

Commission sur
l'avenir des soins de santé
au Canada



Commission on the
Future of Health Care
in Canada

ÉTUDE N° 32

Les effets des accords commerciaux internationaux sur les mesures canadiennes relatives à la santé : options pour le Canada en vue des prochaines négociations commerciales

par

Richard Ouellet

Université Laval



octobre 2002

N° de catalogue CP32-79/32-2002F-IN

ISBN 0-662-87888-4

Bien que les opinions exprimées dans ces études n'engagent que les auteurs, chaque étude a été soumise à un processus indépendant d'examen par des pairs. La Commission tient à remercier l'Institut des services et de politiques de la santé (ISPS), des Instituts de recherche en santé du Canada, pour avoir assuré la surveillance et la bonne marche de ce processus d'examen. La participation des auteurs, des examinateurs et de l'ISPS à la réalisation de ces études constitue un apport important aux travaux de la Commission et contribuera à l'héritage qu'elle laissera.

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

Table des matières

Points saillants	v
Sommaire	vi
Introduction	1
Partie I : Effets des principaux accords économiques internationaux liant le Canada sur les mesures canadiennes relatives aux soins de santé	3
Section 1 : Les dispositions des accords multilatéraux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé	3
L'accord sur le commerce des marchandises (GATT)	3
Les principes fondamentaux de libéralisation du commerce des produits qui lient le Canada	3
Les dispositions du GATT susceptibles d'être invoquées pour protéger les mesures canadiennes concernant la santé	4
Les autres dispositions du GATT qui permettent de déroger aux principes fondamentaux	5
L'accord général sur le commerce des services	5
La notion de service	6
Les dispositions de l'AGCS impliquant la libéralisation des services de santé	7
Les dispositions de l'AGCS assurant un statut spécifique à la santé	10
Les autres accords de l'OMC ayant des effets sur les services de santé	11
L'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce	11
L'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires	11
Section 2 : Les dispositions des accords régionaux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé	12
Les dispositions relatives au commerce des produits de l'ALÉNA	13
Les dispositions et réserves relatives à l'investissement et au commerce des services de l'ALÉNA	13
Section 3 : Les dispositions des accords bilatéraux applicables aux mesures relatives à la santé	16

Partie II : Les différentes approches que peut adopter le Canada en matière de soins de santé au regard des prochaines négociations commerciales	17
Les risques de l'approche par réserves et exceptions	18
Les risques de l'approche par engagements à la pièce	19
Les risques liés à l'absence d'une approche globale	19
Remarques conclusives et recommandation quant à l'approche à privilégier	21
Bibliographie sommaire	22

Points saillants

- Les Canadiens se demandent si, avec les accords économiques conclus au cours de la dernière décennie, nos gouvernements ont encore la marge de manœuvre voulue pour conserver des systèmes de santé qui répondent à leurs attentes.
- Par diverses approches, le Canada a jusqu'ici toujours exclu ses systèmes de santé de l'application de ces accords.
- Au niveau multilatéral, les règles du GATT s'appliquent, sauf rare exception, à tous les produits, incluant ceux liés à la santé. L'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) est construit sur une approche très différente, celle des engagements spécifiques. L'accès à un marché national pour un secteur de services donné n'est possible que si un Membre de l'OMC s'est spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour ce secteur de services. Or, le Canada n'a pris aucun engagement en matière de services de santé.
- Au niveau régional, l'ALÉNA prévoit la libéralisation du commerce des produits, qu'ils soient ou non liés à la santé. Par contre, les chapitres 11 et 12 sont bâtis sur une approche bien particulière. Ils favorisent l'ouverture aux investissements étrangers et la libéralisation du commerce des services sans égard aux secteurs d'activité touchés mais, par le biais de réserves consignées dans des annexes, les soins de santé sont exclus de l'application de l'ALÉNA. C'est une approche par réserves et exceptions.
- On constate que si le Canada a évité les effets que les accords économiques internationaux auraient pu avoir sur les soins de santé, il l'a fait en mettant à profit la structure d'accords fondés sur des approches très différentes.
- Si le gouvernement du Canada souhaite continuer de soustraire nos systèmes publics de santé aux effets de ces accords, il doit tenir compte du fait qu'il n'est pas sans risque de le faire simultanément selon des approches aussi différentes que celles de l'AGCS et de l'ALÉNA. Une approche intégrée tenant compte des préoccupations commerciales tout en respectant les priorités des gouvernements en matière de santé est nécessaire.

Sommaire

Les Canadiens s'interrogent sur les effets qu'ont ou que peuvent avoir sur nos systèmes de santé les accords économiques internationaux signés par le Canada. Il est permis de se demander si, avec l'étendue des engagements qu'ils ont contracté dans les accords économiques conclus dans la dernière décennie, nos gouvernements ont encore toute la marge de manœuvre voulue pour mettre en place et conserver des systèmes de santé qui répondent aux attentes des Canadiens.

À ce jour, les accords commerciaux tant multilatéraux, régionaux que bilatéraux signés par le Canada n'ont pas eu d'impact majeur sur les services de santé prodigués au pays. Le Canada s'est toujours assuré de baliser strictement ou d'exclure carrément nos systèmes de santé de l'application de ces accords.

C'est par des approches assez diverses que le Canada a pu s'assurer que ces accords n'aient pas d'effet sur les soins de santé. Cette diversité des approches, si elle a jusqu'ici bien servi l'objectif de protéger les systèmes publics de santé, comporte des inconvénients et des risques. Il n'est pas exclu que dans l'avenir les approches adoptées n'arrivent plus à protéger adéquatement nos régimes publics de santé. Il importe donc de bien comprendre quelles sont ces approches qui ont été préconisées pour ensuite voir brièvement les risques de chacune ainsi que les risques que comporte le fait de recourir à des méthodes si différentes pour exclure les soins de santé de l'application des accords économiques.

Au niveau multilatéral, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT), qui couvre le commerce des produits, ne fait pas de distinction entre les produits liés à la santé et les autres. Les principes commerciaux s'appliquent de façon générale à tous les produits, y compris ceux liés à la prestation des soins de santé. L'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS) est construit d'après une approche très différente. L'accès à un marché national pour un secteur de services donné n'est possible que si un Membre de l'OMC s'est spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour ce secteur de services. Ainsi, pour que des services de santé puissent être offerts au Canada sur une base commerciale par des fournisseurs privés de services d'un autre Membre de l'OMC, il faudrait que le Canada se soit spécifiquement engagé à donner accès à son marché pour le secteur des services de santé. Or, à l'heure actuelle le Canada n'a pris aucun engagement en ce sens. L'approche par engagements spécifiques qui prévaut dans le contexte de l'AGCS a donc aussi permis d'exclure la prestation de soins de santé des effets de cet accord. D'autres accords de l'OMC, dont l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC, ou ADPIC), ont aussi leur propre approche pour circonscrire les effets de la libéralisation des échanges commerciaux sur les soins de santé.

Au niveau régional, l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) prévoit, comme les accords de l'OMC, la libéralisation du commerce des produits sans égard au fait qu'ils soient ou non liés à la santé. En matière d'investissement et de services par contre, les termes de l'ALÉNA sont passablement différents de ceux des accords de l'OMC. Les chapitres 11 et 12 qui portent sur ces deux sujets sont bâtis selon une approche bien particulière. Les règles générales de ces deux chapitres favorisent l'ouverture à l'investissement étranger et la libéralisation du commerce des services sans égard aux secteurs d'activité touchés. C'est par le biais d'exceptions et de

réerves consignées dans des annexes à l'Accord que les soins de santé sont exclus de l'application des dispositions de l'ALÉNA qui libéralisent l'investissement et le commerce des services.

Au niveau bilatéral, les quelques accords de libre-échange signés par le Canada portent essentiellement sur le commerce des produits. Les rares dispositions qui affectent le commerce des services sont rédigées en des termes très voisins de ceux de l'ALÉNA. Ces dispositions prévoient la libéralisation du commerce des services sans égard au secteur ou au type de services offerts. Ce n'est que par le biais d'exceptions et de réserves que les services de santé sont exclus de l'application de ces accords.

À l'étude des différents accords économiques internationaux qui lient le Canada et qui pourraient avoir un impact sur les systèmes de santé canadiens, on constate que si le Canada a réussi jusqu'ici à éviter les effets que ces accords auraient pu avoir sur les soins de santé, il l'a fait en mettant à profit la structure d'accords élaborés selon des approches bien différentes.

