

[traduction du STTP]

Le 9 mars 2016

M. Peter Denley
Dirigeant national des griefs
Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes
377, rue Bank
Ottawa (Ontario) K2P 1Y3

Mr. Peter Denley
National Grievance Officer
Canadian Union of Postal Workers
377 Bank Street
Ottawa ON K2P 1Y3

Objet : Incidence du Partenariat transpacifique sur les services postaux au Canada

Monsieur,

Vous nous avez demandé notre opinion sur les répercussions possibles du Partenariat transpacifique (PTP) sur les activités et le mandat de Postes Canada.

Le PTP a été décrit comme le « plus vaste accord commercial au monde ». Comme vous le savez, les engagements du Canada aux termes de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) imposent déjà d'importantes contraintes à l'autorité des gouvernements canadiens, à tous les paliers, dans l'exercice de leurs prérogatives constitutionnelles, législatives et réglementaires. Néanmoins, le PTP élargira la portée de ces contraintes dans plusieurs domaines de la politique publique et du droit. Bien que certaines de ces contraintes concernent le commerce international, comme les nouvelles règles tarifaires relatives au secteur de l'automobile, d'autres concernent principalement la politique intérieure et le droit, comme la protection conférée aux brevets des produits pharmaceutiques, les règles d'approvisionnement local, et la réglementation des services financiers et, particulièrement important pour la question qui nous occupe, les services postaux.

L'analyse qui suit examine dans quelle mesure la mise en œuvre du PTP établirait de nouvelles règles qui empièteraient a) sur l'autorité législative et réglementaire du gouvernement fédéral en matière de services postaux, et b) sur les activités actuelles et à venir de Postes Canada. Comme il est expliqué ci-dessous, les conséquences les plus importantes de ces vastes règles « commerciales » sont les suivantes :

1. Les règles du PTP sur le « commerce transfrontières des services » comprennent une annexe détaillée sur les « services de livraison express » qui imposerait des contraintes à l'autorité gouvernementale en matière de services postaux et aux activités de Postes Canada beaucoup plus explicites que celles imposées par l'ALÉNA ou l'AGCS. Non seulement ces nouvelles règles limiteraient la capacité de Postes Canada d'étendre ses services actuels, comme Xpresspost ou les services de sa filiale Purolator, mais elles menaceraient aussi sa capacité de maintenir son modèle d'entreprise actuel qui intègre des services de livraison express et des services de livraison de la poste-lettres.
2. De même, les règles du PTP sur les « entreprises appartenant à l'État » et les monopoles élargissent et rendent plus explicites des contraintes similaires de l'ALÉNA et de l'AGCS visant les mesures prises par Postes Canada pour remplir son mandat, qui consiste à assurer un service postal universel à l'ensemble de la population tout en maintenant sa viabilité grâce, entre autres, aux services de livraison express.
3. Le PTP élargit la portée du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) qui s'est avéré être l'élément le plus pernicieux des nouvelles règles de libéralisation « commerciale » et l'un des éléments que de nombreux pays tentent maintenant de restreindre. En élargissant la portée de ce mécanisme, le PTP fait planer la menace d'une autre poursuite prolongée investisseur-État contestant les activités de Postes Canada, comme dans l'affaire UPS *c. Canada*. Toutefois, le mécanisme RDIE serait renforcé par les dispositions du PTP sur les entreprises appartenant à l'État et les monopoles, et les dispositions de l'annexe sur les services de livraison express (annexe 10-B). Ces dispositions s'opposent à l'intégration des services visés par un monopole (poste-lettres) et des services commerciaux (livraison express), qui est au cœur du modèle d'entreprise de Postes Canada.
4. Les règles du PTP sur les services postaux reflètent fidèlement les objectifs des entreprises privées de messageries, notamment Fedex et UPS, qui ont investi des ressources considérables pour influencer les négociations du PTP. Ces entreprises visent à limiter, voire même éliminer la concurrence des fournisseurs de services du secteur public, en particulier dans le secteur des services de livraison express. Pour les aider à réaliser cet objectif, elles cherchent à obtenir le droit exécutoire de tirer profit de l'infrastructure nationale de Postes Canada (vente au détail, levée et livraison),

- sans avoir à supporter le fardeau des obligations de cette dernière en matière de service publics.
5. Dans un contexte économique favorable aux entreprises qui peuvent innover et répondre aux nouvelles demandes du marché, comme celles découlant du commerce électronique, les règles du PTP auront pour effet d'enfermer les fournisseurs de services du secteur public dans le *statu quo*. Mais plus important encore, les nouvelles règles sur les services de livraison express et sur les entreprises appartenant à l'État et les monopoles, ainsi que le « mécanisme de cliquet », viendraient réduire ou même éliminer la capacité de ces fournisseurs du secteur public à être concurrentiels sur le nouveau marché.

Lorsqu'on passe le PTP en revue, on est frappé non seulement par sa complexité, mais aussi par la redondance des règles visant à limiter le rôle des services postaux du secteur public. Ces règles enchâssent un modèle néolibéral qui cherche, au moyen de la déréglementation et de la privatisation, à réduire ou à éliminer le rôle des fournisseurs de services du secteur public.

Compte tenu des efforts déterminés déployés par les entreprises de messageries pour influencer sur la formulation des règles du PTP, et étant donné leur succès manifeste à cet égard, il faut s'attendre à ce qu'elles utilisent les dispositions du PTP de manière agressive pour promouvoir leurs intérêts. Au bout du compte, ce recours aux dispositions du PTP pourrait donner lieu à des contestations commerciales et à des poursuites de la part d'investisseurs, mais la conséquence la plus généralisée de ce recours consistera probablement à jeter un froid sur les réformes gouvernementales en matière de politiques ou de règlements touchant les services postaux, car les lobbyistes du secteur des messageries s'empresseront de rappeler les contraintes du PTP au gouvernement qui s'aventurerait dans cette direction.

En bref, bien que les règles du PTP ne menacent pas *directement* le mandat de Postes Canada relativement à la poste-lettres, elles imposent toutefois des contraintes importantes à la capacité de Postes Canada de maintenir un modèle d'entreprise qui repose sur l'intégration des services de livraison express de colis, des services de messageries et des services de livraison de la poste-lettres (c.-à-d. Xpresspost et les services de messageries de sa filiale, Purolator).

De plus, les règles du PTP établiraient de nouvelles barrières qui limiteraient les options dont dispose le Canada pour donner à Postes Canada les moyens de relever de nouveaux défis et de profiter des possibilités émergentes sur le marché. Compte tenu de l'importance des services de messageries et de livraison express pour le modèle de service de Postes Canada et du rôle crucial de l'innovation dans le succès de toute entreprise, il n'est pas déraisonnable de présenter le PTP comme une menace matérielle et existentielle à l'avenir de Postes Canada.

À notre connaissance, le Canada ne bénéficiera aucunement des engagements pris dans le domaine des services postaux et des services de messageries. Néanmoins, et bien que le Canada ait été en mesure d'exempter le secteur des postes d'une partie ou de l'ensemble des règles du

PTP, comme l'ont fait d'autres pays (notamment le Japon et Singapour), le gouvernement Harper a refusé de le faire, et ce, pour des raisons qu'il n'a jamais daigné expliquer.

Section 1. Engagements actuels du Canada en matière de commerce international

A. Le service postal universel du Canada et les règles du commerce international

Le Partenariat transpacifique (PTP) n'est pas le premier accord commercial à compromettre l'autonomie politique du Parlement canadien et le rôle de la Société canadienne des postes (« Postes Canada ») en ce qui concerne les services postaux et les services connexes.

Le Canada est déjà assujéti aux règles de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) concernant les services postaux, règles qui se chevauchent.

En grande partie, ces règles « commerciales » reflètent les objectifs des grandes entreprises multinationales de messageries et des entreprises de livraison express (le « secteur des messageries ») qui, depuis plus de vingt ans, font campagne pour limiter le rôle des services postaux publics. Bien que les efforts pour persuader les gouvernements de déréglementer les services postaux dans le cadre de leur politique intérieure aient généralement échoué, les mêmes objectifs sont maintenant poursuivis au moyen des négociations commerciales.

Des études antérieures ont examiné la stratégie à volets multiples d'entreprises comme UPS et FedEx, qui comporte entre autres les éléments suivants¹ : (1) pressions pour l'adoption de règles commerciales qui limitent ou même éliminent le rôle des services postaux publics, surtout en ce qui concerne les services de livraison express et les services de messageries; (2) poursuites judiciaires stratégiques contre les services postaux des États-Unis et de l'Allemagne²; et (3) plainte déposée aux termes du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États de l'ALÉNA (*UPS c. Canada*).

