

**EXAMEN PAR UN GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL
CONSTITUÉ EN VERTU DE L'ARTICLE 1904
DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN**

DANS L'AFFAIRE :

Certains opacifiants iodés utilisés pour
l'imagerie radiographique, originaires
ou exportés des États-Unis d'Amérique
(y compris le Commonwealth de Porto
Rico)

Dossier du Secrétariat
n° CDA-USA-2000-1904-02

DÉCISION DU GROUPE SPÉCIAL
SUR L'EXAMEN DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE EXTÉRIEUR

Le 8 janvier 2003

Devant :

- M. Brian E. McGill (président)
- M. le professeur David J. Mullan
- M. Mark R. Sandstrom
- M. le professeur Leon E. Trakman
- M^{me} Shawna K. Vogel

Audience : le 10 septembre 2002, Ottawa (Ontario), Canada

Comparutions :

Au nom de Bracco Diagnostiques Canada, Inc.
et Bracco Diagnostics, Inc.

M. Dean A. Peroff

Au nom de Nycomed Amersham Canada Ltd.
et Nycomed Inc.

M. Lawrence L. Herman

Au nom de Tyco Healthcare Canada Inc.

M. C.J. Michael Flavell, c.r.
M. Geoffrey C. Kubrick

Au nom du Tribunal canadien du commerce extérieur

M. John Dodsworth
M^{me} Michèle Hurteau

Introduction

Il s'agit de la décision du groupe spécial binational chargé de l'examen de l'affaire *Certains opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique (y compris le Commonwealth de Porto Rico)* (dossier du Secrétariat n° CDA-USA-2000-1904-02), en vertu de l'article 1904 de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)* et de la partie I.1 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation (LMSI)*¹. La demande d'examen par le groupe spécial des conclusions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur le 1^{er} mai 2000, dans l'enquête n° NQ-99-003, a été déposée auprès du Secrétariat de l'ALÉNA, Section canadienne, par les avocats de Nycomed Amersham Canada Ltd. et Nycomed Inc. le 9 juin 2000, conformément à la partie II des *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA*. Une demande d'examen additionnelle a également été déposée par les avocats de Bracco Diagnostiques Canada, Inc. et Bracco Diagnostics, Inc.

Les produits qui font l'objet du présent examen sont décrits comme des opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, en solutions dont l'osmolalité est inférieure à 900 mOsm/kg H₂O, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique (y compris le Commonwealth de Porto Rico)².

¹ L.R.C. (1985), ch. S-15, modifiée (ci-après la LMSI).

² Exposé des motifs, *Certains opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique (y compris le Commonwealth de Porto Rico)*, Enquête du Tribunal n° NQ-99-003, [2000], (ci-après l'Exposé des motifs), p. 3.

Les parties au présent examen sont Bracco Diagnostiques Canada, Inc., Bracco Diagnostics, Inc., Nycomed Amersham Canada Ltd. et Nycomed Inc. en qualité de plaignantes et Tyco Healthcare Canada Inc. et le Tribunal en qualité d'intimés.

Norme de contrôle

Position des parties

Les avocats des plaignantes plaident d'abord que le groupe spécial devrait appliquer la norme de la décision correcte à la détermination par le Tribunal de ce qui constitue la « branche de production nationale » pour les besoins de l'enquête visant à déterminer si le dumping avait causé un « dommage sensible ». Ils soutiennent que la détermination par le Tribunal de la portée du terme « branche de production nationale » est une question juridictionnelle sur laquelle le Tribunal doit rendre une décision correcte. À titre subsidiaire, ils font valoir qu'il s'agit d'une question de pure interprétation de la loi faisant appel à des concepts inhérents au droit commercial ou à des principes d'interprétation des lois. Dans ce cas aussi, selon leur position, il faudrait appliquer la norme de la décision correcte. De façon plus générale, ils plaident également que le Tribunal, dans son enquête sur le dommage sensible, devait tenir compte de la production nationale destinée à l'exportation des marchandises pertinentes ainsi que de la production nationale de ces marchandises destinée à la consommation nationale, qu'il ne l'a pas fait dans des parties cruciales de sa décision et que cela donne ouverture au contrôle. S'agissant de la norme de contrôle, ils plaident que, sur ce point également, le Tribunal était tenu de rendre une décision correcte lorsqu'il décidait si

les ventes à l'exportation étaient pertinentes sur le plan juridique et s'il fallait en tenir compte à divers stades dans l'élaboration de sa décision.

Les deux intimés s'opposent à ces prétentions. En particulier, ils plaident que la décision sur le point de savoir si la « branche de production nationale » inclut les marchandises exportées et sur le degré de pertinence du niveau des exportations par rapport à l'enquête globale sur le dommage se situe au cœur de la compétence du Tribunal. Ils qualifient cette décision d'étroitement rattachée aux faits, non de question dépendant de pur point d'interprétation de la loi, non de question faisant appel aux concepts inhérents au droit commercial ou à toute autre forme de droit général ou de *common law*. Si le groupe spécial accepte cette analyse, les intimés soutiennent que la norme de contrôle devrait être celle du caractère manifestement déraisonnable ou, à défaut (selon Tyco), néanmoins une [TRADUCTION] « norme élevée de retenue ».