Dans le cas de l'AGCS, basé sur une approche d'engagements spécifiques de la part des Membres de l'OMC, c'est le silence et l'absence d'engagements spécifiques de la part du Canada qui a permis d'éviter que cet accord général n'ait pour effet d'ouvrir le marché canadien des services de santé. Dans le cas de l'ALÉNA, c'est au contraire le fait que le Canada ait consigné des réserves claires en annexe à l'Accord qui a enlevé à l'ALÉNA tout effet sur nos systèmes de santé. Ces deux approches très différentes ont en commun d'être à la base des deux grandes rondes de négociations commerciales auxquelles le Canada participe aujourd'hui. Les négociations de Doha touchant les services se sont engagées sur la base de l'actuel AGCS, tandis que les négociations devant mener à la création de la ZLÉA ont pour fondement les textes de l'ALÉNA. Si le gouvernement du Canada souhaite continuer de soustraire ses systèmes publics de santé aux effets des accords économiques internationaux, il doit tenir compte du fait qu'il n'est pas sans risque de le faire par des approches aussi différentes que celles qui prévalent aujourd'hui dans l'AGCS et l'ALÉNA. Une approche intégrée tenant compte des préoccupations commerciales tout en respectant les priorités de chaque État en matière de santé est nécessaire.

Introduction

Depuis maintenant un demi-siècle, et surtout depuis 1994, le Canada est devenu membre ou partie d'un bon nombre d'accords d'intégration économique. Ces accords sont de portée bilatérale, comme l'Accord de libre-échange Canada-Chili, de portée régionale, comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), ou de portée multilatérale comme les Accords du GATT et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Quelle que soit leur portée géographique, ces accords risquent tous d'avoir un impact sur le rôle que jouent nos gouvernements et d'affecter de multiples aspects de la vie des Canadiens.

Parmi les plus importants secteurs d'activité humaine dont la gestion est mise en cause par ces accords qui concrétisent le phénomène de la mondialisation se trouve la prestation des soins de santé. Nombre d'experts s'entendent d'ailleurs pour dire sans ambages que la mondialisation de l'économie pose un défi majeur pour les politiques nationales relatives à la santé.

La mondialisation est l'un des grands défis qui se posent aux responsables des politiques en matière de santé et aux professionnels de la santé (McMichael et Beaglehole, 2000). En dépit d'une documentation de plus en plus abondante sur l'importance de la mondialisation pour la santé (Lee et Collin, à paraître), il n'y a pas de consensus sur les canaux ou les mécanismes par lesquels la mondialisation influe sur la santé des populations ou sur les politiques qui conviendraient dans les circonstances. On constate toutefois une tension croissante entre, d'une part, les règles, les acteurs et les marchés caractéristiques de la phase moderne de la mondialisation et, de l'autre, la capacité des pays de protéger et de promouvoir la santé. (Woodward, Drager, Beaglehole et coll. 2001, p.875) [traduction]

Cette tension grandissante entre santé et liberté de commerce a essentiellement deux causes.

La première cause de tension est évidemment l'importance des intérêts en jeu. D'une part, se trouvent des intérêts commerciaux colossaux qui découlent des activités liées aux soins de santé. Quelques parutions et documents récents illustrent d'ailleurs on ne peut plus clairement les gains à tirer, par exemple, de l'octroi de services de santé et de la fabrication de médicaments, (*Lexpert*, March 2002, p. 64 ; *Business Week*, May 28, 2001, p. 40 ; J. Vellinga, 2000, pp. 160-169 ; OMC, *Services de santé et services sociaux*, 1998, pp. 2-9). D'autre part, on s'en doute bien, se trouvent des intérêts sociaux et sanitaires qui touchent le droit des Canadiens de bénéficier de soins de santé accessibles et de qualité. Ces droits sont consacrés dans la législation canadienne mais découlent aussi de droits fondamentaux reconnus dans des instruments internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 25, paragraphe 1) et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (article 12).

La deuxième cause de tension entre santé et liberté de commerce vient du fait que les accords économiques récents ont, dans une certaine mesure et plus ou moins explicitement selon les cas, ouvert aux lois du marché toute une gamme de secteurs d'activité économique qui touchent directement, indirectement ou potentiellement le commerce des biens et services liés à la santé. Or, encore aujourd'hui, il est difficile d'évaluer avec précision quels effets peuvent avoir des accords de libéralisation des échanges comme l'ALÉNA ou l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC sur l'ouverture des marchés des soins de santé.

Légitimement, les Canadiens veulent mieux connaître les conséquences à long terme des engagements commerciaux que prend le gouvernement canadien et qui sont susceptibles d'entraîner des changements dans leurs systèmes de santé. C'est à cette deuxième cause de tension entre les valeurs liées à la santé et à la liberté du commerce que s'attardera la présente étude.

Afin de mesurer toute l'importance des effets des accords commerciaux multilatéraux sur les mesures canadiennes relatives à la santé, nous étudierons dans la première partie de l'étude le régime juridique des principaux accords économiques qui lient le Canada. Nous ferons ainsi une brève revue des principales dispositions des instruments internationaux qui ont des effets potentiels ou avérés sur les soins de santé tels qu'ils sont dispensés aujourd'hui au Canada. Nous mettrons en évidence le statut plutôt ambivalent réservé à la santé dans les règles commerciales qui prévalent aujourd'hui. Nous tenterons aussi, autant que faire se peut, de vérifier quels accords peuvent avoir des effets concrets sur les systèmes de santé canadiens. Dans la deuxième partie de l'étude, nous examinerons brièvement les différentes approches que le gouvernement canadien pourrait adopter en matière de santé dans le cadre des négociations commerciales multilatérales qui ont cours. Nous chercherons ainsi à répondre à la question générale de notre mandat et à évaluer les meilleures options qui s'offrent aux gouvernements du Canada en vue de concilier adéquatement les engagements commerciaux et économiques que prend le Canada avec un système de santé qui répond aux besoins et aux valeurs des Canadiens.

On comprendra que cette étude ne vise ni à décrire les systèmes de santé canadiens ni à étudier les besoins ou les attentes des Canadiens à l'égard de ces systèmes. Notre expertise et notre étude se limitent à présenter brièvement jusqu'où le Canada s'est engagé à libéraliser ses systèmes de santé et à voir comment, dans l'avenir, le Canada pourra concilier ses engagements économiques internationaux avec les systèmes de santé dont les Canadiens voudront se doter.

Partie I : Effets des principaux accords économiques internationaux liant le Canada sur les mesures canadiennes relatives aux soins de santé

L'objectif général de cette première partie est de faire l'inventaire des dispositions des accords économiques internationaux qui peuvent éventuellement influencer sur la capacité des divers ordres de gouvernement canadiens d'adopter et de maintenir des mesures relatives aux soins de santé. En plus de permettre d'anticiper les arguments qui pourraient être invoqués contre le Canada dans un éventuel différend, cet inventaire est l'occasion de vérifier quels sont les accords qui ont les effets les plus importants sur les systèmes de santé canadiens. Les accords étudiés ici sont répartis en trois catégories : les accords économiques multilatéraux, les accords économiques régionaux et les accords économiques bilatéraux. Pour chaque catégorie, on pourra constater les approches particulières adoptées à l'égard des soins de santé. Certaines de ces approches serviront de base aux remarques que nous présentons dans la seconde partie de l'étude.

Section 1 : Les dispositions des accords multilatéraux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé

En ce qui a trait aux accords commerciaux multilatéraux, ce sont essentiellement les Accords de l'OMC qui ont pour le moment des effets sur les mesures prises par le Canada en matière de santé. Nous examinerons successivement le GATT, l'Accord général sur le commerce des services (ACGS) et, en bloc, les autres accords multilatéraux susceptibles d'influer sur la prestations des soins de santé.

L'Accord sur le commerce des marchandises (GATT)

Les principes fondamentaux de libéralisation du commerce des produits qui lient le Canada

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, ou GATT) a introduit de nouvelles règles commerciales qui ont notamment pour objectif la libéralisation des échanges commerciaux internationaux. Pour que cet objectif puisse être atteint, plusieurs principes importants ont été mis en place, principes qui sont devenus par la suite le fondement de la plupart des accords commerciaux internationaux. Il s'agit, pour les plus importants, du principe de non-discrimination et de l'interdiction des restrictions quantitatives. Il est important d'indiquer brièvement quels sont ces principes fondamentaux, élaborés dans le cadre du GATT, qui entraînent la libéralisation du commerce des produits. Ces principes sont d'autant plus importants qu'ils sont repris dans presque tous les accords économiques internationaux.