Heureusement, les entreprises de messageries n'ont pas été en mesure d'atteindre la majorité de leurs objectifs dans le cadre des négociations sur l'AGCS, et UPS a perdu la poursuite qu'elle

¹ Scott Sinclair, *L'AGCS et les services postaux canadiens* (Ottawa : Centre canadien de politiques alternatives, mars 2001) [En ligne :

www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National_Office_Pubs/gats_postal_fr.pdf;
Jim Grieshaber-Otto et Scott Sinclair, *Renvoi à l'expéditeur : L'incidence de la « réglementation favorable à la concurrence » relative à l'AGCS sur les services postaux et d'autres services publics*. (Centre canadien de politiques alternatives, le 28 janvier 2004) [En ligne :

www.policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National_Office_Pubs/renvoi_a_lexpediteur.pdf.

² Par exemple *Federal Express Corporation v. United States Postal Service*, 40 F.Supp.2d 943 (W.D.Tenn. 1999); *UPS Europe SA v. European Commission* (Deutsche Post AG intervening) (T-175/99) [2002] All ER (D) 307 (Mar).

avait intentée contre le Canada aux termes de l'ALÉNA. La stratégie des entreprises de messageries a toutefois connu beaucoup plus de succès en ce qui concerne les accords commerciaux bilatéraux, ou les accords relatifs à des zones d'échange préférentielles (PTA), conclus entre les États-Unis et d'autres pays. Par exemple, l'accord de libre-échange conclu en 2004 entre l'Australie et les États-Unis comprend des dispositions visant précisément à restreindre la capacité des monopoles postaux publics à faire concurrence aux services de livraison express sur le marché des services postaux qui ne font pas l'objet d'un monopole³. L'accord de libre-échange conclu en 2003 entre le Chili et les États-Unis comprend une disposition qui empêche le Chili (mais non les États-Unis) d'imposer de nouvelles restrictions sur les services de livraison express sur son territoire⁴.

Comme il est expliqué ci-dessous, le PTP représente le point culminant des efforts déployés par le secteur des messageries pour établir de nouvelles règles commerciales qui lui permettront d'atteindre ses objectifs.

Ces développements surviennent au moment où les services postaux publics subissent des pressions accrues pour remplir leur mandat de service public en raison de la demande qui ne cesse de diminuer à l'égard des services traditionnels de la postes-lettres. Depuis les années 1990, la révolution technologique dans le domaine de l'information ainsi que l'arrivée des nouvelles technologies de communication et des réseaux de médias sociaux ont contribué au déclin des volumes de courrier physique⁵. Ces changements menacent la capacité de Postes Canada de remplir l'« obligation d'assurer un service universel » qui lui incombe en vertu des lois canadiennes et du droit international⁶.

³ *Australia-US Free Trade Agreement*, article 10.12.3.

⁴ *Chile-US Free Trade Agreement*, chapitre 11, annexe 11.6.

⁵ Siva Somasundram et Iain Sandford, « Regulation of postal services in a changing market environment: lessons from Australia and elsewhere », dans *WTO Domestic Regulation and Services Trade: Putting Principles into Practice*, eds. Aik Hoe Lim, Bart De Meester (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 182-183.

⁶ Les obligations du Canada en vertu du droit international comprennent celles établies par les dispositions de l'article 3.1 de la *Convention postale universelle*, qui l'obligent à veiller à ce que « tous les utilisateurs/clients jouissent du droit à un service postal universel qui correspond à une offre de services postaux de base de qualité, fournis de manière permanente en tout point de [son] territoire, à des prix abordables. » Comme le stipule l'article 5 de la *Loi sur la Société canadiennes des postes*, LRC 1985, ch. C-10, Postes Canada a notamment pour mandat d'assurer la prestation de services postaux et de services connexes de qualité à l'ensemble de la population de toutes les régions du pays, et ce, à un prix abordable, au moyen d'une institution gouvernementale tenue de rendre des comptes. Malgré la vaste superficie du Canada, le Parlement a exigé que Postes Canada assure des normes de service « adaptées aux besoins de la population du Canada et comparables pour des collectivités de même importance » (alinéa 5(2) b)). En plus de ces objectifs généraux, Postes Canada doit maintenir une tarification uniforme partout au pays, respecter des normes concernant la fréquence des levées et la rapidité de la livraison, et maintenir, partout au pays, une proximité acceptable des boîtes postales et des bureaux de poste. (*Renvoi à l'expéditeur, supra*, p. 135).

Pour maintenir sa viabilité financière tout en remplissant son mandat de service public⁷, y compris son obligation d'assurer un service universel, Postes Canada a adopté une stratégie consistant à offrir des services qui viennent compléter son mandat principal relatif à la poste-lettres et pour lesquels la demande ne cesse de grandir. Il s'agit notamment des services de livraison de colis et des services de livraison express (c'est-à-dire Xpresspost, ainsi que les services de sa filiale, Purolator). Ainsi, bien que les volumes de la poste-lettres continuent de diminuer, ce n'est pas le cas des services de livraison express et des services de messageries, qui constituent des domaines en pleine croissance en raison, entre autres, de la popularité croissante du commerce électronique⁸. La plus grande menace que fait peser le PTP concerne ces domaines de services autres que la poste-lettres.

Avant d'examiner plus en détail les dispositions les plus préoccupantes du PTP, voici une brève description des règles de l'AGCS et de l'ALÉNA relatives aux services postaux qui constituent le point de référence en fonction duquel les règles du PTP doivent être évaluées.

(i) L'Accord général sur le commerce des services (AGCS)

L'AGCS comprend des règles étendues qui empiètent sur les politiques, les lois et les pratiques en matière de services postaux et de services de livraison express⁹.

L'incidence de ces règles sur Postes Canada a fait l'objet d'une analyse exhaustive de la part de Scott Sinclair, du Centre canadien de politiques alternatives¹⁰. Bien que le Canada n'ait pas pris d'engagements précis relativement aux services postaux *comme tels* dans le cadre de l'AGCS, il a toutefois pris des engagements étendus relativement au secteur des services de messageries. Comme le note M. Sinclair :

En incluant dans sa liste d'engagements spécifiques les services de messageries, le Canada a déclenché l'application des dispositions portant sur l'«abus de position monopolistique» prévues à l'article VIII.2. Par conséquent, cette décision expose le gouvernement canadien et Postes Canada à des plaintes, aux termes de l'AGCS, selon lesquelles Postes Canada abuse de sa position de monopole sur la poste-lettres en livrant une

⁷ La Loi exige que Postes Canada exploite ses activités sur la base de l'autonomie financière et verse au gouvernement fédéral un dividende annuel, sous forme de paiement dans ses revenus généraux. *LSCP, supra*, alinéa 5(2) b), 27.4.

⁸ Zhang, *supra*, p. 389.

⁹ Organisation mondiale du commerce, « Services : des règles pour la croissance et l'investissement » [En ligne : [www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm6_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto/f/whatis_f/tif_f/agrm6_f.htm)].

¹⁰ *L'AGCS et les services postaux canadiens, supra*, p. 26-28. Voir aussi *Renvoi à l'expéditeur, supra*.

concurrence induite dans les services concurrentiels, comme la livraison par exprès¹¹.

Les engagements spécifiques concernant les services de messageries ont donné lieu à l'application de l'obligation du « traitement national » et de l'obligation « d'accès aux marchés ». Aux termes de la première obligation, tout service ou fournisseur de services étranger doit obtenir un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux fournisseurs nationaux. Aux termes de l'obligation relative à l'accès aux marchés, un pays ne peut pas imposer de « limitations » concernant, notamment, le nombre total de fournisseurs de services¹².

À maintes reprises, les entreprises du secteur des messageries ont accusé le Canada d'enfreindre les règles de l'AGCS, alléguant notamment que Postes Canada abuse de sa position de monopole sur la poste-lettres au moyen de l'« interfinancement »¹³. En bref, le secteur privé allègue que Postes Canada utilise des revenus provenant de ses activités de la poste-lettres visées par le privilège exclusif pour subventionner ses propres activités de messageries (Xpresspost) et celles de sa filiale (Purolator). Des nombreuses enquêtes impartiales dont, entre autres, celles qui ont été effectuées par les vérificateurs de Postes Canada, ont constamment démontré l'absence de toute preuve d'interfinancement¹⁴. Cette question n'a jamais fait l'objet d'un litige devant un tribunal de l'OMC.

Les efforts visant à élargir la portée de l'AGCS et à étendre au secteur postal les règles strictes « favorisant la concurrence » du secteur des télécommunications¹⁵ ont généralement été infructueux. S'ils avaient porté fruit, ces efforts auraient sûrement eu comme résultat de compromettre les aspects fondamentaux du mandat d'intérêt public de Postes Canada ainsi que la viabilité financière du service postal public¹⁶.

(ii) L'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)

L'ALÉNA ne comprend aucune disposition portant explicitement sur les services postaux. Toutefois, en raison de la démarche « du haut vers le bas » de l'ALÉNA, les engagements généraux de l'accord s'appliquent automatiquement à tous les secteurs non exemptés, y compris les services postaux et les services de messageries. Ainsi, les investissements étrangers dans de tels services sont visés par les règles du chapitre 11 sur les investissements, qui comprennent un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Les règles du

¹¹ *L'AGCS et les services postaux canadiens, supra*, p. 30.

¹² *L'AGCS et les services postaux canadiens, supra*, p. 29-35.

