

Chronique de droit international économique en 2013 / Digest of International Economic Law in 2013

I. Commerce

HERVÉ A. PRINCE

I. INTRODUCTION

Si l'on devait résumer en quelques mots la politique économique et commerciale du Canada au cours de l'année 2013, on pourrait sans risque de se tromper, parler d'action pour un régionalisme économique plus accru. En effet, s'il y a un domaine dans lequel l'action publique s'est exprimée avec efficacité et constance au cours de l'année écoulée, c'est bien celui de l'intégration économique où le gouvernement fédéral a mobilisé toutes les ressources disponibles pour mener à terme les négociations en vue de la conclusion d'accords économiques régionaux d'importance.

En ce sens, la signature de l'entente de principe¹ le 18 octobre 2013 entre le premier ministre Stephen Harper et le président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, portant sur l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (AECCG)* constituera l'une des principales victoires du gouvernement fédéral. À cela, s'ajoute l'*Accord de libre-échange Canada – Corée du*

Hervé Agbodjan Prince est docteur en droit et professeur de droit international économique à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il est chercheur régulier et directeur de l'axe de recherche "Relations économiques internationales et droit" au Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier ses assistantes de recherche, Abikè Yacoubou, Sarah Barrere et Angéline Couvreur dont les recherches lui ont permis de rédiger cette chronique.

¹ Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Le Canada conclut un accord commercial historique avec l'Union européenne," en ligne: <<http://www.actionplan.gc.ca/fr/nouvelles/ceta-aecg/canada-conclut-accord-commercial-historique-lunion>>.

*Sud (ALECC)*² sur lequel le gouvernement fédéral fonde beaucoup d'espoir pour redynamiser les exportations canadiennes en direction de la quinzième puissance économique mondiale. Actuellement la balance commerciale entre la Corée et le Canada est plutôt défavorable au Canada. On estime les exportations canadiennes de marchandises à un peu plus de trois milliards de dollars en 2012 alors que le commerce bilatéral des marchandises entre les deux pays était estimé à plus de dix milliards pour la même année.³ En signant cet accord de large portée, le Canada espère ainsi combler son retard avec l'une des économies les plus dynamiques de l'Asie Pacifique.

Ces succès de la diplomatie économique du pays cachent à peine l'échec du gouvernement Harper à faire valoir ses arguments dans les contentieux qui l'opposent à ses partenaires commerciaux dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

À partir d'une analyse critique de la politique commerciale du gouvernement fédéral, nous tenterons dans cette chronique de revenir sur les actions menées au cours de l'année écoulée.

II. LE COMMERCE CANADIEN SUR LES PLANS BILATÉRAL ET RÉGIONAL

A. L'INTÉGRATION ÉCONOMIQUE À L'ÉCHELLE MONDIALE

1. *L'intégration nord-américaine*

Avec 583 notifications d'accords commerciaux régionaux (ACR) à l'OMC, dont une vingtaine pour la seule année 2013,⁴ on craint l'effet de l'accentuation du régionalisme économique sur le système multilatéral. L'impasse du cycle de Doha amorcé depuis 2001 et qui tarde toujours à être conclu est un facteur aggravant de cette prolifération. Parmi les nombreux motifs de ce blocage, on réfère surtout à l'incapacité des États à faire converger des intérêts

² Pour un aperçu complet de l'Accord, voir, Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Accord de libre-échange Canada – Corée du Sud (ALECC) – Aperçu," en ligne: <<http://international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/korea-coree/overview-aperçu.aspx?lang=fra>>.

³ Gouvernement du Canada, "Relations Canada-Corée," en ligne: <http://www.canadainternational.gc.ca/korea-coree/bilateral_relations_bilaterales/index.aspx?lang=fra&menu_id=35>.

⁴ OMC, "Accords commerciaux régionaux," en ligne: <http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm>.

extrêmement divergents dans un cadre multilatéral qui ne cesse de s'élargir.

Mais cette difficulté de négociations n'est pas simplement l'apanage du cadre multilatéral. Il apparaît aussi dans des cercles plus restreints, qu'ils soient bilatéraux ou plurilatéraux, où l'incapacité des États à modifier des accords existants va les amener à s'engager dans de nouvelles négociations qui déboucheront sur des accords dont certaines dispositions remettront en cause des engagements pris dans le cadre d'autres accords. N'est-ce pas là une tactique en cours d'essai dans le cadre de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*? L'engagement du Canada, des États-Unis et du Mexique dans les négociations du libre-échange du Partenariat transpacifique (PTP)⁵ pose en effet la question d'une modification déguisée de l'*ALÉNA*. Alors que la modification de cet accord dont plusieurs dispositions mériteraient d'être remaniées est difficile à réaliser,⁶ il va sans dire que la possibilité pour les États de négocier de nouveaux engagements correspondant à leurs besoins plus actuels constitue une voie de contournement facile à emprunter. Il n'y a pas de doute que le Canada s'empressera de se prévaloir de dispositions plus avantageuses contenues dans ces nouveaux accords plutôt que de se complaire dans un statu quo imposé par certaines dispositions de l'*ALÉNA*. En se joignant aux négociations du PTP, le Canada espère tirer profit à la fois d'un vaste marché en Asie Pacifique, mais aussi, élargir ses marges de manœuvre en termes d'accès aux marchés qu'il considère comme prioritaires pour son économie.

Le Canada ne néglige pas pour autant ses relations privilégiées avec les États-Unis. Misant sur sa position géographique par rapport à la première puissance économique mondiale, le Canada a conclu au cours de l'année 2013 un important accord économique avec son voisin du sud pour accroître ses échanges commerciaux. On pense ici à l'accord devant mener à la construction d'un pont public qui reliera Windsor en Ontario et Détroit au Michigan. L'accord encadre les rôles et les responsabilités des deux parties en ce qui a trait à la construction, au financement, à l'exploitation et à l'entretien du

⁵ Sont parties à ces négociations, l'Australie, Brunei, le Chili, les États-Unis, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Le Canada s'est joint aux négociations en 2012.

⁶ Voir à ce propos l'article 2202 de l'*ALÉNA*.

nouveau passage international.⁷ Il s'agit là d'un accord d'importance commerciale pour le Canada et les États-Unis puisque le corridor Windsor-Détroit constitue le plus important passage frontalier terrestre international d'Amérique du Nord. Il compte près de 30 % des échanges commerciaux effectués par camions entre les deux pays.⁸ Le projet dont la réalisation se fera sur la base d'un partenariat public-privé, mobilisera 631 millions de dollars sur deux ans.⁹ Le projet de loi visant à officialiser la mise en œuvre du projet a été sanctionné à la fin de l'année 2012.¹⁰ On ne devrait pas tarder à observer les effets concrets de ce nouvel accord.

2. *Le commerce canadien dans les Amériques*

Au plan régional, la politique commerciale canadienne au cours de l'année écoulée s'est surtout traduite par la conclusion d'accords de libre-échange avec ses partenaires latino-américains. Trois pays de l'Amérique latine pourront ainsi bénéficier d'un régime préférentiel pour l'accès au marché canadien de leurs biens et services. Ce sera le cas pour le Panama¹¹ dont l'accord visant à établir une zone de libre-échange avec le Canada est entré en vigueur le 1^{er} avril 2013. Cet accord élargit la portée de l'*Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE)* en existence depuis 1998 entre les deux parties puisqu'il est désormais remplacé par un accord de libre-échange qui inclut à la fois un chapitre sur les investissements étrangers et des dispositions portant sur la libéralisation du commerce des marchandises et des services, y compris les services financiers et les marchés publics.¹²

L'*Accord de libre-échange conclu avec le Chili (ALECC)*¹³ est entré en vigueur le 30 septembre 2013. Il élargit la portée d'un accord

⁷ Premier ministre du Canada, communiqué, en ligne: <<http://www.pm.gc.ca/fra/nouvelles/2012/06/15/pm-annonce-la-signature-dun-accord-la-construction-du-nouveau-passage>>.

⁸ Plan d'action économique du Canada, en ligne: <<http://actionplan.gc.ca/fr/initiative/passage-international-de-la-riviere-detroit>> consulté le 18 avril 2014.

⁸ *Ibid.*

¹⁰ *Loi concernant un pont destiné à favoriser le commerce* LC 201, ch 31, art 179.

¹¹ *Accord de libre-échange Canada – Panama*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>>.

¹² *Accord de libre-échange Canada-Panama*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/panama-toc-panama-tdm.aspx?lang=fra>>.

¹³ On estime que depuis l'entrée en vigueur de l'*ALECC* en 1997, les échanges commerciaux entre le Canada et le Chili ont triplé et le Canada est devenu la

conclu en juillet 1997 entre le Canada et ce pays. Compte tenu des retombées économiques substantielles générées par l'*ALECC*, il était dans l'intérêt des deux partenaires commerciaux de le moderniser en étendant son champ d'application à de nouveaux secteurs, tels que les services financiers ou les marchés publics, et de redéfinir notamment les règles d'origine applicables aux marchandises en provenance de chacun des deux pays.¹⁴

Le Canada a également signé le 5 novembre 2013 avec le Honduras un accord de libre-échange ainsi que deux accords parallèles portant sur le travail et la coopération en matière environnementale.¹⁵ Même si le Honduras ne fait pas partie des marchés prioritaires du Canada dans les Amériques,¹⁶ la conclusion d'un accord de libre-échange avec ce pays permet de renforcer des liens commerciaux et d'offrir de nouvelles occasions d'affaires et un accès préférentiel aux entreprises des deux États. Il en sera de même pour le commerce bilatéral avec les pays membres de l'Union européenne une fois que l'AECG rentrera en vigueur.

3. *Le bilatéralisme commercial avec l'Europe*

Plusieurs fois annoncée, la signature d'une entente de principe sur l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* a fini par se concrétiser le 18 octobre 2013.¹⁷ Sans qu'il soit encore possible de se prononcer précisément sur le réel contenu de cet accord étant donné l'opacité dans laquelle se sont déroulées

plus importante source d'investissement direct étranger au Chili. Voir Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/index.aspx?lang=fra>>.

¹⁴ *Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/chile-chili/menu.aspx?lang=fr>>.

¹⁵ *Accord de libre-échange Canada-Honduras*, en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/honduras/toc-tdm.aspx?lang=fra>>.

¹⁶ Ont été identifiés comme marchés prioritaires du Canada en Amérique centrale et du Sud les pays suivants: Costa Rica, Panama, Colombie, Pérou, Chili, Uruguay, Paraguay, Brésil. Voir Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "La stratégie commerciale mondiale pour assurer la croissance et la prospérité du Canada," en ligne: <http://www.international.gc.ca/commerce/strategy-strategie/full-report_rapport-complet.aspx?lang=fra&view=d>.

¹⁷ Premier ministre du Canada, "Le Canada conclut un accord commercial historique avec l'Union européenne," en ligne: <<http://pm.gc.ca/fra/nouvelles/2013/10/18/canada-conclut-accord-commercial-historique-lunion-europeenne>>.

les négociations, on peut affirmer toutefois, que l'*AECG* une fois ratifié, constituera l'accord de coopération économique le plus ambitieux de toute l'histoire du Canada.

Cela peut se comprendre puisque le régime juridique des relations économiques et commerciales entre le Canada et l'Union européenne est plutôt marqué par un certain "*informalisme*" et un éclatement de régime. *Informalisme* d'abord, parce qu'en dehors de l'*Accord-cadre de coopération commerciale et économique* signé en 1976,¹⁸ l'essentiel des instruments juridiques qui régissent les relations commerciales et économiques entre le Canada et l'Union européenne sont constitués de déclarations,¹⁹ de plans d'action²⁰ et de programmes divers.²¹ Tous ces instruments qui n'ont pas la valeur juridique d'un traité international signé en bonne et due forme peuvent donner le sentiment qu'en dehors du cadre multilatéral de l'OMC, le Canada ne bénéficie pas de relations commerciales et économiques privilégiées avec l'Europe.

Régime éclaté ensuite parce que les seuls accords économiques et commerciaux qui existent entre les deux partenaires se limitent à des secteurs particuliers de l'économie.²² Certes, le Canada dispose d'un accord de libre-échange avec les pays de l'Association

¹⁸ *Accord-cadre de coopération commerciale et économique entre le Canada et les communautés européennes* (1976), en ligne: <http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/agreements-accords.aspx?lang=fra>.

¹⁹ Déclaration sur les relations transatlantiques Canada-Communauté européenne (1990), en ligne: <http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/transatlantic-transatlantique.aspx?lang=fra>; Déclaration conjointe de l'Union Européenne et du Canada, en ligne: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/fra/gvo0386.html>>.

²⁰ Déclaration politique et Plan d'action commun Canada-Union européenne, en ligne: <http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/joint_political-politique_conjointe.aspx?lang=fra>.

²¹ Voir par ex., "Programme de partenariat Canada-Union européenne," en ligne: <http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/commerce_international/partnership-partenariat.aspx?lang=fra>.

