 11 de l'ALENA en recourant au mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État. Il reste à voir comment les groupes spéciaux arbitraux appliqueront cette note d'interprétation.

La règle de l'ALENA sur les normes minimales de traitement a en fait donné aux investisseurs étrangers un droit exclusif d'examen administratif qui est directement applicable par un mécanisme international d'arbitrage commercial. Cette règle n'est assujettie à aucune réserve. Toutes les mesures administratives, y compris celles qui ont trait à la santé, sont donc exposées à des contestations possibles.

Restrictions quantitatives

L'article XVI de l'AGCS sur l'accès aux marchés interdit aux gouvernements de limiter, à l'échelon régional et national, le nombre de fournisseurs de services ou d'entreprises, la valeur des transactions, le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur et les types d'entités juridiques par l'intermédiaire desquelles les fournisseurs peuvent fournir un service. Cet article interdit de telles mesures même si elles ne sont pas discriminatoires (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002).

L'article XVI s'applique seulement aux secteurs inscrits dans la liste. Le Canada n'a pas pris d'engagement, dans l'AGCS, à l'égard de la plupart des services de santé. S'il le fait jamais, de nombreuses politiques courantes sur les soins de santé iraient à l'encontre de l'article XVI de l'AGCS. On utilise ou propose couramment, comme moyen de contrôler les coûts des soins de santé, des quotas régionaux pour réglementer, par exemple, le nombre de médecins, les services dispensés par médecin, certains types d'équipements de diagnostic coûteux ou la valeur totale des services payés par les régimes publics (Luff 2002). Les gouvernements provinciaux et les administrations locales restreignent en outre parfois aux fournisseurs sans but lucratif constitués légalement les subventions ou les contrats portant sur la prestation de certains services de santé par le secteur privé.

Réglementation intérieure

Des négociations en cours en vertu de l'article VI.4 de l'AGCS visent à établir « toutes les disciplines nécessaires » pour que les prescriptions relatives aux licences et à la certification, les normes techniques et d'autres règlements intérieurs sur les services et les fournisseurs de services ne soient pas, notamment, « plus rigoureux qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service ». En attendant l'issue de négociations en vertu de l'article VI.4, l'article VI.5 de l'AGCS applique provisoirement certaines restrictions aux mesures proposées dans les secteurs inscrits à la liste. L'article VI de l'AGCS vise explicitement à restreindre les règlements non discriminatoires.

Cet article fait craindre qu'en cas de contestation, les groupes spéciaux de l'OMC ne soient en mesure de contester les organismes de réglementation intérieurs au sujet de la façon optimale ou la plus efficiente de réglementer les services. David Luff présente plusieurs exemples de mesures liées aux soins de santé que l'on pourrait juger « plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire ». Ces mesures comprennent celles qui obligent les prestataires de soins de santé à accepter tous les patients plutôt qu'à les inciter à le faire;

celles qui limitent la rémunération à l'acte afin d'assurer que les services de soins de santé sont abordables au lieu d'augmenter les paiements de la sécurité sociale afin de permettre aux patients de payer les frais imposés; celles qui annulent les licences de médecins ou d'établissements de santé pour inobservation des conditions de la licence au lieu d'imposer des amendes et de diffuser des listes de contrevenants; ou celles qui obligent les hôpitaux et les médecins à fonctionner sans but lucratif au lieu de contrôler leur mode de fonctionnement en régime à but lucratif¹⁰.

Le système de santé est complexe et très réglementé. Compte tenu des valeurs non commerciales qui sous-tendent la réglementation dans ce secteur, la surveillance par un organisme international voué à augmenter les débouchés commerciaux pour des fournisseurs étrangers pourrait se révéler particulièrement problématique (Pollock et Price 2002).

Monopoles et entreprises d'État

Les restrictions que l'AGCS (article VIII) et l'ALENA (chapitre 15) imposent aux monopoles et aux fournisseurs exclusifs de services se ressemblent dans leurs grandes lignes. Les deux accords interdisent aux monopoles d'abuser de leur position lorsqu'ils font concurrence dans des secteurs où ils n'ont pas le monopole. En vertu de l'AGCS, il faut inscrire les monopoles à la liste des exceptions propres à un pays dans les secteurs visés par un engagement, ou les éliminer. En vertu des deux accords, un gouvernement qui souhaite désigner un nouveau monopole dans un secteur visé peut être tenu de verser une indemnisation. Dans le cas de l'ALENA, il y a indemnisation financière lorsque l'on juge que la création d'un monopole a entraîné l'expropriation d'un investissement étranger. En vertu de l'AGCS, un gouvernement doit négocier des concessions commerciales afin d'indemniser les fournisseurs étrangers de services pour l'accès aux marchés qu'ils ont perdu, ou s'exposer à des représailles des gouvernements des fournisseurs¹¹. Comme on l'a déjà signalé, le Canada a inscrit l'assurance pour soins de santé sur la liste prévue à l'AGCS.

Comme on en discute plus en détail plus loin dans le présent rapport, ces dispositions relatives aux monopoles font craindre que l'expansion du régime public d'assurance-santé ne suscite des demandes d'indemnisation d'assureurs étrangers qui invoqueront l'un ou l'autre de ces accords, ou les deux (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002).

¹⁰ David Luff, « Regulation of Health Services and International Trade Law », communication préparée pour la Réunion des experts dans le domaine des services de la Banque mondiale et de l'OCDE, OCDE, Paris, 4 et 5 mars 2002. Par. 148 et suiv.

¹¹ Les règles de l'ALENA sur les monopoles s'appliquent seulement aux monopoles fédéraux (article 1505 de l'ALENA), tandis que celles de l'AGCS s'appliquent aux monopoles fédéraux et provinciaux. Les dispositions de l'ALENA sur l'expropriation et l'indemnisation s'appliquent toutefois aux mesures provinciales et fédérales.

Marchés publics

L'ALENA et l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC se ressemblent dans les grandes lignes. Les deux accords établissent des procédures détaillées d'appels d'offres qu'il faut suivre dans tous les marchés publics dont la valeur dépasse un seuil prescrit. Les deux interdisent aussi les préférences locales, l'approvisionnement local et les compensations (p. ex., contenu local, transfert de technologie ou exigences liées au développement économique local) dans le cas des achats publics couverts.

Ni le chapitre de l'ALENA sur les achats ni l'AMP ne s'appliquent actuellement aux achats de services de santé et de services sociaux. De plus, ni l'ALENA ni l'AMP ne s'appliquent aux achats locaux ou provinciaux. À cause de ces exclusions, ces règles régissant les achats ont actuellement un impact minime sur le système de soins de santé du Canada.

Droits de propriété intellectuelle

Le chapitre 17 de l'ALENA et le traité de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle (ADPIC) assurent toutes deux une protection détaillée de la propriété intellectuelle, y compris des brevets sur les produits et les procédés pharmaceutiques. Les deux accords imposent une protection monopoliste minimale de 20 ans sur les brevets à compter de la date du dépôt d'une demande de brevet (article 23 de l'accord sur les ADPIC et article 1709(12) de l'ALENA). Les deux accords permettent des régimes de licences obligatoires, mais à certaines conditions. Une licence obligatoire permet à un autre fabricant de produire des copies génériques d'un médicament breveté sur paiement de redevances au titulaire du brevet.

Les prix des médicaments sont un des éléments moteurs clés de la montée des coûts des soins de santé au Canada (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Des régimes provinciaux d'assurance ont pris des mesures pour faire en sorte qu'on utilise davantage de médicaments génériques meilleur marché. Beaucoup d'observateurs ont toutefois signalé que le système onéreux de protection de la propriété intellectuelle imposé par les accords internationaux est un facteur clé qui restreint la disponibilité de médicaments génériques meilleur marché.

3. Sauvegardes pour la santé

Le gouvernement du Canada et la plupart des analystes indépendants des politiques commerciales s'entendent sur un point essentiel : il y a une incompatibilité fondamentale entre les politiques canadiennes sur les soins de santé et l'application intégrale des traités sur le libre-échange. En établissant un monopole du secteur public sur l'assurance-santé et en réglementant des intervenants qui peuvent fournir des services de soins de santé et en leur imposant des conditions, *la Loi canadienne sur la santé* et le régime d'assurance-santé vont à l'encontre de la libéralisation du commerce et des investissements.

Pour gérer cette tension, le gouvernement du Canada a négocié des sauvegardes pour les soins de santé dans ses divers accords sur le commerce et les investissements. Dans le contexte de toutes les négociations récentes et en cours sur le commerce, les objectifs annoncés du Canada visent notamment à protéger sa capacité de maintenir les mesures actuelles sur la santé et d'en adopter de nouvelles.

L'enjeu, c'est l'efficacité de ces sauvegardes qui consistent en diverses exclusions, exceptions et réserves à l'égard de l'application des règles commerciales de l'ALENA et de l'OMC, dont certaines s'appliquent en général à tous les pays tandis que d'autres sont particulières au Canada. Dans une très grande mesure, la viabilité de notre système actuel de santé et notre capacité de mettre en œuvre des réformes de la santé dépendent de l'intégrité et de l'application générale de ces sauvegardes.

Il est clair que ces sauvegardes n'excluent pas *complètement* le système de santé du Canada. Les termes clés ne sont pas définis ou sont définis et réservés de façons qui soulèvent des questions sur la portée de la protection qu'elles accordent aux mesures sur les soins de santé. Il y a en outre des trous dans la toile protectrice. L'importance de l'écart entre les sauvegardes et les exemptions « cuirassées » promises aux Canadiens soulève toujours des débats animés (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002).

Le débat en cours porte en grande partie sur les réserves cruciales de l'ALENA, même si l'exclusion que l'AGCS accorde aux pouvoirs gouvernementaux attire de plus en plus l'attention. L'annexe II-C-9 de l'ALENA permet aux gouvernements du Canada d'adopter ou de maintenir des mesures de soins de santé qui seraient autrement non conformes, mais seulement dans la mesure où elles s'appliquent aux services de santé qui sont « des services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public ». Comme nous en avons discuté plus à fond dans notre deuxième rapport de recherche, ces termes clés ne sont pas définis et n'ont pas été mis à l'épreuve, ce qui laisse une importante question d'interprétation que seul un groupe spécial de règlement des différends pourra trancher.

L'éventail des avis des experts est vaste. Des avis légaux critiques de Schwartz (1996), Gottlieb et Pearson (1999), Appleton et associés (2000) et Shrybman (2000) font craindre que cette réserve cruciale ne soit insuffisante et puisse être interprétée de façon étroite, ce qui risque d'exposer à une contestation fructueuse les mesures sur les soins de santé qui désavantagent les intérêts privés étrangers. Steven Shrybman est d'avis qu'« il est difficile d'être optimiste sur les chances de convaincre un groupe spécial ou un tribunal d'arbitrage de la nécessité d'interpréter de façon large et libérale... » (Shrybman 2000).

Avocat spécialisé en commerce international, Jon Johnson (2002) maintient que l'annexe II-C-9 de l'ALENA est suffisamment générale pour couvrir le volet public du système de santé de chaque province, qu'il place sur le même pied que les services de

santé assurés en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*¹². Johnson est toutefois d'avis que l'on ne peut compter que la sauvegarde prévue à l'ALENA protégera les services de soins à domicile et les autres services financés principalement par l'État mais qui ne sont pas des « services assurés » en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*.

Epps et Flood (2001) ont une opinion un peu plus libérale de la réserve et affirment qu'un service de santé financé par l'État qui est fourni par le secteur privé – que le fournisseur soit ou non à but lucratif – devrait néanmoins satisfaire aux critères de la fin d'« intérêt public » prévue à l'annexe II-C-9 de l'ALENA (Epps et Flood 2001).

En ce qui concerne la santé, même les experts du droit ne s'entendent pas sur la signification de la réserve cruciale du Canada prévue à l'ALENA, qu'ils jugent « litigieuse et incertaine » (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Le plus inquiétant, c'est toutefois que les gouvernements des États-Unis et du Canada ont pris des positions diamétralement contraires sur la portée de la réserve prévue à l'ALENA.

En 1995, John Weekes, alors coordonnateur de l'ALENA pour le Canada, a garanti aux gouvernements provinciaux du Canada que c'est à dessein qu'on n'a pas défini l'expression clé « fin d'intérêt public » afin de permettre l'interprétation la plus générale possible de l'annexe II-C-9¹³. Dans les lignes directrices rédigées en même temps à l'intention des gouvernements des États américains, le représentant au commerce des États-Unis a adopté une position beaucoup plus étroite en affirmant qu'en vertu d'une réserve américaine formulée de la même façon, si des services sociaux « semblables à ceux que fournit le gouvernement... sont fournis par une entreprise privée, à but lucratif ou non, les chapitres Onze et Douze [de l'ALENA] s'appliquent » (USTR 1995).

Ces opinions contradictoires préoccupent sérieusement. Il est loin d'être clair qu'en cas de violation, la réserve prévue à l'ALENA accorderait aux mesures de santé la protection que le gouvernement du Canada y attribue. Les dirigeants canadiens persistent toutefois à affirmer que la réserve est d'application générale et même qu'elle s'autodéfinit.

Les dirigeants du gouvernement du Canada laissent entendre¹⁴ que parce que les trois parties à l'ALENA ont des réserves formulées de façon identique, aucun membre de l'ALENA n'a intérêt à en interpréter étroitement la portée¹⁵. Ils oublient toutefois que les

¹² Le monopole provincial de l'assurance-santé paie les fournisseurs de ces services à des taux établis dans les grilles provinciales d'honoraires et ne peuvent passer avec les patients de contrats portant sur le prix du service (Johnson 2002, 4, 20).

¹³ L'auteur a exprimé cette opinion dans une correspondance échangée avec le sous-ministre de la Santé de l'Ontario, reproduite dans *Inside NAFTA*, 29 novembre 1995, cité dans Epps et Flood, p 25, n6.

¹⁴ Table ronde avec des experts organisée par le Groupe du CPPA sur la mondialisation et la santé, Ottawa, 26 avril 2002.

¹⁵ L'article 1132 de l'ALENA prévoit que si, dans le contexte des différends opposant un investisseur et un État aux termes de l'ALENA, un gouvernement affirme pour se défendre qu'une mesure attaquée s'inscrit dans le contexte d'une réserve, le tribunal doit alors soumettre la question à la commission de l'ALENA (les trois ministres de l'ALENA ou le représentant désigné) pour obtenir une interprétation. Si la Commission, qui fonctionne par consensus, est d'accord, son interprétation lie alors le tribunal chargé de trancher le différend opposant un investisseur et un État. Si la Commission ne s'entend pas ou ne présente pas d'interprétation dans les 60 jours, le tribunal tranche alors.

systèmes de santé et les intérêts du Canada et des États-Unis sont très différents. Une interprétation que le Canada juge étroite pourrait être parfaitement acceptable pour les États-Unis, dont le système a une vocation beaucoup plus commerciale. Comme les différends commerciaux entre le Canada et les États-Unis ont toujours donné lieu à une partie de bras de fer, il semble naïf de s'attendre à ce que les États-Unis appuient une interprétation de cette annexe qui sacrifierait les intérêts des exportateurs de sa propre industrie puissante des soins de santé commerciaux à la nervosité canadienne au sujet de l'assurance-santé.

Il y a de solides parallèles entre le débat sur l'annexe II de l'ALENA et le débat qui prend de l'ampleur sur l'exercice de l'exclusion des pouvoirs gouvernementaux prévue à l'AGCS¹⁶. Des promoteurs éminents comme le directeur général de l'OMC, Michael Moore, ont affirmé publiquement que « l'AGCS exclut explicitement les services fournis par l'État » (Moore 2001). Des analystes indépendants ont toutefois signalé que le texte légal exclut les services « fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » seulement s'ils sont fournis ni sur une base commerciale ni en mode de concurrence, et qu'il est peu probable que l'interprétation de cette disposition soit générale (Colombie-Britannique 2001; Krajewski 2001).

Les lignes directrices du RCEU sur l'ALENA mentionnées ci-dessus suivent en fait plutôt de près la logique de l'exclusion de l'AGCS. Ce n'est pas étonnant, puisque les chapitres de l'AGCS et de l'ALENA sur les investissements et les services ont été négociés simultanément par certains des mêmes négociateurs des gouvernements canadien et américain.

Une des principales lacunes de ces deux exceptions clés peut être énoncée sous forme d'un principe général : plus l'élément commercial ou concurrentiel du financement ou de la prestation d'un service de santé est important, plus l'application des sauvegardes prévues à l'ALENA et à l'AGCS sera limitée et, par conséquent, plus l'exposition aux restrictions des lois sur le commerce international sera grande.

Il y a un autre point sur lequel les experts du droit ne s'entendent pas : les réserves de l'ALENA ne s'appliquent qu'à certaines dispositions de ses chapitres sur les investissements et les services. Les réserves prévues à l'ALENA ne protègent nullement contre les revendications des investisseurs qui affirment que les mesures sur les soins de santé équivalent à une expropriation en vertu de l'article 1110 de l'ALENA, ce qui est très crucial. Nous sommes d'avis qu'il s'agit là d'un des arguments les plus probables – et parmi les plus dangereux – qu'un investisseur américain pourrait invoquer contre les initiatives canadiennes liées aux politiques de santé comme l'expansion de l'assurance-santé publique à de nouveaux services.

¹⁶ Voir Sanger, Shrybman et Lexchin, 2002, 2.5, qui présente une discussion plus détaillée sur l'exclusion des pouvoirs gouvernementaux prévue à l'AGCS.

Partie II : Répercussions des traités commerciaux sur la politique des soins de santé

Après avoir décrit certaines des dispositions les plus importantes contenues dans l'ALENA, l'AGCS et l'accord sur les ADPIC, nous passons maintenant à l'enjeu critique des répercussions de ces dispositions sur la politique des soins de santé au Canada. Nous abordons les quatre aspects particuliers suivants :

- la commercialisation des services hospitaliers et cliniques;
- l'assurance pour soins de santé;
- les soins à domicile;
- l'assurance-médicaments

Nous décrivons dans chaque cas le contexte d'une réforme possible des soins de santé – en y incluant souvent les intérêts commerciaux en cause. Nous passons ensuite à l'application possible des dispositions clés des accords commerciaux au domaine en question et nous évaluons le degré de risque des divers types de contestations commerciales. Nous proposons enfin des stratégies qui pourraient réduire la menace posée par ces contestations ou leurs répercussions sans compromettre indûment les principes qui sous-tendent le système actuel de santé du Canada, ou les types de réformes prévisibles des soins de santé.

4. Commercialisation des services hospitaliers et cliniques

L'analyse présentée dans ce rapport porte en grande partie sur les répercussions que les obligations du Canada dans le domaine du commerce international ont sur les réformes qui visent à étendre le système d'assurance-santé, particulièrement dans les domaines des soins à domicile et de l'assurance-médicaments. Il importe aussi toutefois de discuter des répercussions que les règles du commerce international pourraient avoir sur des initiatives en cours qui visent à commercialiser et à privatiser certains services et une partie de l'infrastructure de la santé.

Événements en cours

Plusieurs provinces ont commencé à mettre en œuvre des réformes graduelles afin de commercialiser certains aspects des soins de santé. Ces réformes portent notamment sur l'augmentation du financement de services par le secteur privé, des modèles commerciaux de répartition du financement et l'augmentation de la prestation de services à but lucratif.

Même si les dépenses publiques de la santé ont augmenté récemment, celles que le secteur privé consacre aux soins de santé continuent de grossir. Entre 1996 et 2000, les

dépenses que les ménages canadiens consacrent aux soins de santé ont augmenté en réalité de plus de 15 %. Ces dépenses du secteur privé ont servi surtout à payer des primes d'assurance pour soins de santé, des médicaments et des services de soins dentaires (ICIS 2002)¹⁷. Les dépenses privées consacrées aux produits et aux services de santé au Canada sont en fait beaucoup plus élevées que dans beaucoup de pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et presque deux fois plus élevées qu'en Grande-Bretagne (ACS 2001).

Des experts estiment que la majeure partie de l'augmentation des dépenses de santé du secteur privé est attribuable à la *privatisation passive* – aux gouvernements qui se retirent du financement de services auparavant financés par l'État (Sullivan et Baranek 2002). La privatisation passive se fait des façons suivantes, par exemple :

- désassurance de services auparavant couverts par les régimes provinciaux d'assurance-santé, comme l'ont fait la plupart des provinces;
- augmentation des dépenses privées de médicaments par des patients qui reçoivent un congé précoce de l'hôpital où les médicaments leur sont fournis par l'État;
- frais de service des infirmières privées chargées de s'occuper de patients frêles à l'hôpital où les pénuries d'infirmières limitent l'attention que le personnel peut accorder aux patients;
- transfert de patients de l'hôpital à la maison où des membres de la famille paient souvent des services qu'ils ne peuvent fournir eux-mêmes et ne peuvent recevoir d'un programme public de soins à domicile.

Une autre activité qui propulse ces dépenses privées est la vente de services dits « complémentaires » ou améliorés que les provinces n'incluent pas dans les régimes publics d'assurance. La plupart des hôpitaux ont toujours offert des services facultatifs payés par le secteur privé comme des chambres semi-privées, des téléviseurs et d'autres services semblables. L'augmentation du nombre des cliniques privées de chirurgie dans de nombreuses provinces permet toutefois aux médecins d'en profiter en vendant des ensembles de services améliorés qui, selon les critiques, visent à atténuer la douleur et à réduire l'inconfort causés par les interventions chirurgicales. Des études indiquent qu'en Alberta, pionnière du secteur des cliniques privées, des entreprises fournissent, pour un prix, des services complémentaires qui peuvent améliorer les résultats chirurgicaux et appuient un accès plus rapide aux services de chirurgie (Armstrong 2000)¹⁸.

Le financement privé de l'infrastructure des soins de santé a augmenté lui aussi comme les dépenses privées consacrées aux services de santé. Les gouvernements de l'Ontario et de la Colombie-Britannique lancent des partenariats publics et privés (P3)

¹⁷ La part publique du total des dépenses consacrées aux soins de santé a grimpé à quelque 73 % en 2001 après être tombée à moins de 70 % à la fin des années 90 (ICIS 2002, 29-31).