¹³ *L'AGCS et les services postaux canadiens, supra*, p. 6, 26.

¹⁴ Pour un sommaire de ces études et enquêtes, voir *L'AGCS et les services postaux canadiens, supra*, p. 30; *Renvoi à l'expéditeur, supra*, p. 149-150.

¹⁵ *Renvoi à l'expéditeur, supra*.

¹⁶ *Renvoi à l'expéditeur, supra*, p. 135-136.

chapitre 11 exigent que le Canada accorde aux investisseurs étrangers un certain nombre de droits largement définis qui limitent sérieusement les options du Canada en matière de politique et de réglementation, ainsi que les activités de ses monopoles et de ses sociétés d'État, comme Postes Canada, lorsqu'ils exercent les « pouvoirs réglementaires, administratifs ou gouvernementaux que la Partie [leur] aura délégués ».

En janvier 2000, UPS a porté plainte contre le gouvernement du Canada (plainte opposant un État à un investisseur), alléguant que le Canada avait commis de nombreuses violations des règles de l'ALÉNA et exigeant des dommages-intérêts de 160 millions \$. UPS alléguait notamment que Postes Canada procédait à l'interfinancement illégal de ses services de messageries concurrentiels en accordant, entre autres, à Xpresspost et à Purolator un accès privilégié à son infrastructure de bureaux de poste et de réseaux de livraison¹⁷. Le Canada a persuadé la majorité des membres du tribunal de l'ALÉNA que les activités de Postes Canada faisant l'objet de la plainte n'étaient pas des activités du gouvernement du Canada ni des activités se déroulant dans l'exercice d'un pouvoir délégué par le gouvernement et qu'elles n'étaient donc pas visées par le mécanisme de RDIE. Ayant conclu qu'UPS ne pouvait pas poursuivre le Canada aux termes du mécanisme de RDIE, le tribunal ne s'est pas prononcé sur la question à savoir si les services de messageries de Postes Canada ou sa relation avec Purolator enfreignaient les exigences de l'ALÉNA. Cette question ne pouvait être tranchée que dans la mesure où elle aurait été soulevée par un État (les États-Unis ou le Mexique) aux termes du mécanisme de règlement des différends d'État à État.

En plus des dispositions de l'ALÉNA sur les investissements, les dispositions du chapitre 15, traitant de la politique de concurrence, des monopoles et des entreprises d'État, obligent les sociétés d'État à se conformer à des considérations de nature commerciale, à respecter l'obligation d'accorder un traitement non discriminatoire relativement au commerce des biens et services faisant l'objet du monopole, et à se soumettre à l'interdiction d'utiliser sa situation de monopole pour se livrer, sur un marché non monopolisé, à des pratiques anticoncurrentielles. Ces dispositions sont abordées plus loin.

B. L'influence de l'industrie des messageries sur les règles du commerce international

Comme il est indiqué plus tôt, les entreprises de messageries ont largement échoué à atteindre leur objectif d'élargir les dispositions de l'AGCS pour y inclure des règles « favorisant la concurrence » en matière de services postaux (semblables aux règles en vigueur dans le secteur des télécommunications). Dans l'affaire *UPS c. Canada*, l'industrie des messageries n'a pas réussi à convaincre la majorité des membres du tribunal de l'ALÉNA que les décisions commerciales de Postes Canada devraient être visées par la procédure d'arbitrage des différends opposant un investisseur et un État. L'entreprise UPS a aussi perdu une poursuite de haut niveau aux termes des règles de la Commission européenne, alléguant que la Deutsche Post avait fait de

¹⁷ *UPS c. Canada*, *supra*, paragraphe 11; voir aussi *L'AGCS et les services postaux canadiens*, *supra*, p. 31-32.

l'interfinancement dans le cadre de l'acquisition de DHL (une grande entreprise de messageries). L'industrie des messageries a toutefois eu beaucoup plus de succès dans ses efforts visant à influencer une série d'accords relatifs à des zones d'échange préférentielles (PTA) entre les États-Unis et d'autres pays. Comme le décrit Ruosi Zhang, conseillère travaillant à la Division du commerce des services du Secrétariat de l'OMC :

[traduction] Nous avons passé en revue 12 accords PTA conclus par les États-Unis. Tous, sauf deux (les accords conclus avec la Jordanie et Singapour) comportent des disciplines additionnelles pour les services de livraison express dans le chapitre sur le commerce transfrontières des services ou dans une annexe y étant consacrée. Évidemment, la présence de ces disciplines reflète le grand intérêt des États-Unis et de ses entreprises pour de plus grandes ouvertures dans ce secteur. En règle générale, ces disciplines comprennent une définition des services de livraison express (selon le modèle présenté par les États-Unis en 2000 dans leur proposition pour l'AGCS), une confirmation de l'intention des parties de maintenir au moins le niveau d'accès aux marchés tel qu'il existe au moment de la signature de l'accord, et des sauvegardes en matière de concurrence (par exemple, prévenir l'utilisation de revenus découlant des services postaux visés par un monopole pour donner un avantage à un fournisseurs de services concurrentiels de livraison express)¹⁸.

Selon Ruosi Zhang, les règles décrites ci-dessus représentent une « grande victoire pour les États-Unis » puisque très peu de pays avaient pris des engagements aux termes de l'AGCS en ce qui concerne les services postaux et les services de messageries¹⁹. Elle note que le niveau d'engagements en matière de services postaux et de services de messageries en général est beaucoup plus élevé dans les accords PTA que dans l'AGCS²⁰.

Des règles très semblables à celles des accords PTA visant les services de livraison express ont été incorporées au PTP au moyen de l'annexe 10-B du chapitre sur le commerce transfrontières des services. Comme dans le cas des accords PTA et comme il est décrit ci-dessous, l'annexe du PTP sur les services de livraison express rend irréversibles les niveaux actuels d'accès aux marchés et interdit explicitement l'interfinancement des fournisseurs de services concurrentiels de livraison express par les administrations postales détenant un monopole.

¹⁸ Ruosi Zhang, « The liberalization of postal and courier services: ready for delivery », *Opening Markets for Trade in Services Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, eds. Juan A. Marchetti, Martin Roy (Cambridge: Cambridge University Press, février 2009), p. 396-397.

¹⁹ Zhang, *supra*, p. 397.

²⁰ Zhang, *supra*, p. 394.

Ces règles du PTP témoignent clairement du succès des pressions exercées par les entreprises de messageries²¹. Comme l'a reconnu le Bureau du représentant américain au commerce, l'annexe sur les services de livraison express a été incluse pour « [traduction] régler les problèmes uniques auxquels font face les fournisseurs privés lorsqu'ils doivent faire concurrence à des administrations postales nationales sur le marché de la livraison express » et « elle comprend de nouveaux engagement pour répondre aux préoccupations de longue date des fournisseurs de services américains²². »

En plus de l'annexe sur les services de livraison express, d'autres éléments du PTP peuvent aussi être perçus comme étant le reflet direct de l'influence des entreprises du secteur des messageries, notamment les dispositions du chapitre 17 sur les « entreprises appartenant à l'État et monopoles désignés », qui est abordé plus loin.

Section 2. Incidence sur les services actuels de Postes Canada

Pour les raisons énoncées ci-dessous, on peut s'attendre à ce que le PTP ait une incidence négative sur les activités actuelles de Postes Canada en offrant de nouveaux motifs aux attaques des grandes entreprises du secteur des messageries (au moyen d'une plainte opposant deux États ou un investisseur à un État) à l'encontre de la capacité de Postes Canada de maintenir son modèle d'entreprise actuel qui consiste en une intégration de ses services de messageries et de livraison express, y compris ceux de Xpresspost et de Purolator, aux services de livraison de la poste-lettres visée par son mandat.

C. Annexe sur les services de livraison express (annexe 10-B)

L'annexe sur les services de livraison express va encore plus loin que les accords PTA conclus par les États-Unis. En effet, en plus de définir les services de livraison express et de rendre irréversibles les niveaux actuels d'accès aux marchés, elle exige que les pays signataires définissent la portée de leurs monopoles postaux. Ainsi, les dispositions sur l'accès aux marchés, combinées aux exigences en matière de définition restreignent clairement les options à venir du Canada en matière de politique et de réglementation quant au mandat et au rôle de Postes Canada. Les dispositions sur l'interfinancement et les monopoles postaux constituent toutefois un problème plus immédiat, puisqu'elles fournissent un argument solide en faveur de l'allégation selon laquelle Postes Canada soutient de manière inappropriée ses services de livraison express (Xpresspost et Purolator).

²¹ C. Robert Gibson et Taylor Channing, « Here's how much corporations paid US senators to fast-track the TPP bill », *Guardian* (le 27 mai 2015) [En ligne : www.theguardian.com/business/2015/may/27/corporations-paid-us-senators-fast-track-tpp]; et Dave Johnson, « Will TPP Kill the Post Office? », *Huffington Post* (le 5 juin 2015) [En ligne : www.huffingtonpost.com/dave-johnson/will-tpp-kill-the-post-of_b_7523570.html].