Principes généraux

Le groupe spécial a exposé les principes généraux du droit canadien du contrôle judiciaire dans la décision rendue dans le dossier CDA-USA-2000-1904-01, procédure connexe portant sur une contestation de la décision de dumping rendue par l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Nous réaffirmons ces principes généraux aux faits de l'espèce.

Application au Tribunal

La Cour suprême du Canada a récemment examiné la question de la norme de contrôle à l'égard du Tribunal dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du revenu national) c. Mattel Canada Inc.*³ Cet arrêt portait sur une décision du Tribunal rendue en vertu non pas de la *LMSI*, mais de la *Loi sur les douanes*. De façon plus précise, le TCCE devait interpréter les termes « vente [de marchandises] pour exportation au Canada » (l'accent étant mis sur la signification du terme « vente de marchandises ») et « condition de la vente des marchandises ». Après avoir apprécié l'expertise du Tribunal, la Cour a statué que, s'agissant de questions de pure interprétation législative portant sur un concept « inhérent[] au droit commercial⁴ », rien ne justifiait la retenue et la norme était celle de la décision correcte. Toutefois, la Cour a pris soin de préciser qu'elle n'établissait pas une règle générale pour toutes les questions de droit que doit trancher le TCCE dans le cadre de la législation douanière et a fortiori dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la *LMSI*. Elle opposait ces décisions à celles qui portent sur « des mots techniques qui débordent complètement son [c'est-à-dire de la Cour d'appel] mandat habituel⁵ », à l'égard desquelles la retenue était justifiée.

De façon plus générale, le juge Major, qui a rédigé le jugement de la Cour, a approuvé une évaluation antérieure que la Cour suprême avait faite de l'expertise à laquelle peut prétendre le Tribunal :

³ [2001] 2 R.C.S. 100.

⁴ *Id.*, par. 33.

⁵ *Id.*, par. 32.

À ce sujet, le juge Wilson a fait remarquer, dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, qu'une « gestion prudente » de secteurs comme « les relations économiques internationales » « nécessite souvent le recours à des experts ayant à leur actif des années d'expérience et une connaissance spécialisée des activités qu'ils sont chargés de surveiller ». Aux termes du par. 3(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le gouverneur en conseil doit nommer un président, deux vice-présidents et au plus six autres titulaires. La durée maximale du mandat des titulaires est de cinq ans (par. 3(3)). Étant des titulaires, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience relativement aux questions qu'ils examinent pendant la durée de leur mandat. Selon la nature de la question en cause, les membres du TCCE acquièrent de l'expérience et de l'expertise que les tribunaux judiciaires ne possèdent pas. Cette constatation est également compatible avec la façon dont le juge Wilson a décrit l'organisme prédécesseur du TCCE, savoir un tribunal « composé d'experts qui sont versés dans les complexités des relations commerciales internationales et dont les fonctions consistent à entendre un nombre considérable de causes en matière commerciale » (*National Corn Growers Assn.*, précité, p. 1348).⁶

L'affaire *National Corn Growers Assn.* portait sur une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour d'appel fédérale visant une décision rendue par le Tribunal en vertu de la *LMSI*. Dans ce contexte, la Cour suprême a appliqué la norme du caractère manifestement déraisonnable sur les questions tant de droit que de fait. Il convient d'observer que l'affaire *National Corn Growers Assn.* portait sur une demande de contrôle judiciaire, plutôt que sur un appel prévu par la loi, comme c'était le cas dans l'affaire *Mattel*. Ce fait est important parce que la jurisprudence établit clairement que, de façon générale, un degré moindre de retenue est justifié à l'égard des décisions sur un point de droit dans le contexte de l'appel prévu par une loi plutôt que de celui d'une demande de contrôle judiciaire⁷.

⁶ *Id.*, par. 30.

⁷ Voir, p. ex., l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil canadien de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, par. 31.

Toutefois, il est également significatif que, depuis l'arrêt *National Corn Growers Assn.*, la clause privative restreignant la portée du contrôle judiciaire à l'égard des décisions du Tribunal en vertu de la *LMSI* a été supprimée. Malgré ce fait et aussi malgré l'arrêt *Mattel*, tant les groupes spéciaux constitués en vertu de l'ALÉNA⁸ que la Cour d'appel fédérale⁹ ont continué, soit d'appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable aux décisions du Tribunal sur des questions de fait, de droit ou des questions mixtes de droit et de fait, soit de faire preuve d'« une retenue considérable¹⁰ » dans le cas des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait.

Les questions précises

Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, les plaignantes soutiennent que le Tribunal a commis une erreur dans la définition de la « branche de production nationale » en vue d'évaluer le dommage. Elles font valoir que le Tribunal a limité la définition de la « branche de production nationale », donnée au paragraphe 2(1) de la *LMSI*, aux marchandises fabriquées en vue de la vente sur le marché national et a omis à tort de prendre en compte le rendement à l'exportation de la branche de production. Elles plaident également que le Tribunal a ensuite omis de prendre en compte le rendement à l'exportation en vue de déterminer le préjudice sensible selon l'article 42 de la *LMSI* et des paragraphes 37.1(1) et

⁸ Voir, p. ex., la décision *Certains raccords de tuyauterie à souder, de types à pression et à drainage, renvoi et évent originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique*, (2000), CDA-USA-98-1904-03.