Le principe de non-discrimination

Le principe de non-discrimination s'articule autour de deux règles : celle du traitement de la nation la plus favorisée (article I du GATT) et celle du traitement national (article III du GATT).

Aux termes de l'article I sur le traitement de la nation la plus favorisée, chaque Membre de l'OMC doit étendre automatiquement à tous les autres un traitement aussi favorable que celui consenti à n'importe quel autre pays. Ainsi, le principe du traitement de la nation la plus favorisée garantit à tous les partenaires commerciaux des conditions égales d'accès au marché. À cette règle se rattache celle du traitement national, qui oblige chaque Membre à accorder aux produits de tous les autres Membres le traitement qu'il applique à ses propres produits. Cette règle s'applique à toutes les mesures nationales tant réglementaires que fiscales. Ainsi, toutes les mesures touchant notamment à la vente, à l'achat, au transport et à la distribution des produits doivent s'appliquer de la même façon aux produits nationaux et aux produits similaires importés.

L'interdiction des restrictions quantitatives

Les restrictions quantitatives prennent généralement la forme de quotas, de contingents, ou de licences et visent à limiter l'entrée de produits étrangers sur le territoire national ou la sortie de produits nationaux vers l'extérieur. Les restrictions quantitatives ont donc comme conséquence de perturber, voire d'empêcher, les échanges de certains produits. L'article XI du GATT pose la règle de l'interdiction de telles restrictions.

Ces principes fondamentaux sur lesquels reposent les accords de l'OMC touchant au commerce des produits souffrent toutefois quelques exceptions.

Les dispositions du GATT susceptibles d'être invoquées pour protéger les mesures canadiennes concernant la santé

Il existe plusieurs dispositions du GATT qui permettent aux Membres de l'OMC de prendre des mesures restrictives relatives aux produits liés à la santé. Il s'agit de l'exception générale qui figure à l'article XX du GATT et de certains régimes particuliers mis en place par d'autres dispositions du GATT.

L'exception générale de l'article XXb)

L'article XX du GATT énonce des exceptions générales pour lesquelles les principes de l'Accord ne s'appliqueront pas, reconnaissant ainsi la particularité de certains intérêts fondamentaux comme la moralité publique, la santé, la préservation des ressources naturelles et les trésors nationaux. Ainsi, sous certaines conditions, les mesures « nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux » sont compatibles avec les dispositions du GATT.

Les conditions d'application de l'article XX sont restrictives car soumises à plusieurs conditions cumulatives. Il faut d'abord que la mesure litigieuse concerne l'un des intérêts figurant dans la liste, en l'occurrence, la protection de la santé et de la vie des personnes.

Il ne suffit pas que la mesure soit mentionnée dans la liste, il faut aussi que cette mesure soit nécessaire, selon les termes de l'article XX. Cette condition de nécessité implique que la mesure ne doit pas être excessive par rapport au but visé, qu'il existe un lien de causalité entre la mesure et l'objectif à atteindre et, enfin, que d'autres moyens moins contraignants pour la libre circulation des échanges n'existent pas. De plus, la phrase introductive de l'article XX apporte une limite importante puisqu'il ne faut pas que la mesure soit utilisée « de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ».

Cette exception de l'article XXb) a vu son champ d'application modifié avec le temps. Les instances juridictionnelles de l'OMC qui ont été amenées à se prononcer sur cette exception ne lui ont pas toujours donné la même portée. Cette exception comporte donc ses limites et ses risques.

Les autres dispositions du GATT qui permettent de déroger aux principes fondamentaux

L'article III :8 b) permet aux Membres qui le souhaitent d'accorder des subventions aux seuls producteurs nationaux. Le Canada pourrait donc octroyer des subventions dans des secteurs d'activité concernant par exemple la fabrication de matériel de santé et la fabrication de médicaments. Précisons aussi que depuis 1995, l'article III :8 b) doit s'analyser parallèlement aux dispositions de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, étudié plus loin.

Le régime juridique du GATT impose donc au Canada le respect de certaines obligations d'égalité de traitement entre les nations et entre les produits similaires ou concurrents. Le GATT aménage aussi certaines situations particulières où il lui sera possible de déroger à ces obligations, notamment en ce qui concerne les mesures relatives à la protection de la santé. Le GATT engage donc les Membres de l'OMC dans une libéralisation générale du commerce des produits tout en reconnaissant que les questions liées à la santé peuvent jouir d'un certain statut exceptionnel. On verra maintenant que l'accord général qui régit le commerce des services obéit à une dynamique assez différente de celle du GATT.

L'Accord général sur le commerce des services

Ainsi que l'a indiqué le ministre canadien du Commerce international, les services de santé offerts au Canada sont exclus pour l'heure de l'application de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) (*General Agreement on Trade in Services*, ou GATS) :

Je tiens à souligner que nous maintiendrons et préserverons la capacité de tous les ordres de gouvernement de légiférer et d'établir des politiques dans les domaines importants pour les Canadiens, a ajouté le ministre Pettigrew. *Notre système de santé, notre système d'enseignement public et nos services sociaux ne sont pas négociables (...)*

Il est vrai que chacun des Membres de l'OMC demeure maître de la décision de soumettre ou non aux principales règles de l'AGCS chacun des secteurs de services couverts par l'Accord.

Comme nous le verrons plus en détails dans les pages qui suivent, le Canada a tout à fait le droit, aux termes de l'AGCS, de ne pas s'engager à respecter les règles d'accès au marché et de traitement national énoncés dans cet accord. Il revient donc en propre au Canada de décider de l'étendue des engagements qu'il souhaite prendre quant à la libéralisation des services de santé offerts sur son territoire. On constate quand même, à l'examen du régime juridique de l'AGCS, que la prestation des services de santé peut, au moins indirectement ou potentiellement, être déjà affectée par cet accord. Afin de mesurer l'ambivalence qui caractérise le régime juridique de l'AGCS à l'égard des services relatifs à la santé, nous analyserons d'abord la notion de service telle que retenue dans l'AGCS. Nous examinerons ensuite les dispositions de l'AGCS qui conduisent progressivement à la libéralisation des services de santé. Nous étudierons enfin les dispositions aménageant un statut particulier pour la protection de la santé.

La notion de service

L'AGCS ne donne pas une définition explicite de la notion de services. Seul le commerce des services est défini. À cet égard, quatre modes de fourniture de services sont précisés. Ces modes figurent à l'article premier, alinéa 2, de l'AGCS, qui indique que :

- (...) le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service :
- a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre
 - b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre
 - c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre
 - d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de plusieurs personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

L'article premier, alinéa 3b), précise ensuite que « les « services » comprennent *tous les services de tous les secteurs* à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ». (les italiques sont de nous).

Quant à l'article premier, alinéa 3c), il précise qu'« un « service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » s'entend de tout service qui n'est fourni *ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services* », (les italiques sont de nous).

Comme l'affirment avec justesse certains auteurs spécialisés, la description des services tel que faite dans l'AGCS englobe tous les services, y compris les services de santé. (J. Vellinga, 2000, p. 158 et p. 174 ; A. Pollock et D. Price, 2000, p. 1996). En soi, les services de santé sont donc couverts par cet accord de l'OMC.

Il faut cependant préciser que, dans certains cas particuliers et à des conditions précises, les services de santé ne seront pas compris dans le champ d'application de l'AGCS. C'est ce qui découle des paragraphes 3b) et 3c) de l'article premier, qui indiquent que les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental ne sont pas visés. Ainsi, dans les cas où les services relatifs aux soins de santé sont exclusivement offerts par le gouvernement, ni sur une base

commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs, les services de santé sont exclus de l'AGCS. Par ailleurs, si certains services concernant les soins de santé fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental le sont sur une base commerciale ou en concurrence avec des fournisseurs privés, ceux-ci seront visés par les dispositions de l'AGCS. À cet égard, la note d'information de l'OMC est on ne peut plus explicite en ce qui a trait aux services hospitaliers :

Dans beaucoup de pays, toutefois, le secteur hospitalier comprend des entités publiques et des entités privées qui opèrent toutes à des conditions commerciales, en facturant au patient ou à son assurance le traitement fourni. Des aides financières supplémentaires peuvent être accordées au profit d'objectifs de politique sociale, régionale et similaire. Il semble irréaliste, en ce cas, de soutenir que l'article I:3 reste applicable et/ou qu'il n'existe pas de rapport compétitif entre les deux groupes de fournisseurs ou de services. (OMC, *Services de santé et services sociaux*, 1998, p. 14).