²² À titre d'exemple, "Accord sur les vins et spiritueux entre le Canada et l'Union européenne," en ligne: <<http://www.agr.gc.ca/fra/industrie-marches-et-commerce/politiques-commerciales-agroalimentaires/accords-commerciaux-en-vigueur/accord-sur-les-vins-et-spiritueux-entre-le-canada-et-l-union-europeenne/?id=1383943512933>>; *Accord sur le transport aérien entre le Canada et la Communauté européenne et ses États membres*, en ligne: <http://archives.gouvernement.fr/fillon_version2/gouvernement/accord-sur-le-transport-aerien-entre-le-canada-et-la-communaute-europeenne-et-ses-etats.html>.

européenne de libre-échange (*AELE*).²³ Mais l'*AELE* n'est pas l'Union européenne et la portée matérielle de cet accord est bien mince par rapport à ce que semble offrir l'*AECG*.

Malgré l'accueil enthousiaste que réservent à l'*AECG* aussi bien les provinces canadiennes²⁴ que le milieu des affaires des deux côtés de l'Atlantique, sa ratification et sa mise en œuvre éventuelles soulèvent déjà de nombreuses interrogations. Certains États européens semblent profiter de l'occasion pour faire avancer certains dossiers, notamment la question des visas exigibles au Canada pour certains ressortissants européens. De plus, l'arbitrage investisseur-État prévu dans l'*AECG* semble rebuter certaines chancelleries européennes qui y voient un danger pour l'exercice effectif des pouvoirs de réglementation des États ou de l'Union. Alors que l'arbitrage investisseur-État existe depuis bien longtemps dans de nombreux traités bilatéraux d'investissement (TBI), la perspective pour les États européens d'être trainés devant des juges privés et de se faire condamner notamment pour expropriation indirecte ne semble enchanter ni les opinions publiques européennes, ni leurs dirigeants. Au surplus, la ratification au sens du droit européen d'un accord dit "mixte,"²⁵ tel que l'*AECG*, pose des difficultés particulières. Toutes choses qui peuvent légitimement faire douter de l'imminence d'une ratification de l'*AECG*.

En attendant, le Canada poursuit sa politique de conquête du marché européen en se lançant dans des négociations tous azimuts avec plusieurs pays européens non membres de l'Union.²⁶ Même

²³ Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse. Voir Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, "Le Canada et l'Association européenne de libre-échange (*AELE*)," en ligne: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/efta.aspx?lang=fra>>.

²⁴ Compte tenu des règles relatives au partage des compétences dans le cadre de la fédération canadienne et du processus de ratification des traités prévu par la Constitution canadienne, la mise en œuvre d'un tel accord nécessitera l'adhésion des provinces.

²⁵ Les accords mixtes sont des accords internationaux entre l'Union européenne et les États tiers et qui couvrent des secteurs qui relèvent de la double compétence de l'Union européenne et de ses États membres (compétence partagée) et pour la ratification desquels la procédure ordinaire ne suffit pas. Leur adoption requiert en outre, la ratification par chacun des États membres de l'Union. Pour plus de détails sur les accords mixtes, voir Eleftheria Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : Aspects communautaires et internationaux*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁶ Serbie, Moldavie, Turquie et Macédoine.

si ces négociations, excluant la Turquie, sont au stade préliminaire, elles s'inscrivent dans l'offensive commerciale canadienne décrite dans sa stratégie commerciale mondiale adoptée en 2007.

4. *L'offensive commerciale canadienne dans le reste du monde*

Cette offensive commerciale canadienne ne se limite pas aux frontières de l'Europe, et l'année 2013 donnera largement l'occasion d'en juger. Admis à la fin de l'année 2012 aux négociations de libre-échange du Partenariat transpacifique (PTP), le Canada ne manquera pas tout au long de l'année écoulée de s'y impliquer, espérant ainsi profiter du grand marché régional en construction. Il faut rappeler que douze pays participent à ces négociations.²⁷ La réunion des ministres des pays participants aux négociations du PTP qui s'est tenue à Singapour en décembre 2013 visait à planifier des travaux sur des sujets de négociation, tels que la propriété intellectuelle, la réglementation applicable aux sociétés d'État, l'enjeu environnemental, la régulation des services financiers, l'investissement étranger, les mesures sanitaires et phytosanitaires et les questions juridiques et institutionnelles.

Même si la participation du Canada au PTP n'était pas acquise dès le départ,²⁸ l'enjeu pour le Canada dans ces négociations est surtout de pouvoir participer à la construction d'un des plus importants blocs commerciaux régionaux du XXI^e siècle avec un marché d'environ 658 millions de personnes et un PIB qui tournerait autour de 20,7 milliards de dollars.

De plus, la conclusion du PTP auquel participent les trois pays membres de l'ALÉNA pourrait également induire la modification *de facto* de certaines dispositions du traité nord-américain dont certaines dispositions ne sont plus adaptées aux besoins actuels de ses États membres.

Au-delà de ce grand marché en construction, le Canada s'intéresse à d'autres partenaires asiatiques tel que le Japon avec lequel le Canada négocie en ce moment un accord de libre-échange économique, mais aussi la Thaïlande avec laquelle des discussions explo-

²⁷ Australie, Brunei, Chili, États-Unis, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pérou, Singapour, Vietnam et Canada.

²⁸ L'idée du PTP est née en 2005 à la suite de l'accord de libre-échange conclu entre le Chili, Brunei, la Nouvelle-Zélande et Singapour. Le Canada s'est joint au groupe des participants aux négociations à la fin 2012, alors que les États-Unis y participaient déjà depuis 2008.

ratoires dans l'optique d'établir un accord de libre-échange ont eu lieu en mars 2013. Dans la même veine, en 2013, s'est déroulée en Inde la huitième série de négociations pour conclure un accord de libre-échange.

Parallèlement, l'année 2013 marquera la fin des négociations en vue de la conclusion d'un accord de libre-échange avec la Corée. Premier accord d'intégration économique conclu avec un pays asiatique, cette entente donne accès à la quinzième économie mondiale dont le taux de croissance annuel moyen se situe autour de 6 % avec une population de cinquante millions de personnes. Sur le fond, il s'agit d'un accord de large portée qui envisage la libéralisation des échanges de biens et de services, des marchés publics, de la propriété intellectuelle et des investissements étrangers. Cet accord avec la Corée, septième partenaire commercial du Canada, ne fera que renforcer la coopération bilatérale et les liens que les deux partenaires entretiennent au sein d'autres forums internationaux comme la Coopération économique Asie-Pacifique (APEC), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou le G-20.

C'est donc avec cette même détermination que le gouvernement fédéral s'intéresse au marché africain. Conscient de la croissance économique en Afrique et du potentiel africain en termes d'occasions d'affaires,²⁹ le Canada ne néglige pas ses relations avec le continent noir. Et c'est dans le secteur des ressources naturelles que le bilatéralisme commercial afro-canadien va s'exprimer de manière plus marquante. C'est très certainement ce qui explique le choix du Canada de privilégier des accords de promotion et de protection des investissements³⁰ plutôt que des accords de libre-échange économique. Au demeurant, malgré son implication grandissante dans le commerce mondial, le Canada n'a pas souvent été impliqué dans les contentieux commerciaux internationaux.

B. LES DIFFÉRENDS LIÉS À L'ALÉNA AU COURS DE L'ANNÉE 2013

Au cours de l'année 2013, sept affaires ont été portées devant les groupes spéciaux établis sur la base de l'article 1904 de l'ALÉNA, dont seulement deux sont allées jusqu'au bout de la procédure

²⁹ On estime à près de trois milliards le commerce bilatéral de marchandises entre le Canada et le Nigéria pour la seule année 2011 et celui avec le Ghana à environ 322 millions de dollars pour la même année.

³⁰ Voir la chronique portant sur les investissements étrangers.

arbitrale et se sont soldées par une sentence des groupes spéciaux.³¹ Il convient de noter que les sept affaires concernaient des différends entre les États-Unis et le Mexique. Les cinq autres affaires ont été réglées à l'amiable conformément à l'article 71.2 des règles de procédure relatives aux révisions des groupes spéciaux. Le Canada n'ayant été impliqué dans aucune de ces affaires, nous avons décidé aux fins de la chronique de commenter les deux décisions rendues par le tribunal binational de l'ALÉNA opposant le Mexique et les États-Unis.

1. *Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from Mexico Final Results of the 2008-2009 Antidumping Duty Administrative Review*³²

Reeder a très bien identifié le cœur de l'histoire en cause: “*In recent years the conflict over zeroing, a controversial methodology the Department of Commerce uses in the calculation of dumping margins, has garnered increasing attention in both United States courts and international dispute resolution fora.*”³³ En effet, la réduction à zéro est une méthode appliquée par les organismes d'enquête de certains États dans le calcul des marges de dumping. Elle consiste à “écarter ou à réduire à zéro cette marge dans les cas où le prix à l'exportation est supérieur au prix sur le marché intérieur.”³⁴ Le recours à cette pratique, notam-

³¹ *Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from Mexico, Final Results of 2008-2009 Antidumping Duty Administrative Review*, USA-MEX-2011-1904-02, 6 août 2013; *Final Determination of the Administrative and Sunset Review of the Antidumping Duty on the Imports of Certain Type of Stearic Acid from the United States of America, Irrespective of the Country of Shipment*, MEX-USA-2011-1904-01, 10 octobre 2013; *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico*, USA-MEX-2011-1904-01, 18 mars 2013; *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico: Final Results of AD Duty Administrative Review*, USA-MEX-2010-1904-01, 12 février 2013; *New Shipper Review of Antidumping Duty Order on Seamless Refined Copper Pipe and Tube from Mexico*, USA-MEX-2012-1904-03, 3 juillet 2013; *Feuille d'acier inoxydable et feuillard d'acier inoxydable en rouleaux provenant du Mexique*, USA-MEX-2009-1904-02, 18 janvier 2013; *Feuille et feuillards d'acier inoxydable en rouleau en provenance du Mexique (résultats finals de l'examen administratif en matière de droits antidumping)*, USA-MEX-2008-1904-01, 8 février 2013.

³² *Light Walled Rectangular Pipe and Tube from Mexico, Final Results of 2009-2010 Antidumping Duty Administrative Review*, USA-MEX-2012-1904-01, ALÉNA, ch 19, art 1904.

³³ Casey Reeder, “Zeroing in on *Charming Betsy*: How an Antidumping Controversy Threatens to Sink the Schooner,” 36 *Stetson Law Review* à la p 256. Trouvable en ligne: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein:journals/stet36&div=15&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults#267>.

³⁴ Dictionnaire de l'OMC, en ligne: <http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/zeroing_f.htm>.

ment aux États-Unis, est controversé, car elle peut se traduire par l'application de droits antidumping plus élevés que ceux qui devraient normalement être appliqués. À ce titre, les États-Unis ont été considérés en situation de violation de l'*Accord sur les mesures antidumping* à plus de dix reprises par l'OMC.³⁵ En 2004, un premier rapport de l'OMC avait jugé que les États-Unis avaient violé l'*Accord sur les mesures antidumping* (*Accord antidumping*) pour avoir utilisé la réduction à zéro.³⁶ Ce sera la première décision d'une longue série de condamnations de la pratique américaine puisqu'à l'heure actuelle, une douzaine de rapports ont déclaré les États-Unis en violation de l'*Accord antidumping*, et trois affaires sont actuellement pendantes devant l'Organe de règlement des différends (ORD).³⁷ Si les raisons invoquées par l'Organe d'appel peuvent différer selon les affaires, l'incompatibilité de cette pratique avec le droit international économique a été confirmée de manière générale, que ce soit dans le cadre des enquêtes préliminaires ou des examens administratifs.³⁸

³⁵ Organe d'appel, États-Unis, *Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, DS264, 11 août 2004; Organe d'appel, États-Unis, *Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping (réduction à zéro)*, DS294, 18 avril 2006; Organe d'appel, États-Unis, *Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction*, DS322, 9 janvier 2007; Groupe spécial, États-Unis, *Mesures antidumping visant les crevettes en provenance de l'Équateur*, DS335, 30 janvier 2007; Organe d'appel, États-Unis, *Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique*, DS344, 30 avril 2008; Organe d'appel, États-Unis, *Maintien en existence et application de la méthode de réduction à zéro*, DS350, 4 février 2009; Groupe spécial, États-Unis, *Réexamens administratifs antidumping et autres mesures concernant les importations de certains jus d'orange en provenance du Brésil*, DS382, 25 mars 2011; Groupe spécial, États-Unis, *Mesures antidumping visant les sacs en polyéthylène pour le commerce de détail en provenance de Thaïlande*, DS383, 22 janvier 2010; Groupe spécial, États-Unis, *Utilisation de la réduction à zéro dans les mesures antidumping concernant des produits en provenance de Corée*, DS402, 18 janvier 2011; Groupe spécial, États-Unis, *Mesures antidumping visant certaines crevettes en provenance du Vietnam*, DS404, 11 juillet 2011.

³⁶ Organe d'appel, États-Unis, *Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, DS264, 11 août 2004.