⁹ Voir, p. ex., l'arrêt *Canadian Pasta Manufacturers Assn. c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 115 (C.A.) (Q.L.), par. 6.

¹⁰ Voir, p. ex., *Certains réfrigérateurs, lave-vaisselle et sécheuses originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique et fabriqués par, ou au nom de, la White Consolidated Industries, Inc. et la Whirlpool Corporation, leurs sociétés affiliées, successeurs et ayants droit respectifs*, (2002), CDA-USA-2000-1904-04, (ci-après la *Décision du groupe spécial sur les électroménagers*), p. 20.

(3) du *Règlement sur les mesures spéciales d'importation* (Règlement MSI). Elles invoquent à l'appui de leur position les motifs dissidents du membre Close dans la décision du Tribunal.

Le groupe spécial convient avec les avocats de Bracco et Nycomed que le point de savoir si les ventes à l'exportation entrent dans la définition de la « branche de production nationale » ou constituent autrement un facteur potentiellement pertinent pour l'évaluation du dommage sensible soulève une question relative à des principes juridiques qui, pour reprendre les termes de l'arrêt de la Cour suprême *Housen c. Nikolaisen*, est « facilement isolable¹¹ » de la partie application du droit aux faits dans cette décision. Par contre, même en posant que cet aspect de la décision du Tribunal porte sur une question relative à des principes juridiques, cela ne conduirait pas nécessairement, selon les arrêts *Mattel* ou *Housen*, à la conclusion que la norme de contrôle doit être celle de la décision correcte. La retenue à l'égard de la décision du Tribunal s'impose toujours, à moins qu'il ne s'agisse d'une question juridictionnelle ou d'une pure question d'interprétation législative qui dépend de l'application de principes de droit général sur lesquels le tribunal chargé du contrôle possède une expertise au moins aussi grande, sinon plus grande, que le tribunal administratif dont la décision fait l'objet du contrôle¹².

Nous jugeons qu'il s'agit d'une question qui se trouve au cœur de la mission du Tribunal – soit interpréter et définir le sens des termes de la loi pertinente qui ne peuvent être

¹¹ 2002 CSC 33, par. 36.

¹² Cela résulte clairement de l'arrêt *Mattel* dans lequel le juge Major, qui rend le jugement au nom de la Cour, affirme qu'il est nécessaire de considérer la nature de la question juridique que le Tribunal doit trancher et de déterminer si elle relève du droit général ou si elle entre dans l'expertise du Tribunal : [2001] 2 R.C.S. 100, aux par. 32 et 33.

isolés du contexte du régime hautement spécialisé établi par cette loi. Ceci est, essentiellement, une question de droit commercial qui exige une expérience approfondie des « complexités » (pour reprendre le terme de Madame le juge Wilson dans l'arrêt *National Corn Growers Assn.*) de la *LMSI*¹³. Pour trancher le point de savoir si le terme « branche de production nationale » au paragraphe 2(1) de la *LMSI* exige l'inclusion de marchandises fabriquées sur le marché national à la fois pour la consommation nationale et pour l'exportation et impose également de prendre en compte la performance à l'exportation à divers stades de l'enquête sur le dommage sensible, il faut comprendre à la fois la structure et les objectifs sous-jacents de la législation anti-dumping et la place de cette décision particulière à l'intérieur de cette structure et de ces objectifs. La décision ne soulève pas de questions de droit général¹⁴. Selon l'« analyse pragmatique et fonctionnelle¹⁵ » à laquelle il faut procéder, il en résulte qu'il ne s'agit pas d'une question juridictionnelle ou d'une question nécessitant l'interprétation d'une disposition « attributive de compétence¹⁶ ». Il ne s'agit pas non plus d'une question de pure interprétation de la loi portant sur un point de droit général ou un point de droit en dehors du domaine de l'expertise attendue du Tribunal. Le groupe spécial conclut donc qu'il doit faire preuve d'« une retenue considérable » à l'égard

¹³ D'après la citation faite par le juge Major dans l'arrêt *Mattel*, précité, note 3.

¹⁴ Au soutien de la proposition que c'était le type de question qui, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Mattel*, devrait entraîner l'application de la norme de la décision correcte, les avocats des plaignantes ont tenté de qualifier la question de question faisant intervenir l'application de « principes généraux » d'interprétation législative sur laquelle les tribunaux judiciaires et le groupe spécial possèdent une expertise aussi grande, sinon plus grande, que le Tribunal. Cependant, accepter cet argument reviendrait en fait à accepter la proposition que tous les cas de pure interprétation législative par le Tribunal ou par d'autres tribunaux administratifs tombent sous le coup de la norme de la décision correcte. Cela est contraire aux bases du droit canadien du contrôle judiciaire : la règle établie dans l'arrêt *Mattel*, au lieu de ne s'appliquer que fort rarement (*Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292 (C.A.), par. 20), s'appliquerait presque toujours.

¹⁵ Telle qu'elle a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1088, et réaffirmée dans des arrêts comme *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 et *Mattel*, précité, note 3.

