

EN L'AFFAIRE DU:

Bois d'Oeuvre
Originaire du Canada

CCE-94-1904-01USA

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1994

En vente au Canada chez

votre libraire local

ou par la poste auprès du

Groupe Communication Canada—Édition

Ottawa, Canada K1A 0S9

N° de catalogue E100-2/2-94-1904-01F

ARTICLE 1904.13
COMITÉ POUR CONTESTATION EXTRAORDINAIRE
ACCORD DE LIBRE ÉCHANGE CANADA-ÉTATS-UNIS

EN L'AFFAIRE DU
BOIS D'OEUVRE
ORIGINAIRE DU CANADA

CCE-94-1904-01-USA

AVIS ET ORDONNANCE

LE 3 AOÛT 1994

LE REPRÉSENTANT AU COMMERCE DES ÉTATS-UNIS,
AU NOM DU GOUVERNEMENT DES ÉTATS-UNIS,
demandeur

et

THE COALITION FOR FAIR LUMBER IMPORTS,
intervenante américaine

c.

LE GOUVERNEMENT DU CANADA,
défendeur,
et

LE GOUVERNEMENT DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE;
LE GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA;
LE GOUVERNEMENT DU QUÉBEC;
LE GOUVERNEMENT DE L'ONTARIO;

L'ASSOCIATION DES MANUFACTURIERS DE BOIS DE SCIAGE DU QUÉBEC;
LE CONSEIL CANADIEN DES INDUSTRIES FORESTIÈRES
ET SES SOCIÉTÉS MEMBRES
intervenants canadiens

Membres : Malcolm Wilkey, président
Gordon L.S. Hart
Herbert B. Morgan

Comparutions : Ira. S. Shapiro, William T. Kane, Alicia D. Greenidge, Stephen J. Powell, Jeanne E. Davidson, William D. Hunter, Joan MacKenzie, pour le Gouvernement des États-Unis. Alan William Wolff, John A. Ragosta, Harry L. Clark, Robert H. Griffen, Linda C. Menghetti, Evan Y. Chuck, pour la Coalition for Fair Lumber Imports.

M. Jean Anderson, Bruce H. Turnbull, Richard Ben-Veniste, Peter D. Isakoff, pour le Gouvernement du Canada. Homer E. Moyer, Alan L. Horowitz, Grant D. Aldonas, James B. Altman, Philip J. Ferneau, Daniel M. Flores, John E. Davis, pour le Gouvernement de la Colombie-Britannique. Lawrence A. Schneider, Claire E. Reade, Michael T. Shor, Matthew Frumin, pour le Gouvernement de l'Alberta. Patrick F.J. Macrory, Spencer S. Griffith, Shannon S. S. Herzfeld, Margaret L. H. Png, pour le Gouvernement du Québec. Mark S. McConnell, T. Clark Weymouth, Lynn G. Kamarck, Paul A. Minorini, pour le Gouvernement de l'Ontario. Randolph J. Stayin, Mark J. Andrews, David Lubitz, pour l'Association des manufacturiers de bois de sciage du Québec; W. George Grandison, John R. Labovitz, Richard Diamond, Peter Lichtenbaum, pour le Conseil canadien des industries forestières et ses sociétés membres.

ACCORD DE LIBRE ÉCHANGE CANADA-ÉTATS-UNIS
ARTICLE 1904.13
PROCÉDURE DE CONTESTATION EXTRAORDINAIRE

EN L'AFFAIRE DU)
BOIS D'OEUVRE)
ORIGINAIRE DU CANADA)

Dossier du secrétariat n°
CCE-94-1904-01-USA

AVIS DE M. LE JUGE GORDON L.S. HART

LE 3 AOÛT 1994

I. INTRODUCTION

Le présent avis résulte d'une procédure de contestation extraordinaire engagée conformément à l'article 1904.13 et à l'annexe 1904.13 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. La procédure fait suite à une demande de constitution d'un comité pour contestation extraordinaire, demande déposée par le Gouvernement des États-Unis le 6 avril 1994, pour que soit examinée la décision rendue par le groupe spécial binational dans l'affaire « Bois d'oeuvre originaire du Canada ».