²² Bureau du représentant américain au commerce, *TPP: Made in America*, « Chapter 10: Cross-Border Trade in Services » [En ligne : <https://medium.com/the-trans-pacific-partnership/cross-border-trade-in-services-2e3bdad73583#nkc5phonx>].

(i) Dispositions clés

Les dispositions les plus importantes de l'annexe 10-B du chapitre 10 (Commerce transfrontières des services²³) comprennent les éléments suivants :

1. Les « services de livraison express » sont définis comme suit :

[L]a collecte, le transport et la livraison des documents, imprimés, colis, produits ou autres articles sur une base accélérée, tout en assurant le suivi et en maintenant le contrôle de ces articles tout au long de la fourniture du service. Les services de livraison express ne comprennent pas les services de transport aérien, les services fournis dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental ou les services de transport maritime²⁴.

2. Le monopole de Postes Canada concernant certains types de poste-lettres est expressément exclu de cette définition²⁵. Toutefois, les activités de Purolator correspondent à la définition de services de livraison express, et il en va de même des services comme Xpresspost lorsque les articles livrés ne correspondent pas à la définition de « lettres » au paragraphe 15 (1) de la *Loi sur la Société canadiennes des postes*, car ces services seraient alors exclus du monopole de Postes Canada.
3. L'annexe rend irréversible les niveaux actuels d'ouverture des marchés dans le secteur des services de livraison express à compter du 4 février 2016, date de la signature du PTP²⁶. Cette disposition est présentée comme découlant du « souhait » des parties, et est appuyée par un mécanisme de consultation, qui, sans doute, ne comprendra pas le recours au processus de règlement des différends prévu au chapitre 28. Malgré tout, l'annexe fait néanmoins obstacle à toute expansion future du monopole de Postes Canada dans ce secteur.

²³ Malgré l'utilisation de l'expression « transfrontières » (et la même chose est vraie en ce qui concerne l'AGCS), ces soi-disant disciplines « commerciales » s'appliquent principalement aux services offerts au palier national par des entreprises locales (habituellement des filiales de grandes entreprises multinationales américaines ou européennes).

²⁴ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 1.

²⁵ PTP, chapitre 10, note de bas de page 11 c).

²⁶ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 4. La *Loi sur la Société canadiennes des postes* accorde à Postes Canada, « au Canada, le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires. » (paragraphe 14(1)).

4. L'annexe interdit spécifiquement d'utiliser des revenus tirés de services postaux faisant l'objet d'un monopole pour subventionner ses propres services de livraison express ou ceux d'un autre fournisseur concurrent, quel qu'en soit le propriétaire²⁷.
5. L'annexe exige que les gouvernements fassent en sorte « que tout fournisseur de services qui est visé par un monopole postal n'abuse pas de sa position pour agir sur le territoire de la Partie de manière incompatible avec les engagements de la Partie au titre de l'article 9.4 (Traitement national), 10.3 (Traitement national) ou 10.5 (Accès aux marchés) relatifs à la fourniture de services de livraison express²⁸. » Il s'agit d'une exigence plus large et plus explicite que celle qui existe aux termes des règles générales de l'ALÉNA relatives aux monopoles et aux entreprises d'État²⁹.
6. L'annexe interdit aux parties d'exiger qu'un fournisseur de services de livraison express d'un autre pays fournisse un service postal universel de base ou d'imposer des tarifs ou d'autres frais pour financer la fourniture d'un autre service de livraison³⁰.

(ii) Irréversibilité de la déréglementation et obstacle à toute réforme future

Bien que certains des engagements décrits ci-dessus soient semblables à ceux qui ont été pris aux termes de l'AGCS et de l'ALÉNA, l'annexe sur les services de livraison express va plus loin en élargissant et en précisant ces obligations. En outre, puisque le Canada n'a pas pris d'engagement précis aux termes de l'AGCS en ce qui concerne les services postaux *comme tels* (bien qu'il ait pris des engagements en ce qui concerne les services de messageries), l'annexe 10-B crée aussi de nouveaux engagements relativement aux services postaux. De plus, le système de classification des services adopté dans l'AGCS pour établir la portée des engagements de l'AGCS définit les services postaux (pour lesquels le Canada n'a pris aucun engagement) de façon générale de manière à y inclure les services de livraison express fournis par une administration postale nationale³¹. Autrement dit, l'annexe a pour effet d'effacer la distinction entre services publics et services privés que l'AGCS avait préservée dans le secteur des postes.

Puisque la définition des services de livraison express exclut, en partie, le monopole postal canadien tel qu'il est défini dans la loi et les règlements, toute expansion du monopole de Postes Canada porterait sans doute atteinte à l'ouverture des marchés. Par exemple, en 2010, le gouvernement de Stephen Harper a déréglementé le marché de la poste-lettres internationale de

²⁷ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 5.

²⁸ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 6.

²⁹ ALÉNA, alinéas 1502(3) a) et c). Cette question est abordée plus en détail ci-dessous, dans la section portant sur le chapitre 17 du PTP.

³⁰ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 7.

³¹ L'AGCS et les services postaux canadiens, *supra*, p. 36

départ³², une « réforme » qui est entrée en vigueur dans le cadre d'une loi omnibus. Néanmoins, parce que cette réduction du mandat de Postes Canada a élargi l'accès aux marchés des fournisseurs de services de livraison express, elle deviendrait irréversible aux termes des règles du PTP.

Dans le même ordre d'idées, l'interdiction d'exiger qu'un fournisseur étranger de services de livraison express assure un service postal universel de base ou de le payer pour qu'il assure la prestation de tels services, signifie que si un autre élément du monopole postal canadien est abandonné et devient par la suite « irréversible » en raison des règles d'accès aux marchés, le Parlement pourrait alors être incapable d'atteindre ses objectifs de service universel par d'autres moyens.

(iii) Postes Canada pourra-t-elle maintenir ses services de livraison express après l'entrée en vigueur du PTP?

Les éléments les plus problématiques de l'annexe 10-B sont sans doute les règles qui concernent l'interfinancement³³ et le recours abusif à une position de monopole³⁴. Ces règles témoignent directement des efforts déployés par les entreprises privées pour limiter la capacité de Postes Canada (et des monopoles postaux d'autres pays, y compris les États-Unis) d'intégrer les services faisant l'objet d'un monopole (certains types de poste-lettres avec adresse) aux services de livraison express, comme ceux de Xpresspost et de Purolator. Ce constat est particulièrement inquiétant compte tenu de l'importance, pour la viabilité financière de Postes Canada, de ce modèle d'entreprise reposant sur l'intégration des services.

À notre connaissance, il n'existe aucune preuve appuyant l'allégation voulant que Postes Canada subventionne directement ses activités internes dans le secteur des services de messageries, ou les activités de Purolator, au moyen des revenus tirés de son monopole sur la poste-lettres. Toutefois, l'annexe ne se limite pas nécessairement aux subventions « directes ». Les dispositions parlent *simplement* de subventions, et celles-ci peuvent inclure les subventions indirectes. Les intervenants qui désirent s'emparer d'une part accrue du marché canadien des services de livraison express peuvent facilement alléguer que Postes Canada, en permettant à Purolator (et à Xpresspost) d'utiliser son infrastructure, laquelle est financée au moyen des revenus tirés de son monopole, subventionne de manière indirecte les fournisseurs de son choix, à l'exclusion des autres.

³² *Loi sur la Société canadiennes des postes*, LRC 1985, ch. C-10, paragraphe 15; 2010, ch. 12, paragraphe 1885. Les « lettres à livrer à un destinataire à l'étranger » sont maintenant exclues du privilège exclusif de Postes Canada. Il ne fait aucun doute que ce changement a été, au moins en partie, influencé par les grandes entreprises du secteur des messageries. Voir, par exemple, les articles sur les pressions exercées par FedEx sur Postes Canada et les ministres fédéraux : Barrie McKenna, « Ottawa's invite to courier business party must be in the mail », *Globe and Mail* (le 7 novembre 2010) [en ligne : www.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/ottawas-invite-to-courier-business-party-must-be-in-the-mail/article4349159].

³³ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 5.

³⁴ PTP, chapitre 10, annexe 10-B, paragraphe 6.

Il existe un grand débat sur ce qu'on entend précisément par « interfinancement », tant de manière générale que dans le contexte des services postaux. Toute allégation de non-conformité aux règles du PTP soulèverait des questions complexes au sujet des éléments de l'interfinancement et de la preuve requise pour en démontrer l'existence³⁵. La plainte d'interfinancement visant le service postal allemand déposée par UPS auprès de la Commission européenne a été rejetée après avoir été jugée non fondée au terme d'une longue procédure judiciaire³⁶.

