



Volume 8, Numéro 1 • Juillet, 2007

## United Parcel Service (UPS) c. Canada

*Par Steven Shrybman*

Dans une décision datée du 24 mai 2007, le tribunal chargé de statuer sur une plainte déposée par United Parcel Service of America (UPS) contre le gouvernement du Canada, a rejeté toutes les plaintes déposées par cette entreprise de messageries multinationale dont le siège se trouve aux États-Unis.

La décision du tribunal marque un tournant décisif en matière d'arbitrage de différends s'appuyant sur un traité, car un nombre croissant d'investisseurs privés et de sociétés intentent des poursuites en justice contre des mesures prises par un gouvernement ou un appareil judiciaire donné, mesures qui, par ailleurs, sont tout à fait légales et appropriées. À plusieurs égards, la plainte d'UPS était sans précédent et avait pour but d'accroître de façon considérable l'étendue des litiges mettant en cause des États aux termes de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). Si UPS avait obtenu gain de cause, il est fort probable que les tribunaux auraient été saisis de litiges semblables, surtout en matière de services publics.

En outre, l'affaire est importante puisqu'elle a permis à trois intervenants désintéressés de témoigner : le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, le Conseil des Canadiens et la chambre de commerce des États-Unis d'Amérique.

La plainte d'UPS a donné lieu à un précédent dans plusieurs domaines. En effet, pour la toute première fois, une plainte opposant un investisseur à un État alléguait que la prestation de services publics, dans ce cas par Postes Canada, donnait lieu à une

concurrence injuste à l'endroit des entreprises privées qui fournissent des services semblables. La plainte d'UPS s'est également révélée la première en son genre à cibler un programme de nature culturelle, soit le Programme d'aide aux publications, qui soutient les éditeurs canadiens. De plus, la plainte d'UPS a été la première à tenter d'obtenir des dommages-intérêts liés au non-respect des droits des travailleurs aux termes de la convention de l'Organisation internationale du travail (OIT), non pas pour défendre les travailleurs directement lésés, mais pour obtenir une indemnité, parce que UPS devait respecter les droits des travailleurs alors que Postes Canada était déchargée de cette obligation.

Heureusement, la plainte d'UPS a été rejetée en bloc. Grâce à la compétence des membres du tribunal et à la cohérence de la décision qu'ils ont rendue, cette affaire aura certainement pour effet d'atténuer de façon considérable l'enthousiasme qui aurait pu inciter certaines entreprises à déposer des plaintes semblables à celle d'UPS.

Il est tout aussi important de noter que le froid causé par ce différend finira par s'atténuer, du moins jusqu'à un certain point. Les gens qui sont familiers avec la question des droits des investisseurs prévus dans un traité le savent, la menace de poursuites en justice opposant un investisseur à un État a mis en veilleuse un certain nombre d'initiatives majeures en matière de politiques publiques, allant de l'assurance automobile à l'assurance médicaments en passant par diverses mesures de protection visant la santé

---

et l'environnement. À ce sujet, il est sans doute plus facile de faire valoir les droits des investisseurs prévus dans l'ALÉNA lorsqu'on les défend à huis clos, lors de réunions entre lobbyistes et représentants officiels du gouvernement, ou au sein même de l'appareil gouvernemental, lorsque des délégués commerciaux expliquent les limites imposées par l'ALÉNA à leurs collègues des ministères de l'Environnement, de la Santé et des Travaux publics. L'échec retentissant d'UPS permettra certainement de freiner l'influence néfaste qu'exercent les règles d'investissement de l'ALÉNA.

Ce qui suit fournit un bref résumé des difficultés de taille que cette décision a permis de résoudre. Plusieurs débats et objections relevant de la procédure, soulevés en grande partie par le Canada, ont aussi été résolus par le tribunal, mais ils ne seront pas traités dans le présent mémoire.

La plainte d'UPS se classait dans deux catégories distinctes. La première catégorie concernait les pratiques commerciales de Postes Canada, UPS soutenant que ces pratiques allaient à l'encontre de la concurrence et qu'elles traitaient UPS de manière discriminatoire. Les allégations d'UPS visaient, entre autres, l'accès de Purolator à l'infrastructure de Postes Canada (Purolator étant une filiale à part entière de Postes Canada), le soi-disant abus de Postes Canada de son statut de monopole et la décision de Postes Canada quant à un éventuel contrat avec la société Fritz Starber, après l'acquisition de cette dernière par UPS.