Le différend relatif au bois d'oeuvre importé du Canada vers les États-Unis dure depuis 12 ans. En 1983, à la suite d'une requête déposée par une coalition de producteurs américains de bois d'oeuvre (la Coalition), le Département du Commerce des États-Unis (le Département) entreprit d'enquêter sur la pratique des provinces canadiennes consistant à disposer du bois sur pied des terres domaniales provinciales en recourant à des accords de droits de coupe, et il jugea que l'avantage résultant de tels systèmes de droits de coupe n'était pas conféré à une industrie particulière ou à un groupe d'industries au Canada et que le produit n'était pas cédé à des taux préférentiels. Le Département arriva donc à la conclusion que les importations de bois d'oeuvre canadien ne donnaient pas matière à compensation. Nous appellerons « Bois d'oeuvre I » cette décision négative du Département.

Le texte législatif des États-Unis en vertu duquel le Département a rendu sa décision négative se trouve dans le **Tariff Act of 1930**, dans sa forme modifiée, à 19 U.S.C. § 1671(a), disposition qui se lit ainsi :

§ 1671. Droits compensateurs imposés

(a) Règle générale

Si

(1) l'autorité administrante juge que :

(A) un pays visé par l'Accord, ou

(B) une personne qui est un ressortissant d'un tel pays, ou une société, association ou autre organisation constituée dans un tel pays,

confère, directement ou non, une subvention se rapportant à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'une catégorie ou sorte de marchandise importée, ou vendue (ou susceptible d'être vendue) pour importations, aux États-Unis, et

(2) la Commission juge que :

(A) une industrie des États-Unis

(i) subit un préjudice sensible, ou

(ii) est menacée d'un préjudice sensible, ou

(B) l'établissement d'une industrie aux États-Unis est retardé considérablement,

en raison des importations de cette marchandise ou en raison des ventes (ou des ventes probables) de cette marchandise en vue de son importation,

alors sera imposé sur cette marchandise un droit compensateur, en sus de tout autre droit imposé, droit compensateur qui sera égal au montant de la subvention nette.

Une subvention ne donnera pas cependant matière à compensation si elle n'entre pas dans le champ d'application du § 1677(5), qui se lit ainsi :

§ 1677(5) Subvention

(A) Généralités

Le mot « subvention » a le même sens que l'expression « prime ou gratification » employée dans l'article 1303 du présent titre, et le mot comprend notamment :

(ii) les subventions intérieures suivantes, si elles sont conférées ou imposées par une mesure gouvernementale à une entreprise ou industrie

particulière, ou à un groupe particulier d'entreprises ou d'industries, de droit public ou de droit privé, que les subventions soient versées ou conférées directement ou indirectement pour la fabrication, la production ou l'exportation de toute catégorie ou sorte de marchandise :

(I) La fourniture de capitaux, de prêts ou de garanties d'emprunt à des conditions incompatibles avec les considérations commerciales;

(II) La fourniture de produits ou de services à des taux préférentiels;

(III) L'octroi de fonds ou la remise d'une dette pour compenser les pertes d'exploitation subies par une industrie;

(IV) La prise en charge des coûts ou frais de fabrication, de production ou de distribution.

Après qu'il eut terminé son enquête Bois d'oeuvre I, le Département arriva à la conclusion que les systèmes canadiens de droits de coupe ne bénéficiaient pas uniquement à une entreprise ou industrie particulière ou à un groupe d'entreprises ou d'industries et que les systèmes de droits de coupe n'avaient pas pour effet de céder des produits à des taux préférentiels. À l'appui de cette conclusion, le Département jugea que, selon la preuve versée dans le dossier, les droits de coupe étaient utilisés par des milliers d'entreprises représentant trois groupes industriels, eux-mêmes réunissant 27 industries distinctes.

En 1986, sans que soit survenu dans l'intervalle un changement dans la nature ou le nombre des industries se prévalant des droits de coupe provinciaux ou des systèmes provinciaux de gestion forestière, la Coalition présenta une nouvelle requête au Département dans l'espoir de faire annuler la conclusion de l'enquête Bois d'oeuvre I. Le Département s'inclina en infirmant sa décision antérieure par laquelle il avait conclu au caractère non limitatif des droits de coupe, et il rendit, dans l'enquête Bois d'oeuvre II, une décision provisoire par laquelle il jugeait que les droits de coupe constituaient une subvention donnant matière à compensation.