Ce passage trouve application au Canada depuis que le gouvernement de l'Alberta a ouvert la possibilité que certains services de santé ne soient plus seulement offerts par des organismes publics, mais aussi par des entités privées. Ainsi, dans le contexte des règles commerciales multilatérales, l'autorisation par ce gouvernement provincial de la prestation commerciale de certains services de santé pourrait avoir pour effet d'exclure de la notion de services publics les services qui seront offerts par des fournisseurs privés de santé et qui, jusqu'à l'adoption de cette loi albertaine, n'étaient offerts au Canada qu'hors du cadre concurrentiel.

On constate donc que les notions de services et de services publics ne sont pas définies de façon tranchée dans l'AGCS. Pour bien voir si un service est susceptible d'être couvert par les règles de l'AGCS, il faut vérifier si ce service est offert par les pouvoirs publics sur une base non commerciale et hors du cadre concurrentiel. Or, comme on le peut le constater chez nous, ce choix d'ouvrir ou non aux lois du marché la prestation de services de santé appartient aux gouvernements, autant au niveau provincial qu'au niveau fédéral. L'application des obligations et disciplines générales de l'AGCS aux services de santé dépend non seulement des engagements ou des exemptions pris par le Canada aux termes de cet accord, mais aussi de la possibilité qu'offre la législation interne de mettre en concurrence des fournisseurs publics et privés de services de santé. Au Canada, comme les pouvoirs législatifs en matière de santé relèvent des provinces, celles-ci peuvent exclure de la notion de services publics les services de santé offerts sur leur territoire.

Les dispositions de l'AGCS impliquant la libéralisation des services de santé

Comme dans le cadre du GATT, le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national sont les deux principes incontournables favorisant la libéralisation des échanges. Par ailleurs, l'annexe sur les services financiers a aussi des répercussions importantes dans le secteur des assurances, notamment celles concernant la santé.

Le traitement de la nation la plus favorisée (article II)

Parmi les obligations générales de l'AGCS, l'une des plus importantes est celle qui repose sur le traitement de la nation la plus favorisée, obligation qui se trouve à l'article II paragraphe 1 de l'AGCS, lequel se lit ainsi :

En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

Cependant, le deuxième paragraphe de l'article II de l'AGCS permet d'assouplir temporairement la libéralisation de certains services. Il se lit ainsi :

Un Membre pourra maintenir une mesure incompatible avec le paragraphe 1 pour autant que celle-ci figure à l'Annexe sur les exemptions des obligations énoncées à l'article II et satisfasse aux conditions qui sont indiquées dans ladite annexe.

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article II vient considérablement restreindre la portée du paragraphe 1, puisque ce dernier permet à un membre, à certaines conditions, de se soustraire au principe énoncé dans le paragraphe 1.

Afin de connaître les exemptions au traitement de la nation la plus favorisée prises par les Membres pour les services de santé, il faut donc examiner la liste qui figure dans l'annexe afférente au paragraphe 2. À l'issue du Cycle d'Uruguay, huit pays ont pris des exemptions au traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les services professionnels et certains services médicaux, sanitaires et sociaux : la Bulgarie, Chypre, le Costa Rica, le Honduras, le Panama, la République Dominicaine, la Turquie et le Venezuela (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 23 et 32). Le Canada n'a pris aucune exemption au traitement de la nation la plus favorisée pour les services de santé. Ainsi, dans la mesure où les soins de santé seraient assujettis à l'AGCS, ce dont nous discuterons plus précisément en examinant la question de l'accès au marché, le Canada serait tenu de respecter le paragraphe 1 de l'article II de l'AGCS cité ci-dessus.

L'accès au marché et le traitement national (articles XVI et XVII)

Lors des négociations commerciales sur les services, les partenaires commerciaux ont souhaité procéder à une libéralisation progressive des services (article XIX), de sorte que l'accès au marché et le principe du traitement national ne sont pas encore des obligations générales comme dans le cas du GATT et de l'ADPIC. En effet, les dispositions relatives à ces principes ne figurent pas dans les obligations générales de l'AGCS, elles sont reléguées dans la partie traitant des engagements spécifiques pris par chaque membre, engagements qui sont consignés dans les listes nationales.

L'article XVI, qui concerne l'accès au marché, précise que : « chaque membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions

convenues et spécifiées dans sa liste ». Quant à l'article XVII, relatif au traitement national, il indique que :

Dans les secteurs inscrits dans sa Liste, et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires.

L'application des règles relatives à l'accès au marché et au traitement national dépend donc des engagements spécifiques qui ont été pris par les membres. On retrouve les divers engagements pris par les membres dans les listes qui détaillent les secteurs où des engagements ont été assumés, le degré d'ouverture négocié, ainsi que les exceptions au traitement national. À partir de ce moment, les engagements sont consolidés, c'est-à-dire que le membre ne pourra plus revenir sur ces derniers ou, s'il le fait, qu'il devra en assumer les coûts puisqu'il devra accorder des compensations aux membres qui seraient lésés (article XXI de l'AGCS).

Ainsi, les Membres qui ont pris des engagements spécifiques dans le secteur des services de santé devront les respecter.

Le Conseil du commerce des services de l'OMC a publié une note d'information relative aux services de santé et aux services sociaux qui apporte certains éclaircissements sur les engagements pris par les membres (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19 et 29). Il est précisé dans cette note d'information que « les listes ne fournissent pas clairement un tableau exact, et encore moins complet, des conditions réelles du commerce et du marché » (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19). Dans un autre ordre d'idées, il est aussi indiqué qu'« il a généralement été plus facile pour les Membres de prendre des engagements concernant les services professionnels liés à la santé (services médicaux, vétérinaires, etc.) que pour les services de santé et les services sociaux « véritables » (...) » (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 19). En effet, toujours selon cette même note, pour les modes de fourniture 1, 2 et 3 que nous avons décrits plus haut, 49 membres ont pris des engagements concernant les services médicaux et dentaires et 39 concernant les services hospitaliers, la plupart des membres étant des pays en développement. Pour ce qui est du mode de fourniture 4, sur les 55 membres qui ont pris des engagements concernant les services médicaux, dentaires et vétérinaires, deux pays n'ont introduit aucune limitation mais tous les autres ont grandement limité la portée de leurs engagements (OMC, S/C/W/50, 18 septembre 1998, p. 21). Le Canada n'a pris aucun engagement en la matière puisque sa liste ne mentionne rien concernant ces derniers. (OMC, AGCS, Canada, SC/16, 15 avril 1994)

A priori, le Canada n'ayant pas pris d'engagements spécifiques en ce qui concerne les services liés aux soins de santé, il n'aurait contracté aucune obligation en la matière. Toutefois, l'AGCS comprend une annexe sur les services financiers qui pourrait avoir des répercussions sur l'assurance-maladie.

L'annexe sur les services financiers

Cette annexe traite des mesures qui gênent ou empêchent la fourniture de services financiers. Parmi les services visés, il y a les services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental, qui comprennent notamment les :

« b) (...) ii) *activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale institué par la loi ou de plans de retraite publics*; et
iii) autres activités menées par une entité publique pour le compte ou avec la garantie de l'État ou en utilisant les ressources financières de l'État », (les italiques sont de nous).

Il se trouve au moins un auteur pour soutenir qu'étant donné les définitions reproduites ci-dessous, les engagements pris par le Canada en matière de services financiers ont probablement des répercussions sur nos régimes d'assurance-maladie. (Sanger, 2000, p.75).

Les dispositions de l'AGCS assurant un statut spécifique à la santé

L'AGCS comprend des exceptions générales, dont l'une vise la protection de la santé. Cet accord, du fait de sa courte existence, prévoit également une libéralisation progressive des services. S'ajoutent à ces dispositions d'autres qui, jusqu'à présent, ne sont pas véritablement contraignantes dans la mesure où ces elles renferment des normes qui sont en devenir.

L'exception générale (article XIV)

L'article XIV de l'AGCS, corollaire de l'article XX du GATT, dresse une liste d'exceptions générales. Il est précisé dans cette disposition que :

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures : (...) b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes (...).

Aucun groupe spécial de l'OMC n'a eu l'occasion d'interpréter cette disposition. Du fait des similitudes entre cette dernière et l'article XX du GATT, on peut penser que les mêmes conditions restrictives s'appliquent. La protection de la santé est donc reconnue mais elle a un statut exceptionnel.