La seconde catégorie dans laquelle se classait la plainte d'UPS concernait les diverses politiques, pratiques et lois du gouvernement visant Postes Canada. Ces allégations visaient les pratiques douanières du Canada, plus précisément le Programme d'aide aux publications (un programme culturel visant à aider les éditeurs de magazines du Canada), et le fait que les factrices et facteurs ruraux étaient privés de droits accordés à d'autres travailleurs et prévus dans le *Code canadien du travail*.

Ce qui suit fournit un bref résumé de ces allégations et de la décision rendue par le tribunal.

## **Plaintes liées aux pratiques commerciales de Postes Canada**

Le chapitre 11 de l'ALÉNA autorise le dépôt de plaintes au sujet des activités et de la conduite de sociétés d'État (« entreprise d'État », dans la terminologie de l'ALÉNA) et de certains monopoles. Cependant, la portée de ces plaintes doit être liée à l'exercice, de la part de ces entités, de « pouvoirs réglementaires, administratifs ou gouvernementaux que la Partie [leur] aura délégués ». Ainsi, aux termes du chapitre 11 (articles 1116 et 1117), un investisseur peut déposer une plainte reposant uniquement sur deux conditions énoncées au chapitre 15, à l'alinéa 1502(3)(a) et à la clause 1503(2). Le chapitre 15 traite de la politique de concurrence et des activités des entreprises d'État et des monopoles comme Postes Canada.

Selon les dispositions du chapitre 15, la portée des plaintes opposant deux États est très grande. Toutefois, les investisseurs étrangers ne peuvent contester les activités et la conduite des entreprises d'État et des monopoles que là où ces entreprises d'État et monopoles exercent l'autorité déléguée par le gouvernement, conformément aux deux dispositions indiquées ci-dessus. Le fondement de ces dispositions est évident, car sans elles, les parties visées par l'ALÉNA pourraient se soustraire à leurs obligations prévues au chapitre 11 en confiant tout simplement leur pouvoir décisionnel à une société d'État comme Postes Canada.

Cependant, UPS a tenté de contourner ces restrictions en contestant les activités et la conduite de Postes Canada, qui ne concernent en rien l'exercice de pouvoirs confiés par le gouvernement, telles que les décisions prises par Postes Canada au sujet de l'utilisation de son infrastructure et de l'accès à cette dernière.

La première mise en échec de la tentative d'UPS d'étendre l'exercice des droits que l'ALÉNA confère aux investisseurs a eu lieu quand, un peu plus tôt au cours du processus, le Canada avait réussi à s'opposer à cette tentative claire et nette d'élargir la portée des plaintes déposées aux termes du chapitre 11. Dans sa décision finale, le tribunal a rejeté les efforts d'UPS pour reformuler son argument afin de permettre à Postes Canada d'avoir le statut de « partie » aux termes du chapitre 11. Le tribunal a statué que les dispositions des chapitres 11 et 15 avaient préséance sur la théorie

---

générale du droit international sur lequel se fondait UPS.

Voici la conclusion du tribunal :

[Traduction du STTP]

...le tribunal conclut que les décisions de Postes Canada quant à l'utilisation de son infrastructure par Purolator et par ses propres services concurrentiels ne se prennent pas dans le cadre de l'exercice de l'autorité gouvernementale, au sens de l'alinéa 1502(3)(a) ou de la clause 1503(2) ou (en supposant que cela est pertinent) aux termes des règles du droit international coutumier exposées à l'article 5 du texte de la Commission du droit international. Il s'agit plutôt d'activités commerciales. Il s'ensuit donc le rejet de cette partie de la plainte déposée par UPS relativement aux activités de Postes Canada.

### ***Mesures du gouvernement du Canada***

Outre ses allégations sur les activités de Postes Canada, UPS s'en est également prise à un certain nombre de mesures mises en place par le gouvernement fédéral dont on peut dire qu'elles étaient visées par la portée des règles d'investissement de l'ALÉNA. La première de ces mesures était le traitement douanier particulier accordé aux produits de Postes Canada, qui, aux dires d'UPS, accordait à la société d'État un avantage indu. Aux termes de l'article 1102 de l'ALÉNA, le Canada est tenu d'accorder un traitement non moins favorable aux investisseurs étrangers que celui qu'il accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs. UPS a fait valoir que le règlement douanier du Canada ne respectait pas cette norme.