¹⁶ *Bibeault*, *ibid.*

de la décision du Tribunal sur la question précise de la pertinence des biens manufacturés en vue de l'exportation lorsqu'il s'agit de définir la « branche de production nationale » et, de façon plus générale, sur le degré de pertinence de ce facteur comme élément de l'enquête sur le « dommage sensible ». À vrai dire, une fois que la tâche du Tribunal devient, comme elle l'est devenue rapidement en l'espèce, celle d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent l'article 42 de la *LMSI* et l'article 37.1 du Règlement MSI au sujet des facteurs pertinents à l'enquête particulière, il faut faire preuve d'une retenue encore plus grande à l'égard du Tribunal. À ce stade, il est passé d'une question relative à des principes juridiques portant sur la pertinence « juridique » abstraite du rendement à l'exportation à l'application de son jugement en vue de déterminer dans quelle mesure, le cas échéant, le rendement à l'exportation est réellement pertinent en l'espèce, soit une question d'appréciation discrétionnaire ou d'application du droit aux faits.

Compte tenu des conclusions auxquelles nous arrivons ci-dessous, il n'est pas nécessaire de décider si cette retenue devrait aller jusqu'à exiger que l'on démontre le caractère manifestement déraisonnable. Même selon la norme du caractère déraisonnable qui exige une retenue moindre, le traitement qu'a fait le Tribunal des questions relatives aux principes juridiques résiste à l'examen. Il en est de même pour l'application que le Tribunal a faite de ces principes aux faits de l'espèce.

I. La définition de la branche de production nationale

Les plaignantes font valoir que le Tribunal a interprété à tort la « branche de production nationale » comme étant limitée à la production nationale destinée à la consommation nationale¹⁷. Elles allèguent que la branche de production nationale, en vue de l'enquête et de l'analyse du dommage sensible, doit comprendre la production collective nationale – c'est-à-dire la production tant pour les ventes à l'exportation que pour les ventes nationales. En réponse, Tyco oppose que le Tribunal n'a pas limité la définition de la branche de production nationale à la production nationale destinée à la consommation nationale, mais l'a définie correctement conformément aux dispositions pertinentes de la *LMSI*¹⁸. Le Tribunal soutient également qu'il avait défini correctement la branche de production nationale et n'avait pas limité la portée des « marchandises similaires » produites par le seul producteur canadien aux produits destinés à la consommation nationale. Dans les motifs de sa décision, le Tribunal indique expressément que les exportations de marchandises similaires constituent une composante importante de la production collective nationale de marchandises similaires¹⁹.

La branche de production nationale est définie au paragraphe 2(1) de la *LMSI* dans les termes suivants :

¹⁷ Mémoire conjoint des plaignantes Bracco Diagnostics, Inc., Bracco Diagnostiques Canada, Inc., Nycomed Amersham Canada Ltd., Nycomed Inc. et Nycomed Imaging AS (ci-après le Mémoire conjoint des plaignantes), p. 13.

¹⁸ Mémoire en réponse de Tyco Healthcare Canada Inc. (auparavant Mallinckrodt Canada Inc.) (ci-après le Mémoire en réponse de Tyco), p. 2.

¹⁹ Mémoire du Tribunal canadien du commerce extérieur (ci-après le Mémoire en réponse du Tribunal), p. 28.

« branche de production nationale » ... l'ensemble des producteurs nationaux de marchandises similaires ou les producteurs nationaux dont la production totale de marchandises similaires constitue une proportion majeure de la production collective nationale des marchandises similaires...

Il est clair, d'après cette définition donnée dans la loi, que la branche de production nationale se rapporte aux producteurs nationaux dont la production totale de marchandises similaires constitue une proportion majeure de la production collective nationale, sans aucune limitation tenant au fait que cette production est destinée à la consommation nationale ou à l'exportation. En appliquant la définition donnée au paragraphe 2(1) de la LMSI, le Tribunal a conclu que Tyco était le seul producteur national des opacifiants en cause et que, par conséquent, la branche de production nationale se composait de Tyco.

Le groupe spécial conclut que le Tribunal n'a pas restreint la branche de production nationale, représentée par Tyco, seul producteur national, à la production de Tyco destinée à la consommation nationale. Pour déterminer que Tyco représente la branche de production nationale, il a considéré la totalité de la production de Tyco, tant celle qui est destinée à l'exportation que celle qui est consommée sur le marché national. Le groupe spécial confirme donc que l'interprétation de la branche de production nationale par le Tribunal était tout à fait conforme au droit canadien. Il ne se pose donc pas de questions au sujet des conséquences qu'aurait pu avoir le fait que le Tribunal n'inclue pas la production destinée à l'exportation dans la « branche de production nationale ».

II. L'évaluation par le Tribunal du rendement à l'exportation dans le contexte de l'analyse du dommage sensible

Les plaignantes allèguent que le Tribunal a commis une erreur dans la mesure de l'incidence des importations en cause sur la branche de production nationale, du fait qu'il n'a pas pris en compte le rendement à l'exportation de Tyco comme facteur pertinent selon l'article 42 de la *LMSI* et le paragraphe 37.1(1) du Règlement MSI en vue de déterminer le dommage sensible et ne s'est attaché qu'aux ventes nationales et aux bénéfices en découlant. Selon l'argumentation des plaignantes, [TRADUCTION] « [p]our l'enquête sur le dommage sensible, la "branche de production nationale" doit comprendre les producteurs nationaux dans toutes leurs activités – les ventes à l'exportation tout autant que les ventes nationales²⁰ ». Selon ce qu'allèguent les plaignantes, du fait que le Tribunal s'est limité à considérer la production destinée à la consommation nationale, sa décision sur le dommage sensible ne respectait pas la *LMSI* et le Règlement MSI.