La libéralisation progressive (article XIX)

Une autre disposition de l'AGCS pourrait permettre aux Membres qui le souhaitent de ne pas libéraliser tout de suite leurs services de santé : c'est l'article XIX, relatif à la libéralisation progressive. En effet, la première phrase du paragraphe 2 de cet article précise que « [l]e processus de libéralisation respectera dûment les objectifs de politique nationale et le niveau de

développement des différents Membres, tant d'une manière globale que dans les différents secteurs ».

La santé est un domaine compris dans les politiques nationales d'un État. Ainsi, il semble qu'un Membre pourrait faire valoir que la libéralisation totale des services de santé irait à l'encontre *de sa politique nationale en matière de santé*.

Les autres accords de l'OMC ayant des effets sur les services de santé

Outre le GATT de 1994 et l'AGCS, certains accords de l'OMC peuvent avoir des conséquences sur les mesures nationales touchant directement ou indirectement à la santé.

L'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC ou ADPIC)

L'analyse exhaustive des effets de l'ADPIC demande une fine connaissance des règles nationales et internationales de propriété intellectuelle que n'a pas l'auteur de ces lignes. Nous nous limiterons ici à quelques remarques générales montrant que cet accord a des répercussions considérables sur les systèmes de santé et particulièrement sur les médicaments.

Les effets de l'ADPIC sur les mesures relatives à la santé concernent plus particulièrement les droits de propriété industrielle qui se rattachent à certains produits, notamment les médicaments. Ces droits de propriété intellectuelle ont généralement comme objectif de réserver pendant une durée de temps limitée l'exploitation commerciale d'un produit afin que les coûts imputables à la recherche et au développement du produit soient récupérés.

Les effets de l'ADPIC et plus généralement des règles des pays industrialisés ont été passablement décriés parce qu'ils exerceraient une pression à la hausse sur les prix des médicaments en restreignant considérablement la possibilité de commercialiser des médicaments génériques. Dans les pays en voie de développement, l'accès à des médicaments est aussi rendu presque impossible en raison de ce qui apparaît à plusieurs comme une protection à outrance des brevets des sociétés pharmaceutiques. La Conférence de Doha et les négociations qui s'ensuivent ont d'ailleurs entrepris de s'attaquer à cette délicate question.

L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (l'Accord SPS)

Cet accord de l'OMC régit essentiellement les mesures que les Membres de l'OMC appliquent à leurs frontières pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux et préserver les végétaux se trouvant sur leur territoire. Évidemment, cet accord ne touche que bien indirectement la prestation des soins de santé, mais sa structure nous semble intéressante en ce qu'elle donne l'exemple d'une bonne mise en équilibre des valeurs que sont la liberté de commerce et le droit à la santé.

Aux termes de l'Accord SPS, il est clairement établi qu'il appartient à chaque Membre de l'OMC de déterminer pour sa population le niveau de protection SPS qu'il juge approprié à l'égard des parasites, maladies et organismes pathogènes. Chaque Membre peut adopter et appliquer les mesures SPS de son choix dans la mesure où il peut apporter la preuve scientifique que ces mesures sont nécessaires à l'atteinte du niveau de protection SPS qu'il a établi. Ainsi, si la détermination du niveau de protection SPS s'est faite en fonction d'un objectif de réduction maximale des effets négatifs sur le commerce et si la mesure appliquée n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau de protection approprié, une mesure SPS sera jugée conforme au GATT et, en particulier, à l'article XXb) dont nous avons traité précédemment.

Les règles de cet accord, respectueuses de la volonté des États en matière de santé tout en participant de l'esprit de la libéralisation des échanges, nous semblent devoir être une source d'inspiration pour l'avenir.

En clair, ce que l'Accord SPS rend possible en matière de salubrité et de sécurité alimentaire devrait pouvoir être reproduit en matière de soins de santé. Chaque État devrait pouvoir établir le niveau de soins qu'il veut assurer à chacun de ces citoyens et toute libéralisation du commerce des biens et des services devrait respecter ce niveau de soins garanti. Nous élaborerons à ce sujet dans la dernière partie de l'étude, au moment de faire des recommandations.

Section 2 : Les dispositions des accords régionaux applicables aux mesures canadiennes relatives à la santé

Les engagements pris par les trois pays signataires de l'ALÉNA répondent à une dynamique différente de celle qui prévaut pour le système commercial multilatéral. Bien que cet accord régional ait été négocié concomitamment avec les accords de l'OMC, le Canada, les États-Unis et le Mexique n'ont pas choisi de mettre en place des accords généraux dont les contours et l'application sont précisés par des accords sectoriels ou par des listes contenant des engagements à la pièce. Ils ont plutôt créé un accord unique qui est divisé en parties, puis en chapitres comportant des engagements généraux de libéralisation des échanges dont l'application est régie de façon détaillée. L'accord est complété par de volumineuses annexes contenant des réserves où chacune des trois Parties à l'ALÉNA indique, pour ce qui touche l'investissement et le commerce des services, les secteurs pour lesquels les dispositions de l'Accord ne lui sont pas applicables et les secteurs où elle se réserve le droit de maintenir, d'adopter et d'appliquer dans l'avenir des mesures qui ne sont pas conformes aux termes de l'ALÉNA. Ainsi, comme on le verra, il est assez facile, à la lecture des annexes de l'ALÉNA, de voir quels aspects de nos systèmes de santé sont susceptibles d'être visés par les engagements de libéralisation que renferme l'ALÉNA.

Nous décrivons donc ici brièvement les dispositions de l'ALÉNA qui pourraient avoir des répercussions sur le commerce des biens relatifs à la santé. Nous décrivons aussi les dispositions touchant le commerce des services qui pourraient jouer sur la prestation de soins de santé,

mais nous nous attarderons surtout aux réserves et exceptions qui, du moins jusqu'à maintenant, privent l'ALÉNA d'application directe et concrète au secteur des services de santé.

Les dispositions relatives au commerce des produits de l'ALÉNA

Comme tous les accords économiques internationaux, et comme le GATT que nous avons décrit plus haut, l'ALÉNA compte de multiples articles qui prévoient l'application du principe de non-discrimination entre les produits et la facilitation du commerce de ces produits par l'abolition de barrières tarifaires et non tarifaires. Ces dispositions se trouvent dans la partie II de l'Accord et exposent les règles de traitement national, de traitement NPF, d'accès aux marchés, de subventions à l'exportation en termes semblables, voire empruntés à ceux du GATT. Ils se trouvent aussi à la partie III de l'ALÉNA, dans le chapitre sur les mesures normatives qui est proche parent de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce de l'OMC. D'autres dispositions, susceptibles d'affecter le commerce des biens liés à l'octroi de soins de santé, se trouvent au chapitre 10 de l'ALÉNA qui traite des marchés publics. Bien que l'application de ce chapitre soit largement diminuée par de nombreuses exceptions et règles relatives à l'entité qui passe le marché, au type de produits acheté et au prix du marché, rien ne s'oppose en principe à ce que ce chapitre couvre l'achat par une entité publique canadienne de produits liés à la santé. Enfin, le chapitre 17 de l'ALÉNA, qui force essentiellement les Parties à l'ALÉNA à offrir sur leur territoire respectif une protection efficace des droits de propriété intellectuelle, risque d'avoir sur le commerce des médicaments des effets semblables à ceux de l'Accord sur les ADPIC décrit précédemment. Quelques études tendent d'ailleurs à démontrer que le renforcement de la protection des produits pharmaceutiques par brevets et l'élimination des licences obligatoires en vue de se conformer à l'ALÉNA ont eu un impact sensible sur le prix des médicaments au Canada. (Anderson, Auld, Bolton et coll., 1997; Lexchin, 2001)

Ces dispositions sur le commerce des produits peuvent donc toutes avoir un impact sur le commerce des divers biens liés à la santé. Leur application n'a toutefois pas amené jusqu'à maintenant de changement important aux systèmes de santé canadiens ni à l'offre de soins de santé au Canada ni à la capacité de nos gouvernements d'offrir aux Canadiens les soins qu'ils désirent. Les dispositions de l'ALÉNA qui nous intéressent et qui risquent d'avoir des effets sont surtout celles qui touchent l'investissement et les services.

Les dispositions et réserves relatives à l'investissement et au commerce des services de l'ALÉNA

Les deux chapitres les plus susceptibles d'avoir des répercussions sur les systèmes de santé canadiens sont les chapitres 11 et 12, qui traitent des investissements et du commerce des services. À ces deux chapitres sont liées d'importantes annexes qui se trouvent à la fin de l'ALÉNA et qui restreignent de façon notable leur application. Jusqu'à maintenant, en matière de soins de santé, ces annexes retirent aux chapitres 11 et 12 à peu près tout effet concret.