³⁷ Organe d'appel, États-Unis, *Mesures antidumping visant les produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion en provenance de Corée*, DS420, 31 janvier 2011; Organe d'appel, États-Unis, *Mesures antidumping visant les crevettes et les lames de scie au diamant en provenance de Chine*, DS422, 8 juin 2012; Organe d'appel, États-Unis, *antidumping visant certaines crevettes en provenance du Vietnam*, DS429, 20 février 2012; Organe d'appel, États-Unis, *Certaines méthodes et leur application aux procédures antidumping visant la Chine*, DS471, 3 décembre 2013.

³⁸ Tania Voon, "NAFTA Chapter 19 Panel Follows WTO Appellate Body in Striking Down Zeroing," ASIL Insights, 23 septembre 2010 à la p. 2.

De la même manière, plusieurs décisions de groupes spéciaux établis sur la base de l'article 1904.2 de l'*ALENA* sont venues sanctionner l'utilisation de la réduction à zéro par le Département américain du commerce. Dans l'affaire, *Certain Softwood Lumber Products*,³⁹ un groupe spécial avait déclaré que le Département du commerce ne pouvait pas utiliser la méthode de la réduction à zéro dans le calcul des marges de dumping, notamment sur la base de la doctrine *Charming Betsy*.⁴⁰ De la même façon, dans un rapport sur le fil machine,⁴¹ le groupe spécial a demandé au Département du commerce de recalculer les marges antidumping appliquées à des entreprises canadiennes sans réduire à zéro les marges de dumping négatives et ce, toujours sur la base de la doctrine *Charming Betsy* et de l'arrêt *Chevron*.⁴² Enfin, dans l'affaire *Stainless Steel Sheet*,⁴³ où un groupe spécial avait été constitué sur la base de l'article 1904.2 de l'*ALENA*, on avait demandé au Département du commerce de recalculer les marges de dumping sans réduction à zéro.⁴⁴

Comme dans la présente affaire, l'organisme d'enquête avait appliqué cette méthode dans le cadre des examens administratifs, et les entreprises visées avaient intenté un recours devant le groupe spécial. Celui-ci avait estimé que les principes posés dans l'arrêt *Chevron* et par la doctrine *Charming Betsy* rendaient cette pratique incompatible avec le droit américain.⁴⁵

Dans les faits, il semble que la méthode de la réduction à zéro n'est pas prévue en tant que telle par la loi américaine. Le Congrès américain ne s'étant pas prononcé sur la question, il apparaît que c'est à l'organisme d'enquête qu'il incombe de "s'autoréguler" sur cette question. Ainsi, en 2006, le Département américain du

³⁹ Article 1904 *Binational Panel Review, pursuant to the NAFTA, In the Matter of Certain Softwood Lumber Products from Canada: Final Affirmative Antidumping Determination*, USA-CDA-2002-1904-02, 9 juin 2005.

⁴⁰ Jeffrey L. DUNOFF, "Less than Zero, the Effect of Giving Domestic Effect to WTO Law," 6:1 *Loyola University Chicago International Law Review* 2008 à la p 293.

⁴¹ Article 1904, *Binational Panel Review pursuant to the NAFTA, In the Matter of Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canada*, USA-CDA-2006-1904-04, 28 novembre 2007.

⁴² *Supra* note 41 à la p 295.

⁴³ Article 1904 *Binational Panel pursuant to the NAFTA, Stainless Steel Sheet and Strip in Coils From Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*, USA-MEX-2007-1904-01, 14 avril 2010.

⁴⁴ *Supra* note 39 à la p 1.

⁴⁵ *Ibid* à la p 3.

commerce avait annoncé qu'il n'utiliserait plus la réduction à zéro dans le cadre de la méthode de comparaison de moyenne à moyenne utilisée dans les enquêtes initiales. Toutefois, il continuera à l'utiliser dans le cadre des examens administratifs.⁴⁶

La présente affaire intervient dans ce contexte après que le Département du commerce ait une fois de plus appliqué la réduction à zéro dans le calcul des marges de dumping d'une entreprise mexicaine.

a. Retour sur les faits de la cause

Le 5 août 2008, à la suite de son enquête initiale, l'Administration du commerce international⁴⁷ a adopté une mesure antidumping sur les tubes et tuyaux rectangulaires à paroi mince en provenance de plusieurs pays, dont le Mexique.⁴⁸ Le 13 septembre 2010, le Département du commerce a publié ses résultats préliminaires de l'examen administratif portant sur les ventes réalisées par deux entreprises entre le 30 janvier et le 31 juillet 2009, dont Maquilacero,⁴⁹ une entreprise productrice et exportatrice mexicaine.⁵⁰ Après avoir reçu les commentaires des différentes entreprises concernées, le Département du commerce a publié ses déterminations finales le 18 février 2011. D'après ses calculs, la marge moyenne pondérée du dumping pratiqué par Maquilacero doit être fixée à 3,11 % pour la période visée.⁵¹

⁴⁶ Federal Register, Notice of Final Modification, 27 décembre 2006, en ligne: <<https://www.federalregister.gov/articles/2006/12/27/E6-22178/antidumping-proceedings-calculation-of-the-weighted-average-dumping-margin-during-an-antidumping>>.

⁴⁷ L'*International Trade Administration* est l'agence responsable de déterminer l'existence d'un dumping aux États-Unis, en ligne: <<https://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=137&language=fr-CA>>.

⁴⁸ Article 1904 *Binational Panel Review pursuant to NAFTA, Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from Mexico, Final Results of the 2008-2009 Antidumping Duty Administrative Review*, USA-MEX-2011-1904-02, 5 décembre 2012 à la p 2. En ligne: <<http://www.worldtradelaw.net/naftadatabase/nafta19.asp?table1=s:2>>.

⁴⁹ Federal Register, *Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from Mexico: Preliminary Results of Antidumping Duty Administrative Review*, 13 septembre 2010, en ligne: <<https://www.federalregister.gov/articles/2010/09/13/2010-22777/light-walled-rectangular-pipe-and-tube-from-mexico-preliminary-results-of-antidumping-duty>>.

⁵⁰ *Ibid* à la p 1.

⁵¹ *Ibid* aux pp 3-4.

Un mois plus tard, l'entreprise Maquilacero a déposé un recours en révision de ces résultats, demandant la constitution d'un groupe spécial sur la base de l'article 1904.2 de l'*ALENA*. Pour contester ces résultats, l'entreprise remet en cause la méthodologie adoptée par le Département du commerce consistant à continuer d'appliquer la réduction à zéro dans le cadre des examens administratifs alors qu'il a renoncé à l'utiliser dans le cadre des enquêtes préliminaires. L'entreprise invoque au soutien de son allégation deux arguments.⁵² Premièrement, l'entreprise allègue qu'il s'agit d'une politique arbitraire contraire à la loi américaine. Selon la plaignante, la loi américaine ne fait pas de différence entre les enquêtes préliminaires et les examens administratifs. L'entreprise invoque au soutien de son argumentation deux décisions du Circuit fédéral qui font état de l'insuffisance d'explication du Département du commerce quant à cette politique de différenciation.⁵³ À cet argument, le Département du commerce répond simplement qu'étant donné que l'entreprise n'a pas exercé son recours administratif, sa requête ne pouvait être considérée comme recevable.

Deuxièmement, l'entreprise considère que l'interprétation du Département du commerce placerait les États-Unis en situation de violation de leurs obligations internationales. En effet, l'absence de mise en conformité de l'action de l'organisme par rapport aux décisions de l'OMC serait contraire à la doctrine *Charming Betsy*.⁵⁴ La décision de l'OMC à laquelle l'entreprise fait référence ne saurait avoir d'effet avant d'être exécutée selon les prescriptions légales,⁵⁵ c'est-à-dire selon la procédure établie dans l'acte adopté par le Congrès lors de la ratification des traités de l'OMC en 1994. À ce stade de l'affaire, la principale question juridique à laquelle le groupe spécial devrait répondre serait donc de savoir si la politique de calcul du dumping adoptée par l'autorité d'enquête est cohérente et légitime, d'un point de vue à la fois national et international.

⁵² *Ibid* aux pp 11-12.

⁵³ *Dongbu Steel Co, Ltd c United States*, 635 F 3d 1363, 1371 (2011); *JTEKT Corp and Koyo Corp c United States*, 642 F 3d 1378 (2011).

⁵⁴ Casey Reeder, *supra* note 34 aux pp 275-76: la doctrine *Charming Betsy*, ayant évolué depuis la décision *Murray c The Schooner Charming Betsy*, 6 US 64 (US 1804), pose le principe selon lequel une loi doit être interprétée de façon à ne pas violer le droit international.

⁵⁵ Binational Panel Review, *supra* note 50 à la p 13.

- b. Le raisonnement du panel quant à la détermination de la conformité de la politique de calcul adopté par le Département du commerce

Le raisonnement du groupe spécial s'est fait en plusieurs étapes. Dans un premier temps, le groupe spécial commence par rappeler les règles qui encadrent son contrôle sur les déterminations antidumping réalisées par les organismes nationaux compétents, c'est-à-dire, les paragraphes 2 et 3 de l'article 1904, ainsi que l'annexe 1911 de l'*ALENA*. Il résulte de ces dispositions que le groupe spécial doit notamment appliquer "les principes juridiques généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait."⁵⁶ En l'espèce, en raison du contexte de common law, il incombe au groupe spécial d'appliquer le principe du *stare decisis*. La Cour compétente pour juger de la conformité de la détermination antidumping est la Cour du commerce international, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant le Circuit fédéral. Ainsi, dans un premier temps, le groupe spécial passe en revue les principes qui doivent guider sa décision, conformément aux décisions rendues par ces deux juridictions.⁵⁷ Ces principes sont les mêmes que ceux qui guideront le groupe spécial dans sa décision ultime.

Le groupe spécial contextualise la question soulevée par la plaignante qui consiste à savoir s'il était possible d'appliquer le principe de l'arrêt *Charming Betsy* pour considérer que l'utilisation de la réduction à zéro par le Département du commerce viole les obligations internationales des États-Unis.⁵⁸

Il faut rappeler que depuis 2004, l'utilisation de la réduction à zéro par les États-Unis a fait l'objet de plusieurs rapports défavorables par l'OMC, déclarant systématiquement la pratique de la réduction à zéro incompatible avec l'Accord antidumping et ce, que ce soit pendant les enquêtes préliminaires ou les examens administratifs.⁵⁹ Toutefois, le groupe spécial note ici que les traités du cycle d'Uruguay doivent être transposés dans la législation interne. Or, la Cour Suprême a posé le principe selon lequel dans une telle situation, les dispositions du traité "ne peuvent être

⁵⁶ Traité de l'*ALENA*, ch 19, art 1904 (3), Binational Panel Review, *supra* note 50 à la p 4.

⁵⁷ Binational Panel Review, *supra* note 50 aux pp 4-11.

⁵⁸ *Ibid* à la p 13.

⁵⁹ *Ibid* aux pp 14-15.

appliquées que conformément à la législation qui les a mises en vigueur.”⁶⁰ De plus, la loi adoptée par le Congrès dans ce contexte met en place une procédure précise et exclusive quant à la mise en œuvre des rapports de l’OMC.⁶¹ Il doit notamment y avoir une consultation du Congrès, comme cela a été le cas pour le changement de méthodologie effectué en 2006.⁶² Le groupe spécial note finalement que le Département du commerce peut être considéré ici comme le représentant des États-Unis et charge la scène internationale de fustiger les États-Unis pour leur application controversée de la réduction à zéro.⁶³

Au terme du raisonnement du groupe spécial, il apparaît que la doctrine *Charming Betsy* n’appelle pas à une interprétation différente de la loi de celle qu’a adoptée le Département du commerce.⁶⁴

Le second argument invoqué par la plaignante est celui de la différence injustifiée et arbitraire consistant à continuer d’appliquer la réduction à zéro à certaines marges de dumping pendant les examens administratifs, alors que le Département du commerce ne l’applique plus pendant les enquêtes préliminaires. Cette interprétation donnée par l’organisme d’enquête serait contraire à la législation américaine.

Le groupe spécial, en se basant sur les deux décisions rendues par le Circuit fédéral,⁶⁵ établit que “*Commerce had not supplied a reasonable interpretation why U.S. antidumping law supports the inconsistent application of zeroing to administrative reviews, but not to investigations.*” Or, en l’espèce, le Département du commerce n’a pas apporté d’explications supplémentaires⁶⁶ permettant de satisfaire le principe d’explication raisonnable posé par l’arrêt *Chevron*.⁶⁷

⁶⁰ *Ibid* à la p 18.

⁶¹ *Ibid* à la p 15.

⁶² *Ibid* à la p 16.

⁶³ *Ibid* à la p 19, il y est précisé que: “*the same party that will face potential abjuration in the international forum for an interpretation of its obligations that offends the law of nations to which the Charming Betsy doctrine responds.*”

⁶⁴ Binational Panel Review, *supra* note 50 à la p 20.