En réponse, Tyco fait valoir : [TRADUCTION] « Les facteurs énumérés à l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI, lorsqu'on les lit dans le contexte voulu, militent plutôt en faveur de la thèse opposée, que le Tribunal a le droit de concentrer son enquête sur la production nationale destinée à la consommation nationale. Selon cet alinéa, les facteurs économiques pertinents pris en compte doivent se rapporter à "l'incidence des marchandises sous-évaluées ou subventionnées sur la situation de la branche de production nationale".

²⁰ Mémoire conjoint des plaignantes, p. 13; *id.*, p. 25 ([TRADUCTION] « Au lieu de considérer *tous* les facteurs qui ont une incidence sur la branche de production, *toutes* les ventes – tant les exportations que les importations – et l'incidence de ces ventes, pour déterminer s'il y a eu un dommage sensible, il s'est limité au "dommage à la production nationale destinée à la consommation nationale". »).

L'incidence du dumping, est-il suggéré, ne peut être ressentie directement que sur les produits vendus sur le marché national.²¹ »

De son côté, le Tribunal fait observer [TRADUCTION] qu'« il n'y a rien d'incorrect à considérer des segments particuliers de la branche de production nationale dans l'analyse du dommage²² ». Le Tribunal relève que les plaignantes elles-mêmes ont renvoyé à la législation commerciale américaine, qui exige, dans certaines circonstances, que la Commission du commerce international [TRADUCTION] « se concentre surtout sur le marché libre du produit similaire national²³ ».

Selon le Règlement MSI, pour évaluer le dommage, le Tribunal doit prendre en compte :

(i) tout déclin réel ou potentiel dans la production, les ventes, la part de marché, les bénéfices, la productivité, le rendement sur capital investi ou l'utilisation de la capacité de la branche de production,

(ii) toute incidence négative réelle ou potentielle sur les liquidités, les stocks, les emplois, les salaires, la croissance ou la capacité de financement²⁴.

L'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI, qui définit les facteurs à prendre en compte pour déterminer l'incidence des marchandises subventionnées sur la situation de la branche de production nationale, ne précise pas si c'est le rendement sur le marché national, le

²¹ Mémoire en réponse de Tyco, p. 30.

²² Mémoire en réponse du Tribunal, p. 35.

²³ *Id.*

²⁴ Alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI.

rendement sur le marché à l'exportation de la branche de production nationale, ou ces deux facteurs qu'il faut prendre en compte. En d'autres termes, contrairement à d'autres dispositions du Règlement MSI, l'alinéa 37.1(1)c) n'impose pas au Tribunal d'examiner l'incidence des marchandises sous-évaluées sur le rendement à l'exportation en vue de rendre sa décision sur le dommage. En fait, s'agissant de facteurs comme les ventes ou la part du marché (national), on voit difficilement comment les importations sous-évaluées pourraient avoir la moindre incidence sur les ventes à des pays tiers.

De plus, ainsi que l'a relevé Tyco, les mesures auxquelles on peut avoir recours en vertu de la législation canadienne visent à neutraliser l'incidence négative du dumping sur les producteurs du Canada qui subissent un dommage du fait des importations de produits sous-évalués. Il n'y a de mesures qu'à l'égard des produits importés vendus sur le marché national. À l'inverse, la loi ne prévoit pas de mesures pour le dommage causé aux exportations des producteurs canadiens vers les marchés de pays tiers.

Le groupe spécial note que le Tribunal a conclu, à plusieurs occasions auparavant, que, dans l'appréciation de l'incidence du dumping par rapport aux facteurs énumérés à l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI, la décision de dommage peut être rendue en fonction de l'incidence sur le marché national. En 1988, le Tribunal a rendu sa décision dans une affaire de dumping portant sur des importations d'automobiles en provenance de la Corée²⁵. Dans l'affaire *Voitures*, le Tribunal a décidé que les exportations n'avaient aucun rapport

²⁵ *Voitures produites par ou pour le compte de la Hyundai Motor Company de Séoul, République de Corée, ou par des sociétés associées*, Enquête du Tribunal n° CIT-13-87 [1988] T.C.I. n° 15 (ci-après *Voitures*).

avec la question du dumping au Canada et du préjudice [maintenant appelé dommage] à la production nationale.

En outre, et malgré les affirmations répétées selon lesquelles l'industrie automobile serait une industrie nord-américaine englobant exportations et importations dans le cadre d'une production rationalisée, la base de l'argumentation de GM Canada et Ford Canada et des plaidoiries de leurs avocats a été qu'elles se préoccupaient du préjudice causé à la production nationale destinée au marché national²⁶.

Dans une enquête antidumping portant sur les tôles d'acier laminées à froid, le Tribunal a statué :

Pour déterminer si le dumping a causé un préjudice sensible, cependant, le Tribunal s'est concentré principalement sur les indicateurs relatifs aux ventes sur le marché national. Ces indicateurs comprennent les tendances et les niveaux des importations et des parts du marché, des prix et des résultats financiers²⁷. (non souligné dans l'original)

De même, dans une enquête antidumping récente portant sur les réfrigérateurs, lave-vaisselle et autres électroménagers²⁸, le Tribunal a apprécié l'incidence des importations sous-évaluées sur divers facteurs énumérés à l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI à l'égard du marché national :

L'argumentation de Camco gravite autour du fait que les importations sous-évaluées l'ont contrainte à soit ajuster ses prix à la baisse, soit accepter de perdre des ventes. À cet égard, le Tribunal a examiné la question de l'érosion des prix et de la sensibilité au prix des appareils ménagers sur le marché

²⁶ *Ibid.*, p. 17.