Le chapitre 11 de l'ALÉNA est divisé en trois grandes sections. La section A énonce les règles liées au traitement que doit accorder chaque Partie à l'ALÉNA aux investisseurs et aux investissements provenant des deux autres pays de la zone de libre-échange. La section B prévoit comment doit s'opérer le règlement des différends entre une Partie à l'ALÉNA et un investisseur d'une autre Partie. La section C renferme toute une série de définitions applicables aux termes et expressions employés dans le chapitre 11.

C'est la section A qui revêt de l'intérêt pour notre étude puisque c'est dans cette section (essentiellement aux articles 1101 à 1107) que sont consignées les obligations substantielles des Parties à l'ALÉNA. On remarque rapidement à la lecture des règles contenues dans cette section qu'elles sont énoncées sans égard à l'activité commerciale visée par l'investissement. Ainsi, quand on lit les seuls articles 1101 à 1107 de l'ALÉNA, rien ne s'oppose à ce que les règles qu'énoncent ces articles bénéficient à des investisseurs ou à des investissements d'origine américaine ou mexicain dans le secteur de la santé au Canada. Ce n'est que l'article 1108, par les exceptions qu'il contient et par le renvoi qu'il fait aux réserves des annexes I à IV de l'ALÉNA que l'on peut juger de l'application que peut avoir le chapitre 11 sur les soins de santé au Canada. En fait, une étude attentive de l'article 1108 et des annexes permet de constater qu'à toutes fins utiles, le Canada ne s'est pas engagé à respecter le chapitre 11 de l'ALÉNA à l'égard des investisseurs et investissements visant le secteur des soins de santé au Canada. Par les réserves qu'il a consignées dans les diverses annexes à l'ALÉNA, le Canada s'est gardé la possibilité de déroger aux plus importantes obligations du chapitre 11. La plus claire et la plus complète de ces réserves est consignée à l'annexe II et figure à la page II-C-8 de l'édition canadienne de l'ALÉNA. Cette réserve porte sur l'ensemble du secteur des services sociaux. En plus de s'appliquer aux mesures déjà existantes au Canada lors de l'entrée en vigueur de l'ALÉNA, elle couvre les mesures que le Canada adoptera et appliquera ultérieurement en matière de services sociaux. Cette réserve, par laquelle le Canada conserve le droit de déroger à la règle du traitement national (article 1102) et à la règle relative aux dirigeants et conseils d'administration (article 1107) est décrite comme suit :

Services transfrontières et investissements

Le Canada se réserve le droit d'adopter ou de maintenir des mesures relatives à la prestation de services d'application de la loi, de services correctionnels ainsi que des services suivants, dans la mesure où il s'agit de services sociaux établis ou maintenus à des fins publiques : sécurité ou garantie du revenu, sécurité ou assurance sociale, bien-être social, éducation publique, formation publique, santé et soins aux enfants.

Il est vrai qu'au plan juridique il est difficile de définir avec certitude les contours de la protection qu'offre cette réserve aux système de santé canadiens (Johnson 1998, 235). On peut quand même constater que, par cette réserve et d'autres d'application plus générale visant l'ensemble des secteurs d'activité économique, le Canada a pu jusqu'à maintenant exclure les soins de santé de l'application concrète des règles de l'ALÉNA en matière d'investissement.

Le chapitre 12 de l'ALÉNA qui traite de commerce transfrontière des services renferme des engagements généraux de libéralisation des activités économiques qu'il touche. En principe, dans les dispositions de ce chapitre, rien n'empêche que les services de santé soient couverts par les engagements de libéralisation de l'ALÉNA. Seul le paragraphe 3b) de l'article 1201 apporte

peut-être un bémol à ces engagements généraux en précisant que les gouvernements signataires de l'ALÉNA ne peuvent être empêchés de fournir certains services sociaux.

3. Aucune disposition du présent chapitre ne sera interprétée :

(...)

b) comme empêchant une Partie de fournir un service ou d'exercer une fonction, par exemple en ce qui concerne l'exécution des lois, les services correctionnels, la sécurité ou la garantie du revenu, la sécurité ou l'assurance sociale, le bien-être social, l'éducation publique, la formation publique ou les services de santé et d'aide à l'enfance, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les dispositions du présent chapitre.

Ce paragraphe qui réfère aux mêmes services sociaux que l'annexe II-C-8 est pour le moins sibyllin. Il semble dire que les dispositions du chapitre 12 n'empêche pas les Parties à l'ALÉNA de fournir des services d'une façon qui n'est pas incompatible avec les dispositions du chapitre 12! Si ce paragraphe laisse entendre que les gouvernements parties à l'ALÉNA peuvent continuer de fournir des services sociaux, son sens est pour le moins obscur quant à ce que peuvent faire concrètement ces gouvernements. C'est dans les réserves auxquelles renvoie l'article 1206 que l'on peut plus facilement trouver une indication des limites aux engagements de libéralisation qu'a pris le Canada en matière de services de santé.

Les réserves à l'application du chapitre 12, notamment celle figurant à la page II-C-8 que nous avons reproduite ci-dessus, sont les mêmes que celles qui valaient pour le chapitre 11. Les systèmes de santé canadiens ont donc été protégés jusqu'à maintenant des conséquences de la libéralisation des services opérée par l'ALÉNA.

Il est intéressant de clore ces quelques considérations sur le commerce des services dans l'ALÉNA par une brève remarque sur le chapitre 16, qui traite de l'admission temporaire des gens d'affaires et dont l'application est intimement liée au commerce transfrontière des services. Ce chapitre pose quelques jalons quant aux règles que peut appliquer une Partie à l'ALÉNA au moment d'autoriser ou non un ressortissant d'une autre Partie à entrer sur son territoire pour y mener des activités commerciales. Les annexes du chapitre 16 prévoient de façon relativement précise et exhaustive les catégories de gens d'affaires dont l'admission temporaire est facilitée par l'ALÉNA. L'annexe 1603, et plus particulièrement son appendice 1603.D.1, prévoient l'admission temporaire des médecins que dans les cas où ceux-ci se livrent à des activités d'enseignement ou de recherche. L'admission, même temporaire, de médecins américains ou mexicains qui voudraient venir au Canada poser des actes qui relèvent de la pratique de la médecine n'est pas prévue par l'ALÉNA. On trouve donc ici un obstacle additionnel à l'ouverture du marché des services de santé à nos partenaires commerciaux de l'ALÉNA.

L'ALÉNA n'a pas encore eu d'impact sensible sur la capacité de nos gouvernements de maintenir nos systèmes de santé et d'offrir à la population canadienne des soins de santé qui respectent les balises fixées par notre législation. Toutefois, comme on le verra dans la partie II de notre étude, l'approche adoptée dans l'ALÉNA, qui consiste à prendre des engagements généraux puis à les circonscrire par des réserves, est risquée et pourrait, dans l'avenir, ne plus offrir une protection suffisante à nos systèmes de santé fondés sur le financement public.

Section 3 : Les dispositions des accords bilatéraux applicables aux mesures relatives à la santé

Le Canada est partie à 25 accords économiques bilatéraux qui sont aujourd'hui en vigueur. À notre connaissance, ces accords n'ont pas d'impact concret sur les soins de santé au Canada.

Vingt-deux des accords économiques bilatéraux qui lient le Canada sont des accords de protection des investissements étrangers dont on peut aisément trouver les textes intégraux sur le site du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. La vaste majorité des pays avec lesquels le Canada a signé ces accords sont des pays avec lesquels nos activités commerciales sont faibles, voire très faibles. À strictement parler, les effets avérés comme potentiels de ces accords sur les soins de santé au Canada sont à peu près nuls. Au surplus, les plus récents de ces accords – tel l'Accord entre le Gouvernement de la république de Croatie et le Gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection des investissements, entré en vigueur à la fin de 2001 – comportent en annexe des exceptions à l'application du traitement national qui couvrent les services sociaux, dont les services de santé. Il y a donc, à notre point de vue, peu à craindre des effets que pourraient avoir les accords bilatéraux sur l'investissement que conclut le Canada.