¹⁸ Cette pratique a été confirmée après une entente survenue en mai 1996 entre le gouvernement fédéral et celui de l'Alberta. L'entente repose sur 12 principes. Selon le « Principe 11 », « le même médecin peut pratiquer à la fois dans le système public et le système privé pourvu qu'il ou elle offre des services assurés qui sont entièrement payés par le système public et des services non couverts par le régime dont le coût est défrayé par l'utilisateur ». Ce qui permet au même médecin de facturer aux régimes publics d'assurance les interventions chirurgicales de base et aux payeurs privés et aux patients des services dits « complémentaires » (Santé Canada et Santé Alberta 1996; voir aussi Plain, 2000).

afin de financer la construction de nouveaux hôpitaux. Dans le contexte d'une entente P3, les entreprises privées financent et construisent les nouveaux établissements, les louent à bail au gouvernement ou à la régie régionale de la santé, qui paient par la suite les services pendant la durée du contrat (habituellement de 25 à 35 ans) à même les budgets annuels de fonctionnement au lieu de payer des immobilisations. Ces arrangements comportent habituellement des contrats permettant de fournir des services non cliniques dans l'établissement.

Des réformes récentes ont aussi entraîné l'apparition de méthodes commerciales d'affectation du financement public. Sauf en Ontario, des régies régionales de la santé sont chargées de la majeure partie de la répartition des fonds de l'État affectés à l'achat des services de santé. Dans nombre de cas, elles ont mis en œuvre des modèles d'offres concurrentielles pour l'achat de services de laboratoire, fournis principalement par des sociétés à but lucratif. En Ontario, les centres d'accès aux soins communautaires doivent répartir le financement consacré aux soins à domicile par un mécanisme d'offres concurrentielles dans le contexte duquel les fournisseurs à but lucratif et sans but lucratif se font concurrence. Des critiques soutiennent que ce modèle a entraîné une montée des coûts, une administration excessivement complexe et la fragmentation de la prestation des services (Armstrong 2001).

Jusqu'à récemment, les hôpitaux à but lucratif (très peu nombreux dans le système canadien) et les cliniques ont dû fonctionner entièrement en dehors du régime de l'assurance-santé, ou fournir des services non assurés. L'octroi de fonds publics à des établissements à but lucratif pourrait entraîner une commercialisation rapide des soins de santé, ce que l'Alberta préconise activement. La province permet la création d'établissements chirurgicaux privés et a adopté une mesure législative pour permettre à de tels établissements de dispenser un plus vaste éventail de services médicaux assurés. Le Health Resources Group de Calgary a annoncé récemment qu'il a l'intention de présenter la première demande de permis en vertu de cette mesure législative. Le gouvernement de l'Ontario a emboîté le pas en annonçant récemment qu'il appuiera l'installation, dans des cliniques à but lucratif et des cliniques privées sans but lucratif, de nouveaux équipements d'imagerie par résonance magnétique (IRM) et de tomodensitométrie. On s'attend à ce que cette annonce attire de nombreux investisseurs intéressés à établir des installations commerciales d'IRM et de tomodensitométrie, qui devaient s'en tenir auparavant à servir seulement les clients capables de payer le coût complet d'un examen (Ontario 2002).

Des études récentes éclairent un peu les répercussions de la commercialisation sur la qualité des services de santé. Des études comparatives d'hôpitaux américains montrent que les taux de mortalité sont de 2 % plus élevés dans les hôpitaux à but lucratif sur lesquels a porté l'échantillonnage, même si les hôpitaux sans but lucratif traitent des patients dont le cas est plus lourd (Devereaux et al. 2002). Une étude portant sur des établissements de soins de longue durée à but lucratif et financés par le secteur public en Ontario a révélé que leurs coûts sont plus élevés et que les résidents y reçoivent moins de soins infirmiers qu'ailleurs (Ontario Health Coalition 2002).

Enjeux et répercussions de la politique commerciale

L'augmentation récente du nombre des modes de commercialisation dans le système de santé du Canada, et en particulier dans le secteur hospitalier et clinique de certaines provinces, soulève des questions particulièrement troublantes sur les plans de la réglementation et de la politique commerciale. Cette commercialisation croissante *réduit la protection que les sauvegardes prévues dans les accords commerciaux accordent aux mesures canadiennes qui ont trait aux soins de santé*. Ce qui peut en retour réduire considérablement la flexibilité dont les gouvernements disposent sur le plan des politiques et des règlements pour répondre aux besoins futurs en services de santé au Canada, qui sont en pleine évolution.

La prestation à but lucratif de services hospitaliers et cliniques, par exemple, mine l'efficacité des sauvegardes prévues à l'ALENA qui mettent à l'abri les services de santé existants. Comme on l'a déjà dit, la réserve générale de l'annexe I de l'ALENA permet aux gouvernements infranationaux de maintenir des mesures existantes qui ne sont pas conformes à certaines obligations de l'ALENA. Une fois qu'un service, comme un service de laboratoire de diagnostic ou une opération pour les cataractes, a été commercialisé, la protection que l'annexe I de l'ALENA accorde aux mesures existantes non conformes, qui sont reliées à ce service – y compris celles qui interdisent actuellement une telle prestation de services à but lucratif – disparaît à jamais. La réserve générale de l'annexe I ne permet que des changements qui rendent les mesures provinciales encore plus conformes aux règles de l'ALENA. Une telle commercialisation accrue réduit par conséquent le nombre et le type des mesures de santé existantes qui demeurent protégées contre l'application intégrale du traité.

La commercialisation réduit aussi la portée de la protection assurée aux mesures gouvernementales *futures* , en déplaçant le caractère des services médicaux et hospitaliers dans le spectre pour transformer une raison « d'intérêt public » en raison « d'intérêt privé » au sens de l'annexe II-C-9 de l'ALENA. Comme nous l'avons déjà dit dans la partie I du présent document et dans notre rapport de recherche, le gouvernement des États-Unis a adopté une interprétation extrêmement étroite de la sauvegarde prévue à l'annexe II (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Autoriser des hôpitaux à but lucratif et des entreprises de services médicaux à dispenser les services assurés augmente tout au moins la probabilité de différends commerciaux dans le contexte desquels on mettra à l'épreuve la sauvegarde prévue à l'ALENA. De puissantes entreprises américaines du secteur de la santé désireuses de s'implanter sur le marché canadien des soins de santé pourraient exercer des pressions énormes sur le gouvernement américain pour qu'il organise des contestations commerciales à toute mesure canadienne qui les désavantagerait. Si une interprétation étroite prévalait dans le contexte d'un tel différend, son effet serait important : les nouvelles mesures qui portent sur les services hospitaliers et cliniques fournis par des intervenants à but lucratif ou sans but lucratif du secteur privé seraient alors entièrement assujetties aux dispositions de l'ALENA.

L'élargissement de l'application des dispositions de l'ALENA à la suite de l'affaiblissement des sauvegardes inciterait davantage les entreprises américaines à but

lucratif du secteur de la santé à prendre de l'expansion au Canada et améliorerait leur capacité de le faire. Les États-Unis ont le système de santé le plus commercialisé du monde industrialisé et l'on peut soutenir qu'ils ont un « avantage comparatif » énorme dans la prestation de soins de santé à but lucratif. Si les gouvernements de certaines provinces continuent de se tourner de plus en plus vers les fournisseurs de soins de santé du secteur privé, il est fort probable que cette tendance attirera des capitaux, de l'expertise en gestion et, tôt ou tard, des fournisseurs directs des États-Unis. Leur présence accrue au Canada augmente le risque possible d'indemnités imposées par l'ALENA si des réformes à venir des soins de santé ont des répercussions défavorables sur leurs investissements.

Ces investisseurs et fournisseurs de services des États-Unis obtiendraient des droits en vertu des engagements pris par le Canada dans certains traités sur le commerce international – des droits dont ne bénéficient pas les investisseurs ou les fournisseurs de services du Canada. Par la suite, si des gouvernements à venir prennent des mesures pour réduire la commercialisation, en retournant, par exemple, des services dans le secteur public ou le secteur sans but lucratif, on pourrait alors s'attendre à ce que les investisseurs américains touchés soutiennent que ces mesures constituent une forme d'expropriation. À cause du risque accru de demandes futures d'indemnisation et d'éventualités de plus en plus lourdes, il serait alors beaucoup plus difficile de faire volte-face devant la commercialisation, même lorsque les gouvernements veulent le faire de façon entièrement non discriminatoire en traitant les entreprises canadiennes et américaines sur un pied d'égalité.

Par contre, comme la demande de services médicaux et hospitaliers entièrement privés est négligeable au Canada, le contrôle de l'accès aux revenus publics est la clé qui permettra de continuer de limiter le rôle des fournisseurs commerciaux de ces services. Comme l'ALENA exempte les subventions, les contributions et les marchés publics du traitement national (article 1108.7 de l'ALENA), les gouvernements du Canada qui ont recours à de telles mesures peuvent toujours favoriser les fournisseurs sans but lucratif ou intérieurs face aux entreprises à but lucratif ou étrangères, ce qui leur laisse beaucoup de marge de manœuvre sur le plan des politiques, même si une interprétation étroite des sauvegardes prévues à l'ALENA prévaut.

On ne peut toutefois considérer l'exemption du traitement national que prévoit l'ALENA sans tenir compte des obligations imposées par les autres traités commerciaux. La commercialisation des soins de santé affaiblit aussi la protection que l'exclusion prévue à l'AGCS accorde aux « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », qui exclut seulement les services gouvernementaux fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence (Sanger, Shrybman et Lexchin 2002). Contrairement à l'ALENA, l'AGCS n'exempte pas les subventions de l'application des dispositions sur le traitement national ou sur la NPF. Même si les règles de l'AGCS sur le traitement national ne s'appliquent pas actuellement à la plupart des services médicaux du Canada, la disposition d'application générale de l'AGCS sur la nation la plus favorisée couvre aussi les services médicaux et hospitaliers. Des entreprises américaines du secteur de la santé, qui ont le droit de s'établir au Canada en vertu du traitement national prévu à

l'ALENA, pourraient invoquer un droit de NPF prévu à l'AGCS pour obtenir autant de subventions que tout autre fournisseur étranger. De plus, si un gouvernement futur du Canada décide d'inscrire des services médicaux à la liste de l'AGCS, les fournisseurs étrangers auraient légalement droit aux mêmes subventions que les fournisseurs canadiens. Toute tentative future visant à retirer ces avantages acquis en vertu de l'AGCS pourraient alors faire l'objet de demandes d'indemnisation en vertu de l'ALENA.

Les rouages du fédéralisme canadien compliquent encore davantage la situation. Les essais récents de commercialisation de certains services hospitaliers et cliniques se déroulent principalement dans quelques provinces tandis que le pouvoir de négocier des accords commerciaux et la responsabilité globale d'assurer l'intégrité du système de soins de santé au moyen de la *Loi canadienne sur la santé* relèvent de la compétence fédérale.

Nous recommandons plus loin, dans la partie III du présent rapport, des modifications de la politique fédérale sur le commerce afin de mieux protéger le système de santé du Canada. Le gouvernement fédéral doit aussi faire preuve de leadership pour éviter que la commercialisation croissante ne mine ces sauvegardes et le système de santé du Canada. Même si Ottawa n'a pas le pouvoir constitutionnel de déterminer *comment* les services de santé provinciaux sont dispensés, il peut maintenir le principe fondamental qui prévoit que les services de santé assurés par l'État doivent être disponibles pour tous « en fonction du besoin », ce qui est incompatible avec la commercialisation du système de santé du Canada.

Un problème précis qui se pose consiste à déterminer si les politiques axées sur le marché d'une province pouvaient établir un point de comparaison pour le traitement national que d'autres provinces seraient tenues d'appliquer. Par exemple, la législation de l'Alberta qui permet aux cliniques privées à but lucratif de recevoir du financement public pour dispenser certains services médicaux assurés pourrait-elle inciter des investisseurs étrangers à exiger un traitement semblable dans d'autres provinces? Dans le document qu'il a préparé pour la Commission, Jon Johnson signale avec raison qu'en ce qui concerne les mesures provinciales, la norme de l'ALENA sur le traitement national porte sur le meilleur traitement accordé par la province *en cause*¹⁹. Par conséquent, simplement parce qu'une province commercialise un élément donné des services de santé, les autres provinces ne sont pas tenues d'emboîter le pas en vertu de la règle de l'ALENA sur le traitement national.

Dans un avis légal où il analyse les répercussions sur l'ALENA de propositions présentées par l'Alberta pour privatiser la prestation de certains services de santé assurés, Steven Shrybman pousse toutefois un peu plus loin la question du traitement national en tenant compte de l'impact de cette décision sur les mesures fédérales visant à réglementer les soins de santé, y compris la *Loi canadienne sur la santé* (Shrybman 2000). La norme sur le traitement national appliquée aux *mesures fédérales* est celle du meilleur traitement

¹⁹ « Lorsqu'on lit les articles 1102(1) et (2) en même temps que l'article 1102(3), il est clair que la comparaison des traitements accordés aux États-Unis par rapport aux assureurs intérieurs est le traitement accordé par « la province en cause » et non celui qu'accorde une autre province. » (Johnson 2002, 17).

donné à un bien, un service ou un investisseur n'importe où au Canada. En n'intervenant pas pour bloquer la privatisation dans une province, le gouvernement fédéral peut se trouver à établir un point de comparaison pour le traitement national et à mettre ainsi en danger sa capacité d'intervenir par la suite pour éviter des privatisations semblables à celles qui se produisent n'importe où au Canada. On pourrait en fait s'attendre à ce qu'un investisseur sur lequel l'intervention fédérale a des répercussions défavorables invoque l'ALENA pour soutenir qu'il se trouve « dans des circonstances semblables » à celles des investisseurs privés qui fournissent des services de santé ailleurs au Canada et que l'intervention fédérale ne correspondait pas à son *inaction* en Alberta et enfreint ainsi les obligations reliées au traitement national que lui impose l'ALENA. Comme le soutient Shrybman, si le fédéral n'intervient pas pour éviter la privatisation dans une province, son inaction ne fait pas qu'affaiblir l'efficacité des réserves que l'ALENA prévoit pour le Canada : elle « ouvrirait la porte à des plaintes que des investisseurs étrangers pourraient porter à l'endroit du Canada en invoquant leur droit au traitement national... en affirmant que le Canada a donné son consentement tacite ou explicite à l'expérience albertaine de privatisation » (Shrybman 2000).

Ces scénarios illustrent les défis que pose l'interaction complexe entre les obligations que le droit du commerce international impose au Canada et notre système de santé. Même si un grand nombre des préoccupations soulevées dans ce contexte sont nécessairement provisoires, il semble incontestable que la commercialisation des services médicaux et des services de santé accroît le risque de contestations commerciales et de réclamations d'investisseurs étrangers. Plus la privatisation s'étend, plus le risque de résultats indésirables de cette nature s'alourdit. Si l'on veut préserver les prérogatives des gouvernements canadiens dans les domaines des politiques, des programmes et de la réglementation des soins de santé, la solution prudente consisterait alors à revoir les initiatives en cours de commercialisation, voire même à changer d'idée dans le cas de celles qui existent déjà.

En résumé, la commercialisation accrue des services hospitaliers et cliniques de base menace de déclencher une dynamique autorenforçante — un cercle vicieux — qui pourrait ébranler les assises de notre système d'assurance-santé. La commercialisation affaiblit la protection accordée par les sauvegardes prévues dans les accords commerciaux. Les obligations commerciales facilitent ensuite l'apparition de fournisseurs de services et d'investisseurs étrangers sur les nouveaux marchés des services de santé. Plus la présence de ces fournisseurs de services et de ces investisseurs étrangers prend de l'ampleur, plus la possibilité de plaintes commerciales ou de poursuites des investisseurs augmente si les gouvernements interviennent par la suite pour limiter ou réduire la pénétration étrangère — que ce soit directement ou, en passant, en faisant marche arrière face à la commercialisation. Ainsi, une fois que les fournisseurs de services et les investisseurs étrangers sont présents dans le système de soins de santé du Canada — et plus ils le deviennent — il sera d'autant plus difficile et coûteux de limiter ou de renverser la tendance à la commercialisation en général.

La commercialisation des services hospitaliers et cliniques au Canada n'est heureusement pas généralisée. Le marché des services hospitaliers et cliniques privés à

but lucratif est relativement limité et la présence et les investissements étrangers sur le marché le sont encore plus. C'est pourquoi le risque actuel de contestations commerciales ou de poursuites par des investisseurs étrangers est lui aussi limité de façon correspondante. Les Canadiens et leurs gouvernements doivent toutefois être conscients du fait que chaque pas franchi vers la privatisation aux mains d'investisseurs étrangers augmente le risque en question.

La présence accrue des intérêts commerciaux étrangers dans notre système de santé minera à un moment donné la capacité du Canada de défendre ses politiques, ses programmes et ses lois sur les soins de santé en soutenant qu'elles méritent d'être exemptées de certaines des obligations les plus onéreuses que les accords sur le commerce international imposent au Canada. S'il laisse un système privé parallèle et un système de soins de santé à deux vitesses s'implanter, le Canada aura beaucoup plus de difficulté à justifier de laisser tomber les impératifs du marché pour appuyer un système d'assurance-santé universel, intégré, accessible, transférable et financé par le secteur public. Si l'on ne modifie pas les règles applicables des accords commerciaux, plus on laissera le phénomène de la reptation de la commercialisation et de la privatisation prendre de l'ampleur sans l'entraver, plus il deviendra difficile d'intervenir pour casser la tendance. Les engagements que le Canada a pris en vertu d'accords commerciaux ont en réalité fait de la commercialisation des soins de santé une voie à sens unique.

5. Règles sur l'assurance-santé et les services financiers

La *Loi canadienne sur la santé* constitue le cœur même du système d'assurance-santé du Canada. Ses principes régissent le fonctionnement des régimes publics d'assurance-santé des provinces et limitent l'assurance de services de santé par le secteur privé. Conjugée à des mesures législatives et réglementaires complémentaires des provinces, cette législation détermine comment les risques sanitaires sont mis en commun au Canada et comment sont financés la plupart des services de santé. Notre capacité de maintenir et de modifier ces caractéristiques essentielles de l'assurance-santé constitue donc le principal outil stratégique qui régleme l'accès, la qualité et les moyens de contrôle des coûts dans le système de soins de santé du Canada.

Même si c'est d'une importance vitale claire pour les soins de santé, on ne considère pas que l'assurance pour soins de santé fait partie du secteur des services de santé aux fins des accords commerciaux. Comme d'autres formes d'assurance, l'assurance pour soins de santé est classée dans la catégorie des services financiers. C'est pourquoi elle est assujettie aux règles spéciales et aux sauvegardes de l'ALENA et de l'AGCS qui ont trait aux services financiers.

Ces règles sont pertinentes dans le cas des réformes de la santé qui pourraient avoir des répercussions défavorables sur les activités commerciales d'assureurs privés appartenant en totalité ou en partie à des intérêts étrangers. Une expansion importante de l'assurance-santé réduirait le marché de l'assurance privée constitué par les médicaments, les soins à domicile ou d'autres services qui deviennent des « services assurés » en vertu

de la *Loi canadienne sur la santé*. Des stratégies publiques et privées mixtes de financement des services en question exigeraient des mesures de réglementation complexes qui pourraient avoir des répercussions sur les activités des sociétés privées d'assurance. Les investisseurs internationaux qui ont des intérêts dans des fournisseurs privés d'assurance pourraient donc chercher à obtenir une indemnisation ou se prévaloir d'autres recours en invoquant des dispositions régissant le commerce international.

Dans cette section, nous évaluons le risque de voir l'expansion de l'assurance-santé aux services actuellement couverts par des assureurs du secteur privé provoquer une contestation commerciale fondée sur les règles de l'ALENA ou de l'AGCS qui régissent les services financiers. Nous évaluons d'abord les intérêts commerciaux en jeu en résumant l'étendue du marché de l'assurance privée au Canada et la valeur des investissements internationaux dans ce secteur. Après avoir décrit brièvement comment les règles régissant les services financiers s'appliquent à l'assurance pour soins de santé, nous analysons ensuite le risque de voir l'expansion de l'assurance-santé aux soins à domicile ou aux médicaments d'ordonnance provoquer une contestation commerciale.

Intérêts commerciaux

Le risque de contestation commerciale dépend d'abord de l'existence d'un intérêt commercial appartenant à des investisseurs ou des entrepreneurs étrangers. Dans le domaine du commerce international, les poursuites coûtent cher, durent souvent longtemps et suscitent la controverse politique lorsqu'elles portent sur des politiques publiques importantes. Une telle intervention est des plus probables lorsque les intérêts commerciaux en jeu sont importants.

Des sondages réalisés par l'industrie indiquent que les assureurs privés du secteur de la santé ont couvert 8,6 milliards de dollars de dépenses de santé en 2000 (ACCAP 2001)²⁰. Si l'on y ajoute les services de santé assurés par les compagnies d'assurance générale, l'assurance privée a payé environ 10 % du total des dépenses de santé et environ le tiers de celui des dépenses que le secteur privé a consacrées à la santé au cours de la même année (ICIS 2001a)²¹.

En se fondant sur les données de l'industrie pour 1999, le ministère des Finances Canada estime (Ministère des Finances Canada 2001) que :

- 22 millions de Canadiens détenaient de l'assurance privée pour des services de santé complémentaires (qui couvrent habituellement des médicaments d'ordonnance, des chambres privées ou semi-privées à l'hôpital, des services d'infirmières privées, des services paramédicaux, des services ambulanciers, des soins de la vision et toute une brochette d'autres coûts);
- 15 millions de Canadiens ont de l'assurance privée pour les soins dentaires;

²⁰ Les compagnies d'assurance générale offrent aussi certains services d'assurance pour soins de santé (ils ont perçu 8 % des primes d'assurance privée en 2000).