Cette conclusion reposait sur une prétendue comparaison entre les recettes tirées des droits de coupe et les coûts supportés par les gouvernements provinciaux pour administrer leurs systèmes de droits de coupe.

Étant donné l'importance du commerce visé, le Canada et les États-Unis conclurent un Protocole d'entente qui reposait sur la comparaison, utilisée par le Département dans Bois d'oeuvre II, entre les recettes et les coûts.

Le Département mit fin alors à son enquête et déclara que sa décision provisoire était sans effet juridique. Aux termes du Protocole, le Canada s'engageait à percevoir une taxe de 15 p. 100 sur toutes les exportations de bois d'oeuvre vers les États-Unis, afin de neutraliser l'avantage dont bénéficiaient les producteurs canadiens de bois d'oeuvre en obtenant des droits de coupe qui ne couvraient pas les frais supportés par les divers gouvernements pour gérer les systèmes de droits de coupe. Au cours des années suivantes, conformément au Protocole, les divers systèmes de droits de coupe furent réorganisés et, en 1991, après un examen minutieux, le gouvernement canadien estima qu'il était maintenant impossible d'affirmer que le bois d'oeuvre canadien était subventionné. Le Canada exerça alors son droit de dénoncer le Protocole à compter du 4 octobre 1991.

Dès la dénonciation du Protocole, le Département affirma de nouveau que le bois d'oeuvre canadien était subventionné. Il abandonna la comparaison entre les coûts et les recettes, méthode sur laquelle reposaient l'enquête Bois d'oeuvre II et le Protocole d'entente, et il affirma que les droits de coupe étaient inférieurs aux cours du marché, conférant ainsi une subvention qui était transférée aux producteurs de bois d'oeuvre.

Le Département estima aussi que les programmes de droits de coupe étaient en fait limités à un groupe d'industries, les industries de la transformation primaire du bois, qui comprennent deux industries manufacturières de base : les produits solides du bois (dont les billes ou grumes font partie), et les produits des pâtes et papiers. Selon lui, les programmes de droits de coupe étaient donc, aux termes de la loi, de caractère limitatif et préférentiel. À l'instigation de la Coalition, il ajouta aussi une nouvelle allégation, celle selon laquelle les restrictions de la Colombie-Britannique à l'exportation de billes (les REB) étaient elles aussi des subventions donnant matière à compensation.

Depuis près de 100 ans, la province de la Colombie-Britannique imposait des restrictions sur l'exportation de billes, afin de protéger et de bâtir sa propre industrie du bois d'oeuvre.

Selon la Coalition, de telles restrictions avaient fait tomber artificiellement le prix des billes, conférant ainsi un avantage aux producteurs de bois d'oeuvre.

Le Canada affirma que le Département n'avait établi aucune distorsion du marché causée par les systèmes canadiens de droits de coupe ou par les REB, étant donné qu'aucun avantage n'était transféré aux producteurs de bois d'oeuvre qui par la suite exportaient leurs produits vers les États-Unis. Une preuve d'expert fut présentée à l'appui de cette position. Le Canada soutint aussi que les REB ne pouvaient être englobées dans la définition de « subventions », puisqu'elles ne profitaient pas directement aux producteurs de bois d'oeuvre.

Le Département adopta le point de vue selon lequel le droit des États-Unis ne l'obligeait pas à conclure à l'existence d'une distorsion du marché avant de pouvoir dire que les systèmes de droits de coupe conféraient une subvention, mais, curieusement, il invoqua l'argument de la distorsion du marché pour dire que les REB constituaient en fait des subventions.

Le 28 mai 1992, le Département rendait une décision finale positive en matière de droits compensateurs, décision fondée sur les conclusions suivantes : (1) les méthodes d'établissement des droits de coupe de chacune des quatre grandes provinces produisant du bois d'oeuvre, savoir la Colombie-Britannique, l'Alberta, l'Ontario et le Québec, étaient de caractère limitatif, et (2) les provinces procuraient aux producteurs de bois d'oeuvre des droits de coupe à des « taux préférentiels ». Cette décision finale est connue sous le nom de Bois d'oeuvre III. Le Département rejeta expressément l'argument du Canada selon lequel les méthodes d'établissement des droits de coupe n'entraînaient pas une distorsion du marché et selon lequel aucun avantage n'était transféré aux producteurs de bois d'oeuvre. Le Département jugea qu'il était empêché d'examiner la preuve en ce sens.