Il convient de noter que l'interdiction du PTP en matière d'interfinancement fait en sorte d'étendre à l'échelle internationale une mesure législative américaine faisant partie de la *Postal Accountability and Enhancement Act* (loi sur la responsabilité et l'amélioration du service postal) qui interdit, de manière générale, l'« interfinancement de produits concurrentiels au moyen de produits qui dominent le marché³⁷. » UPS et FedEx ont continué d'invoquer ces dispositions pour alléguer que le service postal américain (USPS) est coupable d'interfinancement. Une étude américaine récente, commandée par UPS, défend ce point de vue d'une manière qui s'appliquerait clairement à Postes Canada. Les auteurs de l'étude tirent les conclusions suivantes :

[traduction] Le type d'interfinancement pratiqué par le service postal américain (USPS) n'est possible que dans la mesure où USPS dispose de certains avantages par rapport aux entreprises privées. Ces avantages découlent ultimement de son monopole sur la livraison de la poste-lettres, lequel apporte un soutien vital à la vaste infrastructure du service postal public, qui comprend notamment 35 600 bureaux de vente au détail, 211 300 véhicules, 244 365 itinéraires et 154 millions de points de remise. Cette infrastructure de réseau permet à USPS de réaliser d'importantes économies d'échelle et de gamme découlant en grande partie de ses investissements institutionnels, de manière à réduire les coûts de livraison de ses produits concurrentiels, qui dépendent des mêmes bureaux, véhicules, itinéraires et points de remises que la poste-lettres. Alors que les entreprises privées comme FedEx et UPS doivent payer leurs coûts de livraison à même les revenus provenant de leurs services et produits de livraison de colis, USPS peut utiliser les revenus provenant de son monopole sur la

³⁵ Voir par exemple Somasundram, *supra*, p. 189-190.

³⁶ Dans *UPS Europe SA v. Commission* (Deutsche Post AG intervening) (T-175/99) [2002] All ER (D) 307 (Mar), UPS allègue que Deutsche Post a été en mesure d'acquérir des intérêts majoritaires dans l'entreprise DHL, concurrente d'UPS sur le marché des services de livraison express, uniquement en raison des revenus obtenus par Deutsche Post au moyen de ses services réservés.

³⁷ Pub. L. 109-435, 120 Stat. 3198, 39 U.S.C. §3633(a)(1).

poste-lettres pour financer une partie de ses coûts de livraison de colis lorsqu'il fait directement concurrence à Fedex et à UPS et aux autres entreprises privées du secteur des messageries³⁸.

L'accès privilégié à l'infrastructure de Postes Canada dont bénéficie Purolator est menacé non seulement par l'interdiction d'interfinancement, mais aussi, clairement, par l'obligation que les gouvernements veillent à ce que « tout fournisseur de services qui est visé par un monopole postal n'abuse pas de sa position » d'une manière incompatible avec les engagements en matière de traitement national et d'accès aux marchés relatifs à la fourniture de services de livraison express. En fait, même l'utilisation de l'infrastructure de Postes Canada pour les services d'Xpresspost, dont la prestation est assurée directement par Postes Canada, pourrait être accusée d'enfreindre ces dispositions.

Bien entendu, rien dans le PTP n'empêcherait une entreprise privée de messageries de tirer parti de son infrastructure pour faire concurrence dans un secteur d'activité connexe ou non. De plus, comme il est noté ci-dessus, de nombreuses enquêtes indépendantes, y compris une enquête réalisée en 1993 par le Bureau de la concurrence et une étude connexe réalisée par un cabinet comptable³⁹, ont établi que Postes Canada ne subventionne pas ses services de messageries au moyen de ses revenus tirés de la poste-lettres⁴⁰. Toutefois, à moins que Postes Canada n'abandonne les services de livraison express, si un tribunal interprétant les dispositions du PTP devait adopter une définition plus large de l'interfinancement, les entreprises privées de messageries, comme UPS, seraient alors en mesure de tirer profit de l'infrastructure de la poste-lettres de Postes Canada sans avoir à fournir un service universel à la population canadienne, et aucune obligation ne pourrait leur être imposée à cet égard. Comme nous l'avons déjà indiqué, il s'agit clairement de l'objectif que visent les entreprises de messageries en cherchant à faire adopter les règles de l'annexe 10-B.

(iv) Application limitée aux différends opposant deux États

Si le tribunal chargé de l'arbitrage *UPS c. Canada* avait appliqué les règles de l'annexe 10-B du PTP, plutôt que celles de l'ALÉNA, il serait fort probablement parvenu à des conclusions différentes sur la question de l'accès exclusif à l'infrastructure de Postes Canada.

Fait important, le chapitre 10, qui comprend l'annexe sur les services de livraison express, est expressément exempt de l'application du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (par opposition aux différends opposant deux États) aux termes du PTP, comme l'indique à titre de clarification une note de bas de page à l'alinéa 10.2.2 a) du

³⁸ Robert J. Shapiro, « How the U.S. Postal Service Uses Its Monopoly Revenues and Special Privileges to Subsidize Its Competitive Operations » (octobre 2015) [En ligne : www.sonecon.com/docs/studies/Study_of_USPS_Subsidies_for_Its_Competitive_Operations-Robert_Shapiro-Sonecon-October_21_2015.pdf].

³⁹ *L'AGCS et les services postaux canadiens*, supra, p. 30.

⁴⁰ United States Government Accountability Office, GAO/GGD-97-45BR *Postal Reform in Canada* (1997), p. 63.

chapitre 10⁴¹. Il s'agit d'un point important, car le paragraphe 6 de l'annexe 10-B stipule expressément que les organisations comme Postes Canada doivent respecter les engagements en matière de traitement national, une obligation qui, autrement, pourrait servir d'argument pour alléguer que le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États est disponible pour assurer le respect des dispositions de l'annexe.

Cependant, il n'y pas lieu d'être optimiste quant aux menaces de différends entre États aux termes du PTP pour appliquer les dispositions de l'annexe. De plus, dans le cadre d'un différend opposant deux États au sujet des services postaux, il ne fait aucun doute que l'annexe 10-B sera invoquée pour aider à « interpréter » les droits des investisseurs étrangers aux termes des règles du PTP relatives aux investissements. Bien qu'il soit peu probable que le gouvernement des États-Unis remette en question un modèle d'entreprise reposant sur l'intégration des service utilisé par son propre service postal, d'autres parties signataires du PTP ne possédant pas de programmes nationaux similaires⁴² pourraient être incitées à le faire par le secteur des services de livraison express.

D. Entreprises appartenant à l'État et monopoles désignés (chapitre 17)

Le chapitre 17 du PTP impose aux parties l'obligation de réglementer le mode de fonctionnement des entreprises appartenant à l'État (EAE) et des monopoles désignés. Postes Canada satisfait aux critères des définitions d'« entreprise appartenant à l'État », de « monopole public » et de « monopole désigné » pour ce qui est de ses activités dans le monopole du marché des lettres. Purolator semble aussi correspondre à une EAE, étant donné qu'elle appartient indirectement au gouvernement canadien, par l'entremise de Postes Canada⁴³. En lui-même, le chapitre 17 n'interdit pas l'utilisation d'une EAE ou la mise sur pied de monopoles contrôlés par l'État⁴⁴. Il vise plutôt à limiter leur portée et à réglementer leur conduite.

Les règles qui s'appliquent aux EAE et aux monopoles varient selon la nature et les fonctions de ces derniers. Les EAE sont soumises à des contraintes strictes en ce qui a trait à leurs activités

⁴¹ PTP, chapitre 10, note de bas de page n° 1. « Il est entendu qu'aucune disposition du présent chapitre, y compris les annexes 10-A (Services professionnels), 10-B (Services de livraison express) et 10-C (Mesures non conformes et mécanisme de cliquet), n'est assujettie au mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un État prévu à la section B du chapitre 9 (Investissement). »

⁴² Par exemple, la Nouvelle-Zélande, la Malaisie et Singapour ont tous les trois privatisé leurs services postaux. Voir Zhang, *supra*, p. 382, 386-7.

⁴³ Il est vrai que la définition ne mentionne pas de manière explicite la propriété indirecte, mais elle fait état de situations où une Partie « contrôle, au moyen d'une participation au capital, l'exercice de plus de 50 p. 100 des droits de vote » de l'entreprise en question. Le texte est sans doute assez général pour englober la part indirecte que détient le gouvernement du Canada dans Purolator.

⁴⁴ PTP, paragraphe 17.2.9.

commerciales. Les monopoles sont visés par un ensemble de règles parallèles, mais qui s'appliquent seulement à l'achat ou à la vente de produits faisant l'objet du monopole.

Les activités commerciales désignent « les activités qu'une entreprise exerce dans un but lucratif et dont le résultat est la fabrication d'un produit ou la fourniture d'un service qui sera vendu à un consommateur sur le marché pertinent en quantités et à des prix fixés par l'entreprise ». Une note en bas de page précise que les activités exercées selon le principe du recouvrement de coûts ne correspondent pas à des activités commerciales⁴⁵.

Selon la *Loi sur la Société canadienne des postes*, Postes Canada doit veiller « à l'autofinancement de son exploitation⁴⁶ ». Prise seule, cette disposition est ambiguë et peut être interprétée comme imposant à la société d'État un mandat commercial ou encore un mandat de recouvrement de coûts. Toutefois, étant donné que Postes Canada est contrainte de payer des dividendes à ses actionnaires⁴⁷, il s'agit de toute évidence d'une entreprise commerciale. Le fait que Postes Canada ait réalisé des profits après impôts de 198 millions de dollars en 2014⁴⁸ serait aussi considéré comme une preuve de plus qu'il s'agit d'une entité à but lucratif qui, par conséquent, se livre à des activités commerciales.