²¹ L'ICIS a prévu des dépenses totales de santé de 95 milliards de dollars en 2000 et des dépenses privées de 27,5 milliards.

- 8 millions ont de l'assurance-invalidité privée qui remplace la perte de revenu attribuable à la maladie ou à un traumatisme.

On croit que l'assurance privée des soins à domicile est modeste, même si elle offre un important potentiel de croissance²².

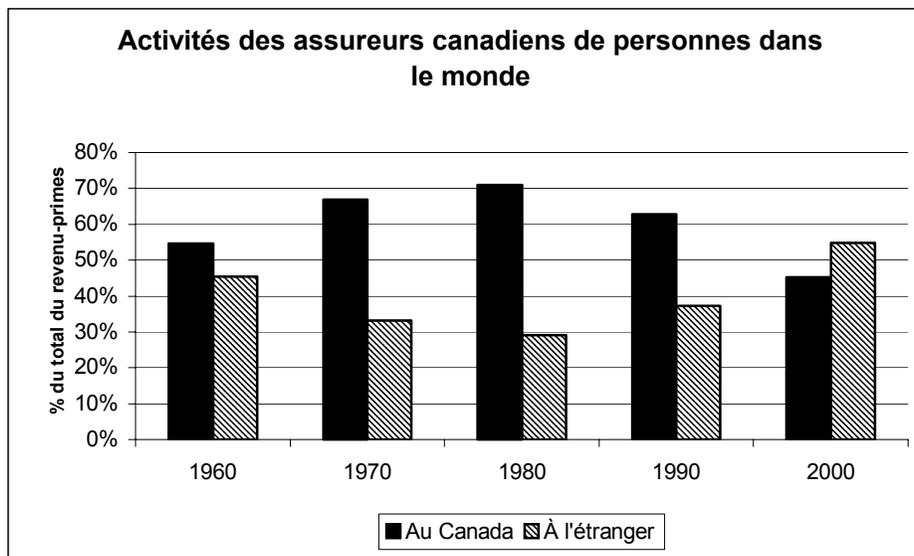
À la fin de 2000, le Canada comptait 140 sociétés privées d'assurance pour soins de santé actives dont 93 appartenaient à des intérêts canadiens, 37, à des intérêts américains et 10, à des Européens. Ces entreprises ont vendu 92 % de l'assurance privée fournie au Canada. Quelque 49 compagnies d'assurance générale ont fourni le reste (ACCAP 2001).

Les données disponibles indiquent que des investisseurs internationaux contrôlent de 10 à 30 % du marché de l'assurance pour soins de santé privée. L'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (ACCAP) estime que des entreprises appartenant à des intérêts étrangers souscrivent environ 10 % des services de santé complémentaires. (Rencontre entre Lexchin et ACCAP). Le ministère des Finances Canada indique par contre qu'en 2000, des assureurs étrangers détenaient 29 % du marché de l'assurance-vie et de personnes (Ministère des Finances Canada 2001)²³.

Les activités internationales des compagnies d'assurance-vie et de personnes contrôlées par des intérêts canadiens produisent une part importante et croissante de leur chiffre d'affaires total. Au cours des dernières années, leurs activités étrangères ont pris de l'ampleur et se sont diversifiées en dehors de leur marché établi depuis longtemps aux États-Unis et au Royaume-Uni. Finances Canada signale que plus d'une dizaine d'assureurs canadiens ont maintenant des succursales et des filiales dans plus de 20 pays (Finances Canada 2001). En 2000, les activités étrangères ont produit 55 % du total du revenu-primaires des assureurs canadiens, en hausse par rapport à 37 % en 1990 (ACCAP 2001). Selon ce critère, les assureurs privés du Canada sont plus mondiaux que leurs homologues de n'importe quel autre pays du G7.

²² Coyte (2000) établit à 0,7 milliard de dollars les dépenses privées en soins à domicile en 2000-2001. Après les paiements directs par des particuliers et par les régimes d'assurance pour soins de santé d'employeur, la part couverte par les assureurs privés est probablement modeste. « Compte tenu des utilisations et des coûts actuels des soins à domicile, nous pouvons nous attendre à ce que les dépenses de soins à domicile augmentent au total de 78,4 % en 1999 et 2026 à cause (...) des changements démographiques. La façon de payer cette augmentation (c.-à-d. par le secteur public ou le secteur privé) constitue une décision importante pour la réforme qu'il reste à prendre. » (Sullivan et Baranek 2002, 76-77.)

²³ L'industrie de l'assurance-vie et de l'assurance de personnes s'est regroupée récemment à cause en partie de la déréglementation des marchés financiers et de l'adoption de mesures législatives permettant aux mutuelles de se transformer en sociétés par actions. Finances Canada indique que le regroupement s'est fait par la vente de groupes appartenant à des intérêts étrangers à des sociétés appartenant à des intérêts canadiens.



(source : Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes 2001)

En résumé, les assureurs privés du secteur de la santé ont d'importants intérêts commerciaux sur lesquels les réformes de la santé pourraient avoir des répercussions. Des intérêts étrangers contrôlent plus du tiers des assureurs privés et les meilleures estimations indiquent que ces entreprises touchent de 860 millions à 2,5 milliards de dollars en primes d'assurance privée payées par des Canadiens. On pourrait s'attendre à ce que des investisseurs internationaux cherchent à se prévaloir de recours commerciaux si les réformes de la santé réduisaient ce marché. Par ailleurs, les assureurs privés du Canada sont très actifs sur les marchés internationaux et l'on peut s'attendre à ce qu'ils appuient une libéralisation plus poussée du commerce afin d'avoir davantage accès aux marchés en question.

Couverture et sauvegardes contenues dans les règles sur les services financiers

L'ALENA et l'AGCS contiennent tous deux des dispositions spéciales qui modifient la façon dont leurs règles sur l'investissement et le commerce des services s'appliquent aux services financiers, y compris l'assurance pour soins de santé.

Le chapitre de l'ALENA sur les services financiers (chapitre 14) précise comment les règles sur le traitement national, la NPF et d'autres règles s'appliquent aux services financiers. Il inclut aussi des règles tirées des chapitres sur les investissements (chapitre 11) et les services (chapitre 12). Le plus important, c'est qu'il inclut la disposition du chapitre 11 sur l'expropriation et l'indemnisation (article 1110) et prévoit que les différends couverts par cette disposition sont réglés par le mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu par l'ALENA. Le chapitre sur les services financiers inclut toutes les réserves propres à un pays qui ont trait

au traitement national et à la nation la plus favorisée dans le domaine de l'investissement et des services. Il ajoute aussi des réserves propres aux services financiers.

Le Canada a inscrit l'assurance pour soins de santé, ainsi que d'autres services financiers, sur sa liste originale des engagements relatifs au traitement national et à l'accès aux marchés contenue dans l'AGCS. Les engagements du Canada sont assujettis à l'Accord sur les services financiers de 1997 de l'AGCS qui modifie l'exclusion relative au « pouvoir gouvernemental » et établit une série d'engagements plus fermes sur l'ouverture des marchés, y compris des restrictions plus rigoureuses imposées aux monopoles du secteur des services financiers (Thompson 2000; Finances Canada 1997).

Les engagements du Canada dans le domaine de l'assurance pour soins de santé sont consolidés, c.-à-d. qu'ils s'appliquent aux mesures à venir ainsi qu'à celles qui existent déjà. Le Canada n'a inscrit aucune limite explicite de ces engagements en vertu de l'AGCS pour protéger les mesures qui ont des répercussions sur l'assurance-santé publique. Comme on le verra plus loin, le Canada compte plutôt sur son interprétation de l'exclusion modifiée qui a trait au « pouvoir gouvernemental » pour protéger l'assurance-santé publique contre les obligations de l'AGCS.

Application à l'assurance-santé

L'assurance-santé publique constitue une des caractéristiques les plus clairement publiques du système de soins de santé : elle est financée entièrement par le Trésor et constitue un monopole exclusif de l'État qui assure une couverture universelle à tous les Canadiens. Même dans ce cas, comme le Canada n'a inscrit aucune exclusion explicite pour l'assurance-santé à l'ALENA ni à l'AGCS, la protection de l'assurance-santé face aux règles qui régissent les services financiers repose sur l'interprétation de définitions des dispositions et de conditions clés des deux accords.

Les dirigeants du gouvernement canadien soutiennent que l'assurance-santé est un « régime de sécurité sociale institué par la loi » – catégorie d'activité qui échappe à la portée des règles sur les services financiers au sens de l'article 1(b) de l'*Annexe relative aux services financiers* de l'AGCS et de l'article 1401.3 de l'ALENA. Ils soutiennent que l'assurance-santé ne comporte pas de services de souscription, qu'elle ne constitue donc ni un programme d'assurance ni un service financier, et qu'elle n'est par conséquent pas assujettie aux règles de l'ALENA et de l'AGCS²⁴ qui ont trait aux services financiers.

Ces deux justifications invoquées pour exclure les services existants d'assurance-santé sont une question d'interprétation et, en cas de contestation commerciale, ce sera un tribunal du commerce international qui tranchera finalement. En deux mots, même si l'on peut soutenir que les règles de l'ALENA et de l'AGCS ne s'appliquent pas aux mesures qui ont des répercussions sur l'assurance-santé publique *existante*, les arguments légaux

²⁴ Cette explication a été présentée au cours d'une réunion du Groupe de recherche sur le commerce et l'investissement du CPPA avec des dirigeants du gouvernement du Canada, le 27 juin 2001.

sur lesquels le Canada compte pour protéger l'assurance-santé sont d'une subtilité étonnante et n'ont pas été mis à l'épreuve.

Application aux réformes visant à étendre l'assurance-santé

En revanche, les règles de l'ALENA et de l'AGCS sur les services financiers s'appliquent incontestablement aux mesures gouvernementales qui ont des répercussions sur les compagnies d'assurance appartenant à des intérêts privés étrangers. Il y a donc un risque important que l'on puisse invoquer ces règles pour contester les réformes de la santé, y compris des expansions de l'assurance-santé, qui ont des répercussions défavorables sur les débouchés commerciaux d'assureurs privés.

L'application de l'assurance-santé publique aux médicaments d'ordonnance et aux services de soins à domicile réduirait le marché de l'assurance privée de ces services, que des mesures législatives provinciales interdisent expressément ou non la couverture privée d'un éventail élargi de « services assurés » en vertu de la *Loi canadienne sur la santé* (Johnson 2002). Comme les engagements que l'ALENA et l'AGCS imposent au Canada sont consolidés, ils s'appliquent aux mesures gouvernementales à venir qui auront des répercussions sur l'assurance commerciale des services de santé en question.

Expropriation et indemnisation au sens de l'ALENA (article 1110)

Une expansion de l'assurance-santé pourrait déclencher une demande d'indemnisation par le recours au mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu à l'ALENA. Un investisseur américain pourrait affirmer que la perte de son marché privé d'assurance constitue une expropriation au sens de l'article 1110 de l'ALENA et qu'il a droit à une indemnisation fondée sur la juste valeur marchande. Une poursuite à laquelle on donnerait droit n'empêcherait pas le Canada d'étendre l'assurance-santé, mais il lui en coûterait plus cher.

Si un gouvernement devait indemniser ainsi des investisseurs américains, on exercerait certainement sur lui des pressions politiques pour qu'il indemnise de façon équivalente des assureurs appartenant à des intérêts canadiens – même s'il n'y serait pas tenu par la loi. Compte tenu de la part de marché plus importante que détiennent les assureurs intérieurs, cela pourrait multiplier les coûts totaux d'indemnisation.

La réserve prévue à l'ALENA dans le cas des services sociaux (annexe II-C-9) n'assure malheureusement aucune protection contre l'application de l'article 1110 et l'annexe de l'ALENA sur les services financiers (annexe VII) ne contient aucune réserve pertinente.

Tant au Canada qu'aux États-Unis, les lois reconnaissent que des mesures gouvernementales non discriminatoires prises dans l'intérêt public peuvent avoir des répercussions défavorables sur les droits de propriété privés, mais il ne faudrait néanmoins pas les traiter comme des expropriations indemnissables. La loi canadienne est

encore plus musclée à cet égard et s'en remet au droit des gouvernements de réglementer ou de légiférer dans l'intérêt public, même si ces mesures ont des effets défavorables sur des intérêts commerciaux privés. L'indemnisation est en général réservée aux cas d'expropriation classique, lorsque des gouvernements acquièrent des biens sans le consentement de leur propriétaire, comme l'expropriation de terres pour construire une route.

Le droit international reconnaît aussi le droit de réglementer ou de légiférer dans l'intérêt public comme le « pouvoir policier ». Même si le chapitre de l'ALENA sur les investissements ne le reconnaît pas explicitement, l'argument selon lequel le « pouvoir policier » devrait limiter les droits des investisseurs en vertu de l'ALENA se défend bien : « selon le concept du droit international traditionnel que constitue l'exercice des pouvoirs policiers, lorsqu'un État intervient de façon non discriminatoire pour protéger des biens publics comme son environnement, la santé de sa population ou d'autres intérêts liés au bien-être public, il est entendu que ces interventions échappent à la portée de ce que l'on entendait par « expropriation ». ... De telles interventions n'étaient tout simplement pas visées par le concept de l'expropriation, ne constituaient pas une prise de biens et aucune indemnisation n'était payable conformément au droit international (Mann et von Moltke 2002) ».

Le concept de l'expropriation au sens de l'ALENA n'est néanmoins pas défini clairement et des investisseurs en interprètent les dispositions de façon agressive. De plus en plus souvent, des investisseurs contestent une mesure réglementaire non discriminatoire en la qualifiant d'expropriation, ce qui est inquiétant²⁵. La décision n'a pas été encore rendue dans certaines de ces affaires. Dans au moins un cas toutefois, un tribunal a décidé que la décision de ne pas accorder un permis pour une installation de gestion des déchets dangereux et la création subséquente d'une réserve écologique englobant le site proposé équivalait à une expropriation qu'il fallait indemniser. Même dans certains cas où l'on a rejeté des demandes d'indemnisation, le raisonnement légal qui sous-tend les décisions des tribunaux est troublant et ouvre la porte à des poursuites futures dans le contexte desquelles on pourrait affirmer que des interventions non discriminatoires qui nuisent considérablement à des intérêts commerciaux constituent une expropriation²⁶. Le Canada ne peut donc s'attendre en toute confiance à ce que les décisions de groupes spéciaux futurs soient conformes au sens de l'expropriation en vertu de la loi intérieure, voire même du droit international conventionnel.

²⁵ S.D. Myers, Inc. c. Gouvernement du Canada
Metalclad Corporation v. United Mexican States
Pope & Talbot c. Canada
Ethyl Corp. c. Canada
Crompton Inc. c. Canada
Methanex v. United States

On peut consulter la plupart des documents publics sur ces affaires, y compris les décisions, aux adresses <http://www.naftaclaims> et <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-f.asp>.

²⁶ Dans l'affaire Pope et Talbot, par exemple, le tribunal a décidé que l'accès que l'entreprise avait au marché américain constituait un droit de propriété protégé par l'article 1110. L'affaire Pope et Talbot fait l'objet d'autres discussions dans Sanger, Shrybman et Lexchin, section 3.

Il y a donc un risque important qu'un tribunal donne droit à une poursuite affirmant que l'expansion de l'assurance-santé publique constitue une expropriation en vertu de l'article 1110 de l'ALENA, ce qui obligerait le Canada à indemniser des investisseurs américains défavorisés par une expansion de l'assurance-santé.

Monopoles en vertu de l'AGCS (article VIII)

Les dispositions de l'AGCS les plus pertinentes à une expansion de l'assurance-santé sont les règles qui régissent les monopoles et qui, contrairement à celles de l'ALENA, s'appliquent aux monopoles des gouvernements provinciaux. En vertu de l'article VIII.4 de l'AGCS, le Canada est tenu de négocier une indemnisation avec d'autres pays membres de l'OMC dont des fournisseurs de services sont touchés par l'octroi de droits de monopole dans un secteur de service couvert par les engagements particuliers du Canada – comme dans le cas d'une expansion de l'assurance-santé aux services de santé actuellement couverts par des assureurs privés. L'indemnisation prendrait la forme de concessions commerciales et non d'avantages financiers²⁷.

Dans ce contexte, les arguments présentés par le Canada pour exclure les services existants d'assurance-santé de l'application de l'AGCS ne sont pas pertinents. L'enjeu porte sur l'application de l'article VIII.4 aux mesures qui ont des répercussions sur les services privés d'assurance, que le Canada a clairement couverts dans les engagements particuliers qu'il a pris en vertu de l'AGCS.

Il n'y a pas de base évidente sur laquelle on peut s'appuyer pour soutenir qu'une expansion de l'assurance-santé échapperait à l'obligation imposée par l'AGCS de négocier une indemnisation. Le Canada n'a inscrit aucune limite pertinente à ses engagements dans le domaine de l'assurance pour soins de santé. Ces engagements sont consolidés et, comme on l'a déjà dit, s'appliquent aux mesures gouvernementales à venir.

Si le Canada ne peut s'entendre avec d'autres membres de l'OMC sur une indemnisation, il pourrait alors s'exposer à des sanctions commerciales. Compte tenu des intérêts commerciaux importants en jeu, une expansion de l'assurance-santé s'expose en pratique à une contestation reliée aux droits monopolistiques prévus dans l'AGCS.

Évaluation des risques

Nous sommes d'avis qu'une demande d'indemnisation présentée dans le contexte du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu à l'ALENA constitue le risque le plus important pour la réforme sans entrave des politiques de santé. Comme on l'a déjà dit, une poursuite à laquelle on donnerait droit n'empêcherait pas les gouvernements du Canada d'étendre l'assurance-santé, mais il en coûterait plus cher – peut-être des centaines de millions de dollars de plus. Le Canada

²⁷ Le Mémoire d'accord concernant les engagements relatifs aux services financiers oblige en outre le Canada à dresser la liste de tous les droits monopolistiques existant dans son annexe sur les services financiers et à « s'efforcer de les éliminer ou d'en réduire la portée ».

pourrait faire disparaître ce risque en éliminant les dispositions offensantes de l'ALENA et il semble avoir fait des efforts à cette fin. Pour le moment, toutefois, les gouvernements provinciaux et fédéral peuvent gérer le contexte politique de la réforme de la santé d'abord afin de dissuader les poursuites pour expropriation opposant un investisseur et un État et, deuxièmement, pour réduire au minimum les coûts possibles d'indemnisation à la suite d'une telle poursuite éventuelle. Nous décrivons cette façon de procéder plus en détail ci-dessous.

6. Soins à domicile

Les programmes de soins à domicile regroupent un éventail diversifié de services, financés et dispensés de toutes sortes de façon d'un bout à l'autre du Canada. Il est fort probable que les réformes visant à ouvrir l'accès aux services de soins à domicile financés par l'État tiennent compte de la variation importante qui existe à l'intérieur des provinces et entre elles dans le contexte d'un cadre de normes ou de principes nationaux.

Cette section décrit d'abord les principaux services qui constituent les programmes de soins à domicile et la variation entre les modes actuels de financement et de prestation. On évalue ensuite l'étendue des intérêts commerciaux sur lesquels des réformes des soins à domicile pourraient avoir des effets défavorables, ainsi que l'importance du commerce extérieur et des investissements internationaux dans le secteur. Enfin, on décrit comment les règles commerciales pourraient entraver les réformes en concentrant l'attention d'abord sur les mesures qui visent à étendre le financement public aux soins à domicile et, deuxièmement, sur les mesures de réglementation de la prestation des services de soins à domicile.

Programmes existants de soins à domicile

Santé Canada décrit ainsi les soins à domicile : « Une gamme de services qui permettent aux clients souffrant d'une incapacité partielle ou totale de vivre dans leur propre foyer, et qui ont souvent pour effet de prévenir, de retarder ou de remplacer les soins actifs ou les soins de longue durée » (Santé Canada 1999). Les programmes de soins à domicile conjuguent les services de professionnels de la santé – y compris ceux d'infirmières autorisées, de physiothérapeutes, d'ergothérapeutes et de diététiciennes – et ceux de non-professionnels qui dispensent des soins personnels – en aidant les intéressés à s'habiller, à faire leur toilette et à prendre leur bain – et d'appui à domicile – comme en faisant la cuisine, en nettoyant et en magasinant.

Selon une estimation qui fait autorité, les dépenses en soins à domicile ont totalisé 3,4 milliards de dollars au cours de l'exercice 2000-2001 au Canada. Sur ce montant, environ 0,7 milliard (20 %) provient de sources privées et les 2,7 milliards (80 %) restants proviennent de sources publiques (Coyte 2000). Les dépenses publiques consacrées aux soins à domicile ont augmenté de 9 % par année au cours des années 90, tandis que les dépenses publiques totales consacrées à la santé augmentaient en moyenne

de 2,2 % par année. Les dépenses publiques varient considérablement – d'environ 90 \$ par habitant au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve-et-Labrador, en Ontario et au Manitoba, jusqu'à environ la moitié de ce montant à l'Île-du-Prince-Édouard et au Québec. Cette variation est le reflet de nombreux facteurs, y compris des paniers différents de financement public et privé des services de soins à domicile (Sullivan et Baranek).

Les modes de prestation des services de soins à domicile financés par le secteur public varient aussi considérablement. Quatre modes principaux sont pertinents pour les fins d'une analyse commerciale :

- Prestation directe de services par des fonctionnaires – comme dans le cas de la plupart des services à domicile fournis en Saskatchewan et des services d'infirmières et d'autres professionnels de la santé au Québec.
- Appels d'offres concurrentiels pour des services dispensés par des organismes privés, y compris des prestataires à but lucratif et sans but lucratif de soins à domicile – p. ex., la plupart des services de soins à domicile en Ontario et les services de soutien à domicile en Alberta.
- Partenariat entre le gouvernement et des fournisseurs sans but lucratif de soins à domicile – p. ex., services de soutien à domicile au Québec.
- Soins autodirigés – au moins sept provinces offrent aux adultes handicapés qui y ont droit un transfert en argent ou des bons d'achat de services qui leur permettent d'employer directement leurs propres fournisseurs de soins et de les superviser.