En maintenant que, dans les faits, Postes Canada et UPS ne font pas face à des « circonstances analogues », le tribunal souligne ce qui suit :

[Traduction du STTP]

Les distinctions à établir entre le trafic postal et les envois de messageries sont reconnues non seulement par le Canada, mais aussi par des spécialistes des douanes aux États-Unis et au Royaume-Uni, par l'Organisation mondiale des douanes et par l'Union postale universelle.

Le tribunal ajoute ce qui suit :

[Traduction du STTP]

Le tribunal a reçu des preuves convaincantes selon lesquelles le Canada, comme tous les pays membres de l'Union postale universelle et de l'Organisation mondiale des douanes, faisait la distinction entre les messageries et le trafic postal en s'appuyant sur le fait que les administrations postales et les spécialistes matière de livraison ont des objectifs et des mandats qui sont propres à chacun et qu'ils transportent et livrent des biens de différentes manières et dans des circonstances différentes.

L'allégation fondée sur l'article 1102 a été rejeté pour ces raisons.

L'autre allégation d'UPS liée aux douanes visait l'entente concernant le traitement et le dédouanement des importations postales, que l'Agence du revenu du Canada et Postes Canada ont négociée en 1992 et qui porte sur l'exécution de certaines tâches douanières non essentielles. Le tribunal a rejeté cette allégation parce que le contrat en litige n'est pas visé par les dispositions d'exceptions au chapitre 11.

Outre ses allégations sur les mesures douanières, UPS s'en est également prise au Programme d'aide aux publications (PAP), que le Canada a défendu en soutenant que ce programme faisait partie des exceptions culturelles visées par l'ALÉNA. Dans son rejet de cette allégation d'UPS, le tribunal a insisté sur le rôle de Postes Canada en matière de politiques publiques, y compris l'obligation qui lui incombe de fournir un service universel. À ce sujet, le tribunal a formulé les commentaires suivants :

[Traduction du STTP]

Le rôle premier de Postes Canada en matière de politiques publiques consiste à fournir un service postal accessible et abordable, à traiter le courrier d'arrivée et de départ et à desservir l'ensemble de la population du Canada dans les meilleurs délais. Ce concept de service postal est connu, tant au Canada qu'à l'étranger, comme étant « l'obligation de fournir un service universel ». Au Canada, le respect de l'obligation de fournir un service universel est une politique interne de premier plan depuis l'adoption de la *Loi sur les postes*, en 1867.

---

Néanmoins, UPS a soutenu qu'aux termes du Programme d'aide aux publications, Postes Canada recevait un traitement préférentiel parce que les éditeurs devaient utiliser les services de Postes Canada pour recevoir l'aide fournie par le gouvernement fédéral dans le cadre de ce programme. Le tribunal a ajouté que cette allégation n'avait rien à voir avec la protection des industries culturelles, et qu'elle ne faisait donc pas partie des exceptions visant les industries culturelles.

Dans son rejet de cette allégation, le tribunal a refusé d'établir la distinction qu'UPS l'enjoignait de faire entre les objectifs du programme culturel et la manière dont ce dernier est appliqué. Ce faisant, le tribunal a fait ressortir l'ampleur des exemptions visant les industries culturelles et le prix élevé qu'il en coûte au Canada :

[Traduction du STTP]

...le fait d'accepter une telle exemption a eu pour contrepartie d'accorder un **droit unilatéral de représailles** qui permet à une partie de prendre des mesures ayant un effet commercial équivalent en réaction aux mesures visant les industries culturelles qui, si ce n'était de l'exemption, iraient à l'encontre de l'ALÉNA. Le Canada fait valoir que **si le tribunal imposait des limites à la portée de cette exemption culturelle, cela aurait pour effet de rompre l'équilibre auquel les parties ont consenti.** [c'est nous qui soulignons.]

En d'autres termes, les dispositions d'exception de l'ALÉNA visant la culture canadienne font en sorte que les mesures culturelles font l'objet d'un traitement plus rigoureux que celui qui leur serait autrement réservé, sauf pour ce qui est des plaintes opposant un investisseur à un État. Nous sommes ici témoins de la dynamique qui fait dérailler la plainte d'UPS.