²⁷ *Tôles d'acier laminées à froid*, Enquête du Tribunal n° NQ-92-009, à la p. 22.

²⁸ *Certains réfrigérateurs électriques avec compartiment de congélation dans la partie supérieure, lave-vaisselle électriques de type ménager et sècheuses au gaz ou électriques, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique et fabriqués par, ou au nom de, la White Consolidated Industries, Inc. et la Whirlpool Corporation, leurs sociétés affiliées, successeurs et ayants droit respectifs*, Enquête du Tribunal n° NQ-2000-001 (ci-après *Électroménagers*).

canadien... Le Tribunal conclut que Camco a subi une perte notable de part de marché en raison directe de l'augmentation des ventes des importations à des prix de dumping... le Tribunal a examiné les recettes que Camco a tirées des ventes de certains réfrigérateurs, lave-vaisselle et sècheuses sur le marché canadien...²⁹.

Dans une décision très récente, un groupe spécial constitué en vertu de l'ALÉNA a confirmé la décision du Tribunal dans l'affaire des *Électroménagers* sur le point que le Tribunal s'était concentré sur l'incidence des importations sous-évaluées sur le marché national. Le groupe spécial a reconnu que le Tribunal, dans cette affaire, avait pris en compte la totalité de la branche de production, « y compris la production en vue de l'exportation et le rendement à l'exportation », mais a néanmoins décidé : « s'il a conclu qu'il existait un dommage, c'est en se fondant sur l'incidence des importations dans des segments spécifiques du marché national³⁰ ».

Le groupe spécial conclut donc qu'on ne trouve dans la loi ou le règlement aucune disposition empêchant le Tribunal d'examiner l'incidence du dumping sur les facteurs énumérés à l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI à l'égard de la situation sur le marché national. Le groupe spécial conclut que, dans la mesure où le Tribunal a limité son examen de l'incidence des importations sous-évaluées sur les facteurs énumérés à l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI au marché national, c'est sur le fondement d'une interprétation du droit canadien qui n'est pas déraisonnable.

²⁹ *Ibid.*, pp. 28 à 35.

³⁰ *Décision du groupe spécial sur les électroménagers*, p. 23.

III. Le fort rendement à l'exportation comme compensation du faible rendement sur le marché national

Les plaignantes font valoir, en fait, que non seulement il faut prendre en compte le rendement à l'exportation, mais aussi que, dans le cas où ce rendement est positif, le Tribunal doit examiner s'il « compense » l'incidence négative des importations sous-évaluées sur la situation de la branche de production nationale³¹.

Tyco répond que les plaignantes [TRADUCTION] « n'ont pas démontré que les dispositions de la *LMSI* et du Règlement MSI exigent que le Tribunal tienne compte du rendement à l'exportation positif comme une compensation ou un contrepois au dommage sensible causé par les importations sous-évaluées sur le marché national. Une interprétation raisonnable de la *LMSI* et du règlement d'application établit plutôt qu'il n'existe pas d'obligation du genre³². »

Le Tribunal a également décidé qu'il n'était pas tenu de prendre en compte le rendement à l'exportation positif comme compensation du préjudice causé sur le marché national par les importations sous-évaluées.

Dans le cas présent, loin d'être une source de dommage, le rendement à l'exportation de la branche de production nationale a contribué avantageusement à son rendement global et a aidé à compenser les effets dommageables du dumping sur le marché national. Le Tribunal est d'avis que le rendement à l'exportation de la branche de production nationale, bien que favorable, ne compense pas le dommage sensible que cause directement le

³¹ Voir le Mémoire conjoint des plaignantes, aux pp. 16-17.

³² Mémoire en réponse de Tyco, p. 25.

dumping des marchandises visées et qui prend la forme d'une érosion des prix et d'une perte de ventes sur le marché national³³.

Ainsi qu'il a été indiqué dans la section précédente, on ne trouve ni dans la *LMSI* ni dans le Règlement MSI de disposition obligeant le Tribunal à prendre en compte un segment particulier de marché en vue d'apprécier l'incidence des marchandises sous-évaluées sur la situation de la branche de production nationale à l'égard des facteurs économiques énumérés dans cette disposition. Il s'ensuit qu'aucune disposition de la loi ou du règlement n'exige la pondération du rendement de divers segments du marché pour apprécier l'incidence des importations sous-évaluées.