⁶⁵ *Dongbu Steel Co Ltd c United States*, 635 F 3d 1363, 1371 (2011); *JTEKT Corp and Koyo Corp c United States*, 642 F 3d 1378 (2011).

⁶⁶ Il convient de noter ici que Maquilacero a soulevé cet argument après le rendu des déterminations finales du Département du commerce, ce qui n’a pas permis à l’organisme d’enquête d’y répondre.

⁶⁷ Binational Panel Review, *supra* note 50 aux pp 36-37. Précisons que la décision du Circuit fédéral pose plusieurs principes d’interprétation, et notamment la

Dans sa décision initiale en date du 5 décembre 2012, le groupe spécial a demandé au Département du commerce de justifier sa politique de calcul et d'évaluation du dumping et, notamment, la différence d'application de la méthode controversée de la réduction à zéro selon que l'évaluation a lieu au stade de l'enquête ou au stade de l'examen administratif.

Au moyen d'une communication en date du 4 mars 2013, le Département du commerce a présenté ses explications au groupe spécial ainsi qu'à la partie adverse relativement à son utilisation de la réduction à zéro dans le cadre des examens administratifs.⁶⁸ La plaignante a pu soumettre ses commentaires le 1^{er} mai 2013, auxquels le Département du commerce a répondu par une communication le 17 juin 2013.⁶⁹

c. L'influence du système de common law sur la décision ultime du groupe spécial

La décision ultime du groupe spécial apparaît en décalage par rapport à la décision initiale. En effet, la survenance d'une nouvelle décision du Circuit fédéral va venir modifier la question juridique posée au groupe spécial.

Rappelons une fois de plus que le groupe spécial est lié par la jurisprudence américaine. Or, entre le rendu de la décision initiale en décembre 2012 et la décision sans appel rendue en août 2013, la situation jurisprudentielle américaine a évolué. De cette manière, les deux décisions rendues en 2011 par le Circuit fédéral ont influencé dans une large mesure le raisonnement du panel quant à savoir si le Département du commerce "avait fourni une explication suffisante de son application de la réduction à zéro aux examens administratifs et non aux enquêtes préliminaires."⁷⁰

On se souvient qu'en 2011, le Circuit fédéral avait renvoyé l'affaire devant la Cour du commerce international, qui a alors validé les

règle selon laquelle en l'absence de détermination claire de la loi sur une question litigieuse, la juridiction saisie de l'affaire doit déterminer si l'autorité administrative responsable pour combler ce vide juridique l'a fait en accord avec le sens général de la loi.

⁶⁸ Binational Panel Review, *Light-Walled Rectangular Pipe And Tube from Mexico Final Results of the 2008-2009 Antidumping Duty Administrative Review, Final Decision*, USA-MEX-2011-1904-02, 11 août 2013 à la p 1.

⁶⁹ Binational Panel Review, *supra* note 50 à la p 2.

⁷⁰ *Ibid.*

explications données par le Département du commerce.⁷¹ Grâce à l'appel des plaignantes, le Circuit fédéral a pu se prononcer de nouveau sur la question et a alors confirmé le jugement rendu par la Cour du commerce international.

De la sorte, lorsque l'affaire revient devant le groupe spécial, les deux décisions sur lesquelles il s'était basé pour rendre sa décision initiale étaient en décalage par rapport à l'état actuel de la jurisprudence. Les explications initialement contestées du Département du commerce ont été validées par la juridiction à laquelle le groupe spécial doit se référer pour rendre sa décision. De cette façon, la question à laquelle le groupe spécial doit désormais répondre n'est plus celle de la conformité de la politique de calcul adoptée par le Département du commerce, mais plutôt celle consistant à déterminer l'applicabilité de la décision *Union Steel* au cas d'espèce.⁷²

Le principe du *stare decisis*, l'une des règles fondamentales régissant les systèmes de common law, prévoit que sous réserve de certaines exceptions, les juridictions confrontées à un problème de droit sont liées par les décisions précédemment rendues sur la question. L'une des exceptions notables à ce principe est le *distinguishing* qui permet aux juridictions de diverger des précédents lorsque les circonstances de l'espèce diffèrent du précédent. C'est pourquoi la démarche du groupe spécial a d'abord consisté à déterminer s'il était lié à la décision *Union Steel* pour le cas d'espèce soulevé devant lui en vertu du principe du *stare decisis* avant de rejeter l'application du *distinguishing* et toute forme de contestation de la réduction à zéro.

- d. De l'application du principe du *stare decisis* au rejet de l'exception du *distinguishing* ainsi que de toute allégation contestant l'application de la réduction à zéro lors des examens administratifs

Le panel rappelle dans un premier temps que sa constatation d'explications insuffisantes de la part du Département du commerce ne faisait qu'abonder dans le sens des deux décisions du Circuit fédéral. Il prend ensuite acte de la décision *Union Steel* et note que les explications avancées par le Département du commerce dans l'affaire *Union Steel* ont été entièrement confirmées par la Cour du commerce international.

⁷¹ Binational Panel Review, *supra* note 66 à la p 3.

⁷² *Ibid* à la p 2.

Le raisonnement du Département du commerce peut ainsi se décliner en trois volets.⁷³ Tout d'abord, il rappelle sa position selon laquelle la réduction à zéro est utile pour recalculer les marges de moyenne pondérée qui rendent la valeur normale inférieure aux prix des produits exportés, et empêchent donc l'application de droits antidumping. Ensuite, il rappelle que son changement de pratique ne s'est pas fait arbitrairement, mais de façon à se conformer à la décision de l'OMC. Enfin, son interprétation serait justifiée en raison des différences inhérentes aux méthodes de comparaison.

Ces justifications peuvent sembler quelque peu équivoques. Par exemple, ce changement de pratique s'est certes fait de façon conforme à une décision de l'OMC, mais qu'en est-il du respect des autres décisions de l'OMC ? En effet, depuis 2006, de nouveaux rapports de l'OMC sont venus condamner la réduction à zéro également dans le cadre des examens administratifs, mais le Département du commerce en a complètement fait abstraction. Le fait que celui-ci choisisse d'appliquer seulement l'un des rapports démontre au contraire l'arbitraire de sa démarche.

Pourtant les deux juridictions nationales américaines ont tour à tour approuvé les explications données par le Département du commerce, laissant au groupe spécial le seul choix de les approuver à son tour. Ainsi, le groupe spécial retient les éléments du raisonnement de la Cour et du Circuit fédéral qui lui apparaissent les plus pertinents. Par exemple, la Cour du commerce international a retenu que l'organisme d'enquête possède une marge discrétionnaire lui permettant d'adapter ses méthodes afin de se conformer au droit international.⁷⁴ De plus, la différence d'application de la réduction à zéro lui apparaît logique en raison des caractéristiques propres à chaque méthode de comparaison, appliquées dans différents contextes.⁷⁵

⁷³ Binational Panel Review, *supra* note 66 aux pp 3-4.

⁷⁴ *Ibid* à la p 4.

⁷⁵ *Ibid* à la p 5. *United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Union Steel, LG Hausys, LTD, LG Hausys America, Inc, and Dongbu Steel Co, LTD c États-Unis and Nucor Corporation and United States Steel Corporation*, 2012-1248, 1315, 16 avril 2013 aux pp 13-14: apparemment, le Département utilise généralement la comparaison de moyenne à moyenne dans le cadre des enquêtes initiales, alors qu'il estime la comparaison de transaction à moyenne plus appropriée au contexte des examens administratifs. Selon l'organisme, la comparaison de moyenne à moyenne permettrait d'apprécier une vue globale de la politique de prix d'une entreprise, alors que la comparaison de transaction à moyenne permettrait

Au terme de l'énumération des différentes constatations établies par le Circuit fédéral et la Cour du commerce international, le groupe spécial finit donc par rejeter l'allégation de Maquilacero visant à faire réexaminer la pratique de la réduction à zéro. Il estime que l'entreprise cherche ici à débattre de la même question ayant fait l'objet de discussions devant les deux juridictions nationales, notant que les arguments qu'elle invoque pour soutenir son allégation sont les mêmes que ceux invoqués par les plaignantes dans l'affaire *Union Steel* et que les explications fournies par le Département du commerce au groupe spécial sont les mêmes que celles fournies au Circuit fédéral. En conséquence, l'allégation de Maquilacero est redondante par rapport à celle des plaignantes dans l'affaire *Union Steel*. La Cour du commerce international, comme le Circuit fédéral, ayant confirmé la position du Département du commerce, la question de sa conformité ne peut pas être réexaminée devant le groupe spécial.⁷⁶

Dans une certaine mesure, le principe du *distinguishing* aurait pu permettre d'empêcher l'application du *stare decisis*, mais cette exception a été rejetée par le groupe spécial. La plaignante soutient que les faits de l'affaire *Union Steel* sont différents des faits de la présente affaire. Dans l'affaire *Union Steel*, le Département du commerce avait appliqué la méthode de la réduction à zéro à la fois pendant l'enquête et pendant l'examen administratif. Compte tenu de la modification apportée en 2006, le Département du commerce avait appliqué la réduction à zéro seulement pendant l'examen administratif. Selon la plaignante, le raisonnement et la solution des juridictions américaines dans l'affaire *Union Steel* ne seraient donc pas applicables au cas de l'espèce, et le groupe spécial ne serait pas tenu par le principe du *stare decisis*. Le Département du

d'apprécier plus précisément les prix pratiqués lors de transactions individuelles. Cette différence de méthodologie serait alors justifiée, car l'enquête vise à évaluer l'importance du dumping et conséquemment le montant des droits antidumping, alors que l'examen administratif doit évaluer un droit antidumping déjà en place. Cette explication a été validée à la fois par la Cour du commerce international et par le Circuit fédéral. Selon ces deux juridictions, la spécificité est moins importante dans le cadre des enquêtes que dans le cadre des examens administratifs. Selon le Circuit fédéral, la réduction à zéro ne serait pas nécessaire dans le cadre des comparaisons de moyenne à moyenne, car les prix élevés compensent automatiquement les prix bas à l'intérieur de chaque groupe moyen. Au contraire, dans le cadre des comparaisons de transaction à moyenne, les prix ne sont pas pondérés et la réduction à zéro permettrait de révéler les dumpings masqués.

⁷⁶ Binational Panel Review, *supra* note 66 à la p 5.

commerce, même s'il reconnaît ce changement dans ses méthodes, considère toutefois que cela ne constitue pas une raison suffisante pour écarter toute référence à la décision *Union Steel*.

Le groupe spécial devra alors déterminer si les faits des deux affaires sont assez similaires pour que le premier serve de précédent au second. Pour le groupe spécial, la question se pose plutôt en ces termes: "quelles raisons fondaient la solution du premier cas et dans quelle mesure ces raisons peuvent-elles être appliquées à la seconde affaire"?⁷⁷ On voit ici que le groupe spécial transforme la question du *distinguishing* relative aux faits en une question de fond. Ainsi, si le groupe spécial relève une différence factuelle entre les deux affaires, il estime toutefois que la question dans l'affaire *Union Steel* était de savoir si le raisonnement adopté par le Département du commerce pour justifier son changement de pratique était acceptable ou non. Il s'agissait d'un problème d'ordre général, détaché des considérations pratiques et factuelles.

Deux arguments principaux viennent soutenir cette constatation. Le premier argument est celui de la généralité, caractéristique que l'on retrouve à la fois dans le langage utilisé par les États-Unis, par les plaignants et par la juridiction américaine elle-même.⁷⁸ Le deuxième argument est celui de l'absence totale de référence à la situation précédant le changement de politique du Département du commerce par la juridiction américaine. Ainsi, le groupe spécial estime que le raisonnement adopté par la juridiction américaine pour confirmer la politique du Département du commerce "*have been entirely unaffected by the factual distinction noted here by complainant.*"⁷⁹ Les seules différences relevées par la Cour dans le rendu de sa décision sont celles qui existent entre les types de comparaison utilisés par le Département du commerce.

Il apparaît en effet que les faits propres à cette affaire, et notamment la différence de politique du Département avant et après 2006, n'avaient pas leur place dans le raisonnement délivré par la Cour du commerce international. Son raisonnement s'est au contraire focalisé sur la légitimité de la distinction faite par le Département du commerce entre les enquêtes et les examens administratifs.

⁷⁷ Binational Panel Review, *supra* note 66 à la p 7.

⁷⁸ *Ibid.*, "the operative language in the brief of the US is generic and non-specific to the case" (p 8); "the brief of the Korean steel producers is to similar effect" (à la p 8); "the Court continue throughout its opinion to use the general language" (à la p 9).

⁷⁹ *Ibid* à la p 10.

Toutefois, c'est également l'angle adopté par le groupe spécial qui permet d'écartier l'application du principe du *distinguishing*.

De cette façon, le groupe spécial conclut que la différence factuelle entre les deux cas n'est pas propre à empêcher la prise en compte de l'affaire *Union Steel*. En conséquence, le *distinguishing* ne pouvant faire œuvre d'exception, le principe du *stare decisis* s'applique et le groupe spécial se trouve lié aux décisions de la Cour du commerce international et du Circuit fédéral.