À la lumière de ce qui précède, Postes Canada serait assujettie aux obligations suivantes en ce qui a trait à ses activités :

- s'abstenir d'utiliser sa position de monopole dans le marché de la livraison des lettres pour se livrer directement ou indirectement – y compris par l'intermédiaire de ses filiales – à des pratiques anticoncurrentielles dans un marché non monopolisé (livraison des colis par exemple) qui nuisent au commerce ou à l'investissement entre les parties au PTP⁴⁹;
- lorsqu'elle se livre à des activités commerciales, agir en fonction de considérations commerciales, sauf pour remplir une condition de son mandat de service public (c'est-à-dire livraison de la poste-lettre);⁵⁰
- lorsqu'elle se livre à des activités commerciales, accorder aux entreprises ou aux investissements d'autres parties un traitement non moins favorable que celui qu'elle

⁴⁵ *PTP*, chapitre 17, note de bas de page n° 1.

⁴⁶ *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. 1985, ch. C-10, alinéa 5(2)b) [« *LSCP* »].

⁴⁷ *LSCP*, paragraphe 27.4.

⁴⁸ Société canadienne des postes, *Rapport annuel 2014 (Résultats financiers)* p. 42 [En ligne : https://www.canadapost.ca/cpo/mc/assets/pdf/aboutus/annualreport/2014_ar_financial_fr.pdf].

⁴⁹ *PTP*, alinéa 17.4 2) d).

⁵⁰ *PTP*, alinéa 17.4.1 a).

accorde aux entreprises ou investissements nationaux ou à toute autre entreprise ou investissement étranger au sujet de l'achat de produits et services⁵¹;

- lorsqu'elle se livre à des activités commerciales ou à la vente de services faisant l'objet du monopole (livraison de la lettre-poste), accorder aux entreprises ou aux investissements des autres parties un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux entreprises ou investissements nationaux ou à tout autre entreprise ou investissement étranger au sujet de la vente de produits et services, y compris les services visés par son monopole⁵².

Aux fins du chapitre 17, les « considérations commerciales » désignent :

« le prix, la qualité, la disponibilité, la possibilité de commercialisation, le transport et les autres modalités d'achat ou de vente, ou les autres facteurs qui seraient normalement pris en compte dans les décisions commerciales d'une entreprise privée de l'industrie ou du secteur d'activité pertinent »⁵³;

Les règles énoncées dans le chapitre 17 correspondent en grande partie au chapitre 15 de l'ALÉNA intitulé « Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État », mais les règles du PTP sont plus vastes et imposent de nouvelles contraintes à la façon dont Postes Canada peut s'acquitter de son mandat. Les différences sont les suivantes :

- Les règles de l'ALÉNA imposent des obligations de considération commerciale aux monopoles, mais non aux EAE. Par conséquent, les règles du PTP vont plus loin en imposant des contraintes aux activités de Purolator et de Postes Canada dans la prestation de services non visés par le monopole⁵⁴.
- Les règles de non-discrimination qui s'appliquent aux EAE sont plus vastes dans le PTP que dans l'ALÉNA. L'ALÉNA interdit uniquement le traitement discriminatoire quand il est question de *vente* de produits et services, et cette règle s'applique seulement aux investissements d'investisseurs des parties étrangères⁵⁵. Le PTP couvre à la fois l'achat et la vente de produits et services, et s'applique également au traitement des entreprises étrangères, même si les investissements n'ont pas lieu au Canada⁵⁶. L'ALÉNA ne

⁵¹ PTP alinéa 17.4.1 b).

⁵² PTP alinéas 17.4.1 c), 17.4.2 c).

⁵³ PTP, paragraphe 17.1, s.v. « considérations commerciales ».

⁵⁴ Comparaison entre l'alinéa 1502 (3) b) de l'ALÉNA et les alinéas 17.4.1 a) et 17.4.2 a) du PTP.

⁵⁵ ALÉNA, clause 1503(3).

⁵⁶ ALÉNA, alinéas 17.4.1 b) et c).

réglemente pas la façon dont les EAE achètent des produits et services d'entreprises étrangères, mais le PTP le fait.

- L'interdiction d'abuser d'une position monopolistique est plus vaste dans le PTP que dans l'ALÉNA. L'ALÉNA interdit l'abus du statut de monopole sur un marché non monopolisé pouvant nuire à un investissement d'un investisseur d'une autre partie⁵⁷. Les règles du PTP englobent les répercussions négatives sur le commerce ou l'investissement entre les parties en général⁵⁸. La portée de l'énoncé « qui nuisent au commerce ou à l'investissement entre les Parties » ouvre la voie à un éventail beaucoup plus vaste de plaintes et de contestations que ne le permettent les règles de l'ALÉNA.

De plus, le paragraphe 17.6 du PTP énonce une nouvelle interdiction à large portée, soit l'« aide non commerciale » pouvant causer des effets défavorables aux intérêts d'une autre partie. Ces dispositions n'ont pas d'équivalent dans l'ALÉNA ou l'AGCS. En général, les activités de Postes Canada en tant qu'entreprise appartenant à l'État ne seraient pas visées par ces dispositions puisque « un service fourni par une entreprise appartenant à l'État d'une Partie à l'intérieur du territoire de cette Partie est réputé ne pas causer d'effets défavorables »⁵⁹. En l'absence d'effets défavorables, les règles de l'aide non commerciale ne s'appliquent pas. Toutefois, une note en bas de page indique que la disposition citée ci-dessus « n'est pas interprété[e] de manière à s'appliquer à un service qui est lui-même une forme d'aide non commerciale ». Comme nous le verrons ci-dessous, certains aspects de la relation de Postes Canada avec Purolator pourraient très bien correspondre à la définition d'aide non commerciale et, par conséquent, relever des dispositions de l'aide non commerciale.

L'aide non commerciale comporte deux éléments⁶⁰. Tout d'abord, il doit s'agir d'une « aide fournie à une entreprise appartenant à l'État ». Ensuite, l'aide doit être donnée « du fait que cette entreprise appartenant à l'État est détenue ou contrôlée par le gouvernement ».

Aux fins de la définition, l'« aide » comprend « la fourniture de produits ou de services autres qu'une infrastructure générale selon des modalités plus favorables que celles commercialement disponibles pour cette entreprise ». L'accès aux installations de vente, de collecte et de distribution du courrier de Postes Canada est certainement un accès à *son* infrastructure. La question est de savoir si ces installations peuvent aussi être considérées comme une infrastructure *générale*. Le terme n'est pas défini dans le texte du PTP, mais il semble désigner une infrastructure destinée à l'usage de la société en général, comme le réseau routier ou le réseau d'aqueduc municipal, et non une infrastructure spécialisée, comme celle utilisée

⁵⁷ ALÉNA, alinéa 1502(3) d).

⁵⁸ PTP, alinéa 17.4.2 d).

⁵⁹ PTP, paragraphe 17.6.4.

⁶⁰ PTP, paragraphe 17.1, s.v. « aide non commerciale ».

exclusivement par Postes Canada pour livrer les lettres et les colis⁶¹. Par conséquent, il y a un risque réel que l'accès de Purolator aux installations de Postes Canada soit considéré comme une forme interdite d'« aide » aux fins des règles de l'aide non commerciale.

En ce qui concerne le deuxième élément de l'aide non commerciale, la phrase « du fait que cette entreprise appartenant à l'État est détenue ou contrôlée par le gouvernement » signifie que la partie ou toute entreprise d'État ou entreprise appartenant à l'État, selon le cas :

i) limite explicitement à ses entreprises appartenant à l'État l'accès à l'aide offerte,

ii) fournit de l'aide qui est principalement utilisée par les entreprises appartenant à l'État de la Partie,

iii) fournit un montant disproportionnellement élevé de l'aide aux entreprises appartenant à l'État de la Partie,

iv) privilégie autrement les entreprises appartenant à l'État de la Partie en exerçant son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle fournit de l'aide;

[c'est nous qui soulignons]

Étant donné que Postes Canada n'accorde pas l'accès à son infrastructure à des entités autres que les EAE, p.ex., Purolator (et probablement Xpresspost), ce deuxième élément du critère de l'aide non commerciale serait aussi probablement satisfait.

Le chapitre 17 exige aussi que les parties veillent à ce que leurs EAE s'abstiennent de fournir une aide non commerciale à d'autres EAE d'une manière qui puisse « causer des effets défavorables aux intérêts d'une autre Partie » en ce qui concerne notamment « la fourniture d'un service par l'entreprise appartenant à l'État en provenance du territoire de la Partie à destination du territoire d'une autre Partie »⁶². Cette disposition pourrait facilement être interprétée comme s'appliquant à l'aide que Postes Canada accorde à Purolator dans ses activités de livraison internationale. Si une autre partie parvient à établir que l'accès dont bénéficie Purolator à l'infrastructure de Postes Canada aux fins de transport international a pour effet de remplacer ou d'entraver un fournisseur de services semblable sur le marché d'une autre partie, ou d'entraîner une sous-cotation importante des prix ou encore une compression ou une dépression importante

⁶¹ La définition inclurait toutefois les services douaniers canadiens qui, selon les plaintes des entreprises de messageries privées, accordent un traitement spécial à Postes Canada.