Comme les programmes existants de soins à domicile varient énormément, il est peu probable que les réformes fédérales appliquent un seul modèle à toutes les provinces. Il y a plus de chance que les réformes établissent, sur les services de soins à domicile, des normes ou des principes nationaux que les provinces pourront atteindre en recourant à tout un éventail de modes de prestation afin d'avoir droit à une augmentation du financement fédéral.

Intérêts commerciaux

Les dépenses publiques en soins à domicile représentent un enjeu considérable pour les fournisseurs privés, tant à but lucratif que sans but lucratif. Un sondage national indique qu'environ 93 % des 663 organismes privés de soins à domicile du Canada ont reçu du financement public et qu'environ 50 % reçoivent tout leur financement du secteur public (MacAdam 2000). En se fondant sur une analyse de données financières confidentielles, Peter Coyte a constaté que trois fournisseurs nationaux de soins à domicile tiraient 80 % de leur revenu du secteur public. Cette affirmation vaut pour les entreprises à but lucratif (Comcare et We Care) ainsi que pour le fournisseur sans but lucratif (Ordre des infirmières de Victoria) (Coyte 2000).

Même si l'on ne dispose pas de données commerciales fiables sur les services de soins à domicile, il est évident que les investissements transfrontière sont plus importants que le commerce transfrontière. Caremark est au nombre des importants fournisseurs

commerciaux de services de soins à domicile des États-Unis qui sont actifs au Canada. D'autres entreprises canadiennes – y compris Extendicare et Dynacare – sont possédées ou financées en partie par des investisseurs internationaux. (D'autres grandes entreprises canadiennes comme Comcare et We Care appartiennent en majorité à des intérêts canadiens.) (Armstrong 2001)

L'application des technologies de l'information et des télécommunications a rendu faisable sur le plan pratique le commerce transfrontière des services de soins à domicile. Les applications de la télésanté aux soins à domicile – comme le remplacement de certaines visites à domicile par la télésurveillance et le télécontrôle – sont considérées à la fois comme une source de réductions importantes des coûts et un domaine prometteur pour la croissance des exportations. Un sondage réalisé récemment auprès de l'industrie canadienne de la télésanté n'a toutefois révélé la présence d'aucun exportateur canadien de services de soins à domicile (Picot et Craddock 2000). Il n'existe pas de données sur les importations, c.-à-d. sur les services de soins à domicile fournis de l'étranger à des résidences canadiennes. Dans ses rapports, Équipe Canada considère néanmoins la télésanté, et en particulier les applications de soins à domicile, comme le secteur « prioritaire qui pourrait connaître une croissance spectaculaire au Canada et sur les marchés internationaux ». (Industrie Canada 2000; MAECI 1999). Pour étendre les applications de la télésanté aux soins à domicile, il faudrait aborder tout un éventail de questions réglementaires, y compris la reconnaissance des titres professionnels, la responsabilité civile et la faute professionnelle, l'assurance, le respect de la vie privée et le caractère confidentiel de l'information (Sanger 2001; Vellinga 2001).

L'importance des revenus du secteur public pour les fournisseurs commerciaux indique qu'un investisseur international sur lequel la réforme des soins à domicile aurait des effets défavorables pourrait déclencher un différend commercial. Un différend des plus susceptibles de surgir par le biais du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu à l'ALENA et auquel les gros investisseurs américains ont accès directement. Un différend opposant deux gouvernements en vertu de l'ALENA ou de l'AGCS est moins probable étant donné les revenus relativement modestes en cause sur le plan de l'intérêt économique national. Ce risque pourrait toutefois s'alourdir si les réformes des soins de santé augmentent la valeur commerciale éventuelle du secteur des soins à domicile et si la croissance projetée dans le secteur de la télésanté attise l'intérêt à l'égard de l'accès aux marchés pour la fourniture transfrontière de services de soins à domicile.

Couverture et sauvegardes

Il est peu probable que les sauvegardes prévues dans l'ALENA et l'AGCS mettent la plupart des services de soins à domicile à l'abri des engagements commerciaux du Canada.

Si on l'interprète étroitement, la réserve de l'ALENA à l'égard de mesures futures portant sur les services sociaux (annexe II-C-9) offrirait peu ou même aucune protection

aux programmes provinciaux de soins à domicile, car les fournisseurs commerciaux sont actifs mêmes dans les provinces où les services financés par le secteur public sont fournis exclusivement par des fonctionnaires. Une interprétation plus générale pourrait assurer une certaine protection aux programmes provinciaux de soins à domicile. Les programmes provinciaux et territoriaux qui existaient avant le 1^{er} janvier 1994 sont à l'abri des règles clés de l'ALENA sur les services et les investissements, mais on ne peut les modifier impunément pour les rendre moins conformes à l'ALENA.

Il est peu probable que la plupart des services de soins à domicile soient protégés par l'exclusion de l'AGCS qui s'applique aux « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », car ils sont habituellement fournis par des fournisseurs commerciaux en mode de concurrence.

Les obligations relatives à la NPF et les autres obligations générales de l'AGCS, qui sont d'application universelle, s'appliqueraient donc aux mesures gouvernementales qui auraient des répercussions sur les soins à domicile. Le Canada n'a pas inscrit d'exception à sa liste d'obligations reliées au principe de la NPF pour protéger les services de soins à domicile.

Les règles de l'AGCS qui s'appliquent au traitement national et à l'accès aux marchés ne s'appliquent pas aux services professionnels de soins à domicile comme ceux d'infirmières, de physiothérapeutes, de nutritionnistes et d'ergothérapeutes. Ces services sont regroupés dans la catégorie des services des sages-femmes, infirmières, physiothérapeutes et du personnel paramédical » de l'OMC²⁸, que le Canada considère comme un élément de notre système de santé et qu'il s'est engagé à ne pas assujettir à ses engagements de l'AGCS.

Le Canada a toutefois pris, dans l'AGCS, des engagements à l'égard de certains services – y compris des services de « nettoyage d'édifices »²⁹ et de « préparation d'aliments »³⁰ – qui sont des éléments constitutifs des services de soutien à domicile. Les fournisseurs de ces services appartenant à des intérêts étrangers pourraient donc invoquer les règles relatives au traitement national et à l'accès aux marchés pour contester une mesure gouvernementale qu'ils jugent préjudiciables pour leurs intérêts commerciaux à titre d'investisseurs établis au Canada.

En résumé, l'ALENA s'applique de façon plus rigoureuse aux soins à domicile parce que les règles les plus sévères, y compris celles qui ont trait au traitement national, à l'expropriation et à l'indemnisation, s'appliquent, sauf là où il y a exemption spécifique. L'interprétation que l'on fera de la réserve prévue à l'annexe II-C-9 de l'ALENA déterminera dans quelle mesure ces règles de l'ALENA entravent la réforme des soins à

²⁸ Secrétariat de l'OMC, *Classification sectorielle des services* (MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991).

²⁹ Code 87403 dans *ibid*; Code 85330 dans CCP v.1

³⁰ Code 64230 dans *ibid*. La version mise à jour de la CCP v.1, qui n'est pas encore utilisée dans les annexes de l'AGCS, regroupe les services de traiteurs sous les services de distribution, ce qui est plus approprié. La description des services de traiteurs inclut les programmes de « repas à domicile » et les « services de préparation et de fourniture d'aliments fournis par des traiteurs à des foyers privés, sur place ou ailleurs » (Code 63230).

domicile. Les règles de l'AGCS sur le traitement national et l'accès aux marchés peuvent s'appliquer à certains services de soutien à domicile, y compris les services de nettoyage et de préparation d'aliments. Les règles de l'AGCS sont plus rigoureuses à l'égard de ces services, mais il est peu probable qu'elles nuiront à la réforme des soins de santé parce que les services de soutien à domicile ne représentent pas actuellement un intérêt commercial important pour les investisseurs et les exportateurs de services internationaux.

Financement des soins à domicile

Des propositions de réforme importantes ont défini un éventail des moyens possibles d'augmenter le financement public des services de soins à domicile :

- Un programme à coût partagé financé à même le Trésor des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, ce qui étendrait en fait l'assurance-santé soit en incluant les soins à domicile dans les services assurés en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*, soit en concluant un accord fédéral-provincial-territorial distinct (p. ex., l'Entente-cadre sur l'union sociale) qui préciserait les conditions du financement fédéral (Sullivan et Baranek 2002).
- Un fonds d'assurance sociale comme celui qu'a proposé la Commission Clair serait financé à même des contributions obligatoires prélevées sur le revenu (peut-être sous forme d'une charge sociale retenue à la source), mais demeurerait distinct des revenus généraux et serait capitalisé de telle façon que des fonds suffisants s'y accumuleraient pour payer des besoins futurs des cotisants dans le domaine des soins de longue durée (Clair 2000).
- Des incitations fiscales visant à stimuler l'augmentation des dépenses privées consacrées aux soins à domicile pourraient inclure des augmentations d'un certain nombre de déductions fiscales et de crédits d'impôt en vigueur et la création de régimes individuels d'épargne fiscalement avantageux qui, comme les REER, permettraient aux Canadiens de déduire des contributions qui serviraient à payer leurs besoins futurs en soins de longue durée (Sénat Canada 2001).

Chacune de ces options pourrait avoir des répercussions variables sur les activités d'assureurs privés appartenant à des intérêts étrangers. Les règles de l'ALENA et de l'AGCS sur les services financiers, dont il a été question dans la section précédente sur l'assurance pour soins de santé, sont donc pertinentes.

L'expansion de l'assurance-santé au moyen de programmes de partage des coûts pourrait inciter un assureur appartenant à des intérêts américains qui a effectivement été empêché de fournir de l'assurance privée pour des services de soins à domicile à réclamer une indemnisation en vertu de l'ALENA. L'ampleur de ce risque est proportionnelle à la valeur du marché de l'assurance privée des soins à domicile, qui est modeste selon les renseignements disponibles. Des observateurs indiquent que les régimes de services non assurés (dans le contexte desquels les employeurs paient directement le coût des services de santé au lieu d'acheter de l'assurance) peuvent payer une part plus importante des

dépenses privées consacrées aux soins à domicile (Table ronde du groupe du CCPA). Ces employeurs se réjouiraient probablement de l'expansion de l'assurance-santé aux services de soins à domicile, ce qui réduirait le coût de leurs programmes d'avantages sociaux.

Il y aurait diverses façons de mettre en œuvre un fonds d'assurance sociale. La Commission Clair laisse entendre dans son rapport qu'une institution indépendante, comme le Conseil d'administration du Régime de pensions du Canada, le Régime de rentes du Québec ou une institution financière, pourrait administrer, sans but lucratif, un seul fonds. Cela aurait pour effet de déplacer la couverture offerte par les assureurs privés et les régimes d'avantages sociaux d'employeur, du moins dans le cas des services couverts par un régime universel de base, et soulève la possibilité qu'on demande une indemnisation en vertu de l'ALENA, comme il en a été question plus tôt dans la section sur l'expansion de l'assurance-santé.

D'autres ont laissé entendre qu'un fonds d'assurance sociale pourrait ressembler à certains systèmes européens en incluant des régimes d'assurance collective financés par la masse salariale et couvrant un ensemble prescrit de services de soins à domicile (Sullivan et Baranek). Cela exigerait une réglementation rigoureuse afin d'assurer que des régimes différents couvrent une série prescrite commune de services de soins à domicile, imposent des primes normalisées, fournissent des services en fonction des mêmes critères d'accessibilité, et que les services atteignent les niveaux de qualité attendus. Une telle réglementation mettrait en commun les risques de façon plus générale que ne le permettent des régimes collectifs distincts et transformerait les assureurs en entités quasi publiques chargées d'assurer la prestation de soins à domicile.

Pendant qu'ils élaboreraient cette façon de procéder, les responsables des politiques devraient prévoir la possibilité que l'on présente des demandes d'indemnisation en vertu de l'ALENA et des contestations reliées au traitement national. Si la participation au régime était limitée à des assureurs appartenant à des intérêts canadiens, des assureurs appartenant à des intérêts américains qui seraient établis au Canada pourraient affirmer que leur exclusion du régime constitue une expropriation et que, contrairement à l'article 1110.1 de l'ALENA, l'expropriation est discriminatoire. Les assureurs appartenant à des intérêts canadiens qui auraient le droit de participer au fonds verraient très probablement leur chiffre d'affaires augmenter considérablement et l'on pourrait s'attendre à ce qu'ils appuient l'initiative.

Limiter le fonds aux sociétés sans but lucratif pourrait aussi inciter des assureurs appartenant à des intérêts américains à réclamer une indemnisation. Dans ce cas, la mesure serait officiellement non discriminatoire. Comme le marché est dominé par des assureurs commerciaux canadiens qui seraient touchés de la même façon, il serait difficile pour les assureurs américains de prouver une accusation de discrimination de fait.

Si l'on permettait à des assureurs appartenant à des intérêts américains de participer au fonds, il se pourrait qu'ils affirment que la réglementation des primes, les critères d'admissibilité et d'autres facteurs ont un effet discriminatoire. Ils pourraient soutenir,

par exemple, que ces mesures les empêchent de livrer à d'autres assureurs une concurrence fondée sur la qualité des services offerts (Epps et Flood 2001). Si le Canada pouvait démontrer à un tribunal du commerce que le fonds d'assurance sociale est un service social établi pour servir à une fin publique, conformément à l'annexe II-C-9, la réglementation des assureurs participants serait à l'abri de la règle relative au traitement national.

Il est peu probable que les incitations fiscales, y compris un régime d'épargne fiscalement avantageux, aient un effet défavorable sur les assureurs privés, qu'ils soient canadiens ou étrangers : ils pourraient même en bénéficier en fait. Par conséquent, il y a peu de raisons de craindre que des assureurs étrangers demandent un recours en vertu d'accords sur le commerce et les investissements.

Réglementation de la prestation des services de soins à domicile

Comme les méthodes actuelles de prestation des programmes de soins à domicile varient énormément, les réformes permettront probablement tout un éventail de modes de prestation différents qui permettraient des variations entre les provinces et les territoires et des différences au niveau de la façon de dispenser les services à des groupes différents d'utilisateurs dans un territoire donné.

Prestation directe par le secteur public

La réforme des soins à domicile pourrait inclure la prestation directe de services par le secteur public dans au moins certains niveaux de compétence. Les fournisseurs commerciaux de soins à domicile qui offrent actuellement ces services seraient déplacés. Les fournisseurs appartenant à des intérêts américains qui subiraient les effets défavorables de telles mesures pourraient réclamer une indemnisation en vertu de l'article 1110 de l'ALENA.

En vertu de la Loi canadienne, le Canada aurait de très solides justifications pour soutenir qu'il n'y a pas expropriation et qu'il n'y a aucune obligation d'indemniser. Lorsque la prestation directe par le secteur public déplacerait des services commerciaux, le gouvernement prendrait en charge l'obligation de fournir les services en question. Il n'y aurait pas de prise de possession de biens de fournisseurs commerciaux pour le bénéfice de l'État. Il est en outre peu probable que cette mesure fasse perdre à un fournisseur sa valeur commerciale, car les entreprises américaines de soins à domicile offrent un vaste éventail de services qui ne seraient touchés que partiellement par une décision prévoyant que des employés du secteur public dans certains niveaux de compétence fourniraient directement certains services.

Dans le cas peu probable où un fournisseur appartenant à des intérêts américains serait forcé de fermer ses portes, le Canada a un précédent intérieur favorable découlant d'une décision que le gouvernement du Manitoba a prise en 1984 de remplacer un service de soins à domicile à contrat par des employés du secteur public. L'entrepreneur, Home

Orderly Services, a réclamé une indemnisation, mais la Cour d'appel du Manitoba l'a débouté dans un jugement où elle précisait que :

Il est sûr qu'après avoir fourni la majeure partie du revenu entre 1969 et 1984, le gouvernement n'est pas tenu maintenant d'acheter comme entreprise continue ou d'indemniser substantiellement ce dont il a lui-même entraîné la création en ayant retenu les services de la société plaignante.

(Home Orderly Services et al. 1986, 1987)

Le fait que même les importants fournisseurs commerciaux de soins à domicile comptent en grande partie sur le financement du secteur public établit un parallèle valable avec ce cas.

Un tribunal de l'ALENA ne serait toutefois pas obligé de suivre le précédent canadien, ou même d'en tenir compte. Les tribunaux de l'ALENA ont interprété de façon libérale la signification du mot expropriation. Même si le Canada avait de solides raisons de soutenir que ces mesures ne constituent pas une expropriation indemnisable en vertu du droit canadien (ou international traditionnel), il est impossible de prédire avec confiance que le Canada l'emporterait dans le cas d'un différend en vertu de l'ALENA.

Appels d'offres concurrentiels

Il ne semble pas y avoir de contraintes commerciales à la mise en œuvre d'appels d'offres concurrentiels dans le cas des services de soins à domicile financés par l'État. Ni l'ALENA ni l'AGCS ne s'appliquent aux achats des gouvernements provinciaux et des administrations locales. Les appels d'offres concurrentiels peuvent toutefois prendre toutes sortes de formes, qui ne sont pas toutes définies comme des marchés publics en vertu des règles qui régissent le commerce international. Les responsables des politiques devraient alors prévoir une contestation possible en vertu de la règle sur le traitement national prévu par l'ALENA s'ils avaient l'intention d'admettre seulement des fournisseurs canadiens. Un modèle fondé sur les appels d'offres concurrentiels peut aussi encourager l'arrivée d'entreprises appartenant à des intérêts américains, ce qui pourrait faire monter les coûts d'indemnisation possibles si les politiques dans ce domaine font volte-face par la suite.

Une interprétation généreuse de la réserve relative aux services sociaux du Canada pourrait permettre aux gouvernements d'établir une distinction entre les fournisseurs canadiens et les fournisseurs étrangers (Epps et Flood 2001). Une interprétation plus étroite obligerait à traiter les américains sur un pied d'égalité dans le processus d'appel d'offres. Sans compter qu'elle empêche la discrimination officielle, l'obligation relative au traitement non discriminatoire pourrait s'appliquer à des conditions qui ont un effet discriminatoire contre les fournisseurs américains. Cette obligation pourrait, par exemple, entraver la capacité des gouvernements d'imposer des conditions d'admissibilité aux entrepreneurs, comme l'homologation ou l'accréditation d'organismes de réglementation du Canada, ou l'obligation d'avoir déjà fourni des services de soins à domicile au Canada. Il pourrait aussi être plus difficile de régler le caractère confidentiel de

l'information et le respect de la vie privée en empêchant, par exemple, la transmission outre-frontière de renseignements personnels sur la santé et de dossiers administratifs.

La prestation de services de soins à domicile par appels d'offres concurrentiels pourrait aussi engager les gouvernements dans une voie où il leur serait difficile de faire volte-face par la suite. Si l'on augmente le financement accordé aux soins à domicile à la suite d'appels d'offres concurrentiels, on attirera probablement au Canada plus d'entreprises appartenant à des intérêts américains. Une fois établies au Canada, ces entreprises pourraient réclamer une indemnisation si une décision ultérieure de faire dispenser des services de soins à domicile par le secteur public a des effets défavorables sur elles en les privant d'un pourcentage important de leur chiffre d'affaires. Les coûts d'indemnisation éventuels découlant d'un changement futur des politiques augmenteraient donc.

Partenariat avec des fournisseurs sans but lucratif

La réforme des soins à domicile qui inclurait des partenariats plus rapprochés entre le gouvernement et les organismes sans but lucratif pourrait avoir des effets défavorables sur les fournisseurs à but lucratif. De tels partenariats pourraient comporter des ententes de services exclusifs avec certains organismes sans but lucratif, l'appui du secteur public au développement de l'infrastructure et de la capacité organisationnelle des organismes sans but lucratif, et des ententes contractuelles de longue durée. Les exploitants commerciaux subiraient un préjudice là où des organismes sans but lucratif bénéficiant de ces mesures viendraient les supplanter et pourraient présenter une demande en recours en se fondant sur la disposition de l'ALENA qui a trait à l'expropriation, ou en invoquant les dispositions de l'ALENA ou de l'AGCS qui portent sur le traitement national et l'accès aux marchés.

Une réclamation pour expropriation serait affaiblie en occurrence si, comme c'est probable, les fournisseurs commerciaux demeureraient libres de fournir des services purement privés de soins à domicile à des personnes qui n'ont pas droit aux services publics. Les entreprises pourraient perdre une partie importante de leur chiffre d'affaires, mais elles garderaient leurs biens et leur capacité de fournir des services de soins à domicile. Comme dans le cas de la prestation directe par le secteur public, on pourrait aussi se défendre contre une poursuite pour expropriation en affirmant qu'il n'y a pas expropriation pour le bénéfice du gouvernement. Le Canada aurait donc une défense solide face à une telle poursuite.

Une contestation fondée sur les dispositions de l'ALENA qui ont trait au traitement national pourrait porter sur des mesures reliées à n'importe quel service de soins à domicile, tandis qu'une contestation reposant sur les dispositions de l'AGCS qui portent sur le traitement national serait limitée aux mesures qui ont des répercussions sur les services visés par un engagement du Canada, comme les services de préparation d'aliments et de nettoyage d'édifices. Dans les deux cas, pour porter fruit, une contestation devrait démontrer qu'une mesure a eu un effet discriminatoire.