Dans ses commentaires, Maquilacero faisait également valoir que si le Département du commerce estimait la compensation inhérente à la comparaison de moyenne à moyenne, il devrait également l'examiner dans le cadre de la comparaison de transaction à moyenne, notamment dans les cas où des variations importantes de prix surviennent dans le marché intérieur de l'entreprise exportatrice. En réponse, le Département du commerce soutient que cette allégation doit être rejetée, car Maquilacero n'aurait pas effectué son recours administratif devant l'agence, ce qui est une condition essentielle et préalable à l'exercice d'un recours devant le groupe spécial. Selon l'agence, il s'agit de la première fois que la plaignante soutient cette prétention, qui est donc irrecevable à ce stade de la procédure.⁸⁰

Selon le groupe spécial, il ne s'agit pas là d'un nouvel argument invoqué par la plaignante, mais d'un exemple visant à démontrer que les explications fournies par le Département du commerce ne sont pas convaincantes. Suivant le raisonnement adopté précédemment, le groupe spécial va donc rejeter cet argument, considérant qu'il n'importe pas en l'espèce de déterminer si celui-ci était susceptible de démontrer l'incohérence des explications de l'organisme d'enquête ou non.⁸¹

Le groupe spécial considèrera qu'au vu de la décision *Union Steel*, l'interprétation adoptée par le Département du commerce doit être considérée comme conforme avec la législation américaine.⁸² Logiquement, les déterminations de l'organisme d'enquête adoptées sur la base de cette interprétation, c'est-à-dire comprenant l'utilisation de la réduction à zéro, doivent elles aussi être approuvées.⁸³

À la suite de la conclusion à laquelle parvient le groupe spécial dans la présente affaire, on peut se demander pourquoi, dans sa

⁸⁰ Binational Panel Review, *supra* note 66 à la p 10.

⁸¹ *Ibid* à la p 13.

⁸² *Ibid*.

⁸³ *Ibid* à la p 14.

décision initiale, le groupe spécial avait estimé que la doctrine *Charming Betsy* n'était pas suffisante pour considérer que la réduction à zéro pratiquée par le Département du commerce était incompatible avec les engagements internationaux des États-Unis. Différentes raisons peuvent expliquer le raisonnement du groupe spécial. Tout d'abord, les décisions précédemment évoquées avaient provoqué certaines tensions et critiques chez des panélistes de l'*ALENA*.⁸⁴ De plus, les groupes spéciaux de l'*ALENA* ne sont pas des organes permanents, mais des panels *ad hoc* établis à chaque conflit. La structure générale des groupes spéciaux ne semble pas propre à développer une cohérence dans leurs décisions.

Quant à l'application du principe *stare decisis* par le groupe spécial, il convient de noter que l'indépendance des groupes spéciaux est remise en question par le rapport qui les lie aux décisions des juridictions nationales. Dans sa décision ultime, le groupe spécial ne semble pas développer sa propre argumentation, et il se contente de reprendre les éléments principaux du raisonnement de la juridiction nationale. Le principe du *stare decisis* rend les groupes spéciaux tributaires des institutions nationales des États membres. Dans un cas tel que la réduction à zéro où l'État ne semble pas prêt à remettre en cause sa politique, le poids des groupes spéciaux de l'*ALENA* semble bien léger.

Il est toutefois important de mentionner qu'au moment où nous rédigeons cette chronique, le Département du commerce a complètement abandonné la méthode de la réduction à zéro.⁸⁵ Cette nouvelle politique met donc un terme à cette controverse longue de plus de dix ans sur la méthode de calcul des marges de dumping adoptée par les États-Unis. La réduction à zéro apparaît désormais comme une pratique obsolète, les États-Unis étant l'un des derniers États à l'avoir utilisée.

2. *Final Determination of the Administrative and Sunset Review of the Antidumping Duty on the Imports of Certain Type of Stearic Acid from the United States of America, Irrespective of the Country of Shipment, du 10 octobre 2013 (MEX-USA-2011-1904-01)*

La présente décision a été adoptée le 13 octobre 2013 par le groupe spécial établi sur la base de l'article 1904 de l'*ALENA*, en règlement

⁸⁴ Tania Voon, *supra* note 39 à la p 3.

⁸⁵ Federal Register, *Notice of Final Modification*, 14 février 2012, en ligne: <<https://www.federalregister.gov/articles/2012/02/14/2012-3290/antidumping-proceedings-calculation-of-the-weighted-average-dumping-margin-and-assessment-rate-in->>.

d'un différend entre l'entreprise mexicaine Quimic et l'Unité des pratiques commerciales internationales du Mexique [ci-après organisme d'enquête]. Il s'agissait d'une demande en révision de la détermination finale de l'organisme concernant des importations d'acide stéarique en provenance des États-Unis.

a. Les faits de la cause

Le 8 avril 2005, l'Unité des pratiques commerciales internationales du Mexique a publié sa détermination finale concernant les droits antidumping imposés aux importations d'acide stéarique. Cinq années plus tard, l'organisme d'enquête a notifié sa décision de réexaminer les droits antidumping au cours d'un examen administratif ainsi que d'un examen d'extinction, la période d'enquête s'étendant de janvier à décembre 2009. Dans sa détermination finale, adoptée le 29 septembre et publiée le 7 octobre 2011, l'organisme d'enquête constatait que la révocation des droits antidumping entraînerait un maintien de la pratique de concurrence déloyale. Par conséquent, les droits antidumping seront fixés à un taux de 17,38 % pour une période de cinq ans supplémentaires. Toutefois, l'organisme d'enquête a décidé de révoquer l'ensemble des droits antidumping applicables à l'entreprise exportatrice américaine Vantage, même s'il maintient une période d'examen pour trois années supplémentaires.

Pendant les audiences, Quimic, une entreprise de production mexicaine, avait fait valoir que Vantage n'était pas une partie intéressée à la procédure administrative puisqu'elle n'avait pas fait l'objet de l'enquête originelle de 2005. À l'époque, les droits antidumping avaient été imposés à d'autres entreprises, dont une entreprise appelée Uniquema. Pour cette raison, l'entreprise Quimic estimait que l'organisme d'enquête ne pouvait pas procéder à une fixation individuelle des marges de dumping pratiquées par Vantage sur l'année 2009 dans le cadre d'un réexamen puisque les marges de dumping de cette entreprise n'avaient pas été examinées en premier lieu dans le cadre de l'enquête originelle en 2005.

La détermination finale de l'organisme d'enquête allant à l'encontre de ses intérêts, le 4 novembre 2011, l'entreprise Quimic déposait une demande de révision, demandant la constitution d'un groupe spécial sur la base de l'article 1904 de l'*ALENA*. Le 15 décembre 2011, l'entreprise Vantage déposait un avis de comparution "à titre de précaution". Le lendemain, l'organisme d'enquête faisait également savoir qu'il souhaitait participer à la procédure

de révision de sa détermination finale. Les parties au différend ont ensuite déposé tour à tour leur mémoire afin de présenter leurs arguments respectifs, dont il convient à présent d'examiner le détail.

b. Les arguments des parties quant à la détermination finale

Dans ses mémoires en date du 5 mars 2012 et du 21 mai 2012, l'entreprise Quimic a fait valoir que l'organisme d'enquête n'avait pas choisi la bonne procédure d'examen pour fixer les droits antidumping applicables à l'entreprise Vantage, ce qui rendrait sa décision ultime illégale. Plusieurs arguments sont invoqués au soutien de cette allégation.

Tout d'abord, et de manière générale, l'article 11.2 de l'Accord antidumping, l'article 68 de la *Loi sur le Commerce extérieur (LCE)*, et les articles 99 et 100 du Règlement de la *Loi sur le Commerce extérieur (RLCE)* n'autoriseraient pas l'organisme d'enquête à modifier les droits antidumping au cours d'un examen. En dehors de cette impossibilité générale de modification, la plaignante fait valoir qu'il était de toute façon impossible de modifier les droits antidumping de Vantage dans le cadre de l'examen administratif. En effet, il apparaît que Vantage était un "nouvel expéditeur," une entreprise récente qui n'avait pas exporté pendant la période de l'examen originel. Selon la plaignante, cela signifie que l'entreprise ne pouvait être considérée comme une partie intéressée à participer à la procédure d'examen administratif et il était donc illégal de déterminer une marge de dumping applicable seulement à Vantage dans le cadre de cette procédure.

En conséquence, la procédure applicable à la situation de Vantage serait la seule procédure établie par l'article 9.5 de l'Accord antidumping, l'article 89-D de la *LCE* et l'article 101 de la *RLCE*. Ces articles établiraient une procédure spéciale pour les entreprises n'ayant pas exporté durant la période d'examen originel. Ainsi, Vantage aurait dû demander l'ouverture d'un examen concernant un nouvel expéditeur et non se manifester pendant l'examen administratif. L'organisme d'enquête aurait par ailleurs dû réorienter la demande de l'entreprise vers la procédure d'examen concernant un nouvel expéditeur. De plus, pendant l'audience tenue à Mexico le 11 avril 2013, Quimic a ajouté que l'organisme avait déterminé un droit antidumping au cours de la procédure établie par l'article 68 de la *LCE* alors que cet article n'autorisait que la confirmation, la modification ou la révocation.

L'organisme d'enquête estime au contraire que la loi l'autorise à réexaminer les droits antidumping et à les modifier ou les révoquer si besoin est, et ce, conformément à l'article 11.2 de l'*Accord sur les mesures antidumping*.

Par ailleurs, l'organisme d'enquête considère que, conformément à l'article 51 de la *LFP*, tout exportateur, importateur ou producteur national doit être considéré comme une partie intéressée. En conséquence, il importe peu de savoir si Vantage était une entreprise récente ou si elle avait exporté pendant la période d'examen original, du moment que l'entreprise exportait au moment de la période d'examen administratif. Refuser d'intégrer l'entreprise dans le processus d'examen au motif qu'elle n'était pas une partie intéressée serait, au sens de l'organisme d'enquête, contraire à la loi.

Enfin, l'organisme d'enquête considère qu'il n'y a pas eu création d'un droit antidumping au cours de l'examen administratif, mais qu'il s'agissait d'une simple modification, conformément à l'article 68 de la *LCE*.

Quant à l'entreprise Vantage, sa participation à la procédure devant le panel a été autorisée, car les griefs de la plaignante sont centrés sur le droit antidumping (0 %) que lui a attribué l'organisme d'enquête dans la décision contestée. Toutefois, ses arguments ne peuvent être pris en compte ici, parce que notamment l'entreprise a choisi la juridiction mexicaine comme étant compétente pour connaître de ses plaintes.

c. Les questions juridiques posées au groupe spécial

On peut demander tout d'abord si l'organisme d'enquête pouvait modifier un droit antidumping spécifique sur la base du mécanisme établi par les articles 11.2 de l'Accord antidumping, 68 de la *LCE*, 99 et 100 de la *RLCE* au cours de l'examen administratif. Deuxièmement, il s'agit de savoir si l'organisme d'enquête avait l'obligation d'utiliser la procédure établie par les articles 9.5 de l'*Accord sur les mesures antidumping* et 89-D de la *LCE* pour déterminer le droit antidumping applicable à un nouvel expéditeur.

Conformément à l'article 1904.2, le groupe spécial doit apprécier la conformité de la détermination finale de l'organisme d'enquête au regard de la législation de la partie importatrice. Le groupe spécial commence donc par passer en revue les règles encadrant son contrôle, et qui doivent le guider dans le rendu de sa décision avant de s'intéresser aux problèmes de fond soulevés dans cette affaire. Il faut préciser au passage que le groupe spécial a dû limiter

son contrôle à certaines des déterminations réalisées par l'organisme d'enquête, mais c'est surtout la question de la détermination des critères d'examen et de leur application qui retient l'attention du lecteur.

Même si l'organisme d'enquête a entamé à la fois un examen administratif et un examen à l'expiration, les contestations du plaignant portent sur le seul examen administratif. En conséquence, le groupe spécial devra limiter son contrôle à la conformité de la détermination finale de l'organisme d'enquête adoptée suite à l'examen administratif.

Le groupe spécial se contente de fonder sa décision sur les règles de l'*ALENA* d'une manière générale, sans préciser sur quelle disposition il se fonde. On peut supposer que l'article 1904.14 de l'*ALENA* constitue un élément de réponse, celui-ci prévoyant que les Parties à l'accord devront établir des règles de procédures limitant "l'examen du groupe spécial aux erreurs que font valoir les Parties ou des personnes privées." Cette limitation du contrôle du groupe spécial au seul examen administratif apparaît légitime puisque d'une manière générale, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà des prétentions des parties.

Le critère d'examen établi par l'annexe 1911 quant aux litiges émanant de la partie mexicaine est l'article 238 du Code fiscal fédéral. Toutefois, celui-ci a été remplacé par l'article 51 de la loi fédérale sur la procédure contentieuse administrative (*LFPCA*) et c'est donc cet article que le groupe spécial doit prendre en compte comme critère d'examen. Au regard de ce critère d'examen, le groupe spécial a dû déterminer la recevabilité de la demande de la plaignante avant d'envisager d'autres articles que celui expressément prévu à l'annexe 1911.