Les trois autres accords économiques internationaux qui lient aujourd'hui le Canada sont des accords de libre-échange, signés avec le Chili, le Costa Rica et Israël. Bien qu'il soient beaucoup moins complets et exhaustifs que l'ALÉNA, ces trois accords ont des structures qui s'inspirent largement de celles de l'accord régional qui lie les trois gouvernements nord-américains. Ces trois accords sont très clairement axés sur la libéralisation du commerce des produits et sur l'abaissement des tarifs douaniers. Le seul qui renferme des dispositions autonomes relativement au commerce transfrontière des services, l'accord de libre-échange avec le Chili, comporte en annexe une réserve identique à celle qui figure dans l'ALÉNA à l'annexe II-C-8, que nous avons reproduite plus haut. Ainsi, au niveau bilatéral, le Canada semble avoir opté pour ce que nous appelons l'approche par réserves pour soustraire jusqu'à maintenant les systèmes de santé aux effets des accords économiques internationaux.

Partie II : Les différentes approches que peut adopter le Canada en matière de soins de santé au regard des prochaines négociations commerciales

L'inventaire des dispositions des principaux instruments internationaux qui lient le Canada et qui sont susceptibles d'affecter les systèmes de santé canadiens a permis de constater que l'interface entre soins de santé et commerce a été traitée de façons assez diverses selon les accords commerciaux. Dans l'accord régional (l'ALÉNA) et dans au moins un accord bilatéral signé par le Canada, celui-ci a pris l'engagement de principe de libéraliser le commerce des biens et des services et il a apporté d'importantes limitations à l'étendue de cet engagement en faisant inclure ou annexer à ces accords des réserves et exceptions relatives aux soins de santé. On a vu précédemment que c'est une toute autre dynamique qui a prévalu dans le contexte de l'OMC. Dans la troisième partie de l'AGCS, qui nous intéresse particulièrement parce qu'elle traite des obligations d'accès au marché et de traitement national, on ne trouve ni engagement général, ni réserve, ni exception. Les obligations prévues dans cette partie de l'AGCS font l'objet d'engagements à la pièce de la part de chaque Membre. D'autres accords de l'OMC que nous avons brièvement décrits plus haut ne contiennent ni réserves, ni exceptions, ni de possibilité d'engagement à la pièce. Ils sont plutôt fondés, comme l'Accord SPS, sur l'équilibre entre la liberté de commerce et la protection de la santé.

C'est donc par le biais d'accords aux approches bien différentes que le Canada s'est engagé au niveau international à respecter certaines règles de libéralisation du commerce qui pourraient avoir des conséquences sur les systèmes de santé canadiens. Jusqu'à maintenant, ces approches ne se sont pas contredites. Le Canada n'a pas eu à infléchir le sens des engagements ou des réserves qu'il a pris en matière de santé dans le cadre d'un accord commercial pour respecter les engagements qu'il aurait pris dans un autre accord. La position canadienne en matière de libéralisation des soins de santé semble donc cohérente. Mais cette cohérence n'est qu'apparente et peut-être temporaire. Elle est en tout cas bien fragile.

La fragilité de la cohérence entre les engagements pris par le Canada aux termes des divers accords économiques vient du fait que le Canada participe en ce moment à d'importantes négociations commerciales qui risquent de déboucher sur des textes très différents traitant tous potentiellement de la libéralisation des soins de santé. Au niveau multilatéral, le programme de Doha prévoit la renégociation de l'AGCS. Au niveau continental ou hémisphérique, les négociations visant la création d'une zone de libre-échange des Amériques ont pour base les textes de l'ALÉNA. Dans les deux cas, l'ordre du jour des négociations prévoit une libéralisation accrue des échanges commerciaux et, en particulier, du commerce des services. Il est donc permis de croire que ces grandes négociations, multilatérales et hémisphériques, engendreront des instruments internationaux qui seront aussi différents entre eux que le sont l'ALÉNA et l'AGCS, et qui auront leurs interprétations et leurs évolutions propres. L'approche des réserves et exceptions, privilégiée jusqu'ici au niveau continental, et l'approche par engagements à la pièce appliquée dans le cadre de l'AGCS, risquent donc d'aboutir à des textes si différents qu'ils pourraient devenir contradictoires ou irréconciliables. Avec, d'une part, des engagements généraux assortis de réserves et d'exceptions et, d'autre part, des engagements à la pièce,

il pourrait devenir fort difficile de délimiter clairement ce qui fait l'objet d'un engagement de libéralisation de la part du gouvernement canadien.

Nous voudrions donc faire voir ici les risques liés aux deux approches préconisées dans l'ALÉNA et dans l'AGCS et montrer la nécessité, pour le Canada et pour tout État soucieux de bien définir les aspects des soins de santé pour lesquels il souhaite ouvrir ses frontières, d'adopter une approche globale grâce à laquelle citoyens et gouvernements sauront clairement ce qui est soumis à la concurrence internationale et ce qui est protégé.

Cette deuxième partie de notre étude se veut donc un court complément à la première, qui recensait l'ensemble des accords ayant un impact sur nos systèmes de santé. Elle constitue, du point de vue du droit international économique, la réponse qui nous apparaît la plus pertinente à la question générale qui nous est soumise, à savoir quelles options s'offrent pour s'assurer que les gouvernements du Canada peuvent continuer, s'ils le souhaitent, à maintenir un système public de soins de santé compatible avec les accords qu'a signés le Canada. Nous expliquerons que, quelle que soit l'orientation de fond choisie par les gouvernements et les citoyens canadiens, il devient urgent de présenter et de promouvoir au niveau international une position claire, constante et ayant la même signification d'un accord commercial à l'autre.

En guise de conclusion, nous nous permettrons des suggestions quant à l'approche que devrait privilégier le gouvernement canadien dans les négociations commerciales en cours.

Les risques de l'approche par réserves et exceptions

L'approche par réserves et exceptions est celle qui prévaut dans l'ALÉNA et dans les accords bilatéraux signés par le Canada sur le commerce des services. Le recours à cette approche comporte, à terme, certains risques pour les systèmes de santé canadiens. D'une part, il est reconnu que des réserves et exceptions sont toujours interprétées de façon restrictive. Il est donc tout à fait possible qu'en cas de litige, certains services que le Canada considère couverts par une réserve ou une exception ne soit pas considérés comme tels par nos partenaires commerciaux ou par un groupe d'arbitres appelé à trancher un éventuel différend entre le Canada et une autre Partie qui réclame, pour l'un de ses ressortissants, l'accès à notre marché des soins de santé.

D'autre part, il est aussi bien connu que des réserves et exceptions visent à éluder l'effet de règles générales. Or, dans un contexte de négociations commerciales hémisphériques comme celles en cours pour créer une zone de libre-échange des Amériques, ce ne sont pas les exceptions qui constituent les principales préoccupations des négociateurs, ce sont les règles. Les règles visent la libéralisation des échanges et non la protection des services sociaux. L'esprit à la base des textes négociés est d'ouvrir les marchés selon des règles convenues. Si la protection des systèmes de santé publics ne figure pas dans les règles mais uniquement dans les exceptions, une importance moins grande risque d'être accordée à la protection des systèmes de santé publics. L'équilibre que recherche le gouvernement canadien entre l'ouverture des marchés des autres pays et la protection de nos systèmes de santé est donc assurée par des moyens juridiques inégaux. L'ouverture des marchés est assurée par une règle, la protection des systèmes de santé est assurée par une exception. Avant de choisir de donner une place moins importante à la

protection des systèmes publics de santé qu'à l'ouverture des marchés, le gouvernement canadien ne devrait-il pas vérifier quelles sont les priorités des Canadiens? Quelles valeurs méritent d'être consignées dans une règle de principe, quelles autres valeurs pouvant être mises en opposition avec la libéralisation du commerce justifient plutôt une exception?

Les risques de l'approche par engagements à la pièce

L'approche adoptée par les Membres de l'OMC dans l'AGCS, que nous appelons approche par engagements à la pièce, suppose que seuls sont tenus de donner accès à leur marché national les Membres de l'OMC qui se sont spécifiquement engagés à le faire. Ainsi, à priori, si le Canada n'a pris aucun engagement à l'égard des services de santé offerts sur son territoire, il n'est pas tenu d'admettre les fournisseurs privés de ces services. Contrairement à l'approche par réserves et exceptions, les risques que comporte l'approche par engagements à la pièce ne résident donc pas dans le libellé des engagements. Un Membre de l'OMC qui demeure silencieux sur un secteur de services n'est pas tenu d'accorder accès à son marché pour ce secteur. Les risques résident plutôt dans la négociation des engagements pris par chaque Membre de l'OMC. Chaque Membre souhaitant faire bénéficier ses ressortissants de la possibilité d'offrir des services précis sur le territoire de certains autres Membres représentant des marchés intéressants, un jeu de donnant-donnant et d'enchères s'engage entre les Membres participant aux négociations. Par exemple, en contrepartie de l'accès au marché de certains services financiers ou professionnels, des Membres concèdent l'accès à d'autres secteurs de services tels les transports ou les services audiovisuels. Dans cette dynamique, tous les services couverts par l'AGCS sont susceptibles de faire l'objet de négociations. Des pressions politiques ou économiques peuvent donc être exercées sur un Membre de l'OMC pour qu'il ouvre le marché de certains secteurs de services. Les services de santé étant, comme on l'a vu, potentiellement couverts par l'AGCS, rien n'interdit de penser que la libéralisation progressive du commerce des services n'englobe un jour les services de santé. Encore ici, si cette approche a bien protégé les systèmes publics de santé jusqu'à maintenant, il est aisé d'en voir les limites et les écueils qu'elle présente à long terme.