Comme les dispositions de l'AGCS qui ont trait au traitement national, celles qui portent sur l'accès aux marchés s'appliquent aussi aux services de préparation d'aliments et de nettoyage d'édifices seulement, et peut-être à d'autres services de soutien à domicile. Les mesures qui interdisent de limiter le nombre de fournisseurs de services et de restreindre le type d'entité légale autorisée à fournir un service sont des plus importantes dans ce contexte. En établissant un réseau de fournisseurs désignés de services de soutien à domicile, des partenariats comme ceux qui ont fait leur apparition au Québec peuvent en fait limiter le nombre de fournisseurs de services et exclure du marché les fournisseurs à but lucratif. La disponibilité de services financés par le secteur public et dispensés par des organismes sans but lucratif pourrait en fait entraîner la disparition de la demande de services commerciaux de soutien à domicile payés intégralement par les intéressés. Même si de tels changements pouvaient justifier devant la loi une contestation liée à l'accès aux marchés, il est peu probable qu'un autre gouvernement national considère que la valeur commerciale en jeu suffit pour entreprendre une contestation.

Soins autodirigés

Les programmes existants de soins autodirigés fournissent des bons d'achat de services ou de l'argent qui permettent à des personnes d'employer directement des fournisseurs de soins et de les superviser. Ces services constituent donc en quelque sorte une subvention, tout comme les incitations fiscales fédérales et provinciales en vigueur pour les dépenses liées aux soins à domicile. Des mesures fiscales accrues et nouvelles, comme un régime d'épargne fiscalement avantageux, constitueraient aussi une subvention.

Comme les règles de l'ALENA ne s'appliquent pas aux subventions, seule la disposition de l'AGCS sur le traitement national est pertinente en l'occurrence. Elle pourrait bloquer des conditions imposées à l'utilisation de ces services si elles ont un effet défavorable sur les fournisseurs non canadiens, mais seulement dans la mesure où elles touchent les services de préparation d'aliments, de nettoyage d'édifices ou les autres services à l'égard desquels le Canada a déjà pris un engagement. Comme ces services exigent la présence physique du fournisseur, les seuls cas plausibles porteraient sur une situation qui entraînerait une discrimination entre les fournisseurs canadiens et les fournisseurs étrangers établis au Canada. C'est possible, mais il est peu probable que de telles mesures aient des répercussions commerciales suffisantes pour provoquer une contestation commerciale en vertu de l'AGCS.

Évaluation des risques

Des considérations pratiques diminuent la probabilité que des dispositions commerciales imposent des contraintes importantes aux réformes liées au financement et à la prestation de services de soins à domicile.

Les réformes peuvent très bien inclure des mesures qui ont un effet discriminatoire pouvant constituer une raison légale de présenter une plainte en vertu de l'ALENA ou de

l'AGCS. Il est toutefois peu probable que la valeur commerciale des intérêts commerciaux en jeu soit suffisante pour provoquer une contestation commerciale entre gouvernements.

Une demande d'indemnisation en vertu de l'ALENA est plus probable, car elle pourrait être présentée directement par un investisseur américain. Même si le Canada aurait de solides raisons de défendre des réformes des soins à domicile contre une telle contestation, l'issue est imprévisible. Les responsables des politiques devraient prévoir des demandes possibles d'indemnisation et prendre des mesures pour réduire au minimum les coûts des indemnisations éventuelles. Outre les stratégies de gestion politique mentionnées dans la section sur l'assurance pour soins de santé, les gouvernements devraient agir rapidement pour instaurer des réformes dans les domaines où la commercialisation est rapide. Le nombre d'investisseurs américains touchés serait limité et, par conséquent, le risque de coûts d'indemnisation plus élevés découlant de réformes mises en œuvre plus tard pourrait être évité.

7. Assurance-médicaments

Cette section porte sur le risque de voir des règles commerciales entraver des réformes visant à étendre aux médicaments l'assurance financée par le secteur public. On décrit brièvement l'étendue actuelle de l'assurance-médicaments financée par l'État et discute ensuite de diverses propositions afin d'étendre cette couverture. On tient compte d'obstacles commerciaux possibles par rapport à la réglementation des assureurs privés et aux mesures visant à contrôler les coûts des médicaments.

Assurance-médicaments au Canada

Des considérations liées à la fois à l'équité et aux coûts catalysent l'intérêt suscité par l'expansion de l'assurance publique pour couvrir les coûts des médicaments.

Des études récentes ont révélé qu'environ 90 % des Canadiens ont une assurance-médicaments publique ou privée. La variation est toutefois importante entre les différents régimes provinciaux et entre les régimes collectifs d'employeur et les régimes publics. Ces différences comprennent notamment des disparités aux niveaux des produits couverts et du remboursement. L'accès abordable aux produits pharmaceutiques est donc loin d'être universel au Canada (Willison, Grootendorst et Hurley 1998).

Le Canada se classe presque au bas de la liste des pays de l'OCDE pour toutes les mesures des dépenses publiques consacrées aux produits pharmaceutiques. Seuls les États-Unis se classent régulièrement plus bas que le Canada (Jacobzone 2000).

Un programme d'assurance-médicaments aiderait aussi à contrôler la flambée des coûts des médicaments, qui constituent maintenant le deuxième volet en importance des

dépenses de santé après les hôpitaux. Le volume accru de médicaments par habitant et l'arrivée de nouveaux médicaments sont les éléments qui propulsent ces coûts. Des études réalisées par Green Shield montrent que les augmentations annuelles des prix des médicaments nouvellement brevetés dépassent de loin celles des prix des médicaments non brevetés. Un régime national d'assurance-médicaments permettrait au gouvernement fédéral ou à un regroupement de gouvernements provinciaux d'utiliser le pouvoir d'achat qu'assure un monopsonne pour acheter ces nouveaux médicaments brevetés plus coûteux en profitant de meilleures réductions que celles qui sont disponibles.

À mesure que les coûts des médicaments grimpent, le secteur privé prend en charge un pourcentage croissant de ces dépenses. En 1999, les dépenses annuelles en médicaments d'ordonnance ont totalisé 9,3 milliards de dollars, ce qui représente une augmentation de 5,6 milliards par rapport à 1988. L'augmentation des dépenses du secteur privé a représenté plus de 60 % de cette augmentation totale. Les compressions des dépenses provinciales et territoriales par rapport à celles du secteur privé ont entraîné une baisse globale de la part publique des dépenses totales qui est tombée de 45,1 % à 41,4 % (ICIS 2001b).

Options pour étendre la couverture des médicaments

Au cours des dernières années, de nombreux rapports ont proposé des façons possibles d'étendre la couverture des médicaments (Palmer D'Angelo Consulting Inc 1997; Blomqvist 2001). Le Québec a en outre entrepris une étude des options avant d'établir un régime mixte, public et privé, et universel d'assurance-médicaments (Québec 1996).

Il y a de nombreux modèles de couverture universelle, mais les principales caractéristiques qui les distinguent sont les suivantes :

- Le mode de financement : assurance entièrement publique, publique et privée mixte (semblable au modèle du Québec) ou entièrement privée.
- Couverture : couverture intégrale qui indemnise toutes les dépenses admissibles, ou partage des coûts, les particuliers payant directement une partie des dépenses (p. ex., copaiements, coassurance, franchises).
- Administration : programmes provinciaux existants d'assurance-médicaments, régimes privés, nouveau programme fédéral ou par le régime fiscal. En pratique, une initiative nationale d'assurance-médicaments pourrait combiner ces modes de prestation.

Aucune de ces options n'exclut les autres. Par exemple, des assureurs privés pourraient administrer un régime financé par le secteur public. Des assureurs privés pourraient fournir une assurance universelle obligatoire de base à des conditions réglementées par le secteur public, comme c'est le cas au Québec.

Dans les modèles intégrant des sources privées de financement et des fournisseurs du secteur privé, une réglementation complexe s'impose pour faire progresser les objectifs publics et notamment pour améliorer l'accès aux médicaments médicalement nécessaires, mettre en commun les risques entre des groupes qui présentent un risque différent, financer des soins de façon progressive, suivre des démarches systématiques pour améliorer l'établissement d'ordonnances, intégrer des incitations entre tous les services de santé et contrôler les coûts des médicaments (Morgan 1998).

Les réformes fondées sur le financement privé et la participation de fournisseurs privés bénéficieraient moins des sauvegardes existantes du Canada prévues dans l'ALENA et l'AGCS au sujet des soins de santé. C'est pourquoi il est particulièrement important de prévoir des contraintes éventuelles de la capacité des gouvernements de financer et de réglementer l'assurance-médicaments. Tout régime possible d'assurance-médicaments exigerait une réglementation complexe, dont on ne peut prédire avec confiance les répercussions sans analyser en détail les mesures en cause. Les sections qui suivent analysent des exemples d'obstacles aux réformes de l'assurance-médicaments.

Financement de l'assurance-médicaments

Dans une section précédente, il est question du risque de voir les assureurs du secteur privé touchés par une expansion de l'assurance publique présenter une demande d'indemnisation. Les autres modes de financement possibles – assurance publique et privée mixte et assurance entièrement privée – élargiraient le marché pour l'assurance privée et il est peu probable qu'ils poussent des assureurs à réclamer une indemnisation.

Les deux régimes pourraient toutefois engager les gouvernements dans une voie où il serait difficile de faire volte-face par la suite. La valeur de l'assurance-médicaments fournie par des assureurs établis, appartenant à des intérêts tant canadiens qu'américains, augmenterait – ce qui ferait grimper les coûts possibles d'indemnisation si des gouvernements du Canada décidaient par la suite de fournir de l'assurance-médicaments payée entièrement par l'État. En outre, de nouveaux assureurs appartenant à des intérêts américains pourraient être attirés par un marché plus vaste de l'assurance-médicaments privée. Une fois établies au Canada, ces entreprises pourraient réclamer une indemnisation si un changement de politique a des effets défavorables sur elles. Un gouvernement pourrait par conséquent avoir plus de difficulté à modifier le mode de financement après avoir adopté un régime d'assurance mixte et entièrement privé.

Réglementation de l'accès à l'assurance-médicaments

La réglementation par le secteur public s'impose dans un régime d'assurance mixte ou privé afin d'assurer que tous les citoyens ont un accès égal à l'assurance-médicaments. La législation du Québec empêche des assureurs privés qui offrent des régimes collectifs d'assurance-médicaments de base de déterminer l'admissibilité à la couverture en fonction du sexe, de l'âge, de l'état de santé ou d'autres facteurs de risque. Le Québec

oblige de plus tous les assureurs privés et les régimes d'avantages sociaux d'employés à mettre en commun les risques découlant du régime de base qu'ils offrent (Epps et Flood 2001).

Ces modes de réglementation et d'autres encore pourraient avoir des effets différents sur des entreprises canadiennes et américaines. Une entreprise américaine pourrait, par exemple, soutenir que les conditions du régime de base limitent sa capacité de profiter de ses économies d'échelle et d'offrir par conséquent un régime complet d'assurance-médicaments (qui dépasse le régime de base) à des tarifs plus concurrentiels. Une contestation reliée à un traitement national et fondée sur ce facteur devrait démontrer que les réserves prévues à l'annexe II-C-9 de l'ALENA ne protègent pas cette réglementation des assureurs privés. Comme on a interprété cette réserve de façons divergentes, il est difficile de prédire avec confiance les conclusions auxquelles parviendrait un tribunal commercial.

Réglementation des coûts de l'assurance-médicaments

Les coûts des médicaments constituent un des défis les plus importants à relever pour un programme d'assurance-médicaments. Il y a de nombreuses façons de contrôler les coûts des médicaments (on en discute plus en détail dans Lexchin 1999).

Licences obligatoires

Jusqu'à la promulgation du projet de loi C-91 il y a presque 10 ans, les licences obligatoires sur les produits pharmaceutiques constituaient une pierre angulaire de la politique de soins de santé du Canada. Des médicaments génériques donnaient aux consommateurs un accès rapide à beaucoup de médicaments essentiels meilleur marché et permettaient aux gouvernements de financer plus rapidement des programmes visant à subventionner le coût des médicaments pour les personnes âgées et les pauvres. Il est clair que les licences obligatoires peuvent constituer un moyen efficace de réduire le coût des produits pharmaceutiques et, par conséquent, celui d'un programme d'assurance-médicaments.

Ce qu'il faut déterminer, c'est si l'on pouvait rétablir un système de licences pour les médicaments génériques de façon à respecter les obligations internationales du Canada qui ont trait à la protection de la propriété intellectuelle. Nous croyons que c'est possible.

Dans de récentes déclarations du gouvernement fédéral, on semble avoir mal compris la nature des disciplines de l'OMC sur la distribution de licences pour produire des médicaments génériques³¹. Les dispositions de l'ALENA et de l'OMC sur la propriété

³¹ Au cours des audiences parlementaires sur les effets du projet de loi C-91 tenues au milieu des années 90, le ministre de la Santé de l'époque a déclaré qu'il serait impossible pour le Canada de relancer le régime de licences obligatoires abandonné par le projet de loi C-91 sans contrevenir aux obligations qu'imposent au Canada les régimes de protection de la propriété intellectuelle de l'OMC et de l'ALENA. Même si le ministre a reconnu l'existence de dispositions qui prévoient explicitement l'octroi de licences sur des produits brevetés *sans l'autorisation du titulaire du droit de propriété*, il a indiqué que ce droit était

intellectuelle établissent en fait un code détaillé qui précise dans quelles conditions on peut accorder de telles licences. Aucun des deux régimes de protection de la propriété intellectuelle ne précise les raisons que l'on pourrait invoquer pour justifier l'octroi de licences obligatoires. Dans l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, il est question d'urgences nationales, d'autres circonstances d'extrême urgence et de pratiques anticoncurrentielles – mais seulement comme motifs pour renoncer aux exigences normales reliées à l'octroi de licences obligatoires, comme le besoin d'essayer d'abord d'obtenir une licence volontaire³². Il vaut aussi la peine de signaler que les États-Unis ont établi des régimes de licences obligatoires dans plusieurs domaines de la protection des brevets³³.

On a de plus établi avec plus de certitude la portée et l'application de ces dispositions au cours de la Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Doha, au Qatar. Les participants ont alors confirmé clairement que « *Chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées* » (OMC 2001).

Il y a clairement beaucoup de marge de manœuvre pour le recours aux licences obligatoires et de telles mesures pourraient constituer un moyen efficace et respectueux du commerce de réduire le coût des médicaments et de tout programme d'assurance-médicaments que le gouvernement pourrait vouloir instaurer³⁴.

Nous sommes d'avis que la distribution de licences obligatoires n'exposerait pas le Canada à une poursuite en indemnisation en vertu des règles de l'ALENA qui régissent les investissements lorsque les licences en question sont livrées conformément aux exigences de l'Accord sur les ADPIC et de l'ALENA qui prévoient le versement d'une rémunération *adéquate selon le cas, compte tenu de la valeur économique de l'autorisation*³⁵. Au Canada, de telles redevances sont habituellement fixées à 4 %. Les différends portant sur l'ordre de grandeur de l'indemnisation à verser sont de plus assujettis à un examen judiciaire par les tribunaux intérieurs de la partie en cause.

« disponible seulement dans des circonstances très exceptionnelles » et alors seulement pour « corriger des cas d'abus ».

³² Cette définition est plus précisément offerte par le Secrétariat de l'OMC dans une fiche explicative affichée sur son site Web : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm02_f.htm

³³ « Même si le droit des brevets des États-Unis ne prévoit pas les licences obligatoires, celles-ci sont permises en vertu de mesures législatives spéciales et de la loi antitrust. Les États-Unis sont probablement le pays qui a l'expérience la plus riche de l'octroi de licences obligatoires pour corriger des pratiques anticoncurrentielles et pour les besoins du gouvernement, y compris la sécurité nationale. On a accordé plus d'une centaine de ces licences qui portent à la fois sur des brevets actuels et à venir. Les titulaires de licences sont en général tenus de payer des redevances nationales fondées sur la formulation « acheteur libre vendeur libre », mais dans certains cas, on a accordé les licences obligatoires sans redevances. Dans certains cas, de plus, le titulaire du brevet a dû rendre les résultats de ses recherches facilement disponibles pour d'autres membres de l'industrie ou transférer le savoir-faire. » (Correa 2000)

³⁴ Il convient toutefois de signaler que le Canada a appuyé une interprétation étroite de la déclaration de Doha et que le débat qui se poursuit au Conseil de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC aura probablement des répercussions sur l'issue de tout différend commercial futur auquel le Canada pourrait être partie. Dans le contexte des négociations sur la ZLEA, les États-Unis cherchent à faire adopter des dispositions sur la protection de la propriété intellectuelle qui sont plus rigoureuses que celles qui existent dans l'Accord sur les ADPIC. Si le Canada et d'autres pays sont d'accord, ces dispositions dites « ADPIC-plus » pourraient restreindre davantage le recours aux licences obligatoires et à d'autres mesures de confinement des coûts.

³⁵ Alinéa 1709:10(h) de l'ALENA et alinéa 31(h) de l'Accord sur les ADPIC.

Comme le régime de protection de la propriété intellectuelle prévoit explicitement l'octroi de licences sur des médicaments sans le consentement du titulaire de brevet et établit les critères de paiement de l'indemnisation et de règlement des différends, on pourrait prétendre avec raison que ces mesures déplacent toute possibilité pour un titulaire de brevet de demander recours en vertu des règles de l'ALENA qui régissent les investissements. Le chapitre 11 de l'ALENA sur les investissements prévoit explicitement qu'en cas de différend avec d'autres disciplines de l'ALENA, y compris les protections de la propriété intellectuelle prévues au chapitre 17, les dernières dispositions l'emportent³⁶.

Offres concurrentielles portant sur des médicaments génériques

Les offres concurrentielles portant sur des médicaments génériques peuvent entraîner d'importantes réductions des coûts. Le vérificateur provincial de l'Ontario a calculé que si l'Ontario suivait l'exemple de la Saskatchewan et lançait des appels d'offres dans le cas de certains médicaments génériques, la province pourrait éviter des dépenses de quelque 54 millions de dollars par année (Ontario 2001).

Dans la mesure où il est possible d'établir des régimes d'appels d'offres comme régimes d'achat, la marge de manœuvre permettant d'établir et de structurer de telles mesures de contrôle des prix serait importante. Comme on l'a signalé, les règles sur les marchés publics de l'AMP et de l'ALENA ne s'appliquent qu'aux achats d'entités fédérales : les provinces peuvent donc organiser leurs appels d'offres en tenant peu compte des possibilités de conflit avec les obligations du Canada en matière de commerce international. Les achats directs de Santé Canada seraient couverts, mais une nouvelle entité nationale créée afin d'acheter conjointement des médicaments ne le serait pas, sauf si elle était inscrite expressément dans les annexes du Canada aux dispositions de l'AMP et de l'ALENA qui portent sur les marchés publics.

Un risque d'obstacles au commerce surgit parce que rien ne garantit qu'un tribunal de l'OMC ou de l'ALENA déciderait qu'un régime d'appels d'offres publics portant sur des médicaments constitue une forme de marché public. Ni l'AMP ni l'ALENA ne prévoient de définition positive des marchés publics, ce qui est étonnant. Le Canada a inscrit sa propre définition des marchés publics dans ses annexes à l'AMP. « Pour le Canada, les marchés entrant dans le champ d'application s'entendent de transactions contractuelles visant l'acquisition de biens ou de services devant bénéficier directement *au gouvernement* ou être utilisés directement par celui-ci » (nous soulignons)³⁷. Une interprétation étroite de cette définition (conforme généralement à d'autres définitions employées dans l'ALENA et les accords de l'OMC) n'inclurait pas les médicaments achetés par une entité de l'État pour les fournir au public. Dans un tel cas, un régime d'appels d'offres publics devrait être assujéti aux règles anti-discrimination et à d'autres règles du GATT.

³⁶ Article 1112:1

³⁷ Annexe 1 de l'AMP, Canada : Notes générales (WT/Let/330) 1^{er} mars 2000.

Contrôles des prix : établissement du coût en fonction du produit de référence et inscription compensatoire d'agents thérapeutiques

Les gouvernements peuvent user de leur pouvoir de réglementation pour négocier des contrôles des prix avec les fabricants de produits pharmaceutiques. Les gouvernements peuvent, par exemple, imposer des conditions à l'inscription de médicaments que les régimes d'assurances financés par l'État peuvent couvrir.

L'établissement du coût en fonction du produit de référence consiste à établir des catégories de médicaments équivalents sur le plan thérapeutique et à rembourser aux patients ou aux pharmaciens le coût le plus bas ou le coût moyen des médicaments de cette catégorie. Dans un récent rapport d'évaluation portant sur l'effet des contrôles des prix en Colombie-Britannique, on conclut que les dépenses du régime d'assurance-médicaments consacrées aux médicaments contenant des nitrates prescrits aux personnes âgées ont diminué de 14,9 millions de dollars au cours de la première période de trois ans et demi, pendant laquelle le remboursement du coût de ces médicaments était fondé sur des coûts établis en fonction du produit de référence (Grootendorst et al. 2001).

L'inscription compensatoire d'agents thérapeutiques est une autre façon de procéder que la Nouvelle-Zélande a utilisée efficacement (Nouvelle-Zélande 2001). Dans un tel régime, un gouvernement provincial consentirait à inscrire un médicament sur son formulaire, en contrepartie de quoi le producteur réduirait le prix qu'il exige pour un deuxième médicament. La compagnie y gagne un accès subventionné aux marchés du premier médicament et le gouvernement réduit ses dépenses dans l'autre cas.

S'ils sont établis de façon à accorder un traitement national aux médicaments importés, ces moyens de contrôle des prix et d'autres encore ne devraient pas engendrer de risques importants de contestations commerciales ou de poursuites par des investisseurs étrangers³⁸.