Le Département estima aussi que les restrictions de la Colombie-Britannique à l'exportation de billes était *de jure* de caractère limitatif et, bien qu'il se fût déclaré dans l'impossibilité de dire si les droits de coupe entraînaient une distorsion du marché, il invoqua expressément l'argument de la distorsion du marché pour dire que les restrictions à l'exportation de billes pouvaient constituer une subvention. Compte tenu de ses conclusions relatives aux droits de coupe et aux restrictions à l'exportation de billes, le Département imposa un droit compensateur sur toutes les importations de bois d'oeuvre originaire des provinces et territoires du Canada, sauf les provinces de l'Atlantique.

Les négociations de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (l'ALE) avaient alors pris fin, et l'accord était entré en vigueur. Avant l'ALE, le Canada aurait porté devant les juridictions commerciales américaines son sujet de plainte contre le Département, en demandant au Tribunal de commerce international (le CIT) de revoir la décision du Département. S'il avait

été insatisfait du résultat, il aurait pu alors interjeter appel devant les juridictions d'appel des États-Unis. Pour l'examen des décisions du Département, l'ALE a toutefois remplacé les procédures judiciaires, au Canada comme aux États-Unis, par des groupes spéciaux binationaux composés de cinq spécialistes du droit et du commerce international. Aux termes de l'Accord, la décision majoritaire d'un groupe spécial ne peut faire l'objet d'un appel, et elle est obligatoire pour les parties.

La décision d'un groupe spécial binational ne peut être modifiée, aux termes de l'ALE, que s'il existe des circonstances autorisant un comité pour contestation extraordinaire à réformer cette décision, de manière à préserver le système sur lequel repose l'ALE.

Après que le Département eut rendu sa décision finale dans l'affaire Bois d'oeuvre III, le Canada demanda qu'un groupe spécial binational examine cette décision.

Le groupe spécial se réunit le 29 juillet 1992 et, après règlement des questions préliminaires, une audience eut lieu les 11 et 12 février 1993. Le 6 mai 1993, le groupe spécial rendait sa première décision.

Le groupe spécial, dont la décision était unanime, est arrivé à la conclusion suivante :

(i) le Département avait erré lorsqu'il avait conclu au caractère limitatif des programmes de droits de coupe. Plutôt que de tenir compte des quatre éléments prévus dans sa réglementation proposée régissant les conclusions de ce genre, il a simplement estimé que le nombre des utilisateurs de droits de coupe était trop faible pour que les droits en question ne soient pas considérés de caractère limitatif. Selon le groupe spécial, le Département était juridiquement tenu de considérer toute la preuve pertinente pour savoir si les bénéficiaires effectifs d'une mesure donnée constituent un « groupe particulier d'industries », et il ne peut fonder sa décision

uniquement sur la preuve du nombre d'industries qui bénéficient de la mesure. La preuve pertinente comprend les quatre éléments indiqués dans la réglementation proposée, que le Département a lui-même promulguée, savoir l'intervention gouvernementale, le nombre d'utilisateurs, l'utilisation dominante ou disproportionnée et le pouvoir d'appréciation exercé par l'administration. Le Département affirmait que ces éléments ne devaient être considérés que de manière séquentielle et que sa décision pouvait être fondée sur l'un quelconque d'entre eux, mais le groupe spécial jugea que cette démarche n'était pas acceptable et équivalait pour le Département à ne pas apprécier toute la preuve pertinente versée dans le dossier qu'il avait devant lui. De l'avis du groupe spécial, il était tout simplement impossible de conclure de manière raisonnable au caractère limitatif, *de jure* ou *de facto*, d'une mesure, sans considérer le nombre d'entreprises ou d'industries qui effectivement se prévalent, ou qui sont fondées à se prévaloir, de la mesure en question. L'affaire fut renvoyée au Département pour qu'il évalue et mesure les quatre facteurs énoncés dans sa réglementation proposée, ainsi que les autres facteurs attestant le caractère limitatif *de facto* d'une mesure.