Les risques liés à l'absence d'une approche globale

Les deux accords ayant les effets potentiels les plus forts sur nos systèmes de santé, l'AGCS et l'ALÉNA, sont basés sur des approches qui s'opposent sur au moins un plan. Dans l'AGCS, le fait pour un Membre de l'OMC d'être silencieux sur l'accès au marché d'un secteur de services lui permet de protéger ce secteur de la concurrence étrangère. Dans l'ALÉNA, une Partie doit au contraire être explicite dans ses réserves si elle souhaite soustraire un secteur de services à l'application de l'Accord. Or, le Canada est aujourd'hui engagé dans deux grandes rondes de négociations commerciales fondées sur ces approches contradictoires. Au sein de deux grands forums, l'OMC et les négociations pan-américaines, il doit articuler une politique globale cohérente sur le commerce des services de santé. Soumis à des pressions diverses selon ses interlocuteurs, il doit arriver à défendre une même politique et à exprimer cette position par des engagements (ou l'absence d'engagements) dans un forum, et par des réserves et des exceptions dans l'autre. Au surplus, ces deux négociations commerciales appellent, explicitement dans le

cas de l'OMC, une libéralisation accrue du commerce des services. Il nous semble que si, dans le cadre de ces négociations, le Canada veut faire valoir l'idée que nos systèmes de santé ne sont pas négociables, s'il veut, surtout, faire reconnaître la notion que les accords économiques internationaux ne doivent avoir aucun effet sur les politiques nationales en matière de santé, ces principes doivent faire l'objet de dispositions claires, non plus simplement être exprimées par des silences ou par des textes d'exception consignés en annexe des accords internationaux.

Remarques conclusives et recommandation quant à l'approche à privilégier

En plus d'examiner les accords susceptibles d'avoir un impact sur nos systèmes publics de santé, il nous a essentiellement été demandé d'indiquer quelles options s'offraient au Canada en vue d'assurer l'adéquation entre les politiques canadiennes en matière de santé et les engagements pris par le Canada dans les principaux accords économiques internationaux.

Il nous apparaît que même si le Canada a, jusqu'ici, bien mis à profit la marge de manœuvre qu'offrent les principaux accords économiques qui le lient pour protéger nos systèmes de santé, cette marge de manœuvre rétrécit rapidement et pourrait ne plus permettre au Canada de prendre des engagements commerciaux internationaux conformes aux souhaits des Canadiens quant aux effets, ou à l'absence d'effet, que doivent avoir ces accords sur nos systèmes de santé. On a pu voir les risques que comporte le fait de compter sur des dispositions d'exception ou sur un mode d'engagement à la pièce pour exclure de l'application des accords nos systèmes de santé. Ces risques seront certainement amplifiés avec les négociations devant mener à la ZLÉA et celles ayant cours à l'OMC. Afin d'assurer que les engagements commerciaux du Canada et les systèmes de santé que souhaite les Canadiens ne soient pas en contradiction les uns avec les autres, il est temps que le Canada se dote d'une position unique et claire, exprimée dans les mêmes termes dans tous les forums. Dans cette optique, il nous semble souhaitable voire nécessaire que le Canada devienne, au niveau international, le promoteur d'un instrument international qui mette directement en équilibre et en opposition les principes du libre-échange avec les principes nécessaires à la mise en place et au maintien de systèmes de santé pouvant offrir aux Canadiens le niveau de soins que souhaite la population. À cet égard, l'Accord SPS, brièvement analysé dans cette étude, pourrait servir de guide pour l'instrument international que nous suggérons. Cet instrument devrait permettre à chaque État de fixer souverainement le niveau de services publics de santé qu'il souhaite offrir à sa population. Il devrait aussi exiger de chaque État qu'il justifie ses mesures commerciales restreignant ou empêchant le commerce des produits et services liés à la santé en démontrant que les mesures commerciales contestées sont nécessaires à l'atteinte du niveau de soins de santé que l'État a choisi de donner à sa population. Ainsi, dans un même instrument international, il serait tenu compte de deux valeurs chères à la communauté des États démocratiques, le droit à la santé et la liberté de commerce. Il serait aussi et surtout clairement exprimé par une règle de principe que la libéralisation du commerce des biens et services liés à la santé ne saurait se faire en brimant le droit à la santé ni au détriment des systèmes de santé publique que chaque État choisit de mettre sur pied ou de maintenir. Si cette mise en équilibre des principes commerciaux et des principes de santé publique auxquels adhèrent les Canadiens peut paraître difficile à atteindre, elle nous semble indispensable à la conciliation du phénomène de la mondialisation avec le respect des principes qui sous-tendent les systèmes de santé dont se sont dotés des sociétés comme le Canada.

Bibliographie sommaire

Monographies

Sanger, Matthew, *Reckless Abandon : Canada, the GATS and the Future of Health Care*, Centre canadien de politiques alternatives, 2001.

Articles, rapports et publications

Anderson, M., Auld, C., Bolton, C., Gregory, A., et J. McBride, « The Economic Impact of Bill C-91 on the Cost of Pharmaceuticals in Canada », Kingston, Queen's Health Policy Research Unit, Université Queen's, 1997.

Bettcher, D.W., Yach, D., et G.E. Guindon, « Global Trade and Health : Key Linkages and Future Challenges », (2000), vol. 78, n° 4, *Bulletin de l'OMS*, pp. 521-534. Disponible sur le site : www.who.int/bulletin/tableofcontents/2000/vol.78no.4.html, (date d'accès : avril 2002).

Correa, Carlos, M. « Implementing National Public Health Policies in the Framework of WTO Agreements », (2000), vol. 34, n° 5, *Journal of World Trade*, pp. 89-121.

Kinnon, C.M., « Commerce mondial : ménager une place à la santé », (1998), vol. 19, n° 4, *Forum mondial de la santé*, pp. 398-407.

Lexchin J., *Globalization, Trade Deals and Drugs*, Briefing Paper Series : Trade and Investment, Centre canadien de politiques alternatives, novembre 2001.

OMC, Conseil du commerce des services, Services de santé et services sociaux, Note d'information du Secrétariat, S/C/W/50, 18 septembre 1998.

OMC, Conseil du commerce des services, Services de santé et services sociaux, Communication des États-Unis, S/C/W/56, 20 octobre 1998.

Organisation mondiale de la santé, Organisation mondiale du commerce, Les Accords de l'OMC et la santé publique, Étude conjointe de l'OMS et du Secrétariat de l'OMC, Secrétariat de l'OMC, 2002.

Pollock, M. Allyson et David Price, « Rewriting the Regulations : How the World Trade Organization Could Accelerate Privatisation in Health-Care Systems », *The Lancet*, vol. 356, 9 décembre 2000, p. 1995.

République française, Avis et rapports du Conseil économique et social, *Les négociations commerciales multilatérales : le cas des services*, Les Éditions des journaux officiels, 2001.

Vellinga Jake, « Commerce international, régimes de soins de santé et services de santé : l'optique de la politique en matière de santé », dans *Les recherches en politique commerciale 2001*, 21 janvier 2000, p. 157. Le texte est disponible sur le site : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/04-f.pdf>, (date d'accès : décembre 2001).

Woodward, David, Drager, Nick, Beaglehole, Robert et Debra Lipson, « Globalisation and Health : A Framework for Analysis and Action », 2001, 79(9) *Bulletin de l'Organisation mondiale de la santé*, pp. 875-881.

Organisation mondiale de la santé, *Globalization, Patents and Drugs. An Annotated Bibliography*, 2^e édition, Health Economics and Drugs, EDM Series, n° 10, 2001.

Articles de journaux

Carey John, « Costly Drugs: An Even Bloodier Backlash Ahead », *Business Week*, 28 mai 2001, p. 40.

Normand, François, « L'AMI, prise trois », *Le Devoir*, le samedi 26 septembre 1998.