Évaluation des risques

Le financement complet par le secteur public pourrait déplacer des assureurs privés qui couvrent actuellement des dépenses en médicaments assujettis à un programme d'assurance-médicaments. La meilleure protection du Canada contre une poursuite en

³⁸ Il convient de signaler toutefois que PhRMA, le groupe de lobbying pharmaceutique américain, a exhorté à maintes reprises le représentant commercial des États-Unis à imposer des mesures de représailles contre les modestes mesures de contrôle des prix imposées par le Conseil d'examen des prix des médicaments brevetés du Canada (Elliot 2001). L'établissement du coût en fonction du produit de référence et l'inscription compensatoire d'agents thérapeutiques ont aussi attiré l'attention du représentant au commerce des États-Unis dans un rapport récent sur les obstacles imposés par le gouvernement de la Nouvelle-Zélande aux exportations des États-Unis. On y signale que l'industrie pharmaceutique des États-Unis juge discriminatoires ces moyens de contrôle des prix et soutient que la société d'État chargée d'administrer le régime national d'assurance-médicaments devrait être assujettie aux lois sur la concurrence de la Nouvelle-Zélande. Aucune contestation commerciale officielle n'a été entreprise et les représentants de la Nouvelle-Zélande soutiennent que leurs pratiques sont entièrement conformes à toutes les obligations commerciales (USTR 2000, Nouvelle-Zélande, pp. 4-5).

indemnisation en vertu de l'ALENA consisterait à gérer le contexte politique comme on en a discuté à la section 3. Le risque de poursuites en indemnisation en vertu de l'ALENA à la suite de l'instauration d'un régime d'assurance mixte ou financé par le secteur privé semble faible, mais une telle stratégie pourrait restreindre les politiques futures possibles en ouvrant le marché aux assureurs américains et en créant par conséquent la possibilité de coûts d'indemnisation plus élevés si des assureurs commerciaux étaient déplacés par la suite.

Les régimes d'assurance mixtes et privés nécessitent une réglementation complexe pour garantir l'accès à l'assurance-médicaments. Les organismes de réglementation devraient faire preuve de prudence et veiller à ce qu'on ne juge pas ces règlements discriminatoires, sinon ils pourraient être vulnérables à une contestation commerciale. Le risque serait d'intérêt pratique pour les responsables des politiques, étant donné l'importance de l'assurance-médicaments comme élément constituant des régimes d'assurance privés.

Les gouvernements du Canada ont beaucoup de marge de manœuvre pour contrôler les coûts des médicaments sans aller à l'encontre des engagements commerciaux. Les dispositions de l'OMC et de l'ALENA sur la propriété intellectuelle donnent plus de marge de manœuvre qu'on le reconnaît en général dans le cas des licences obligatoires. Les réductions des coûts par les offres concurrentielles et les achats en vrac sont en grande partie protégées contre l'application des règles sur les achats de l'OMC et de l'ALENA. Il est peu probable que les contrôles des prix comme l'établissement du coût en fonction du produit de référence et l'inscription compensatoire d'agents thérapeutiques enfreignent les dispositions sur la non-discrimination.

Partie III – Options pour maintenir et d’améliorer la flexibilité des politiques sur les soins de santé

Cette section présente au gouvernement fédéral des orientations stratégiques qui visent tout d’abord à réduire le risque que les réformes de la santé aillent à l’encontre des règles commerciales, ensuite à modifier les politiques et les pratiques commerciales du Canada afin de mieux garantir la flexibilité des politiques dans le domaine de la santé, et troisièmement, à permettre de mieux relever les défis mondiaux dans le domaine de la santé en renforçant la convergence entre nos politiques de santé et nos politiques étrangères.

8. Gestion de l’incertitude qui entoure les contraintes commerciales : principes directeurs d’une réforme des soins de santé

Il faut tenir compte des engagements du Canada sur le plan du commerce international et de leurs répercussions sur la politique de santé afin d’orchestrer des réformes de la santé de façon à réduire au minimum le risque de voir les engagements en question nuire aux objectifs des politiques publiques.

Comme les discussions qui précèdent sur l’assurance pour soins de santé, les soins à domicile, l’assurance-médicaments et la commercialisation des services de santé le démontrent, on ne connaît pas trop l’étendue complète des contraintes imposées par les engagements commerciaux. Cette incertitude est attribuable au caractère nouveau et en grande partie non éprouvé des règles commerciales de l’ALENA et de l’OMC que les membres des groupes spéciaux commerciaux et le Canada, les États-Unis et d’autres importants partenaires commerciaux interprètent de façons divergentes.

Cette incertitude est vraiment loin d’aider, mais il est néanmoins possible d’aller de l’avant avec des réformes de la santé pendant que des problèmes soulevés par les engagements commerciaux du Canada restent à résoudre. L’exercice de notre capacité de modifier et d’améliorer les politiques nationales sur la santé et le fait de nous préparer à défendre notre droit de le faire ne peuvent qu’aider à réduire au minimum la mesure dans laquelle nos engagements reliés au commerce international empiètent sur cette capacité.

Sans vouloir minimiser d’autres contraintes commerciales importantes, nous sommes d’avis après réflexion que le risque le plus important pour la réforme de la santé réside dans la possibilité que des entreprises appartenant à des intérêts américains réclament une indemnisation en vertu de l’article 1110 de l’ALENA pour des opérations commerciales qui subissent les retombées défavorables de mesures visant à étendre le financement ou la prestation de services de santé par le secteur public. L’article 1110 n’est pas assujéti à la sauvegarde du Canada à l’égard des services sociaux, ni à celle qui s’applique aux mesures provinciales existantes. Des investisseurs peuvent réclamer une indemnisation en recourant directement au mécanisme de règlement des différends opposant un

investisseur et un État prévu au chapitre 11 de l'ALENA, où l'on ne trouve pas les freins et contrepoids politiques inclus dans le mécanisme conventionnel de règlement des différends entre États. Dans les affaires d'indemnisation en vertu de l'ALENA, la jurisprudence est au mieux non convergente : des groupes spéciaux établis en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont interprété l'expropriation de façon plus libérale que les normes établies dans le droit canadien et américain intérieur et dans le droit international. Une poursuite en indemnisation à laquelle on donnerait droit ne bloquerait pas les réformes de la santé, mais elle les rendrait beaucoup plus coûteuses, risque qui pourrait donc dissuader des gouvernements d'aller de l'avant.

Même s'ils ne peuvent éliminer ce risque, les gouvernements provinciaux et fédéral peuvent gérer le contexte politique de la réforme de la santé de façon à dissuader les affaires d'expropriation opposant un investisseur et un État et à réduire au minimum les coûts d'indemnisation que pourrait entraîner une poursuite fructueuse. Au lieu de nier l'existence d'un tel risque, les gouvernements devraient affirmer leur droit de procéder à une réforme de la santé face à un risque reconnu et affirmer clairement qu'ils ont l'intention de défendre ce droit.

Nous sommes d'avis qu'une bonne offensive constitue la meilleure défense contre une contestation commerciale de l'assurance-santé. Au lieu de nier les risques, le Canada devrait affirmer son droit de procéder à une réforme de la santé et préciser clairement qu'il a l'intention de le défendre. Il peut le faire en définissant les objectifs des mesures de réforme qui sont liés à l'intérêt public et en précisant que les services de santé conformes aux exigences de la *Loi canadienne sur la santé*, ou de toute nouvelle mesure législative, constituent un service public à l'abri de toute poursuite (d'origine intérieure ou étrangère) en dommages-intérêts ou intentée pour restriction d'activités commerciales³⁹. Le gouvernement du Canada peut plus particulièrement affirmer publiquement au Canada et sur la scène internationale qu'il ne considère pas l'expansion de l'assurance-santé comme une expropriation et qu'il se défendra contre toute réclamation d'indemnisation.

En prenant ainsi position ferme, le Canada garantirait que les investisseurs et le gouvernement américains connaissent bien sa position à l'égard des politiques publiques. Il montrerait aux Canadiens que le gouvernement fédéral a l'intention de joindre le geste à la parole lorsqu'il affirme que nos engagements commerciaux n'entravent pas la politique des soins de santé. Dans ce contexte, on considérerait qu'une poursuite en indemnisation intentée en vertu de l'ALENA enflammerait l'opinion publique canadienne et risquerait de déstabiliser le régime de l'ALENA.

Sans compter qu'elle avertit directement les investisseurs que l'on s'opposera avec énergie à toute réclamation d'indemnisation, cette démarche donnerait aux dirigeants politiques et commerciaux américains intéressés à l'intégrité de l'ALENA un moyen de dissuader les investisseurs américains d'intenter une poursuite contre une mesure de

³⁹ Cette affirmation découle d'une suggestion de Tom Kent qui, comme secrétaire aux politiques du Premier ministre Lester Pearson et sous-ministre de premier plan, a été un des principaux artisans de l'assurance-santé.

réforme de la santé. Une telle affirmation aiderait aussi à renforcer la position du Canada lorsqu'il cherchera à obtenir pour la santé des sauvegardes plus solides au cours de négociations commerciales à venir.

Le Canada pourrait aussi réduire ses coûts éventuels d'indemnisation en confirmant sa stratégie le plus tôt possible au cours de la réforme de la santé. On prévoit une solide croissance de la présence du secteur privé dans le domaine des services de soins à domicile et les coûts des médicaments sont parmi les éléments moteurs des dépenses de la santé qui augmentent le plus rapidement. En indiquant rapidement que les gouvernements ont l'intention d'étendre l'assurance-santé publique, on dissuaderait toute expansion de la couverture de ces services ou d'autres par des assureurs privés. Compte tenu de la commercialisation croissante et de l'augmentation possible des investissements étrangers dans le secteur de l'assurance pour soins de santé au Canada, il est prudent d'agir rapidement, ce qui réduit les risques éventuels. Une telle démarche pourrait aussi aider à dissuader un autre pays membre de l'OMC de réclamer des indemnités commerciales en vertu de la disposition de l'AGCS qui a trait aux monopoles.

Le préambule de l'AGCS affirme le droit des pays membres de l'OMC de réglementer les services afin d'atteindre les objectifs des politiques nationales – disposition que les gouvernements du Canada et d'autres pays membres de l'OMC citent souvent, même si elle a peu de poids légal. En établissant les objectifs de l'expansion de l'assurance-santé qui sont liés à l'intérêt public et en affirmant le droit du Canada de chercher à les atteindre, le gouvernement fédéral inciterait d'autres gouvernements à réfléchir attentivement aux répercussions qu'une contestation en vertu de l'AGCS aurait sur tous les membres et à celles qu'une telle contestation pourrait avoir sur la capacité des membres de réglementer dans ce domaine critique d'intérêt public.

Recommandations :

- **Il faudrait préciser clairement et appuyer énergiquement les objectifs de toutes les réformes de la santé qui sont liés à l'intérêt public.**
- **Le gouvernement du Canada devrait saisir la moindre occasion de faire connaître sa position en affirmant que l'exercice du droit de réglementer dans le secteur des politiques de la santé ne constitue pas une expropriation indemnifiable en vertu du droit international et qu'il a l'intention de défendre ce droit.**
- **Pour réduire les coûts d'indemnisation éventuels, les gouvernements devraient indiquer l'orientation de leurs politiques futures le plus tôt possible dans l'exercice de réforme de la santé, ce qui dissuaderait des intérêts commerciaux étrangers d'investir davantage dans des services que pourraient viser les réformes de la santé et limiterait ainsi le risque d'indemnisation.**

Le risque posé par d'autres obstacles commerciaux semble plus limité, mais comme on l'a déjà signalé, les réformes de la santé doivent aussi en tenir compte attentivement. Il existe une tension inhérente entre, d'une part, les objectifs des politiques publiques qui consistent à réglementer l'accès aux services de santé et leurs qualités et à en limiter les coûts et, d'autre part, les principes de la non-discrimination et de l'accès ouvert aux marchés appliqués aux accords commerciaux modernes.

Comme on l'a signalé ci-dessus, le risque pour des initiatives de politiques publiques de se heurter à des obstacles augmente en général avec l'importance du financement privé et de la prestation des services de santé par des fournisseurs commerciaux. L'assurance-santé a confiné la commercialisation à la périphérie de notre système de santé et établi un cadre de réglementation à l'intérieur duquel les fournisseurs privés de services médicaux et hospitaliers doivent tenir compte de paramètres clairs. Dans la mesure où les gouvernements laissent le secteur privé financer les services qui constituent le cœur de notre système de santé et des entreprises à but lucratif les fournir, les engagements du Canada en matière de commerce international entraveront davantage les politiques publiques qui portent sur ces services.

Il y a une question cruciale sur laquelle il est justifié d'insister, soit la portée et l'efficacité des sauvegardes qui protègent les mesures gouvernementales contre les dispositions de l'ALENA et de l'AGCS qui ont trait au traitement national et à l'accès aux marchés. Il est clair que ces sauvegardes n'excluent pas entièrement le système de santé du Canada. Les avis des experts sur la flexibilité qu'elles donnent aux gouvernements d'entreprendre des réformes qui iraient autrement à l'encontre des engagements commerciaux du Canada varient énormément. C'est l'écart entre les interprétations canadienne et américaine de la réserve cruciale de l'ALENA pour les « services sociaux établis ou maintenus à des fins d'intérêt public » qui préoccupe le plus. Les responsables des politiques devraient s'attendre à ce que le gouvernement des États-Unis impose son interprétation plus étroite qui correspond au système de soins de santé américain à vocation plus commerciale et qui favorise les entreprises américaines du secteur de la santé qui ont un intérêt commercial important à s'implanter sur le marché canadien.

Recommandation :

- **Il est possible de structurer les réformes de la santé de façon à tirer le maximum des sauvegardes qui existent dans l'ALENA et l'AGCS en présentant des mesures qui correspondent le plus à une conception étroite des services publics. Ce qui signifie qu'il faut minimiser le rôle du financement privé et de la prestation de services à but lucratif. En général, les réformes de la santé risquent le moins d'être entravées par les règles commerciales si elles :**
 - **étendent l'universalité des services en fonction du besoin plutôt que de la capacité de payer ou d'autres critères;**
 - **établissent des objectifs et des règlements clairs qui ont trait à la nécessité publique;**

- **financent les services par le Trésor;**
- **favorisent les subventions directes plutôt que les services contractuels;**
- **adoptent les procédures normalisées des marchés publics lorsque des services sont attribués à contrat.**

De telles mesures sont les plus susceptibles d'être protégées contre les diverses dispositions de l'ALENA et de l'AGCS. Elles préservent par conséquent la flexibilité dont le gouvernement dispose pour modifier des politiques tandis que les réformes axées sur le marché sont plus susceptibles de déclencher des obligations commerciales qui pourraient restreindre la flexibilité des politiques publiques.

9. Réduire l'incertitude : options relatives à une politique commerciale du Canada

Ce rapport a mis en évidence de nombreux conflits existants et éventuels entre la politique de santé du Canada et ses politiques commerciales. Même si les responsables des politiques sur les soins de santé au Canada peuvent prendre certaines mesures pour réduire le risque de voir nos réformes nationales de la santé aller à l'encontre des règles sur le commerce international, c'est insatisfaisant. Les objectifs liés aux soins de santé devraient guider les politiques canadiennes sur les soins de santé, que la préoccupation suscitée par des contestations commerciales possibles ne devrait pas déformer.

Il faut donc prendre aussi des mesures pour réduire à la source la possibilité de contestations commerciales de la politique de santé – dans la politique sur le commerce international du Canada, ainsi que dans ses accords mêmes sur le commerce et les investissements. Même si les sauvegardes actuelles du Canada accordent une protection importante aux soins de santé, cette stratégie à la pièce d'exceptions et d'exclusions présente de sérieuses lacunes. La politique sur le commerce international du Canada et les objectifs de ses négociations doivent changer pour réduire les sources de conflit entre l'assurance-santé et les obligations découlant des traités sur le commerce et les investissements. Le statu quo pose des risques sérieux et inacceptables pour le système de santé du Canada et en particulier pour la flexibilité de ses politiques futures.

Comme on l'a signalé plus tôt, il y a des réformes des politiques commerciales que le Canada peut implanter lui-même et qui protégeraient davantage les soins de santé. On ne peut toutefois modifier la structure des traités internationaux qu'avec l'appui des autres signataires. Les dirigeants fédéraux du commerce doivent aussi mobiliser des appuis afin d'ajouter des sauvegardes efficaces pour les soins de santé dans tous les accords sur le commerce international et les investissements et pour faire comprendre à d'autres gouvernements qu'en cas de divergence, la politique de santé doit l'emporter sur les traités commerciaux.

Modifications de la politique commerciale

En ce qui concerne les objectifs en matière de santé, le premier principe de la politique commerciale du Canada devrait être de ne causer aucun préjudice. Les accords sur le commerce international et les investissements sont dynamiques et en évolution constante. La plupart comportent des programmes intégrés de négociation et font l'objet de négociations périodiques qui visent à les élargir et à les approfondir. Le Canada participe aussi aux négociations sur une Zone de libre-échange des Amériques (ZLEA) et sur des accords de libre-échange régionaux (p. ex., avec quatre pays de l'Amérique centrale). Il participe aussi activement aux négociations du cycle de Doha de l'OMC qui portent notamment sur de nombreuses questions reliées à la santé, y compris les services, les investissements et la propriété intellectuelle. Dans le contexte de ces négociations, les objectifs du Canada devraient refléter une démarche prudente afin d'éviter d'exposer davantage notre système de santé à des pressions et à des contestations possibles (Copeland 2002; Curtis and Ciuriak 2002). Des modifications de nos accords en vigueur s'imposent aussi si l'on veut protéger intégralement les politiques du Canada sur les soins de santé – et en particulier leur flexibilité future.

L'ALENA, la ZLEA et les traités bilatéraux sur le commerce et les investissements

Comme nous l'avons déjà vu, le chapitre de l'ALENA sur les investissements et le mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État constituent les risques les plus sérieux pour la réglementation de la santé au Canada, et en particulier pour la flexibilité future de la politique sur l'assurance-santé. C'est pourquoi le Canada devrait chercher de toute urgence à limiter le sens de l'expropriation en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. L'ALENA (article 1131) permet aux trois parties d'établir des interprétations obligatoires des dispositions du chapitre de l'ALENA sur les investissements. Il faudrait refermer la protection contre l'expropriation accordée aux fournisseurs de services et aux investisseurs étrangers pour la ramener à celle qu'on accorde aux investisseurs canadiens en vertu du droit intérieur du Canada.

Le Canada devrait aussi chercher à faire adopter une signification étroite de l'expropriation dans la ZLEA et dans tout autre accord à venir. Il devrait cesser d'appuyer les procédures de règlement des différends opposant un investisseur et un État qui permettent aux investisseurs de contester directement des politiques publiques. Le Canada devrait aussi revoir et réviser ses traités bilatéraux sur les investissements (Accord sur la protection des investissements étrangers) pour les rendre convergents avec ces objectifs.

Les négociations de l'AGCS et de l'OMC sur les services

Pour des raisons évidentes qui sont liées à leur objet, les négociations de l'OMC sur les services sont d'une importance cruciale pour les politiques et les programmes de santé du

Canada. La décision que le Canada a prise en 1994 d'inscrire l'assurance pour soins de santé en vertu de l'AGCS est particulièrement problématique. Le Canada devrait retirer cet engagement en invoquant l'article XXI de l'AGCS qui permet aux pays de retirer tout engagement de leur liste n'importe quand, trois ans après l'entrée en vigueur de l'engagement en question.

Le gouvernement du Canada a répété à maintes reprises qu'il ne prendra pas, en vertu de l'AGCS, d'autres engagements qui portent directement sur les services de santé. Il est crucial de maintenir cette attitude rigoureusement. Le Canada devrait aussi évaluer attentivement toute demande qu'il reçoit et en particulier les offres canadiennes à venir dans n'importe quel secteur afin d'assurer qu'il n'y a pas de conséquences défavorables pour le système de santé du Canada. Cette évaluation d'impact sur la santé du mécanisme de la demande et de l'offre devrait inclure la participation du public et le dialogue avec celui-ci. Les demandes reçues par le Canada en vertu de l'AGCS et les offres qu'il fait à d'autres pays en vertu du même accord devront donc être disponibles publiquement.

Le Canada devrait appliquer à toutes ses offres futures en vertu de l'AGCS les limites horizontales qui protègent sa flexibilité sur le plan des politiques de santé. L'AGCS prévoit des négociations sur les subventions et les marchés publics. Les deux séries de négociations peuvent avoir des répercussions sur les politiques de santé et d'autres politiques sociales du Canada, qui devrait se montrer prudent afin d'assurer qu'il n'y a pas de retombées défavorables sur les politiques de santé.

Dans le contexte de l'AGCS, les négociations visant à établir des «disciplines» sur la réglementation intérieure en vertu de l'article VI.4 de l'AGCS préoccupent énormément. Les traités sur le commerce et les investissements ne devraient pas restreindre des règlements non discriminatoires, particulièrement dans des secteurs complexes, toujours changeants et socialement indispensables comme celui de la santé. Le Canada devrait mettre le système de santé à l'abri de toutes ces restrictions convenues avec l'OMC.

Obtention de sauvegardes permanentes et efficaces

Depuis la conclusion de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis au milieu des années 80, le Canada est un des principaux promoteurs mondiaux des traités sur le commerce et les investissements qui sont d'application universelle et qui dépassent les enjeux du commerce transfrontière traditionnel pour inclure de nouvelles règles sur les investissements, les services, l'établissement de normes et la protection de la propriété intellectuelle.

Reconnaissant le conflit possible entre ces nouveaux types d'accords et les soins de santé au Canada, les négociateurs du Canada ont compté sur des exceptions propres à un pays pour limiter l'impact que des accords sur le commerce et les investissements peuvent avoir sur le système de soins de santé du Canada. Ces exceptions ou réserves propres à un pays visent à protéger les soins de santé du Canada, tout en lui permettant

d'appuyer solidement les accords sur le commerce et les investissements de «fine pointe».

Une autre façon d'aborder la protection du système de santé au Canada et dans le monde, que certains pourraient juger plus sécuritaire, consisterait à s'attaquer au conflit à la source en modifiant les règles pour les rendre moins envahissantes ou en intégrant dans la structure de base des traités mêmes des exceptions plus efficaces pour les systèmes de santé.