(ii) Le groupe spécial s'est ensuite demandé si les politiques gouvernementales de tarification de l'accès à une ressource naturelle, telle que les arbres, peuvent ou non équivaloir à une subvention, en droit ou en fait, lorsque pareilles politiques n'ont aucun effet sur la production finale ou le prix des produits extraits de la ressource naturelle. Dans sa décision finale, le Département avait jugé que ces droits d'exploitation du bois sur pied se trouvant sur des terres domaniales conféraient un traitement préférentiel lorsqu'on les mesurait aux prix de référence demandés sur d'autres marchés. Ces droits équivalaient donc à une subvention dictant l'imposition de droits compensateurs sur les divers produits de bois d'oeuvre fabriqués avec les

grumes et exportés vers les États-Unis. Le Département affirmait qu'il ne pouvait, avant de dire s'il y avait effectivement subvention, examiner si un avantage était conféré aux producteurs de bois d'oeuvre en raison d'un tel arrangement.

Le groupe spécial arriva à la conclusion qu'il était nécessaire, en vertu du droit américain, de se demander si le prétendu avantage résultant des systèmes de droits de coupe avait ou non, en réalité, entraîné une distorsion du marché au point de conférer un avantage concurrentiel aux producteurs de bois d'oeuvre, et il renvoya l'affaire au Département pour qu'il examine cette question. Il ordonna aussi au Département de revoir la preuve économique attestant qu'il n'y aurait pas de distorsion du marché avant que l'on puisse dire si une subvention donnant matière à compensation avait ou non été établie.

Le groupe spécial fit aussi observer que, dans la présente espèce, le Département avait en fait utilisé le critère de la distorsion du marché pour dire que les REB de la Colombie-Britannique équivalaient à une subvention donnant matière à compensation. Cela lui sembla étrange, étant donné l'argument du Département selon lequel le Département n'était pas juridiquement tenu d'examiner l'aspect de la distorsion du marché avant de dire s'il y avait effectivement subvention.

(iii) Le groupe spécial s'est ensuite penché sur les REB de la Colombie-Britannique. Le Département avait jugé que les REB étaient *de jure* de caractère limitatif, mais le groupe spécial jugea que cette décision était contraire au droit des États-Unis, et il renvoya l'affaire au Département pour qu'il la réexamine.

Le groupe spécial se demanda alors si les REB pouvaient être *de facto* de caractère limitatif, et il arriva à la conclusion qu'elles ne le pouvaient pas. La majorité du groupe spécial

jugea que les restrictions à l'exportation de billes, ou les mesures à la frontière comme on les appelle parfois, pouvaient être considérées par le Département comme des subventions donnant matière à compensation même si, selon le droit antérieur des États-Unis, de telles mesures ne donnaient pas matière à compensation. Les membres de la majorité estimèrent qu'il était raisonnable pour le Département de modifier sa pratique antérieure, mais les membres de la minorité du groupe spécial, soit un ressortissant canadien et un ressortissant américain, exprimèrent l'avis que le Département était lié par le droit antérieur et qu'il ne pouvait interpréter le mot « subvention » de manière à y englober les mesures à la frontière. Puisque le Congrès n'avait pas défini ce mot, le Département avait le droit, selon les membres de la majorité, d'établir cette définition, initiative à laquelle il convenait de déférer. La loi n'interdit nulle part au Département, expressément ou implicitement, de définir le mot « subvention » de manière à y englober les avantages indirectement conférés par le gouvernement.

Après que la majorité du groupe spécial arriva à la conclusion que le groupe spécial ne devait pas intervenir dans la décision du Département selon laquelle les REB équivalaient à une subvention, elle examina la démarche du Département quant à savoir si les REB de la Colombie-Britannique conféraient un avantage aux producteurs de bois d'oeuvre de cette province, c'est-à-dire quant à savoir s'il y avait distorsion du marché autorisant les États-Unis à appliquer des droits compensateurs aux importations de bois d'oeuvre. Selon le Département, il fallait savoir s'il existait une relation directe de cause à effet ou une corrélation (c'est-à-dire une analyse de régression) entre les restrictions de la C.-B. à l'exportation et le prix intérieur des billes de la C.-B. La question fut plus tard formulée comme il suit : les restrictions ont-elles sur le prix des

billes de la C.-B. un effet direct et perceptible, selon le sens donné à cette expression par la jurisprudence?