L'article 51 de la *LFPCA* énonce les cas dans lesquels une décision de l'administration pourra être déclarée illégale. Il s'agit notamment de motifs d'incompétence de l'agent à l'origine de la décision, de l'inaccomplissement des formalités, d'erreurs de procédure affectant entre autres la défense des intérêts privés ou de la mauvaise interprétation des faits. L'entreprise plaignante invoque une violation générale de cette disposition. Ainsi, l'organisme d'enquête et Vantage font valoir que la plainte telle qu'elle a été présentée ne remplit pas les exigences posées par l'article 51 de la *LFPCA* en ce sens que la plaignante ne démontre pas précisément un lien entre les motifs d'illégalité et ses prétentions.

En dépit du manque de clarté des critères d'examen présentés par la plaignante, le groupe spécial considèrera que l'organisme

d'enquête a été capable de répondre à toutes les prétentions de la plaignante et de défendre ses intérêts de manière appropriée. En ce sens, la plainte n'est pas viciée et l'examen de la conformité par le groupe spécial est légalement fondé. Le groupe spécial rappelle toutefois que la recevabilité de la demande de la plaignante est liée aux circonstances précises de l'espèce et que cela ne doit pas être vu comme une dérogation à la responsabilité de la plaignante d'exposer avec précision ses revendications fondées sur l'article 51 de la *LFPCA*.

Le groupe spécial s'appuie ici sur le raisonnement qu'adopteraient les juridictions mexicaines dans une situation d'imprécision de la plainte. Selon une décision de la Cour fédérale de justice fiscale et administrative, il appartient au juge d'évaluer si l'essence et la pertinence de la demande sont en conformité avec les exigences posées par la loi, sans toutefois que ces exigences procédurales prennent le pas sur le fond de la demande. Le juge doit donner la préférence à la vérité factuelle et réelle de la demande plutôt qu'à la procédure. Même s'il est vrai que la plaignante ne semble pas soulever un motif d'illégalité en particulier, il conteste la détermination finale de l'organisme d'enquête au titre de l'article 51 de manière générale, ce qui suffit à établir le bien-fondé de sa requête.

Au-delà de cette question procédurale, le groupe spécial devait aussi se prononcer sur la possibilité de prendre en considération l'article 50 de la *LFPCA* qui n'était pas expressément cité comme critère d'examen afin d'interpréter l'article 51 de cette même loi. Le groupe spécial va toutefois rejeter cette allégation de la plaignante.

La plaignante faisait valoir que l'article 50 de la *LFPCA* devait servir de contexte d'interprétation de l'article 51 de la même loi. L'organisme d'enquête estimait en réponse que l'article 50 de la *LFPCA* n'était pas visé par l'annexe 1911 de l'*ALENA* établissant les critères d'examen sur lesquels les groupes spéciaux peuvent se fonder. En l'espèce, le groupe spécial se rallie à ce dernier argument, considérant qu'il ne peut fonder son examen sur des dispositions qui ne sont pas expressément visées par l'annexe 1911, car cela serait contraire aux articles 1904.3, 1904. 8 et à l'annexe 1911 de l'*ALENA*. Il se réfère ensuite à certaines décisions précédemment rendues par les groupes spéciaux, seulement à titre informatif étant donné qu'il n'est pas lié par le principe du *stare decisis* par rapport à ces décisions.

La question de l'extension des critères d'examen a en effet déjà été traitée à de multiples reprises et une majorité de groupes spéciaux semblent avoir conclu qu'il était impossible d'étendre les critères d'examen à des articles non expressément visés par l'annexe 1911. Toutefois, les dispositions que le groupe spécial invoque au soutien de son argumentation ne semblent pas spécialement pertinentes et propres à empêcher sinon une "extension" des critères d'examen, au moins une interprétation des critères d'examen dans le contexte législatif de la partie importatrice. Cela peut même sembler pertinent, y compris au sens du traité de l'*ALENA*. Par exemple, l'article 1904.2 énonce que les examens de conformité doivent se baser sur la législation antidumping, réputée comprendre entre autres "les lois (et) le contexte législatif ... dans la mesure où un tribunal de la Partie importatrice tiendrait compte de ces facteurs." Même si cet article s'applique à la législation antidumping et non pas aux critères d'examen en tant que tel, il semble qu'il puisse servir de base à une interprétation plus souple des règles encadrant le contrôle des groupes spéciaux. Ainsi, bien que le groupe spécial ne se réfère ici qu'aux décisions qui ont tranché dans le même sens que lui, on peut trouver certaines décisions divergentes au sein des rapports rendus par les groupes spéciaux. Entre autres, un groupe spécial avait notamment décidé de prendre en compte les articles 237 et 239, dans l'interprétation de l'article 238 du Code fiscal fédéral, estimant qu'il n'y avait pas d'intention démontrée par les membres de l'*ALENA* d'exclure ces articles de toute considération. Le groupe spécial invoquait avec pertinence la nécessité d'une application harmonieuse des critères d'examen par les groupes spéciaux et les cours nationales, et d'une interprétation uniforme de dispositions liées entre elles.

La présente décision du groupe spécial s'inscrit au contraire dans la lignée des décisions rejetant toute "extension" ou interprétation plus large des critères d'examen. Cela semble problématique, car non seulement le contrôle des groupes spéciaux est limité aux lois et aux jurisprudences de la partie importatrice, mais si son contrôle doit se limiter aux seuls articles inscrits dans le traité, il devient extrêmement restreint. Il s'agit à notre sens d'une forte limitation instaurée par le traité, mais également d'une autolimitation des groupes spéciaux. En effet, les organes de règlement des différends établis par les traités ont souvent recours à une interprétation souple du traité pour tenter d'étendre leurs compétences. Il ne leur incombe pas plus de les réduire drastiquement tel que le poursuit la présente décision.

Bien que non négligeable en importance, cette question d'extension des critères d'examen n'était pas au cœur de la présente affaire et il convient à présent de s'intéresser aux solutions adoptées par le groupe spécial quant aux problèmes de fond.

d. L'analyse des solutions adoptées par le groupe spécial quant au fond de l'affaire

Par rapport aux deux principaux problèmes de droit soulevés par cette affaire, le groupe spécial a tranché en faveur de la possibilité de modification d'un droit antidumping dans le cadre de l'examen administratif, estimant qu'il n'était pas démontré que les dispositions antidumping invoquées instaurent une procédure obligatoire et spéciale pour les nouveaux expéditeurs. Ayant résolu l'ensemble des questions juridiques, il s'est également prononcé en faveur de l'application du principe d'économie jurisprudentielle pour les demandes accessoires présentées par les plaignantes.

En guise de rappel, examinons l'allégation de la plaignante selon laquelle les articles 11.2 de l'*Accord sur les mesures antidumping*, 68 de la *LCE*, et 99 et 100 de la *RLCE* mettent en place une procédure d'examen administratif qui n'est pas appropriée pour la modification d'un droit antidumping particulier.

Tout d'abord, le groupe spécial note que l'article 11.1 de l'*Accord sur les mesures antidumping* pose le principe général selon lequel un droit antidumping ne doit être maintenu que dans la mesure où il est toujours nécessaire pour neutraliser le dommage causé par le dumping. Le paragraphe deux de cet article invoqué par la plaignante consiste en une modalité d'application de ce principe général, précisant que l'examen peut avoir lieu, soit à la demande de toute partie intéressée, soit de l'initiative de l'organisme d'enquête. Le groupe spécial retient que cette disposition habilite l'organisme d'enquête à modifier ou à révoquer le droit afin de s'assurer que celui-ci est maintenu uniquement dans la mesure où il est nécessaire au sens de l'article 11.1 de l'accord précité.

De la même façon, l'article 68 de la *LCE* établit que les droits antidumping peuvent être réévalués annuellement à la demande d'une partie intéressée ou par l'organe d'enquête à tout moment. Le groupe spécial retient que cet article confère de larges pouvoirs à l'organisme d'enquête, qui peut amorcer un examen à tout moment et que celui-ci peut conduire à une confirmation, à une modification ou à une révocation des droits antidumping, dépendamment des résultats de l'enquête. Quant aux articles 99 et 100 de la *RLCE*,

ils contiennent tous deux une référence expresse aux examens *ex officio*.

Après examen de l'ensemble de ces dispositions, le groupe spécial considère comme inexistantes les limites évoquées par la plaignante, selon lesquelles l'organisme d'enquête ne pouvait ni intervenir de sa propre initiative, ni dans le cadre d'un examen administratif, aussi bien dans les dispositions de la loi mexicaine que de l'Accord antidumping. Le groupe spécial estime que non seulement ces dispositions n'interdisaient pas à l'organisme d'enquête de prendre de telles mesures, mais elles l'y invitaient explicitement.

Par ailleurs, le groupe spécial considère comme irrecevable l'argument soulevé par la plaignante durant l'audience et selon lequel l'article 68 de la *LCE* n'autorise pas la détermination d'un droit antidumping pendant un examen administratif. Il estime que l'organisme d'enquête a appliqué une révocation du droit antidumping, et non une modification, ce qui est conforme à l'article invoqué. Il est intéressant de noter ici l'absence de débat concernant la nature de la décision de l'organisme d'enquête à l'égard de Vantage. Pourtant, cette "nature" de la décision semble cruciale: s'agissait-il d'une détermination, d'une modification ou d'une révocation? Les parties ne semblaient pas d'accord sur le terme, qui était susceptible de déterminer l'issue du différend. Durant l'audience, l'entreprise plaignante avait qualifié cette démarche de "détermination," tandis que selon l'organisme d'enquête, il s'agissait d'une simple "modification." Finalement, le groupe spécial qualifie cette mesure de "révocation," sans apporter d'arguments solides.

Quoi qu'il en soit, à ce stade, le groupe spécial a établi la possibilité pour l'organisme d'enquête de modifier ou de révoquer un droit antidumping de façon *ex officio*, c'est-à-dire de sa propre initiative. Toutefois, l'article 68 de la *LCE* pose une autre condition et il doit maintenant déterminer si l'entreprise Vantage pouvait être qualifiée de "partie intéressée" et donc, avoir le droit de participer à la procédure d'examen administratif.

La notion de partie intéressée est définie par l'article 51 de la *LCE*. Ainsi, les producteurs ayant soumis des demandes, les importateurs et les exportateurs, dont le produit est évalué, ainsi que toute personne morale étrangère ayant un intérêt direct dans l'enquête en cours doivent être considérés comme des parties intéressées. Le groupe spécial considère que rien ne permet d'interpréter l'article 51 comme limitant l'acceptation de la notion de "partie intéressée" aux seuls producteurs et exportateurs étrangers qui ont

effectivement exporté le produit pendant la période d'enquête originelle. Ainsi, même en présumant que Vantage était un nouvel expéditeur, il n'est pas possible de considérer que l'organe d'enquête ne pouvait pas traiter l'entreprise comme une partie intéressée au terme des articles 68 de la *LCE* et 99 et 100 de la *RLCE*. Considérant donc que Vantage peut être qualifiée de partie intéressée et que les modifications des droits antidumping sont autorisées par les articles susmentionnés, le groupe spécial conclut que l'organisme d'enquête avait la possibilité de modifier le droit antidumping de Vantage au cours de l'examen administratif. Il rejette donc cette première allégation et valide la conformité de la détermination finale sur ce point.

Le groupe spécial devait également se prononcer sur la question de savoir si les articles 9.5 de l'*Accord sur les mesures antidumping* et 89-D de la *LCE* prévoyaient une procédure spéciale obligatoire pour la détermination des droits antidumping applicables aux nouveaux expéditeurs.

L'article 9.5 de l'*Accord sur les mesures antidumping* prévoit qu'un examen doit être effectué afin de déterminer rapidement "les marges de dumping individuelles pour les exportateurs ou les producteurs du pays exportateur qui n'ont pas exporté le produit vers le membre importateur pendant la période couverte par l'enquête". Selon le groupe spécial, cet article requiert des États la mise en place d'un processus d'examen accéléré pour les nouveaux expéditeurs qui veulent obtenir un droit antidumping spécifique. Il n'établit aucune exigence procédurale spécifique, mise à part celle d'un "calendrier" accéléré et une interdiction d'imposition de droits spécifiques avant la fin de l'enquête. Il appartient ainsi aux États membres d'établir leurs propres procédures, du moment qu'elles respectent les conditions posées par l'article 9.5 de l'Accord antidumping. De la même façon, l'article 89-D de la *LCE* définit la notion de "nouvel expéditeur" et donne le droit aux entités pouvant être qualifiées comme tel d'avoir accès à une procédure spéciale.