Les réserves propres à un pays ont d'importantes lacunes. Tout d'abord, n'importe quel gouvernement fédéral à venir du Canada peut les supprimer unilatéralement. Lorsqu'elles sont supprimées, il est impossible de les rétablir : elles disparaissent à jamais. Même si un solide consensus multilatéral indique qu'il faudrait isoler les soins de santé du Canada des règles commerciales, on ne peut supposer que ce consensus durera indéfiniment. Le débat sur les politiques de santé est animé et parfois hargneux. Il y a des opinions divergentes bien ancrées. En particulier sur le rôle du financement et de la prestation par le secteur privé et à but lucratif. Un seul gouvernement fédéral voué à une stratégie de privatisation pourrait réduire unilatéralement les réserves en vertu de l'ALENA et des autres accords commerciaux signés par le Canada : il pourrait même les faire disparaître complètement. Les gouvernements de l'avenir auraient alors les mains liées.

En revanche, les exceptions ou les sauvegardes généralement convenues sont des caractéristiques permanentes d'un traité qu'on peut modifier seulement avec l'assentiment de tous les signataires. Elles ont beaucoup plus de chances de durer. La population canadienne mérite des protections permanentes des soins de santé qui sont enchâssées dans l'assise même de ses accords sur le commerce international et les investissements. Pour modifier ces exceptions, il faudrait le consentement de tous les signataires d'un accord. Elles ont donc beaucoup plus de chances de survivre aux aléas idéologiques de la politique intérieure.

Il faudrait ordonner aux dirigeants du commerce du Canada de chercher à faire adopter, dans tous les accords sur le commerce international et les investissements signés par le Canada, une exemption autodéfinie qui s'applique aux politiques de santé. Il y a au moins deux modèles d'une telle exception dans des traités existants signés par le Canada. Les plus solides sont les exceptions reliées à la sécurité nationale prévues dans l'ALENA (article 2102, le GATT (article XXI) et l'AGCS (article XIVbis). Ces exceptions assurent que toute mesure qu'un gouvernement juge lui-même essentielle aux intérêts liés à sa sécurité nationale est exclue du traité.

Un deuxième type d'exception autodéfinie est celle qui s'applique aux mesures prudentes reliées à la réglementation des services financiers, comme on en trouve à l'article 1410 de l'ALENA et à l'Annexe sur les services financiers de l'AGCS. Là encore, les mesures qu'un gouvernement juge lui-même essentielles pour réglementer son système financier ou pour en assurer l'intégrité et la stabilité sont exclues. Une voie intermédiaire que l'on emprunte parfois consiste à établir un groupe spécial indépendant

d'experts des services financiers que l'on charge de déterminer si la mesure en cause porte vraiment sur les services financiers. Si c'est le cas, on peut alors invoquer l'exception. Même si cette exception n'est pas aussi solide que le modèle qui a trait à la sécurité nationale, une exception générale portant sur la réglementation prudente de la santé représenterait un progrès énorme.

Il faudrait considérer le pastiche actuel d'exceptions propres à un pays comme une solution de deuxième rang, provisoire, jusqu'à ce que l'on puisse obtenir une protection plus permanente. Il faut les défendre avec énergie, mais il faudrait charger les responsables des politiques commerciales du Canada d'obtenir une protection plus efficace et permanente en modifiant ces accords mêmes.

Réforme des mécanismes d'élaboration de politiques commerciales et de négociation

Une des réformes les plus efficaces du mécanisme d'élaboration de politiques commerciales du Canada consisterait à ouvrir le processus de négociation à une plus grande participation et à l'examen public complet. On ne peut raisonnablement s'attendre à ce que les négociateurs commerciaux, qui ont comme premier mandat d'étendre les marchés d'exportation, maîtrisent les arcanes du système de santé du Canada. Il ne faudrait pas non plus leur confier la tâche de protéger la politique de santé. Il est possible de mieux y parvenir en ouvrant les mécanismes d'élaboration des politiques commerciales et de négociation à des professionnels de la santé, à des représentants et à la population en général.

C'est le gouvernement fédéral qui négocie les traités sur le commerce et les investissements du Canada, tandis que ce sont les provinces qui administrent la majeure partie du système de santé. La participation plus directe des dirigeants provinciaux du secteur de la santé et des hauts fonctionnaires de Santé Canada aux négociations commerciales garantirait que ceux qui ont de l'expérience pratique des complexités du fonctionnement et de la réglementation des soins de santé peuvent repérer les problèmes possibles.

Les intérêts commerciaux dominent actuellement les principales entités consultatives du secteur privé auxquelles le gouvernement fédéral a recours. Par exemple, le Groupe de consultations sectorielles sur le commerce extérieur (GCSCÉ) chargé des produits et des services médicaux et de soins de santé est constitué presque entièrement de cadres de direction d'intérêts commerciaux du secteur de la santé au Canada. Il faudrait restructurer le GCSCÉ pour qu'il reflète fidèlement la réalité des soins de santé et de ses principaux intervenants, qui comprennent les hôpitaux, les praticiens de la santé, les usagers et les défenseurs de l'intérêt public.

Il ne convient pas qu'une entité qui exerce autant d'influence sur l'élaboration de la position de négociation du Canada soit dominée par des entreprises dont les intérêts sur le marché des exportations sont négligeables par rapport à l'importance du secteur intérieur

des soins de santé. On n'y trouve aucun représentant des hôpitaux, des associations médicales, des organisations d'infirmières, des syndicats, des organisations de consommateurs, des régions de santé ou des chercheurs des milieux universitaires. Il faudrait élargir la participation au GCSCE pour y inclure tous les principaux secteurs qui interviennent dans le système de santé du Canada, ainsi que des défenseurs de l'intérêt public. Si les professionnels de la santé, les administrateurs d'hôpitaux, les syndicats et les experts indépendants des politiques de santé du Canada avaient contribué davantage aux offres du Canada au cours des négociations du cycle de l'Uruguay sur l'AGCS, il est fort probable que le Canada aurait pu éviter sa décision regrettable d'inscrire l'assurance pour soins de santé dans sa liste de l'AGCS.

Recommandations ;

- **Le Canada devrait chercher de toute urgence à obtenir une interprétation obligatoire du chapitre de l'ALENA sur les investissements afin d'assurer que l'on restreint le sens du mot expropriation pour le rendre conforme à la loi canadienne.**
- **Le Canada devrait chercher à obtenir une signification étroite du mot expropriation dans la ZLEA proposée et dans tout autre accord à venir.**
- **Le Canada devrait cesser d'appuyer les procédures de règlement des différends opposant un investisseur et un État qui permettent aux investisseurs de contester directement des politiques publiques.**
- **Le Canada devrait retirer l'engagement qu'il a pris dans l'AGCS de 1994 au sujet de l'assurance pour soins de santé en invoquant l'article XXI de l'AGCS.**
- **Le gouvernement du Canada ne devrait prendre, en vertu de l'AGCS, aucun autre engagement qui porte directement sur les services de santé.**
- **Il faudrait soumettre le mécanisme de demande et d'offre prévu à l'AGCS à une évaluation d'impact sur la santé qui inclurait la participation du public et le dialogue avec celui-ci.**
- **Il faudrait rendre publiques les demandes que le Canada reçoit et les offres qu'il fait en vertu de l'AGCS.**
- **Le Canada devrait mettre le système de santé à l'abri des restrictions que l'AGCS impose sur la réglementation intérieure non discriminatoire dont il a été convenu à l'OMC.**

- **Le Canada devrait appliquer des limites horizontales qui protègent sa flexibilité dans le domaine des politiques de santé à toutes les offres qu'il fera à l'avenir en vertu de l'AGCS.**
- **Il faudrait ordonner aux dirigeants du commerce du Canada de chercher à obtenir, dans tous les accords sur le commerce international et les investissements que le Canada signe une exemption autodéfinie dans le cas des politiques de santé.**
- **Le gouvernement du Canada devrait faire participer plus directement Santé Canada et les dirigeants de la santé des provinces aux négociations sur le commerce international afin d'assurer que des administrateurs chevronnés des soins de santé et des organismes de réglementation du même secteur participent le plus tôt possible.**
- **Le Canada devrait chercher à ouvrir le mécanisme des négociations commerciales afin d'assurer que les consommateurs de soins de santé, les défenseurs de la population, les chercheurs et le public sont informés et se font entendre au gouvernement. Le gouvernement fédéral devrait proposer l'adoption du mécanisme d'élaboration de traités des Nations Unies, dans le cadre duquel les séances de négociation sont ouvertes et tous les documents sont publics.**
- **Le gouvernement fédéral devrait commencer par rendre publiques toutes les propositions qu'il a faites et toutes les demandes d'engagement qu'il a reçues dans le contexte des négociations de l'OMC, de la ZLEA et d'autres négociations commerciales.**
- **Il faudrait restructurer le GCSCE fédéral chargé des produits et des services médicaux et de soins de santé pour qu'il reflète fidèlement la réalité du secteur des soins de santé et ses principaux intervenants, y compris les hôpitaux, les praticiens de la santé, les utilisateurs et les défenseurs de l'intérêt public.**

10. Renforcer la convergence entre les politiques sur la santé, le commerce et les affaires étrangères

Une plus grande convergence entre les politiques canadiennes sur le commerce et les affaires étrangères et la santé et les valeurs qui sous-tendent notre système d'assurance-santé donnerait plus de flexibilité à nos politiques intérieures et renforcerait notre capacité de relever de nouveaux défis mondiaux dans le domaine de la santé.

Pour maintenir la flexibilité des politiques intérieures, il ne suffit pas simplement de mettre les mesures canadiennes sur la santé à l'abri des contraintes imposées par les

traités internationaux : il faut aussi une collaboration internationale pour s'attaquer aux conditions ayant des répercussions sur la santé de la population canadienne et de celles d'autres pays. Les institutions internationales et les cadres légaux peuvent ainsi compléter et améliorer notre capacité intérieure de réglementer les services de santé dans l'intérêt public. En retour, ces institutions multilatérales du secteur de la santé peuvent elles-mêmes avoir besoin de protection contre l'influence des traités commerciaux qui pourraient déformer la situation.

La mondialisation rend de plus en plus interdépendantes la santé des Canadiens et celle de la population d'autres pays. Le commerce mondial accru crée de nouvelles menaces pour la santé à cause de la plus grande exposition à de nouvelles maladies ou à des maladies nouvellement résistantes, ainsi que des insécurités régionales découlant d'inégalités croissantes sur le plan des maladies. Les conflits qui sévissent dans les pays pauvres ne font pas que générer des maladies : c'est souvent la maladie qui les cause ou les exacerbe. Ces conflits alourdissent le risque pour la sécurité mondiale. Certaines des maladies dont l'ampleur humaine prend de l'importance résistent aussi de plus en plus aux traitements et peuvent sévir à moins d'une journée d'avion du Canada (Blouin, Foster et Labonte 2002).

Dans une étude sur la mondialisation et les enjeux de la santé publique, des dirigeants de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) signalent que « le nombre croissant d'initiatives internationales dans le domaine de la santé démontre que l'on sait en général qu'il faut compléter les interventions intérieures par des interventions transectorielles et transfrontière » (Drager et Beaglehole 2001; voir aussi Chanda 2000; Cornia 2001; Dollar 2001; Lipson 2001; Woodward et al. 2001). Le moment est venu pour le Canada d'établir une stratégie cohérente et concertée sur la santé dans nos politiques sur les affaires intérieures, le commerce et les affaires étrangères.

Une approche convergente de la santé nécessite, sur le plan le plus fondamental, des valeurs claires qui guideront des initiatives et des choix stratégiques en particulier. Les mesures qui visent à améliorer l'obligation de rendre compte et à forcer la collaboration intersectorielle et intergouvernementale, tant au Canada que sur la scène internationale, ont aussi leur importance. Ces initiatives sur la gouvernance peuvent aider le Canada à répondre de façon cohérente à un environnement international mouvant et à des intérêts intérieurs en pleine évolution. Dans les sections qui suivent, on recommande des étapes que le gouvernement fédéral peut suivre pour renforcer la convergence des politiques en :

- fondant l'approche du Canada dans le domaine de la santé sur un engagement envers la santé comme droit de la personne;
- renforçant la gouvernance dans l'élaboration de politiques sur la santé, tant au Canada que sur la scène internationale;
- affirmant les valeurs que les Canadiens attachent à la santé dans notre participation à des initiatives internationales dans le domaine de la santé.

La santé comme droit de la personne

La politique étrangère du Canada dans le domaine de la santé devrait reposer sur un engagement envers la santé comme droit de la personne. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* et le *Pacte international sur les droits économiques, culturels et sociaux*, ainsi que de nombreux autres pactes internationaux et régionaux sur les droits de la personne, reconnaissent le droit à la santé. La collectivité mondiale reconnaît dans ces traités les mêmes valeurs universalistes que celles qui sont enchâssées dans le système de santé du Canada. Il est ainsi possible de projeter à l'étranger notre engagement intérieur envers l'équité des soins de santé et l'accès à ceux-ci en défendant la santé comme droit de la personne.

Recommandation :

Le Canada peut prendre de nombreuses mesures pratiques pour aider à instaurer la santé comme droit de la personne sur la scène internationale. Il peut :

- **Appuyer la capacité d'autres pays de respecter, de protéger et d'appliquer le droit à la santé notamment en assurant que ses initiatives dans le domaine des politiques étrangères – y compris notre participation aux négociations sur le commerce international – n'imposent pas de contraintes aux politiques de santé d'autres pays et ne nuisent pas non plus à la capacité d'autres gouvernements de répondre à l'évolution des besoins et des contextes dans le domaine de la santé.**
- **Renforcer l'appui qu'il accorde aux principaux organismes internationaux de défense des droits de la personne – la Commission des Nations Unies sur les droits de l'homme et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies. Sans compter qu'il devrait augmenter l'aide financière qu'il accorde à ces entités, le Canada devrait aussi**
 - **contribuer au travail du Rapporteur spécial qui a été chargé récemment de recommander à la *Commission* sur des mesures à prendre afin de promouvoir et protéger le droit à la santé;**
 - **appuyer des mesures visant à mieux donner suite aux constatations du *Comité* et à l'élaboration d'un protocole permettant à des particuliers de signaler des violations du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels*.**
- **Reconnaître la primauté du droit international sur les droits de la personne par rapport à d'autres domaines du droit international, y compris les traités sur le commerce international et les investissements. Collaborer avec d'autres pays pour mettre sur pied un mécanisme légal**

efficace afin de reffermer les divergences entre les droits de la personne et d'autres obligations reconnues sur la scène internationale.

- **Mobiliser des hauts fonctionnaires qui ont de l'expertise du droit international des droits de la personne pour élaborer les objectifs du Canada dans le domaine des négociations commerciales et les charger d'assurer la convergence avec nos engagements relatifs aux droits de la personne.**

La gouvernance des politiques de santé

Il faut améliorer la gouvernance pour aider le Canada à relever de façon cohérente les nouveaux défis qui se posent dans le domaine de la santé et à répondre à un contexte international en évolution constante. Les mesures de gouvernance consistent notamment à améliorer le caractère redditionnel du processus d'élaboration des politiques et à resserrer la coordination entre chercheurs, praticiens et stratèges dans différents domaines, tant au Canada que sur la scène internationale.

Le Canada peut améliorer sa capacité de maintenir la flexibilité de ses politiques intérieures sur la santé en collaborant avec d'autres pays qui ont des intérêts communs. Une façon de procéder qui a prouvé son efficacité dans d'autres secteurs consiste à créer un groupe de pays qui ont « les mêmes idées » et qui collaborent à l'échelon international. En partageant l'information et en élaborant des positions communes dans le contexte des négociations sur le commerce international et sur d'autres tribunes, des pays qui ont « les mêmes idées » et sont déterminés à instaurer « la santé pour tous » pourraient améliorer leur capacité de maintenir des systèmes nationaux de soins de santé qui reposent sur les principes universalistes et sur une solide réglementation de l'intérêt public.

Un tel groupe pourrait viser plus particulièrement à promouvoir un accord légal international qui reconnaîtrait la diversité des systèmes de santé nationaux et affirmerait le droit des gouvernements nationaux de maintenir des politiques de santé distinctes. Le Canada, la France et d'autres pays appuient la création d'un « nouvel instrument sur la diversité culturelle » qui a l'appui solide de producteurs culturels (Bernier et Ruiz Fabri 2002). Un accord international semblable sur la santé visera à maintenir la flexibilité des politiques nationales nécessaires pour instaurer « la santé pour tous ». Il reconnaîtrait au moins un éventail de mesures reliées à la santé qu'il faudrait protéger des engagements liés au commerce international. Une démarche plus ambitieuse consisterait à élaborer une convention-cadre qui (comme la Convention sur la diversité biologique) établirait une série de principes communs et servirait de base à des protocoles obligatoires dans des domaines particuliers de la santé.

Recommandations :

- **Le Canada devrait promouvoir la création d'un groupe de pays qui ont « des idées semblables » et qui sont déterminés à maintenir des systèmes nationaux de santé fondés sur les principes universalistes et une réglementation solide dans l'intérêt public.**
- **Le Canada devrait proposer l'adoption d'un accord international afin d'affirmer le droit des gouvernements de maintenir dans le domaine de la santé des politiques nationales distinctives et qui s'inspirerait de nouvelles démarches suivies dans le cas d'un nouvel accord international sur la diversité culturelle.**

Initiatives internationales clés dans le domaine de la santé

Guidé par son engagement envers la santé comme droit de la personne, le Canada devrait continuer de renforcer l'assise institutionnelle et légale internationale de collaboration sur des questions de santé en particulier. Dans ce rapport, nous pouvons aborder brièvement seulement certaines des initiatives clés qui améliorent notre capacité de protéger la population canadienne contre les maladies transmissibles et l'exposition à des produits dangereux tout en améliorant la santé d'autres populations.

Règlement sanitaire international. Le Canada et d'autres membres de l'OMS se sont engagés en vertu du Règlement sanitaire international à surveiller et signaler les éclosions de certaines maladies désignées (choléra, fièvre jaune et peste). Des gouvernements nationaux peuvent être obligés d'imposer des restrictions commerciales temporaires et d'autres mesures pour empêcher une éclosion de maladies de se propager.

Depuis 1995, des membres de l'OMS négocient des révisions du Règlement sanitaire international, seule convention sanitaire internationale qui lie devant la loi, afin d'en renforcer l'application, de réduire les désincitations à l'observation et de s'attaquer à l'importance croissante de nouvelles maladies transmissibles et qui réapparaissent.

Le règlement révisé améliorerait la capacité des gouvernements du Canada de protéger la santé publique, notamment en réduisant le risque de voir des mesures de lutte contre les agents pathogènes contestées comme restrictions injustifiées du commerce. Les révisions proposées mettraient à jour la définition de ce qui constitue un risque sanitaire international urgent au sens du Règlement (Fidler 2001). Le besoin de mécanismes visant à renforcer la capacité de surveillance de la santé publique des pays en voie de développement est aussi important (Aginam 2002).

Recommandations :

- **Le Canada devrait accorder la priorité au renouvellement du Règlement sanitaire international et exhorter d'autres pays à appuyer un accord**

international renforcé que viendraient compléter des mesures visant à appuyer l'amélioration de la surveillance de la santé publique dans les pays en voie de développement.

- **Les révisions devraient notamment affirmer la compétence de l'Organisation mondiale de la santé lorsqu'il s'agit de déterminer les risques sanitaires internationaux légitimes en cause dans des différends commerciaux.**

Convention-cadre pour la lutte antitabac (CCLAT). Aussi en négociation à l'OMS, la CCLAT vise à enrayer la propagation mondiale du tabac et de ses produits. On espère que l'Assemblée mondiale de la santé adoptera, d'ici à mai 2003, une série de principes et d'objectifs communs qui établiront le cadre de négociation de protocoles obligatoires devant la loi comportant des obligations précises dans des domaines comme l'établissement des prix, la fiscalité, la publicité et les commandites, l'emballage, la protection des enfants et des adolescents, ainsi que la réglementation du produit.

La possibilité de divergence entre les règles régissant le commerce et les mesures antitabac constitue un enjeu clé de ces négociations. On appuie fermement des dispositions qui garantiraient que les obligations commerciales n'entravent pas les mesures antitabac (Callard, Collishaw et Swenarchuk 2001). Ces dispositions aideraient à réduire le risque de contestations commerciales comme la menace de demandes d'indemnisation que les fabricants de produits du tabac ont évoquée afin de bloquer la législation canadienne sur l'emballage des cigarettes.

Recommandations :

- **Le Canada devrait appuyer des dispositions de la CCLAT pour assurer que les mesures antitabac l'emportent sur les règles commerciales en cas de divergence.**
- **Le Canada devrait mettre fin à l'appui public à l'exportation de produits du tabac, y compris à la participation des sociétés de tabac aux missions commerciales d'Équipe Canada.**

Migration des travailleurs de la santé. Une collaboration internationale s'impose aussi pour s'attaquer aux iniquités créées par le recrutement international de travailleurs médicaux. L'émigration de médecins et d'infirmières dont la formation a coûté cher vers des pays nordiques riches, y compris le Canada, mine le système de santé de beaucoup de pays pauvres. On estime la perte annuelle que subissent les pays du Sud à 500 millions de dollars en coûts d'éducation seulement.

Une démarche internationale fondée sur la collaboration jetterait les bases qui permettraient d'indemniser ces coûts, reconnaîtrait les mesures que les pays d'origine

peuvent prendre pour garder du personnel de la santé, et contribuerait à renforcer les systèmes de santé nationaux. Ces dispositions compenseraient celles de l'AGCS qui visent à supprimer des restrictions à la circulation transfrontière des particuliers fournisseurs de services. Un tel accord international pourrait restreindre la capacité des responsables de la santé au Canada de répondre à des besoins immédiats en recrutant à l'étranger. Il aiderait toutefois à planifier des stratégies de gestion des ressources humaines à plus long terme en établissant une assise plus stable et prévisible pour la migration internationale des travailleurs de la santé.