⁶² *PTP*, alinéa 17.6.2 b).

des prix ou une perte de ventes⁶³, alors une infraction aux règles de l'aide non commerciale serait établie.

Le PTP comprend une disposition relative aux droits acquis qui stipule que l'aide non commerciale fournie avant la signature de l'accord ou dans les trois ans après la signature de l'accord est réputée ne pas causer d'effets défavorables⁶⁴. Cette disposition aurait pour effet de retarder les plaintes relatives à une violation des règles de l'aide non commerciale, mais en bout de ligne, le Canada aurait à faire face à une contestation à ce titre s'il maintient ses pratiques commerciales actuelles.

Enfin, il convient de noter que le chapitre 17 impose aussi au Canada de nombreuses obligations en matière de transparence, dont celle de fournir certaines formes d'information au sujet des EAE et des monopoles désignés, et ce, de manière proactive ou sur demande⁶⁵.

i) Le chapitre 17 : un outil puissant à la portée des États qui voudraient s'en prendre à Postes Canada

Bien que l'ALÉNA comprenne des obligations comparables, le chapitre 17 du PTP impose des exigences de traitement non discriminatoire et de considérations commerciales beaucoup plus rigoureuses et strictes. Les exceptions à ces exigences, qu'elles s'appliquent aux entreprises appartenant à l'État ou aux monopoles désignés, sont pointues et limitées.

À la lumière du mandat de service universel qui incombe à Postes Canada, lequel comprend de nombreux objectifs allant de prix abordables à la prestation de services dans l'ensemble du pays, il ne fait aucun doute que Postes Canada ne limite pas ses décisions à des « considérations commerciales », que ces décisions relèvent ou non de son monopole sur la poste-lettres. Toutefois, dans la mesure où les décisions de Postes Canada privilégient certaines entreprises au détriment d'autres, ou favorisent des objectifs stratégiques non commerciaux en rapport avec ses activités qui ne sont pas visées par le monopole, elles pourraient être la cible d'attaques aux termes du chapitre 17.

Par rapport à l'AGCS où le Canada n'a pris aucun engagement à l'égard des services postaux, que l'Accord définit de façon générale, le chapitre 17 appliquerait, sous réserve de quelques exceptions, les règles du traitement national et d'abus monopolistique aux principaux services de livraison de la poste-lettres.

Aucune des dispositions du chapitre 17 n'est directement assujettie au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE). Chaque fois qu'elles exercent une autorité gouvernementale déléguée (il en sera question dans la partie suivante), les mesures des

⁶³ PTP, alinéas 17.7(1) d) et e).

⁶⁴ PTP, paragraphe 17.7.5.

entreprises d'État et des monopoles peuvent être assujetties au mécanisme de RDIE dans le cadre du chapitre sur l'investissement. Toutefois, les décisions commerciales de ces entités ne peuvent être contestées que par les États aux termes du chapitre 17.

A. Chapitre sur l'investissement (Chapitre 9)

Tout comme le chapitre 11 de l'ALÉNA, le chapitre sur l'investissement du PTP comprend des obligations de fond relativement au traitement des investissements et des investisseurs étrangers (dont le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, les normes minimales de traitement et l'indemnisation en cas d'expropriation). Il renferme aussi son propre mécanisme d'application autorisant les investisseurs privés à intenter des actions en justice contre les États (règlement des différends entre investisseurs et État ou RDIE).

Tel qu'il est décrit de façon plus détaillée ci-dessous, UPS avait auparavant invoqué des règles semblables de l'ALÉNA pour tenter de démanteler l'intégration des services de la poste-lettres et ceux de livraison express à Postes Canada. Le Canada est venu à bout de cette contestation, non pas sur le fond, mais en persuadant la majorité des membres du tribunal d'arbitrage que le différend ne relevait pas du mécanisme de RDIE, puisque les mesures en cause étaient des décisions commerciales prises par Postes Canada, et que seule une autre partie (les États-Unis ou le Mexique), et non un investisseur privé, comme UPS, pouvait les contester en invoquant le chapitre 11 de l'ALÉNA. Bien que ce raisonnement représente un argument de poids, il ne lierait pas les futurs tribunaux d'arbitrage chargés d'interpréter le PTP. Ceux-ci pourraient très bien adopter les raisons de l'arbitre dissident dans l'affaire *UPS* pour conclure que les règles d'investissement s'appliquent aux décisions de Postes Canada, dont celle d'accorder à Purolator un accès privilégié à son infrastructure.

En outre, la possibilité même d'une autre plainte opposant un investisseur à un État pourrait avoir un effet dissuasif sur les décisions futures du gouvernement canadien ou de Postes Canada au sujet des services postaux. De plus, le mécanisme de RDIE peut être invoqué pour contester les décisions du gouvernement canadien qui se répercutent sur les investissements ou les investisseurs. Par conséquent, il pourrait dissuader fortement toute tentative d'expansion du mandat de Postes Canada.

(v) Principales dispositions

Les règles sur l'investissement du PTP imposent une série d'obligations au Canada concernant le traitement des investissements et des investisseurs au Canada. Ces règles, que l'on trouve souvent dans les traités d'investissement modernes, comprennent le traitement national⁶⁶, le traitement de la nation la plus favorisée⁶⁷, les normes minimales de traitement⁶⁸ et l'indemnisation en cas d'expropriation⁶⁹.

⁶⁶ *PTP*, article 9.4.

⁶⁷ *PTP*, article 9.5.

Semblable au chapitre 11 de l'ALÉNA, le chapitre sur l'investissement du PTP comprend également son propre mécanisme d'application, soit le Règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), lequel accorde aux investisseurs privés le droit d'intenter des poursuites directement contre le Canada⁷⁰. Les décisions des arbitres nommés en application des règles du RDIE sont contraignantes et exécutoires contre le Canada.

Les obligations prévues dans le chapitre sur l'investissement s'appliquent aux mesures adoptées et maintenues par le Canada à titre de partie au PTP, ainsi qu'aux mesures adoptées et maintenues par « toute personne, y compris une entreprise d'État ou tout autre organisme, exerçant un pouvoir gouvernemental délégué⁷¹ ». Autrement dit, le chapitre 9 s'applique aux mesures de Postes Canada, lorsque celle-ci exerce un « pouvoir gouvernemental » « délégué ». Cette disposition vise à empêcher les États à se soustraire aux obligations que leur imposent les règles d'investissement en confiant un pouvoir à des entités qui peuvent agir à leur place.

(vi) Le raisonnement majoritaire dans *UPS c. Canada* protégerait Postes Canada dans un différend investisseur-État, mais il n'a pas un caractère obligatoire

Le chapitre 11 de l'ALÉNA fonctionne de manière semblable. Les règles d'investissement de l'ALÉNA (tout comme celles du PTP) s'appliquent habituellement seulement aux « mesures adoptées ou maintenues par une Partie⁷² ». Toutefois, selon l'ALÉNA, les « entreprises d'État » et les « monopoles » sont aussi assujettis aux règles d'investissement du chapitre 11 chaque fois qu'ils exercent « des pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie [leur] aura délégués⁷³ ». Ces dispositions sont très semblables à celles comprises dans le chapitre sur l'investissement du PTP. Toutefois, celles-ci s'appliquent à « toute personne, y compris une entreprise d'État ou tout autre organisme, exerçant un pouvoir gouvernemental délégué ».

⁶⁸ PTP, article 9.6.

⁶⁹ PTP article 9.7.

⁷⁰ PTP, chapitre 9, Section B : Règlement des différends entre investisseurs et États (articles 9.18 à 9.30).

⁷¹ PTP, paragraphe 9.2.2 b).

⁷² Le chapitre 11 de l'ALÉNA s'applique aux « mesures adoptées ou maintenues par une Partie » (paragraphe 1101 1)).

⁷³ Voir ALÉNA, paragraphe 1116(1), qui autorise un investisseur à soumettre une plainte opposant un investisseur et un État concernant un manquement d'un monopole ou d'une entreprise d'État découlant du paragraphe 1502(3) ou 1503(2) du chapitre « Politique de concurrence, monopoles et entreprises d'État ». Contrairement au chapitre 11 de l'ALÉNA, le chapitre sur l'investissement du PTP s'appliquerait directement à Postes Canada (voir paragraphe 9.2.2(b)). Toutefois, les répercussions sur le monopole ou l'entreprise d'État (dont Postes Canada) sont semblables, puisque, tout comme le PTP, les paragraphes 1502(3) et 1503(2) de l'ALÉNA exigent que les Parties veillent à ce que les monopoles et les entreprises d'État se conforment aux règles d'investissement lorsqu'elles exercent un pouvoir gouvernemental délégué.