Après l'examen de ces deux articles, le groupe spécial estime que ces dispositions ne mettent pas en place un mécanisme exclusif et obligatoire d'examen concernant les nouveaux expéditeurs. La mise en place d'un processus d'examen accéléré constitue un droit propre aux nouveaux expéditeurs et non une obligation de l'organisme d'enquête. Bien au contraire, l'organisme d'enquête ne peut pas amorcer cet examen *ex officio*, car la demande doit obligatoirement émaner de l'entreprise. En l'absence d'une telle demande,

l'organisme d'enquête peut à tout moment procéder à un examen via les procédures "normales." Ainsi, en l'absence de demande émanant de Vantage, l'organisme d'enquête pouvait procéder à la fixation des marges de dumping de l'entreprise dans le cadre de l'examen administratif et n'était pas tenu de réorienter la demande de Vantage vers la procédure d'examen concernant un nouvel expéditeur.

Le groupe spécial ajoute avec justesse que l'interprétation donnée par la plaignante est susceptible de conduire à un blocage en l'absence de demande d'examen émanant du nouvel expéditeur, l'organisme d'enquête n'ayant alors aucun moyen de fixer un droit antidumping spécifique pour une entreprise ayant des marges manifestement différentes des autres entreprises. Une telle situation résulterait alors en une situation de violation de l'Accord antidumping, qui n'autorise le maintien d'un droit antidumping que dans la mesure où celui-ci est nécessaire pour compenser le dommage causé par le dumping. En résumé, il apparaît nécessaire que lorsque l'organisme d'enquête considère que les circonstances requièrent l'examen d'un nouvel expéditeur, il puisse l'amorcer *ex officio* en vertu de la compétence que lui confère l'article 68 de la *LCE* et la *RLCE*, à moins que le nouvel expéditeur ne le requière lui-même en vertu de l'article 89-D.

Ce raisonnement du groupe spécial nous paraît logique et conforme au sens de l'*Accord sur les mesures antidumping*. En effet, le but de l'Accord est de procurer aux entreprises le moyen le plus rapide possible d'obtenir la détermination d'un droit antidumping ajusté à leurs marges de dumping de façon précise et spécifique. Le droit antidumping se doit d'être le plus juste possible, c'est-à-dire limité à la compensation du dommage causé par le dumping. Or, si les marges de dumping sont plus faibles que le droit antidumping imposé, il s'agit d'une situation inappropriée à laquelle il convient de remédier rapidement. En l'espèce, il semblait plus rapide pour Vantage de demander une détermination spécifique dans le cadre de l'examen administratif plutôt que dans le cadre de l'examen concernant un nouvel expéditeur, en accord avec la rapidité exigée par l'article 9.5 de l'Accord antidumping. Le groupe spécial semble adopter ici une décision complètement conforme aux dispositions énoncées.

S'étant prononcé sur ces deux questions de fond, le groupe spécial va rejeter les motions accessoires en application du principe d'économie jurisprudentielle. D'une manière générale, ce principe

constitue un pouvoir discrétionnaire des juridictions et des groupes arbitraux pour refuser d'examiner chaque allégation des parties lorsque ce refus n'influence pas la solution finale. Sur la base de ce principe, le groupe spécial va rejeter les demandes accessoires présentées par Vantage et Quimic. L'entreprise Vantage faisait valoir qu'elle devait être considérée comme "l'héritière" des intérêts de l'entreprise Uniquema. Celle-ci ayant reçu des droits antidumping suite à l'enquête initiale, Vantage devait être considérée comme succédant à l'entreprise et non comme une nouvelle expéditrice. Toutefois, le groupe spécial considère que la question de savoir si Vantage était ou non une entreprise nouvellement expéditrice est sans importance en l'espèce. Il apparaît en effet que la question de la nouveauté de l'entreprise n'a pas influé sur le raisonnement du groupe spécial et l'application du principe d'économie jurisprudentielle semble donc justifiée. L'entreprise Quimic, quant à elle, contestait une communication de l'organisme d'enquête quant à une décision de l'OMC. Considérant que cette décision n'a pas fondé son raisonnement, le groupe spécial va également rejeter cette allégation.

En guise de propos conclusifs concernant cette affaire, il convient de remarquer que le Mexique est un pays moniste qui ne requiert donc pas de transposition des traités internationaux dans sa législation interne. Dès que le traité est ratifié, il devient applicable au même titre qu'une loi, voire de façon supérieure. L'*Accord sur les mesures antidumping* fait donc partie intégrante de la législation mexicaine sur le dumping. Cela est particulièrement intéressant, car les groupes spéciaux deviennent compétents pour évaluer la conformité des déterminations finales, non seulement au regard des dispositions législatives nationales, mais également par rapport aux traités internationaux pertinents, et notamment ceux de l'OMC. Ce type de système constitutionnel favorise une meilleure application et un plus grand respect des traités internationaux. Comme on le voit en l'espèce, les dispositions législatives mexicaines semblent en parfaite conformité avec l'*Accord sur les mesures antidumping*. On peut ici faire un parallèle avec la première décision soumise à l'étude sur la méthode de la réduction à zéro,⁸⁶ dans laquelle il avait fallu à l'organisme d'enquête américain plus d'une dizaine d'années pour rendre ses procédures d'examen conformes au droit de l'OMC.

⁸⁶ *Supra* note 50.

III. LE COMMERCE CANADIEN ET L'ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC)

A. LES DÉVELOPPEMENTS DANS LE SYSTÈME COMMERCIAL MULTILATÉRAL

Si la désignation du Brésilien Roberto Cavalho de Azevêdo⁸⁷ à la tête de l'OMC pour succéder au Français Pascal Lamy peut s'expliquer par l'influence grandissante des pays émergents dans les négociations multilatérales, les résultats de la Conférence ministérielle de l'OMC dite, "Conférence de Bali"⁸⁸ constituent une autre marque du nouvel équilibre qui se dessine; une sorte de "transformation géopolitique" faisant des économies émergentes à la fois "des instigatrices et actrices"⁸⁹ de l'évolution des relations commerciales multilatérales.

Alors que le dernier cycle de négociations commerciales multilatérales piétine⁹⁰ et que l'ancien directeur général de l'OMC aura cherché en vain à rapprocher des positions des États pour faire déboucher les négociations, l'arrivée d'un nouveau directeur de l'OMC aura pour le moment fait son effet puisque le "paquet de Bali"⁹¹ a permis quelques avancées notables. Celles-ci se résument à travers les trois piliers suivants:

Le premier pilier concerne la facilitation des échanges. L'accord sur la facilitation des échanges constitue une réelle avancée des négociations menées dans le cadre du cycle de Doha. En ce sens, il étend son champ d'application au-delà des secteurs déjà couverts que sont les services financiers et les technologies. Une fois entré en vigueur, l'accord devrait contribuer à réduire les formalités administratives, assurer la clarté, l'efficacité et la transparence des procédures en plus de rendre les échanges plus rapides

⁸⁷ OMC, Conseil général, "Le Conseil général désigne M. Azevêdo comme nouveau directeur général, M Lamy promet une transition en douceur," en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/gc_14may13_f.htm>.

⁸⁸ OMC, Conférence ministérielle, jours 3, 4 et 5: "Un 'Paquet de Bali' voit le jour à l'issue de consultations-marathon," en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/mc9sum_07dec13_f.htm>.

⁸⁹ OMC, Allocution du DG Pascal Lamy, en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl271_f.htm>.

⁹⁰ OMC, Programme de Doha, en ligne: <http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm>.

⁹¹ OMC, "Déclaration ministérielle de Bali et les décisions," en ligne: <<https://mcg.wto.org/fr/projet-de-declaration-ministerielle-de-bali>>.

et moins chers. L'accord contient également des dispositions relatives aux marchandises en transit et une assistance aux pays en développement.

Le deuxième pilier concerne l'agriculture. L'accord sur le volet agricole maintient le régime intérimaire dont bénéficiaient les programmes de détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire dans les pays en développement. Cette solution intérimaire sera maintenue en attendant qu'une solution définitive soit trouvée avec notamment l'établissement d'un programme de travail pour parvenir à une solution d'ici quatre ans. Quant à la question des subventions à l'exportation ou des mesures ayant des effets similaires, les négociateurs se sont contentés d'une déclaration politique dite "ferme" visant à les limiter. Il faut rappeler que lors de la Conférence ministérielle de Hong Kong, les États avaient déjà pris des engagements visant à les éliminer d'ici 2013.⁹² À cet égard, cette déclaration politique dite "ferme" s'apparente plus à un recul qu'à une réelle avancée. Les pays prendront toutefois des engagements visant à améliorer l'accès aux marchés des produits du coton provenant des pays en développement.

Le dernier pilier porte sur les questions de développement. Il n'y a pas d'éléments nouveaux par rapport à ce qui était convenu à Genève en 2011.⁹³ Il s'agit principalement d'assurer l'accès aux marchés des pays développés, en franchise de droits et sans contingent des exportations des pays les moins avancés, de permettre à ces pays de bénéficier de règles d'origine préférentielles simplifiées ainsi que de dérogations en matière de commerce des services. Signe d'une certaine attention portée aux pays en développement, c'est au cours de la Conférence ministérielle de Bali que les ministres vont adopter les modalités et les conditions d'accession du Yémen à l'OMC. Le Yémen devient ainsi le trente-cinquième pays de la catégorie des PMA à devenir membre de l'OMC après treize ans de procédure.⁹⁴ Le pays avait présenté sa demande d'accession à l'OMC en 2000.

⁹² Voir, OMC, Déclaration ministérielle, Programme de travail de Doha, OMC Doc WT/MIN/(05)/DEC, 22 décembre 2005.

⁹³ OMC, Conférence ministérielle, Déclaration finale du président, OMC Doc WT/MIN(11)/11, 17 décembre 2011.

⁹⁴ OMC, "La Conférence ministérielle approuve l'accession du Yémen à l'OMC," en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/acc_yem_03dec13_f.htm>.

L'OMC connaîtra plusieurs autres adhésions au cours de cette année 2013. Il en sera ainsi du Laos qui devient le 158^e membre de l'OMC après ratification de l'ensemble des textes relatifs à son accession.⁹⁵ La Russie est également devenue membre de l'OMC après dix-neuf ans de procédure.⁹⁶ Le Tadjikistan devient le 159^e membre de l'OMC en 2013 alors que le Groupe de travail de l'accèsion du pays à l'OMC a été établi le 18 juillet 2001.⁹⁷

Au cours de l'année 2013, l'Organe de règlement des différends de l'OMC n'aura pas non plus manqué d'activités. Un groupe spécial publiera pas moins de trois rapports en 2013.⁹⁸ Quant à l'Organe d'appel, il a rendu ses rapports dans les affaires *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* et *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*.⁹⁹

⁹⁵ OMC, *Protocole d'accèsion de la République démocratique populaire Lao à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce fait le 26 octobre 2012, Notification d'acceptation et d'entrée en vigueur*, OMC Doc WLI/101, 9 janvier 2013.

⁹⁶ OMC, *Conférence ministérielle, Accèsion de la Fédération de Russie, Décision du 16 décembre 2011*, OMC Docs WT/MIN(11)/24 et WT/L/839, 17 décembre 2011. Concernant l'adhésion de la Russie en tant que membre observateur de l'accord sur les marchés publics, voir OMC, "Le Comité des marchés publics accueille la Russie en tant qu'observateur," en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/gpro_29may13_f.htm>.

⁹⁷ OMC, *Protocole d'accèsion de la République du Tadjikistan à l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce fait à Genève le 10 décembre 2013, Notification d'acceptation et d'entrée en vigueur*, OMC Doc WLI/100, 7 février 2013; Voir également, OMC, Nouvelle, "Le Tadjikistan deviendra le 159^{ème} Membre de l'OMC," en ligne: <http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/acc_tjk_31jan13_f.htm>.

⁹⁸ Chine, *Droits antidumping définitifs visant les appareils à rayons x utilisés pour les inspections de sécurité en provenance de l'Union européenne*, OC Doc. WT/DS425/R (Rapport du groupe spécial), 26 février 2013; Chine, *Mesures antidumping et compensatoires visant les produits à base de poulet de chair en provenance des États-Unis*, OMC Doc. WT/DS427/R (Rapport du groupe spécial), 2 août 2013; Communautés européennes, *Mesures prohibant l'importation et la commercialisation des produits dérivés du phoque*, OMC Docs WT/DS400/R et WT/DS401/R (Rapport du groupe spécial), 25 novembre 2013.

⁹⁹ *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable et Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, OMC Docs WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), 6 mai 2013.

B. LES DIFFÉRENDS DEVANT L'OMC IMPLIQUANT LE CANADA

1. *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable et Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*¹⁰⁰

La présente décision fait suite à l'appel déposé respectivement par le Canada, le Japon et l'Union européenne de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans les rapports du groupe spécial dans les affaires *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable* et *Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*.¹⁰¹ Ces deux différends posaient la question de la compatibilité avec le droit de l'OMC de certaines mesures étatiques visant à favoriser le recours aux énergies renouvelables.

a. Les faits de la cause

En 2009, la province de l'Ontario met sur pied un programme de tarifs de rachat garantis (programme TRG) qui permet aux producteurs d'énergie éolienne et solaire photovoltaïque de recevoir un prix garanti par kilowattheure à condition que leurs installations contiennent un certain niveau d'éléments d'origine nationale. Ce niveau devrait se situer entre 20 et 60 % et les contrats conclus, couvrent une durée de vingt ans ou quarante ans. Le programme de TRG¹⁰² est un dispositif mis en place par les pouvoirs publics pour augmenter la fourniture d'électricité produite à partir de certaines sources d'énergie renouvelable dans le réseau d'électricité ontarien et, par le fait même, pour réduire progressivement la part du charbon et de l'énergie nucléaire. Le programme lancé en 2009 par l'Office de l'électricité de l'Ontario (OEO) a été établi conformément à la

¹⁰⁰ *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable et Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, OMC Docs WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), 6 mai 2013.