Recommandations :

- **Les gouvernements du Canada et les responsables de la santé à tous les niveaux devraient suivre l'exemple du Service national de la santé du Royaume-Uni et s'engager à ne pas recruter activement de professionnels de la santé dans des pays en voie de développement.**
- **Le Canada devrait promouvoir les efforts de collaboration afin de s'attaquer aux iniquités créées par la migration des travailleurs de la santé en :**
 - **remboursant les pays en voie de développement de leur investissement dans la formation des professionnels qui émigrent;**
 - **améliorant la gestion des ressources humaines nationales de la santé par les pays industrialisés;**
 - **augmentant l'aide financière accordée au système de santé public des pays en voie de développement.**

Financement d'interventions internationales contre les maladies transmissibles. Comme mesure concrète afin d'appuyer la santé comme droit pour tous, le gouvernement du Canada peut jouer un plus grand rôle de premier plan sur la scène internationale en prenant un engagement ferme face aux stratégies d'interventions et aux besoins des donateurs définis par la Commission Macroéconomie et Santé qui a fait des recherches poussées (OMS, 2001). Comme la santé de la population canadienne est de plus en plus liée à celle des populations d'autres pays, le Canada reconnaît déjà l'importance de la santé mondiale et investit des ressources dans la prestation de tels biens publics. Des investissements plus importants s'imposent toutefois pour refléter les valeurs que constituent l'équité et l'accès. Compte tenu de son poids économique relativement limité, le Canada devra aussi exhorter d'autres pays donateurs à collaborer à cette entreprise.

Afin d'atteindre les objectifs sanitaires prévus dans les objectifs de développement pour le millénaire et de mobiliser les ressources nécessaires à cette fin, il faudra un solide leadership politique au Canada et à l'étranger.

Le Canada finance actuellement des initiatives de lutte contre la propagation des maladies transmissibles, dont les suivantes :

- *Fonds mondial de lutte contre le SIDA, la tuberculose et le paludisme.* Le Canada consacre des efforts et un financement considérables à la lutte contre la propagation du SIDA dans le monde, et en particulier en Afrique subsaharienne où

l'infection par le VIH/SIDA atteint des niveaux de pandémie. Le Canada a promis 100 millions de dollars US au Fonds mondial établi au cours de la session spéciale sur le VIH/SIDA de l'Assemblée générale que les Nations Unies a tenue en 2001. La délégation canadienne comprenait des représentants des Organisations non-gouvernementales (ONG) et des gouvernements.

- *L'Alliance mondiale pour les vaccins et la vaccination (GAVI)*. Cette alliance est un partenariat public-privé de lutte contre les maladies infantiles évitables par la vaccination dans les pays les moins développés. Trois millions d'enfants meurent chaque année de maladies que l'on aurait pu éviter par des vaccins existants. Le Canada a promis de verser 10 millions de dollars en trois ans au Fonds mondial d'un milliard de dollars US pour fournir des vaccins et du matériel de vaccination aux pays les moins développés où les taux de mortalité causée par les maladies infantiles évitables sont les plus élevés.

Recommandations :

- **Le Canada devrait augmenter sa contribution au Fonds mondial et à l'Initiative GAVI afin d'atteindre l'objectif fixé à une augmentation annuelle de 1,5 milliard de dollars US recommandée par la Commission Macroéconomie et Santé de l'OMS.**
- **Le Canada devrait contribuer à un Fonds mondial pour la recherche en santé distinct dont la Commission Macroéconomie et Santé de l'OMS a recommandé la création. Avec un budget annuel cible de 1,5 milliard de dollars US, le Fonds aiderait à compenser l'écart de recherche 10/90 dans le contexte duquel 90 % des recherches en santé portent sur des problèmes de santé de la tranche de 10 % la plus riche de la population mondiale.**
- **Des organismes du gouvernement du Canada, y compris Santé Canada, l'Agence canadienne de développement international (ACDI), le Centre de recherches pour le développement international (CRDI) et les Instituts de recherche en santé du Canada (IRSC), devraient collaborer davantage pour appuyer la recherche sur des problèmes de santé qui touchent la majeure partie de la population mondiale.**

11. Le défi : Faire passer la santé en premier

Ce rapport repose sur la conviction selon laquelle les interventions des Canadiens, et en particulier les interventions collectives que nous lançons par l'entremise de nos gouvernements élus, devraient – *et peuvent* – agir sur les événements de façon à améliorer la santé et le mieux-être de la population canadienne et de celles du monde. À une époque d'intégration croissante de l'économie mondiale, ce qui importe, comme l'a soutenu Gerald Helleiner, économiste canadien, ce sont « les conditions de l'interaction

entre les pays et les gouvernements... et la nouvelle économie mondiale » (Helleiner 2000).

Nous sommes d'avis que les interventions nationales et internationales du Canada devraient reposer sur le principe universaliste selon lequel la santé est un droit de la personne. L'application pratique de ce principe devrait constituer une des « conditions » des interactions mondiales du Canada. Il s'agit vraiment de défis importants, qui exigent une vision claire et une démarche convergente – de la cohérence – dans les activités nationales et internationales du pays. Ce rapport a porté avant tout sur le manque de convergence entre la façon que le Canada aborde les soins de santé, d'une part, et ses politiques commerciales et étrangères, de l'autre. Une solution s'impose de toute urgence. Si l'on ne s'attaque pas aux conflits sous-jacents entre les priorités de la population canadienne dans le domaine des soins de santé et les intérêts commerciaux dont on a fait la promotion dans les accords commerciaux les plus récents, les pressions qui s'exercent sur le système de soins de santé du Canada s'alourdiront et le nombre des réformes possibles diminuera sérieusement.

Heureusement, comme on le souligne dans le présent rapport, il y a de nombreuses façons pratiques d'instaurer une plus grande convergence entre la politique commerciale et celle de la santé. Au lieu de le nier, les gouvernements devraient commencer par reconnaître que la réforme des soins de santé entraîne des risques de contestation commerciale. Ils devraient ensuite structurer les réformes de la santé de façon à tirer le maximum des sauvegardes limitées qui existent dans les accords commerciaux, ce qui signifie en général minimiser le rôle du financement privé et de la prestation des soins de santé à but lucratif. Comme on l'indique, des changements fondamentaux de la politique et des engagements commerciaux du Canada s'imposent aussi. Les gouvernements du Canada à tous les niveaux devraient se protéger contre la « timidité » réglementaire attribuable au commerce et devraient plutôt ne pas ménager leurs efforts pour assurer que la politique commerciale et la politique étrangère du Canada convergent beaucoup plus avec les besoins vitaux des Canadiens dans le domaine des soins de santé et leurs espoirs à l'égard de l'avenir – et non le contraire.

Il existe un besoin marqué de convergence dans un sens différent mais tout aussi important. La création de l'assurance-santé a obligé les gouvernements à prendre des mesures décisives fondées sur des principes—souvent en dépit d'une vive opposition et d'intérêts commerciaux puissants—pour servir l'intérêt public général. La réforme des soins de santé au Canada exige aujourd'hui la même intervention décisive et fondée sur des principes afin de répondre aux priorités clés des Canadiens—en dépit de la puissante tendance à la commercialisation des accords commerciaux—en faisant passer la santé en premier.

Bibliographie

ACCAP. 2001. (Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes). *Faits sur les assurances de personnes au Canada – Édition 2001*. (disponible en direct : www.accap.ca).

ACS. 2001. (Association canadienne des soins de santé). *The Private-Public Mix in the Funding and Delivery of Health Services in Canada: Challenges and Opportunities*. Mémoire stratégique . <http://www.canadian-healthcare.org/fedfunding.htm>

Aginam, Obijiofor. 2002. From the Core to the Peripheries: multilateral governance of malaria in a multi-cultural world. *Chicago Journal of International Law* 3 (1), 87-103.

Appleton and Associates. 2000. *Re: NAFTA investment chapter implications of Alberta Bill-11*. Avis juridique préparé pour la Coalition canadienne de la santé.

Armstrong, Hugh. 2001. Social Cohesion and Privatization in Health Care. *Revue canadienne de droit et société* 16(2), 65-81.

Armstrong, Wendy. 2000. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft*, Association des consommateurs du Canada (Alberta), Edmonton, 2000.

Bernier, I.M. et Ruiz Fabri, H. 2002. *Évaluation de la faisabilité juridique d'un instrument international sur la diversité culturelle*. Groupe de travail franco-québécois sur la diversité culturelle. <http://www.mcc.gouv.qc.ca/international/diversite-culturelle/index.htm>

Blomqvist Å, X. J. 2001. L'assurance-médicaments au Canada : Enjeux et options. *La série de documents de travail sur les politiques de santé 01-01*. Santé Canada.

Blouin, Chantal, John Foster et Ronald Labonte. 2002. *Towards Policy Coherence*. Rapport de recherche préparé pour la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada.

Callard, C., Collishaw, N. et Swenarchuk, M. 2001. *An Introduction to international trade agreements and their impact on public measures to reduce tobacco Use*. Ottawa : Médecins pour un Canada sans fumée/Londres : Association médicale du Commonwealth.

Canada, Finances Canada. 2001. L'industrie canadienne des assureurs de personnes. (Mise à jour août 2001), disponible en direct à l'adresse www.fin.gc.ca/tocf/2001/health_f.html.

Canada, Finances Canada. 1997. L'Accord de 1997 sur les services financiers de l'OMC : Aperçu . (www.fin.gc.ca/gats)

Canada. Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI). (1999). *Équipe Canada. Centre des études de marché Canada. Services des délégués commerciaux*

Canada, Santé Canada et Santé Alberta. 1996. *Working Understanding Between Health Canada and Alberta Health Regarding Principle 11: Physicians Practicing in Both Public and Private Health Systems.*

Canada, Santé Canada. 1999. *Programmes provinciaux et territoriaux de soins à domicile : une synthèse pour le Canada*, disponible en direct à l'adresse : <http://www.hc-sc.gc.ca/francais/soins/foyer.html>..

CDESCNU. 2000. (Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies). *Mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : Observation générale n° 14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*. Juillet 2000. www.unhcr.ch/html/menu2/6/cescr_fr.htm

Chanda, R. 2002. Trade in health services. *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé* 80 (2), 158-163.

Chen, S. 2002. Le commerce et l'investissement dans le secteur canadien des services : Performance et perspectives. Dans J. M. Curtis et D. Ciuriak (rév.), *Les recherches en politique commerciale 2002*, 349-418.

Clair 2000. Voir Québec 2000. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux

Colombie-Britannique 2001. Ministère de l'Emploi et de l'Investissement. *GATS and Public Service Systems.*

Copeland, B. R. 2002. Avantages et coûts de la libéralisation du commerce et des investissements dans le secteur des services : Répercussions du point de vue de la théorie commerciale. Dans J. M. Curtis et D. Ciuriak (rév.), *Les recherches en politiques commerciales 2002*, 125-267.

Cornia, G. A. 2001. Mondialisation et santé : Résultats et options. *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, 79(9), 834-841.

Correa, C. 2000. *Integrating public health concerns into patent legislation in developing countries*. Genève : South Centre. <http://www.southcentre.org/publications>

Coyte, Peter. 2000. *Homecare in Canada: passing the buck*. Centre d'évaluation et de recherche sur les soins à domicile, Université de Toronto (<http://www.hcerc.utoronto.ca>).

Curtis, J. M. et Ciuriak, D. (rév.). 2002. *Les recherches en politique commerciale 2002*. Gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux.

Devereaux, P.J. et al. 2002. A systematic review and meta-analysis of studies comparing mortality rates of private for-profit and private not-for-profit hospitals. *Journal de l'Association médicale canadienne*, 166 (11), 1399-1406.

Dollar, D. 2001. La mondialisation est-elle bonne pour votre santé? *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*. 79(9), 16-22.

Dommen, Caroline. 2002. Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization: actors, processes and possible strategies. *Human Rights Quarterly* 24(1).

Drache, D. et Ostry, S. 2002. De Doha à Kananaskis : L'avenir du système mondial du commerce et la crise de gouvernance. Dans J.M. Curtis et D. Ciuriak (rév.), *Les recherches en politique commerciale 2002*, 1-36.

Drache, D. et Sullivan, T. (rév.). 1999a. *Health reform: Public success, private failure*. New York : Routledge.

Drache, D. et Sullivan, T. 1999b. Health reform and market talk: rhetoric and reality. Dans D. Drache et T. Sullivan (rév.), *Health reform: Public success, private failure*, 1-21.

Drager, N. et Beaglehole, R. 2001. Globalization: changing public health landscape. *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, 79(9), 803.

Elliot, Richard. 2001. Le Canada demeure dans la mire de PhRMA. *Revue canadienne VIH/SIDA et droit*, 6(1-2). www.aidslaw.ca/Maincontent/otherdocs/Newsletter/vol6nos1-22001/brevetsprix2.htm

Epps, T. et Flood, C. 2001. *The Implications of the NAFTA for Canada's health care system: Have we traded the opportunity for innovative health care reform*. Projet de document de travail, Université de Toronto : Faculté de droit.

États-Unis d'Amérique, représentant au commerce des États-Unis (RCEU). 1995. Draft USTR Guidelines for US States' NAFTA Service Reservations , reproduit dans *Inside NAFTA*.

États-Unis d'Amérique, représentant au commerce des États-Unis (RCEU). 2000. *2000 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*.

Evans, R. 1999. Health reform: what 'business' is it of business? Dans D. Drache et T. Sullivan (rév.), *Health reform: Public success, private failure*, 25-47.

Fidler, D. 2001. La mondialisation de la santé publique : Les 100 premières années de la diplomatie sanitaire internationale. *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, 79(9), 158.

Gottlieb, Richard S. et Darrell H. Pearson. 1999. *International trade standards the regulatory powers of governments at the end of the 20th century - with special emphasis on public health standards and the Canadian public health system*. Étude préparée pour la Coalition canadienne de la santé. www.healthcoalition.ca/gottlieb.html

Grootendorst P. V., Dolovich L. R., O'Brien B. J., Holbrook A. M., et Levy A. R. 2001. Impact of reference-based pricing of nitrates on the use and costs of anti-anginal drugs. *Journal de l'Association médicale canadienne*, 165, 1011-1019.

Helleiner, G. K 2000. *Markets, politics and globalization: can the global economy be civilized?* 10^e Conférence Raul Prebisch, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

Home Orderly Services et al. v. Government of Manitoba. (1986). 32 D.L.R. (4th).

Home Orderly Services et al. v. Government of Manitoba. (1987). 43 D.L.R. (4th).

Howse, Robert et Makau Matua. 2000. *Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : Un défi pour l'Organisation mondiale de la santé*, Montréal : Droits et démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique) www.ichrdd.ca

ICIS. 2002. (Institut canadien d'information sur la santé). *Les soins de santé au Canada 2002*. Ottawa. www.icis.ca .

ICIS 2001a. (Institut canadien d'information sur la santé). *Les soins de santé au Canada 2001*. Ottawa. www.icis.ca

ICIS 2001b. (Institut canadien d'information sur la santé). *Drug expenditures in Canada 1985-2000*. Ottawa www.icis.ca

Industrie Canada. 2000. *Direction générale des sciences de la vie – Industrie de la santé : Stratégie canadienne pour le commerce international*, disponible à l'adresse <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ht01208f.html>.

Jacobzone S. 2000. Pharmaceutical policies in OECD countries: Reconciling social and industrial goals. *Labour Market and Social Policy Occasional Papers No. 40*. Paris : OCDE. [www.oilis.oecd.org/OLIS/2000DOC.NSF/LINKTO/DEELSA-ELSA-WD\(2000\)1](http://www.oilis.oecd.org/OLIS/2000DOC.NSF/LINKTO/DEELSA-ELSA-WD(2000)1).

Johnson, J. R. 1998. *International Trade Law*. Irwin Law.

Johnson, J.R. 2002. How will international trade agreements affect Canadian health care, projet de document de travail préparé pour la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada.

Krajewski, Markus. 2001. *Public Services and the Scope of the GATS*, Center for International Environmental Law.

Lexchin, Joel. 1999. Controlling pharmaceutical expenditures in Canada, dans Drache and Sullivan (rév.), 292-311.

Lindgren, Richard D. et Karen Clark. 1994. *Property Rights vs. Land Use Regulation*, Association canadienne du droit de l'environnement.

Lipson, D. 2001. GATS and trade in health insurance services: Background note for the WHO Commission on Macroeconomics and Health. *Working Paper no. WG 4(7)*.
www.who.int

Luff, David. 2002. *Regulation of Health Services and International Trade Law*. Étude préparée pour la Réunion des experts dans le domaine des services de l'OCDE et de la Banque mondiale, OCDE.

MacAdam, Margaret. 2000. Home Care: it's time for a Canadian model. *HealthcarePapers* 1(4), 9-36.

Mann, Howard et Konrad von Moltke. 2002. Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11. Document de travail pour les ateliers stratégiques trinationalaux DIDD, Mexico, le 13 mars; Ottawa : le 18 mars et Washington, le 11 avril.

Moore, Michael. 2001. « Liberate trade, not paranoia », *Globe and Mail*, 21 février .

Morgan, S. 1998. Quebec's drug insurance plan: A prescription for Canada? Centre for Health Services and Policy Research. *Health Policy Research Unit Discussion Paper HPRU 98(2D)*.

Nouvelle-Zélande. 2001. Pharmaceutical Management Agency Ltd. *Annual review for the year ending 30 June 2000*. NZ: Wellington.

OMC. 2001. (Organisation mondiale du commerce). *Déclaration ministérielle*. Adoptée à la Quatrième session de la Conférence ministérielle de Doha, du 9 au 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1 20.

OMS. 2001. (Organisation mondiale de la santé). Commission on Macroeconomics and Health. *Macroeconomics and health: Investing in health for economic development*. Report of the Commission on Macroeconomics and Health. (Chaired by Jeffrey D. Sachs. Presented to Gro Harland Brundtland, Director General of the WHO on 20 December 2001) http://www3.who.int/whosis/cmh/cmh_report/

Ontario. 2002. Ministère de la Santé et des Soins de longue durée. Government announces plan to reduce MRI/CT wait times , communiqué du gouvernement de l'Ontario, 8 juillet 2002. www.gov.on.ca/health

Ontario. 2001. Bureau du vérificateur provincial de l'Ontario. *Rapport annuel 2001*. Toronto : Imprimeur de la Reine.

Ontario Health Coalition. 2002. *Ownership Matters: lessons from Ontario's long-term care facilities*. www.web.net/ohc

Palmer D'Angelo Consulting Inc. 1997. *National Pharmacare cost impact study*. Ottawa.

Picot, J. et Craddock, T. 2000. *L'industrie de la télésanté au Canada : Profil de l'industrie et analyse des capacités*. Industrie Canada. <http://strategis.ic.gc.ca>

Plain, Richard. 2000. *The Privatization and Commercialization of Public Hospital-based Medical Services within the Province of Alberta : an economic overview from a public interest perspective*. Département d'économie, Université de l'Alberta.

Pollock, Allyson M. et David Price. 2000. Rewriting the regulations : how the World Trade Organisation could accelerate privatisation in health care systems. *The Lancet* 356, 1995-2000.

Québec. 2000. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Clair). *Rapports et recommandations: les solutions émergentes*. Gouvernement du Québec : ministère de la Santé et des Services sociaux. www.cessss.gov.qc.ca

Québec. 1996. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Clair). Comité d'experts sur l'assurance-médicaments. *L'assurance-médicaments : des voies de solution*. PQ : Québec.

Sanger, M. 2001. *Reckless abandon: Canada, the GATS and the future of health care*. Centre canadien de politiques alternatives.

Sanger, Matthew, Steven Shrybman, et Joel Lexchin. 2002. Implications of Canada's International trade commitments for health policy and health reform options. Rapport de recherche préparé pour la Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada.

Schwartz, Bryan P. 1996. In the matter of: NAFTA reservations in the areas of health care. Legal opinion prepared for the Canadian Health Coalition and the Canadian Union of Public Employees, March 4 1996. www.healthcoalition.ca/chc-legalopinion.pdf

Sénat Canada. 2001. La santé des Canadiens- Le rôle du gouvernement fédéral. Volume 4 : Questions et options Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, de la science et de la technologie.

Shrybman, S. 2000. *Le projet de l'Alberta de privatiser certains services de santé*. Avis juridique concernant les règles de l'ALENA en matière d'investissements et de services et le Projet de la loi 11 préparé pour le Syndicat canadien de la fonction publique. Sommaire disponible à l'adresse www.cupe.ca/issues/healthcare

Sinclair, S. 2000. *GATS: How the WTO's new 'services' negotiations threaten democracy*. Centre canadien de politiques alternatives.

Sinclair, S. et Grieshaber-Otto, J. 2002. *Facing the facts: A guide to the GATS debate*. Centre canadien de politiques alternatives.

Sullivan, Terrence et Patricia M. Baranek. 2002. *First Do No Harm: making sense of Canadian health reform*. Toronto: Malcolm Lester and Associates

Thompson, Rachel. 2000. Formula Approaches to Improving GATS Commitments, dans Sauvé et Stern (rév.), *GATS 2000: new directions in trade liberalization*, Washington D.C., Brookings: 2000, 480-481.

Vellinga, J. 2001. *Commerce international, régimes de soins de santé et services de santé : l'optique de la politique en matière de santé*. Document de travail non publié de Santé Canada.

Willison D., Grootendorst, P. et Hurley J. 1998. Variation in Pharmacare coverage across Canada. *McMaster University Centre for Health Economics and Policy Analysis Research Working Paper 9808*.

Woodward, D., Drager, N., Beaglehole, R. et Lipson, D. 2001. Mondialisation et santé : Un cadre pour l'analyse et l'action. *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, 79(9), 875-881.

Consultations et communications personnelles

Groupe du CCPA sur la mondialisation et la santé, Table ronde de consultation, 25 avril 2002 à Ottawa.

Rencontre entre Joel Lexchin et un représentant de l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes, 5 avril 2002.

Projet de recherche sur le commerce et les investissements (PRCI), rencontre avec des représentants du MAECI, de Finances Canada et de Santé Canada, le 27 juin 2001 à Ottawa.