À titre préliminaire, le tribunal dans *UPS c. Canada* a rejeté l'argument d'UPS voulant que les mesures prises par Postes Canada équivalaient à des mesures du gouvernement du Canada, ajoutant que bien que Postes Canada « [traduction] puisse être perçue comme faisant partie du système gouvernemental, dans son sens large⁷⁴ », ses mesures « [traduction] ne sont pas en général des mesures du Canada qui peuvent être attribuées au Canada en tant que Partie⁷⁵ ».

La question clé consistait à déterminer si les mesures de Postes Canada pouvaient être interprétées comme étant l'exercice d'un pouvoir gouvernemental délégué, ce qui, dans ce cas, permettait à UPS d'intenter une poursuite en dommages et intérêts dans le cadre du mécanisme de RDIE de l'ALÉNA. Sur ce point, la majorité des membres du tribunal et l'arbitre dissident divergeaient d'opinion. La majorité du tribunal, composé de trois membres, ont conclu que les mesures de Postes Canada contestées par UPS – et en particulier sa décision d'accorder à Purolator un accès privilégié à son infrastructure – ne correspondaient pas à un pouvoir gouvernemental délégué, mais qu'il s'agissait plutôt d'un exercice des droits et pouvoirs dont bénéficient Postes Canada en tant que société⁷⁶. Autrement dit, il s'agissait de décisions commerciales et non réglementaires. Par conséquent, les règles d'investissement ne s'appliquaient tout simplement pas.

Toutefois, l'avis dissident, rédigé par Ronald Cass, doyen de la faculté de droit de l'université de Boston, éminent arbitre international et ancien vice-président et commissaire de la commission internationale du commerce des États-Unis, a interprété de manière plus vaste les dispositions relatives au pouvoir gouvernemental délégué et a conclu que, dans les faits, le Canada avait enfreint certaines règles d'investissement⁷⁷. Il indique notamment ce qui suit :

[traduction] La décision de Postes Canada d'accorder des préférences à Purolator n'a pas le caractère d'une décision relative à l'achat ou à la vente d'un produit. Il ne s'agit pas d'une décision qui a trait au prix des produits de livraison de Postes Canada ou à l'achat, par Postes Canada, des matières nécessaires à la production de timbres ou de produits d'emballage. [...] Il s'agit plutôt d'une décision d'approuver une transaction commerciale relativement complexe – prise entre Postes Canada et Purolator concernant l'accès de cette dernière aux installations de Postes Canada – et la décision simultanée de ne pas approuver une transaction semblable au sujet d'arrangements semblables entre

⁷⁴ *UPS c. Canada*, paragraphe 57.

⁷⁵ *UPS c. Canada*, paragraphe 62.

⁷⁶ *UPS c. Canada*, paragraphes 64 à 79. Concrètement, les décisions de Postes Canada ayant trait à l'utilisation de son infrastructure par Purolator et par son propre service de messageries ne sont pas prises dans l'exercice d'un « pouvoir gouvernemental » : paragraphe 78.

⁷⁷ *UPS c. ALÉNA*, paragraphes 170 à 190.

Postes Canada et UPS Canada. Cette dernière décision a été prise malgré les efforts d'UPS à obtenir un accès à l'infrastructure de Postes Canada selon des modalités comparables à celles octroyées à Purolator. [...] Ces décisions ne sont pas des décisions de tous les jours relativement à des questions, comme le prix des produits, qui ont été retirées de la portée du pouvoir gouvernemental délégué. Il y a eu approbation – ou refus d'approbation – de transactions commerciales de nature très différente que celles assujetties aux autres parties du chapitre 15 qui, selon le Canada, devraient s'appliquer en la présente⁷⁸.

Selon l'opinion majoritaire du tribunal de l'ALÉNA, le chapitre sur l'investissement du PTP ne s'appliquerait pas aux décisions *commerciales* de Postes Canada, y compris ses rapports avec Purolator. Toutefois, cette décision n'a pas un caractère contraignant et un tribunal qui interpréterait les dispositions du PTP pourrait adopter le raisonnement de l'arbitre dissident Cass. Toutefois, comme il a été indiqué précédemment, bien que la plainte d'UPS ne satisfaisait pas aux critères du RDIE, étant donné que les décisions de Postes Canada en cause étaient de nature commerciale, il n'en demeure pas moins que ces mêmes décisions auraient très bien pu être contestées par un autre État qui est partie à l'ALÉNA, en alléguant que ces décisions contreviennent aux règles de l'ALÉNA concernant les entreprises d'État et les monopoles ou les services transfrontaliers.

L'expansion sans précédent et irréversible des règles du RDIE dans le cadre du PTP⁷⁹ – qui élargit la portée des règles investisseur-État bien au-delà de celle prévue au chapitre 11 de l'ALÉNA et d'autres accords conclus avec le Chili et le Pérou – rendra le Canada vulnérable à des plaintes du genre de la part d'investisseurs d'autres pays, à un moment où les pays rejettent de plus en plus le modèle conventionnel du RDIE qui sera enchâssé dans le PTP⁸⁰.

F. Refus du Canada d'inclure des réserves satisfaisantes

Le PTP permet aux parties d'inscrire des réserves. Les réserves soustraient de l'application de nombreuses dispositions fondamentales du PTP des mesures existantes non conformes (réserves de l'annexe I) ou des secteurs entiers (réserves de l'annexe II). Le Canada aurait aussi pu négocier des réserves dans le cadre du chapitre 17, et celles-ci auraient été inscrites à l'annexe V.

⁷⁸ *UPS c. ALÉNA*, paragraphe 188.

⁷⁹ On y inclut les différends concernant les « accords d'investissement » selon le sous-paragraphe 9.18.1(a)(i)(C) et les exigences de « normes minimales de traitement » en matière de services financiers selon l'alinéa 11.2.2(a).

⁸⁰ Janyce McGregor, *EU quietly asks Canada to rework trade deal's thorny investment clause*, CBC News [En ligne : <http://www.cbc.ca/news/politics/canada-europe-trade-isds-ceta-1.3412943>].

Le Canada a inscrit le secteur culturel dans les réserves de l'annexe II, ce qui met à l'abri le Programme d'aide à la distribution des publications de Postes Canada. Toutefois, aucune autre réserve inscrite par le Canada ne semble protéger les activités de Postes Canada.

Cette situation tranche nettement avec les importantes réserves maintenues par d'autres parties et qui visent à protéger leur propre service postal.

Le Japon, par exemple, a inscrit la réserve suivante à l'annexe II : « Le Japon se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative aux investissements dans [...] les services postaux au Japon, ou à la fourniture de tels services⁸¹ ». Singapour a fait de même : « Singapour se réserve le droit d'adopter ou de maintenir toute mesure relative aux titulaires de licence de services postaux publics⁸² ». Dans les deux cas, les services postaux sont clairement exemptés de l'application des imposantes règles du traitement national énoncées aux chapitres 9 et 10 – pour ne nommer que celles-là – du PTP.

La démarche du Canada dans le cadre du PTP contraste vivement avec celle adoptée dans le cadre de l'AGCS, où il a inscrit, à l'annexe I, une réserve concernant l'accès aux marchés.

Secteur : Services postaux

Sous-secteur : Services postaux, service de livraison du courrier de tout mode

Classification de l'industrie : CPC 7511, 7321, 71124, 71235

Type de réserve : Accès aux marchés

Mesures : Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C., 1985, ch. C-10 Règlement sur la définition de lettre, DORS/83-481

Description : Commerce transfrontières de services et investissement

Le privilège exclusif de recueillir, de transporter et de distribuer les lettres au Canada (telles qu'elles sont définies dans le Règlement sur la définition de lettre, DORS/83 481) est réservé au monopole des postes.

Il est entendu que les activités se rapportant au privilège exclusif peuvent également être restreintes, y compris l'émission de timbres poste ainsi que l'installation, l'érection ou le déménagement, dans tout lieu public, de tout contenant postal ou dispositif devant servir à la collecte, à la livraison ou à l'entreposage du courrier.

⁸¹ PTP, annexe II (Japon), n° 2.

⁸² PTP, annexe II (Singapour), n° 21.

D'autres États ont jugé nécessaire d'inclure des protections additionnelles visant leur système postal national et, apparemment, ces réserves ont été considérées comme acceptables par les autres parties à la négociation. Le Canada n'a offert aucune explication des raisons pour lesquelles il a renoncé à la possibilité de faire valoir des réserves semblables. Son refus expose Postes Canada aux règles contraignantes décrites un peu plus tôt, lesquelles pourraient donner lieu à des différends d'État à État aux termes du chapitre 28 ou, dans certains cas, à des litiges opposant un investisseur à un État, aux termes du chapitre 9.

Nous avons résumé au début du présent document les principales conclusions de notre analyse et nous ne répéterons pas cet exercice ici.

Sincères salutations,

Steven Shrybman
Louis Century
Daniel Sheppard

scfp 1979