À l'unanimité, le groupe spécial jugea que le Département avait fait montre de confusion dans cet exercice et que ses conclusions n'étaient pas appuyées par une preuve substantielle. La Coalition n'avait présenté aucune étude, et le Département n'avait effectué aucune analyse, qui auraient permis de voir si, en raison des REB, le prix des billes des scieries de la Colombie-Britannique était plus bas qu'il ne l'aurait été autrement.

Eu égard à la confusion causée par la décision finale sur cet aspect, le groupe spécial renvoya l'affaire au Département pour qu'il précise le sens de la norme juridique applicable et pour qu'il montre que la norme était satisfaite par une preuve substantielle dans le dossier.

Le 17 septembre 1993, le Département rendait sa décision après renvoi.

Il admettait que le groupe spécial avait eu raison de dire que les REB n'étaient pas *de jure* de caractère limitatif, mais, après réexamen, il jugea qu'elles l'étaient *de facto*. Il réitéra les arguments qu'il avait invoqués dans Bois d'oeuvre III, et il refusa de modifier ses conclusions. Il augmenta même le montant du droit compensateur.

Dans son deuxième avis rendu le 17 décembre 1993, le groupe spécial se divisa (trois contre deux) sur la question du caractère limitatif des droits de coupe et sur la nécessité de prouver la distorsion du marché avant qu'ils puissent donner matière à compensation. Les deux membres américains du groupe spécial avaient modifié leur point de vue initial. La majorité estima que la décision du Département n'était pas appuyée par une preuve substantielle et n'était pas par ailleurs conforme au droit, et les droits compensateurs ne pouvaient donc être maintenus. Elle adopta le point de vue selon lequel une subvention ne peut faire l'objet d'un droit

compensateur si un avantage concurrentiel n'est pas conféré à l'objet de la subvention ou, pour utiliser un vocabulaire économique, si la subvention n'entraîne pas une distorsion du marché. La majorité estima que le Département n'avait pas établi qu'une telle distorsion découlait des systèmes canadiens de droits de coupe ou des REB de la Colombie-Britannique. Les deux membres dissidents se rangèrent à l'avis de la majorité selon lequel le Département n'avait pas en fait établi, au moyen d'une preuve substantielle, une quelconque distorsion du marché, mais ils auraient renvoyé la question au Département pour qu'il la réexamine. Voici leurs propos :

« Si nous n'étions pas fermement convaincus que l'espèce Daewoo éclipse notre directive antérieure sur la distorsion du marché, nous nous rangerions dans le présent avis au raisonnement de la majorité relatif au traitement préférentiel conféré par les droits de coupe. Pour compléter l'analyse, mais strictement à titre d'obiter dictum, nous discutons ci-après la manière dont la majorité examine l'analyse faite par le Département relativement à la distorsion du marché. Nous croyons que la critique de la majorité est convaincante, en présumant, pour les besoins du débat, qu'il est nécessaire de prouver une distorsion du marché, mais, contrairement à la majorité, nous aurions renvoyé la question au Département pour qu'il explique les hypothèses qu'il énonce en effectuant de nouveau l'analyse de régression de l'étude Nordhaus, discutée ci-après ».

C'est un examen des conclusions du groupe spécial binational que le Gouvernement des États-Unis demande aujourd'hui au présent comité pour contestation extraordinaire.

Voici les termes de la demande visant la constitution d'un comité pour contestation extraordinaire :

1. En conformité avec l'article 1904 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE), les États-Unis demandent qu'un comité pour contestation extraordinaire (« CCE ») soit constitué pour revoir la décision du groupe spécial dans l'affaire ci-dessus mentionnée. Deux membres du groupe spécial ont violé de façon sensible les règles de conduite de l'ALE en omettant de divulguer une information qui révélait au moins une apparence de partialité ou de parti pris et, quant à l'un des membres du groupe spécial, un grave conflit d'intérêts. Par ailleurs, le groupe spécial (et les trois membres de la majorité dans la décision du 17 décembre 1993 (la « majorité »)) ont manifestement outrepassé leurs pouvoirs, leur autorité et leur compétence en ignorant les critères d'examen du chapitre 19,

y compris les règles de fond et les faits, lorsqu'ils ont infirmé la conclusion du Département du Commerce (le « Département ») selon laquelle les subventions en litige dans cette affaire ont profité à une industrie particulière ou à un groupe d'industries, et en inventant une règle juridique qui obligerait le Département à se demander si les subventions entraînent une distorsion du marché. Les actes en question ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et ils menacent l'intégrité du processus d'examen binational.