Le groupe spécial note également que cette question a été examinée et tranchée d'une manière uniforme dans les décisions antérieures du Tribunal. Par exemple, dans une affaire concernant les feuillets et tôles plats laminés à chaud, le Tribunal a décidé :

Selon le Tribunal, aux fins de l'évaluation du dommage causé à la branche de production nationale, un bon rendement dans une partie de la production nationale ne doit pas être invoqué comme une raison de ne pas tenir compte du dommage causé à une autre partie de cette production. Autrement dit, le Tribunal n'admet pas la notion que la détermination d'un dommage est une somme algébrique, où les plus et les moins assortis aux profits et aux pertes dans différentes parties de la production s'annuleraient entre eux. Il est tout à fait possible qu'une branche de production obtienne un bon rendement sur une certaine partie et, pourtant, subisse tout de même un dommage sous une autre partie, au détriment de la branche de production considérée dans son ensemble. Par exemple, si la branche de production nationale n'a pas bien performé sur le marché marchand national tout en obtenant, au même moment, un rendement positif relativement à sa production en vue d'une transformation ultérieure à l'interne et de la vente à l'exportation, cela n'effacerait nullement le fait que la branche de production nationale, considérée dans son ensemble, avait subi un dommage sensible. La tâche du Tribunal consiste à déterminer si le dommage imputable aux importations sous-

³³ *Certains opacifiants iodés originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique (y compris le Commonwealth de Porto Rico)*, Enquête du Tribunal n° NQ-99-003 [2000] (ci-après *Opacifiants*), p. 22.

évaluées ou subventionnées est sensible pour ce qui concerne la branche de production nationale dans son ensemble et non si le dommage dans une partie de la production a été accompagné de gains non liés, d'une valeur correspondante, dans d'autres parties qui n'ont pas été touchées par les importations sous-évaluées ou subventionnées ou si le dommage a été réparti également entre les diverses parties de la production nationale³⁴.

Le Tribunal a examiné cette question le plus récemment dans l'affaire des

Électroménagers :

Pour ce qui est du rendement à l'exportation des lave-vaisselle et des sècheuses de Camco, tous les éléments de preuve portent à conclure que Camco est rentable et que sa situation est raisonnablement saine à ce point de vue. Le Tribunal reconnaît que l'activité à l'exportation de Camco a contribué à son exploitation globale en l'aidant à payer les améliorations de ses installations et de ses produits. De plus, ses ventes à l'exportation ont beaucoup contribué à l'atteinte d'une meilleure productivité. Dans des circonstances normales, cela aurait dû faire de Camco une concurrente formidable. Cependant, les circonstances n'étaient pas normales, puisque la présence de produits sous-évalués a fait que Camco a dû se débattre sur son marché national. La majorité du Tribunal, en l'espèce, est d'avis que la réussite financière sur le marché à l'exportation ne doit pas être utilisée pour compenser le dommage subi par Camco sur le marché national et que le dommage ne peut pas être évalué d'après les opérations mondiales de Camco³⁵.

La décision du Tribunal a été confirmée récemment par un groupe spécial constitué en vertu de l'ALÉNA dans la *Décision du groupe spécial sur les électroménagers :*

La majorité a déterminé que le bon rendement à l'exportation de la branche de production nationale ne faisait pas disparaître le dommage à la branche de production nationale. Nous ne jugeons pas cette décision erronée. Rien dans la LMSI, dans son règlement d'application ou dans la jurisprudence ne suggère

³⁴ *Le dumping de certains feuillards et tôles plats en acier au carbone et en acier allié, laminés à chaud, originaires ou exportés du Brésil, de la Bulgarie, de la République populaire de Chine, du Taipei chinois, de l'Inde, de la République de Corée, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, de la Nouvelle-Zélande, de l'Arabie saoudite, de l'Afrique du Sud, de l'Ukraine et de la République fédérale de Yougoslavie, et le subventionnement de certains feuillards et tôles plats en acier au carbone et en acier allié, laminés à chaud, originaires ou exportés de l'Inde*, 17 août 2001, Enquête du Tribunal n° NQ-2001-001, p. 15.

³⁵ *Électroménagers*, p. 35.

que le « dommage sensible » justifiant une ordonnance antidumping doit refléter un dommage subi par chaque segment du marché sur lequel le produit similaire national est vendu, y compris les segments du marché à l'exportation. En outre, la majorité a indiqué qu'« en l'espèce » la réussite financière de la branche de production nationale sur le marché à l'exportation ne doit pas être utilisée pour compenser le dommage subi dans les segments du marché national. Il s'agit d'une décision rattachée à l'espèce, supposant une pondération de la preuve, ce qui est une prérogative du Tribunal, et le Groupe spécial fera donc preuve de retenue à son endroit³⁶.

Le groupe spécial conclut que le refus du Tribunal de compenser le dommage à la branche de production nationale sur le marché national par le rendement à l'exportation positif de la branche de production en vue de rendre sa décision sur le dommage en vertu de l'alinéa 37.1(1)c) du Règlement MSI n'est pas déraisonnable.

IV. Le rendement à l'exportation dans le contexte du paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI

Les plaignantes soutiennent que le paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI oblige le Tribunal à prendre en compte le « rendement à l'exportation » comme facteur pertinent dans son analyse du dommage sensible :

[TRADUCTION] Le paragraphe 37.1(3) inclut les facteurs additionnels suivants prescrits pour déterminer si le dumping a causé ou menace de causer un dommage sensible [non souligné dans l'original] :

- a) le fait qu'il existe ou non un lien de causalité entre le dumping ... et le dommage ... ou la menace de dommage, selon les facteurs énumérés [aux paragraphes 37.1(1) et (2)];

³⁶ *Décision du groupe spécial sur les électroménagers*, p. 23.

b) le fait qu'il existe ou non des facteurs, autres que le dumping ou le subventionnement, qui ont causé un dommage ou un retard ou qui menacent de causer un dommage, selon les éléments suivants :

...