Enfin, UPS a voulu invoquer l'article 1105 de l'ALÉNA, qui concerne la *Norme minimale de traitement* exigée des parties à l'égard des investisseurs étrangers. Ces allégations visaient les droits de négociation collective des employés de Postes Canada quant à l'application des lois du travail et du droit de ces employés à une pension. Les deux allégations ont fait l'objet de plaidoyers élaborés dans le cadre du mémoire déposé au nom du Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et du Conseil des Canadiens.

Parmi ces allégations, celles qui reposaient sur l'article 1105 et qui portaient sur le refus d'accorder à certains employés de Postes Canada le droit à la négociation collective se sont révélées les plus audacieuses, car elles demandaient essentiellement réparation pour la violation d'une convention de l'Organisation internationale du travail. À cet égard, UPS a soutenu que le Canada accordait à Postes Canada un traitement préférentiel en exemptant les factrices et facteurs ruraux de l'application du *Code canadien du travail*. Le Canada a réagi en justifiant le traitement discriminatoire de ces travailleurs en se reportant à l'obligation qui lui incombe de fournir un service universel. Il est difficile de savoir quel argument s'est révélé le plus percutant : les allégations d'UPS selon lesquelles elle se trouve elle-même à être la partie lésée lorsque des travailleurs sont privés de leurs droits fondamentaux, ou la thèse du Canada selon laquelle le mandat d'un service public et le droit à la négociation collective sont incompatibles.

Il semble toutefois que ni l'une ni l'autre des parties n'ait accordé beaucoup d'attention à ces arguments, et le tribunal a rejeté toutes les allégations fondées sur l'article 1105, ne faisant que les mentionner au passage. On est porté à croire qu'UPS aurait dû agir autrement et ne pas continuer sur sa lancée après toute l'attention qu'elle avait reçue lors de la présentation de notre mémoire à titre d'intervenant désintéressé.

### *Un avis de dissidence*

Ronald Cass, doyen de la faculté de droit de l'université de Boston, représentant d'UPS auprès du tribunal, a déposé un avis de dissidence très détaillé. L'examen de cet avis outrepassé les fins du présent document. Nous pouvons toutefois affirmer qu'il est en désaccord avec l'opinion général sur presque chaque élément du dossier, y compris en ce qui concerne l'étendue des mesures de protection de la culture canadienne. Il conclut qu'UPS a déposé des preuves convaincantes et bien documentées selon lesquelles le Canada n'a pas réglementé correctement Postes Canada pour veiller à ce que ses activités soient en accord avec l'obligation prévue à l'article 1102 de l'ALÉNA, que le Canada est tenu de respecter. Il en arrive à une conclusion semblable en ce qui concerne les dispositions du chapitre 15, lesquelles risquent d'être invoquées pour étoffer les plaintes d'investisseurs étrangers.

---

## Conclusion

Cette brève analyse met en lumière toute l'importance du rejet de la plainte d'UPS, et ce, non seulement pour les services postaux, mais aussi pour tous les autres services publics qui risquent d'entrer en concurrence directe ou indirecte avec les entreprises privées qui fournissent les mêmes services. L'argument qui aurait pu servir à promouvoir la privatisation et la déréglementation et à décourager l'expansion des services publics a bel et bien été écorché.

Toutefois, il vaut sans doute mieux conclure sur une note prudente. En effet, nous savons, par expérience, que le mouvement qui prône la libéralisation des politiques commerciales au moyen de la privatisation et de la déréglementation est redoutable et qu'il demeure une force dont il faut tenir compte. De plus, UPS n'a pas encore épuisé les possibilités qui s'offrent à elle aux termes de l'ALÉNA, et elle pourrait chercher à obtenir

un examen judiciaire de la décision arbitrale qui vient d'être rendue.

Ce qui risque davantage de se produire serait qu'UPS persuade l'administration américaine d'engager sa cause dans des procédures formelles entre États. Le tribunal de l'ALÉNA n'a pas conclu que la plainte d'UPS n'était pas fondée. Il a plutôt conclu que les règles clés de l'ALÉNA visant la concurrence ne pouvaient pas être invoquées dans le cadre d'une procédure de règlement de poursuites en justice intentées aux termes du chapitre 11. Une poursuite opposant deux États ne se serait pas butée à pareil obstacle, et il est raisonnable de s'attendre à ce qu'UPS fasse valoir ces arguments auprès des autorités commerciales des États-Unis.

*(Steven Shrybman pratique la loi internationale et celle de l'intérêt public. Il est partenaire de la firme Sack Goldblatt Mitchell.)*