La violation des règles de conduite a été alléguée après la décision finale du groupe spécial, à l'instigation de la Coalition, et il ne sera opportun d'aborder cet aspect que si la décision du groupe spécial est maintenue après examen. La violation prétendue des critères d'examen sera donc abordée maintenant, mais, avant d'entreprendre l'étude de cette question, il convient de décrire la compétence de ce comité.

II LE RÔLE D'UN COMITÉ POUR CONTESTATION EXTRAORDINAIRE

Les modalités et les pouvoirs d'un comité pour contestation extraordinaire découlent exclusivement de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis. Il s'agit d'un comité international devant être l'instance de dernier ressort du système de résolution des différends accepté par les parties à l'ALE. Il ne s'agit pas d'une juridiction d'appel, mais plutôt d'un comité dont la compétence se limite à préserver l'intégrité du système. Son rôle est décrit à l'article 1904.13 de l'Accord, qui se lit ainsi :

13. Toute Partie qui, dans un délai raisonnable à compter de la date où la décision du groupe spécial est rendue, fait valoir

- a) (i) qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite,
- (ii) que le groupe spécial s'est considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure, ou
- iii) que le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère le présent article, et

- b) que l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational,

pourra se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire prévue à l'annexe 1904.13.

L'annexe 1904.13 se lit ainsi :

1. Les Parties institueront un comité pour contestation extraordinaire composé de trois membres dans les quinze jours suivant la présentation d'une demande à cet effet conformément au paragraphe 13 de l'article 1904. Les membres du comité seront choisis dans une liste de dix candidats, juges ou anciens juges d'une cour fédérale dans le cas des États-Unis d'Amérique, et d'une cour de juridiction supérieure dans le cas du Canada, dont cinq nommés par chacune des Parties. Chaque Partie désignera un membre dans la liste, et les deux membres ainsi désignés par les Parties choisiront le troisième dans la liste ou, au besoin, le désigneront par tirage au sort dans la liste.
2. Les Parties établiront au plus tard le 1^{er} janvier 1989 les règles de procédure du comité. Ces règles disposeront que le comité devra, de façon générale, rendre sa décision dans les 30 jours suivant la date de son institution.
3. Les décisions du comité seront obligatoires pour les Parties au regard de l'affaire entre les Parties dont était saisi le groupe spécial. Si le comité conclut que l'un des motifs énoncés au paragraphe 13 de l'article 1904 est établi, il annulera la décision originelle ou la renverra au groupe spécial pour décision qui ne soit pas incompatible avec la décision du comité; si les motifs ne sont pas établis, il confirmera la décision originelle du groupe spécial. Si la décision originelle est annulée, un nouveau groupe spécial sera institué aux termes de l'annexe 1901.2.

Seulement deux comités pour contestation extraordinaire ont déjà été constitués par les parties à l'ALE et, dans chaque cas, le rôle du comité a été largement débattu. Dans l'espèce « Porcs vivants du Canada », CCE-93-1904-01-USA, on peut lire, dans la décision unanime du comité, les propos suivants :

Un comité pour contestation extraordinaire (« CCE ») ne fait pas office de tribunal d'appel au sens ordinaire. L'article 1904.13 prévoit qu'une Partie peut engager une procédure de contestation extraordinaire uniquement si elle satisfait à un triple critère. Si l'USTR ne répond pas à l'intégralité du critère, le comité doit confirmer la décision du groupe spécial. Comme le faisait observer le

premier comité pour contestation extraordinaire dans sa décision du 14 juin 1991 :

« Ces trois conditions soumettent à des critères étroits et précis les contestations extraordinaires et montrent bien qu'un recours extraordinaire ne se présente pas comme un appel au sens habituel. Énoncé de mesure administrative, Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, page 116, réimprimé dans Document de la Ch. des rep. n° 216, 100^e Congrès, 2^e session, 163, 278 (1988). En fait, la seule fonction du comité est de vérifier si chacune des trois conditions énoncées à l'article 1904.13 est bien remplie, » [c'est-à-dire la conformité à l'un quelconque des critères de l'article 1904.13(a)(i-iii) et aux deux conditions du sous-alinéa (b).] Dans l'affaire du Porc frais, frigorifié ou congelé du Canada, ECC-91-1904-01USA (« ECC I), p. 10.