(vi) le rendement à l'exportation et la productivité de la branche de production nationale à l'égard de marchandises similaires,

(vii) tout autre facteur pertinent, compte tenu des circonstances³⁷.

Tyco leur oppose que l'alinéa 37.1(3)b) [TRADUCTION] « ...contient une liste de facteurs que le Tribunal peut examiner pour éviter que le dommage subi par la branche de production nationale et causé par des facteurs non liés au dumping des marchandises en cause ne soit attribué au dumping. En d'autres termes, l'effet de l'alinéa 37.1(3)b) est d'obliger le Tribunal à isoler les effets négatifs du rendement à l'exportation de la branche de production nationale pour éviter qu'il ne les prenne en compte dans son examen du lien de causalité³⁸. »

Le Tribunal adopte la même interprétation du paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI : [TRADUCTION] « La majorité des membres du Tribunal a également examiné le paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI, qui prescrit d'autres facteurs, dont le rendement à l'exportation, que le Tribunal peut prendre en compte pour éviter que le dommage causé par d'autres facteurs ne soit attribué aux marchandises sous-évaluées. La majorité a noté correctement que le Tribunal devait examiner si les exportations de marchandises similaires ont causé un

³⁷ Mémoire conjoint des plaignantes, p. 8.

³⁸ Mémoire en réponse de Tyco, pp. 31 et 32.

dommage et a reconnu qu'il ne doit pas attribuer ce dommage aux importations sous-évaluées³⁹. »

Dans l'affaire des *Électroménagers*, le Tribunal avait adopté une position similaire à l'égard du paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI et le groupe spécial constitué en vertu de l'ALÉNA qui a examiné sa décision a confirmé sa position :

Le paragraphe 37.1(3) vise à assurer que le Tribunal examine les facteurs autres que le dumping qui peuvent causer un dommage à la branche de production nationale. S'il conclut que l'un des facteurs énumérés au paragraphe 37.1(3) a causé quelque dommage, le Tribunal doit prendre garde de ne pas attribuer au dumping le dommage ainsi causé. Cette étape est nécessaire pour garantir que c'est bien le dumping qui a causé le dommage, et non les facteurs autres que le dumping qui ont causé le déclin de la part de marché, ou du prix, etc. Donc, ce que le Tribunal était tenu de faire, c'est d'examiner le rendement à l'exportation, notamment, pour s'assurer que ces facteurs n'étaient pas la cause du dommage subi par la branche de production nationale.

Les plaignantes soutiennent, à bon droit, que le paragraphe 37.1(3) oblige le Tribunal à prendre en compte le rendement à l'exportation pour déterminer si un dommage a été causé à la branche de production nationale. Cependant, c'est à tort qu'on plaide, comme l'ont fait les plaignantes, que le Tribunal doit prendre en compte le rendement à l'exportation dans l'évaluation du dommage causé par le dumping, soit pour ajouter au dommage subi du fait du dumping si le rendement à l'exportation est faible, soit pour soustraire au dommage subi du fait de l'évaluation si le rendement à l'exportation est bon. La LMSI n'exige que soit pris en compte le rendement à l'exportation que pour déterminer si le dommage causé à la branche de production nationale a été causé par des facteurs autres que le dumping. C'est là la seule obligation positive de prendre en compte le rendement à l'exportation que contiennent les dispositions pertinentes de la LMSI et de son règlement d'application. Il est clair qu'on ne peut interpréter le paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI d'une manière qui créerait une obligation positive de prendre en compte le rendement à l'exportation pour déterminer si le dumping a causé un dommage ou non. En fait, il faut prendre en compte le rendement à l'exportation pour

³⁹ Mémoire en réponse du Tribunal, p. 33.

séparer le dommage potentiel causé par un rendement à l'exportation faible du dommage causé par le dumping⁴⁰.

Le groupe spécial conclut que le paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI n'oblige pas le Tribunal, dans la détermination du dommage selon le paragraphe 37.1(1) du Règlement MSI, à apprécier le rendement à l'exportation comme facteur à prendre en compte en vue de déterminer l'incidence des marchandises sous-évaluées sur la situation de la branche de production nationale. Par conséquent, la décision du Tribunal au sujet de l'interprétation du paragraphe 37.1(3) du Règlement MSI dans le contexte de la présente affaire n'est pas déraisonnable.

⁴⁰ *Décision du groupe spécial sur les électroménagers*, pp. 25-26.

Conclusion

Compte tenu de ses conclusions sur chacune des questions exposées ci-dessus, le groupe spécial rejette les plaintes et confirme la décision du Tribunal. Le groupe spécial ordonne au Secrétaire canadien du Secrétariat de l'ALÉNA de délivrer un avis de mesures finales du groupe spécial conformément à l'article 77 des *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA*.

Original signé par :

Brian E. McGill (président)
Brian E. McGill (président)

David J. Mullan
David J. Mullan

Mark R. Sandstrom
Mark R. Sandstrom

Leon E. Trakman
Leon E. Trakman

Shawna K. Vogel
Shawna K. Vogel

Délivré le 8 janvier 2003.