¹⁰¹ *Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable et Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis*, OMC Docs WT/DS412/R et WT/DS426/R (Rapport du groupe spécial), 19 décembre 2012.

¹⁰² Les plaignants contestent la compatibilité avec les règles de l'OMC du programme TRG, des contrats TRG individuels pour l'utilisation des sources d'énergie éolienne ou solaire photovoltaïque et des contrats microTRG individuels pour l'utilisation des sources d'énergie solaire photovoltaïque, exécutés par l'OEO depuis le début du programme TRG.

directive du ministre de l'Énergie et de l'Infrastructure de l'Ontario¹⁰³ (directive TRG de 2009 du ministre) agissant en vertu de la *Loi de 1998 sur l'électricité*, modifiée par la *Loi de 2009 sur l'énergie verte*. La participation au programme TRG est ouverte aux installations implantées en Ontario qui produisent de l'électricité à partir des sources d'énergie renouvelable, telles que l'éolien, le solaire photovoltaïque, la biomasse renouvelable, le biogaz, le gaz d'enfouissement et l'énergie hydraulique.¹⁰⁴ Dans le cadre du programme TRG, les installations électriques doivent respecter des niveaux minima requis de teneur en éléments nationaux.¹⁰⁵ Ce calcul se fait en fonction d'activités désignées et un pourcentage admissible associé¹⁰⁶ doit être atteint.

Le Japon et l'Union européenne contestent la conformité du programme TRG par rapport aux engagements internationaux du Canada. Les plaignants considèrent en effet que les mesures en cause violent la règle du traitement national¹⁰⁷ en ce sens qu'elles accordent un traitement moins favorable aux produits japonais et européens qu'aux produits canadiens. Les plaignants considèrent également que les mesures visées sont constitutives de mesures d'investissement liées au commerce contraires à l'obligation du traitement national.¹⁰⁸ Selon le Japon, le programme TRG impose un "minimum requis de teneur en éléments nationaux" ce qui constitue une MIC. Enfin, le Canada accorde par ce programme des subventions subordonnées à l'utilisation de production nationale de préférence aux produits étrangers.¹⁰⁹ Ces subventions seraient prohibées au sens des articles 3.1 et 3.2 de l'*Accord SMC*.

Dans son rapport rendu le 19 décembre 2012, le groupe spécial a reconnu que le Canada a violé les articles III.4 du *GATT* de 1994

¹⁰³ Directive datée du 24 septembre 2009 enjoignant à l'OEO d'élaborer un programme de tarifs de rachat garantis (TRG) (pièce JPN-102 présentée au Groupe spécial) et d'inclure une prescription imposant aux requérants de présenter un plan pour la réalisation des objectifs concernant la teneur en éléments nationaux (c'est-à-dire ontariens) énoncés dans les règles TRG.

¹⁰⁴ Les règles TRG et microTRG exposent, entre autres choses: (i) les prescriptions en matière d'admissibilité des projets et de candidature; (ii) les critères de raccordement du projet au réseau d'électricité.

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, *supra* note 102 au para 7.9.

¹⁰⁶ *Ibid* au para 7.159.

¹⁰⁷ Art III: 4 du *GATT* de 1994.

¹⁰⁸ Art 2.1 de l'*Accord sur les mesures d'investissement et liées au commerce (Accord MIC)*.

¹⁰⁹ Art 1.1 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC)*.

considérant que l'acquisition de l'électricité par les pouvoirs publics était réalisée pour une revente sur le marché, une condition de non-application de l'exception prévue à l'article III.4 du *GATT*. Le groupe spécial juge incompatibles à l'article 2.1 de l'*Accord MIC* les mesures canadiennes, mais rejette la violation au titre de l'*Accord SMC*. Le groupe spécial considère en effet que les plaignants n'ont pas démontré l'existence d'une subvention parce qu'ils n'ont pas fait la preuve de l'existence d'un avantage conféré. Par conséquent, on ne saurait considérer que le Canada a violé les articles 3.1 et 3.2 de l'*Accord SMC*.

C'est en interjetant appel de cette décision du groupe spécial que les plaignants demandent à l'Organe d'appel de déterminer d'une part, la relation juridique qui existe entre les articles III.8 du *GATT* de 1994 et 2.2 de l'*Accord MIC*. D'autre part, ils demandent de clarifier les conditions de l'existence d'une subvention au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMS*.

b. Le raisonnement de l'Organe d'appel

L'Organe d'appel s'est d'abord évertué à déterminer les conditions d'applicabilité de l'article III.8 du *GATT* de 1994 aux mesures d'investissement liées au commerce afin de déterminer jusqu'à quel point les mesures canadiennes échapperaient à l'obligation du traitement national.

À titre préliminaire, rappelons qu'il n'existe pas de définition précise d'une mesure d'investissement liée au commerce. L'*Accord MIC* se contente d'en dresser simplement une liste exemplative. D'après la liste exemplative, toute mesure étatique de caractère obligatoire qui soumet l'engagement d'un investissement étranger dans le pays d'accueil à des conditions qui ont des effets sur le commerce international des marchandises est une mesure d'investissement liée au commerce. Les mesures d'investissement liées au commerce doivent toutefois être conformes au traitement national ainsi qu'à l'article XI du *GATT* de 1994.

Quant à la relation entre l'article 2.2 de l'*Accord MIC* et l'article III.8, rappelons également que celle-ci avait déjà été établie dans l'affaire *Indonésie-Automobile* où le groupe spécial avait reconnu l'existence d'un lien entre les MIC et l'article III du *GATT* de 1994 dans son ensemble.¹¹⁰ Dans le cas qui nous concerne, l'Organe

¹¹⁰ Indonésie, *Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, OMC Docs WT/DS54/R; WT/DS55/R; WT/DS59/R; WT/DS64/R (Rapport du groupe spécial), 2 juillet 1998.

d'appel devra se prononcer plus précisément sur la relation entre l'article III.8 du *GATT* de 1994 et l'article 2.2 de l'*Accord MIC*.

Pour l'Organe d'appel, le programme TRG doit être considéré comme une MIC. Les prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux pour le matériel de production des énergies renouvelables sont des conditions visant à satisfaire les producteurs qui utilisent ces types d'énergie. Ces prescriptions "régissent" l'acquisition d'électricité par les pouvoirs publics de l'Ontario. Il existe donc une relation étroite entre le matériel de production d'énergie renouvelable et le produit acquis, c'est-à-dire l'électricité.

Pour l'Organe d'appel, l'article III.8 du *GATT* de 1994 s'applique de manière générale aux MIC, mais n'impose pas d'obligations additionnelles aux États. L'article III:8 du *GATT* de 1994 prévoit en effet ce qui suit:

Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

Les mesures visées par l'article III.8 du *GATT* de 1994 sont constituées de lois, de règlements ou de prescriptions régissant l'acquisition de produits achetés par les pouvoirs publics. En outre, cette acquisition ne doit pas être destinée à la revente dans le commerce. Pour l'Organe d'appel, les produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics" doivent être interprétés comme ce qui est consommé par les pouvoirs publics ou ce qui est fourni par eux dans l'exercice de leur fonction publique. Le mot "pour" se rapporte aux produits achetés "aux fins des pouvoirs publics"; l'article III: 8 exige donc un lien rationnel entre le produit et la fonction gouvernementale qui est exercée. Une revente doit être entendue comme un profit et pour savoir si une transaction constitue une revente dans le commerce, il faut l'évaluer dans son ensemble. S'il existe un but lucratif, il y a revente, et, dans le cas contraire, il y a vente à perte.

De plus, l'article III.8 constitue une dérogation au champ d'application du traitement national. Pour l'Organe d'appel, l'électricité, et non la production de l'électricité, est un produit visé par la réglementation de l'Ontario, et peut être considérée comme un produit acheté par les pouvoirs publics. En l'occurrence, l'électricité n'est pas le produit traité moins favorablement. La discrimination entre

produits nationaux et étrangers ne concernant pas les produits achetés par les pouvoirs publics, la prescription de l'article III.8 du *GATT* de 1994 selon laquelle les lois, règlements ou prescriptions doivent régir l'acquisition de produits achetés par les pouvoirs publics n'est donc pas remplie. L'Organe d'appel en déduit que les mesures canadiennes ne peuvent pas être visées par l'article III.8 du *GATT* de 1994. Elles sont donc incompatibles avec l'article III.4 du *GATT* de 1994 et l'article 2.1 de l'*Accord MIC*. On peut déplorer que cette interprétation restrictive de l'Organe d'appel sanctionne d'une certaine manière la politique de protection de l'environnement voulue par Ontario.

En ce qui concerne la qualification des mesures ontariennes au titre de l'accord SMC, l'Organe d'appel a considéré que le programme TRG et les contrats TRG constituent des achats publics au sens de l'article 1.1(a)(1)(iii) de l'*Accord SMC*.¹¹¹ Quant au critère de l'avantage, l'Organe d'appel considère qu'en l'absence de programme TRG, les producteurs n'auraient pas obtenu "la rémunération assurée par le programme sur la base des conditions existantes du marché en Ontario." Si le programme TRG n'existait pas, les nouveaux arrivants sur le marché devraient négocier un prix pour l'électricité utilisant des énergies renouvelables. L'Organe d'appel a commencé par l'étude du critère juridique afin de savoir s'il existe un avantage au titre de l'article 1.1(b) de l'*Accord SMC*.

Il s'agit d'examiner si, d'après le point de repère prévu à l'article 14(d) de l'*Accord SMC*, la rémunération obtenue par les producteurs qui utilisaient les technologies éolienne et solaire photovoltaïques dans le cadre du programme TRG était "plus qu'adéquate" par rapport à la rémunération que ces mêmes producteurs recevraient sur le "marché" pertinent de l'électricité en Ontario, compte tenu des "conditions existantes du marché." Le groupe spécial avait noté que le marché pertinent n'avait pas besoin d'être un marché qui soit "non faussé par l'intervention des pouvoirs publics" ou qui soit exempt du moindre degré d'intervention des pouvoirs publics. L'Organe d'appel a indiqué dans des différends antérieurs que, pour déterminer si un avantage avait été conféré, il fallait évaluer si le bénéficiaire avait reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il avait accès sur le marché.

L'Organe d'appel a également contesté la définition du marché pertinent sur laquelle repose l'analyse de l'avantage faite par le

¹¹¹ Organe d'appel, *supra* note 101 au para 5.124-5.127.

groupe spécial. Les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque existent en Ontario uniquement en raison de l'intervention des pouvoirs publics. Le point de repère pertinent doit être issu non pas du marché de gros de l'électricité produite à partir de toutes les sources d'énergie, mais plutôt des marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque, qui sont définis par le choix des pouvoirs publics de l'Ontario concernant l'approvisionnement diversifié en énergie. La question pertinente est donc de savoir si les fournisseurs d'électricité éolienne et solaire photovoltaïque seraient entrés sur les marchés de l'électricité éolienne et solaire photovoltaïque en l'absence du programme TRG, et non s'ils seraient entrés sur le marché de gros de l'électricité mélangée. Le simple fait de participer au programme TRG ne constitue pas un avantage en soi. Il faut comparer les rémunérations des produits d'énergie renouvelable avec celles du même marché concurrentiel de ce type d'énergie.

L'Organe d'appel rejette donc le raisonnement du groupe spécial en précisant que l'Union européenne et le Japon n'avaient pas établi que les mesures contestées conféraient un avantage selon l'article 1.1(b) de l'*Accord SMC*.

IV. CONCLUSION

Au total, on peut considérer que le Canada poursuit de manière aussi fidèle que possible les priorités qu'il s'est données en 2007 dans le cadre du document fédéral sur la Stratégie commerciale mondiale. Il s'agit principalement de conquérir de nouveaux marchés à fort potentiel à travers la conclusion d'accords de libre-échange. Il s'agit aussi de poursuivre l'engagement du pays dans les négociations commerciales internationales. De ce point de vue, l'année 2013 aura donné toute satisfaction. Il n'en demeure pas moins vrai qu'en termes de contentieux commerciaux, le dispositif canadien doit être renforcé pour mieux faire face aux nouveaux enjeux, qui naîtront de la prolifération des accords commerciaux et des conflits que leur mise en œuvre peut générer, mais également, les conflits actuels dans lesquels le Canada est impliqué et dont les issues ne nous sont pas toujours favorables.