Un comité pour contestation extraordinaire doit être considéré comme une soupape de sûreté dans les cas exceptionnels où une contestation est justifiée pour préserver l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux. Voir par exemple United States-Canada Free Trade Agreement Hearing before the Subcomm. on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Comm. on the Judiciary, House of Representatives, publication n° 60 de la Chambre, 100^e Congrès, 2^e session, 69, 75-76 (1988) (« Témoignage de M. Jean Anderson », négociateur principal des États-Unis pour les dispositions touchant les groupes spéciaux binationaux, ci-après « Témoignage Anderson devant la Chambre »). Un comité pour contestation extraordinaire permet de corriger les « décisions aberrantes des groupes spéciaux » et le « comportement aberrant que peuvent avoir les membres des groupes spéciaux ». Voir ECC I, page 9, citant le rapport n° 816 de la Ch. des rep., 100^e Congrès, 2^e session, pt. 4, p. 5 et 12 (1988). Les rédacteurs de l'ALE ont bien mis en relief le caractère exceptionnel d'une contestation extraordinaire en réservant les recours de ce genre au Gouvernement des États-Unis et au Gouvernement du Canada, à l'exclusion de tout autre participant aux procédures d'un groupe spécial. Le comité doit se concentrer sur les problèmes systémiques, et non sur les simples questions juridiques qui ne menacent pas l'intégrité du mécanisme lui-même de règlement des différends de l'ALE. Un problème systémique se pose lorsque le mécanisme des groupes spéciaux binationaux est vicié pour le motif qu'un groupe spécial ou un membre d'un groupe spécial ne s'est pas acquitté de son mandat aux termes de l'ALE. Voir par exemple United States-Canada Free Trade Agreement Hearing before the Comm. on the Judiciary, United States Senate, on the Constitutionality of Establishing a Binational Panel to Resolve Disputes in Antidumping and Countervailing Duty Cases, publication n° J-100-62 du Sénat (audience 1081 du Sénat), 100^e Congrès, 2^e session, 95 (1988) (Témoignage de M. Jean Anderson, ci-après « Témoignage Anderson devant le Sénat »).

Le Gouvernement du Canada exprime l'avis que l'examen effectué par un comité ne devrait pas avoir une portée plus grande que l'examen judiciaire d'un arbitrage commercial privé entrepris en vertu du droit américain et que, par conséquent, la décision du groupe spécial ne doit pas être modifiée. Mémoire du Gouvernement du Canada au CCE (« Mémoire du Canada »), p. 25-27, 33-40. On ne peut faire un tel rapprochement. Contrairement à un tribunal appelé à revoir un arbitrage commercial, un comité pour contestation extraordinaire est l'un des rouages d'un système nouveau, établi par l'ALE, un système qui suppose l'intégration commerciale de deux nations au départ distinctes. Le préambule de l'ALE fait ressortir les nobles visées du traité, un traité qui doit par exemple « CONTRIBUTUER à l'expansion et au développement harmonieux du commerce mondial et déclencher un élargissement de la coopération internationale. » Une aventure de ce genre nécessite un mécanisme qui puisse corriger tout comportement aberrant des groupes spéciaux lorsque ce comportement a pour effet de déformer une décision et de menacer l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux. Simultanément, la procédure de contestation extraordinaire ne saurait se transformer en procédure d'appel toutes les fois qu'un participant à ce mécanisme s'estime lésé par l'issue d'un différend. »

Le comité poursuit en affirmant que, si un groupe spécial omettait d'appliquer le critère pertinent d'examen, il outrepasserait manifestement « ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence » et violerait l'une des conditions du triple critère. Le comité doit se demander si le groupe spécial a bien exprimé le critère d'examen et si le critère d'examen a été appliqué comme il convient. Se limiter à énoncer le critère et ne pas l'appliquer comme il convient, ce serait également violer l'accord. Le comité a aussi reconnu que, en vertu du précédent constitué par l'espèce *Chevron, U.S.A. c. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984), lorsque la disposition législative ne donne pas la signification d'un mot tel que « particulier » ou « subventions », le groupe spécial doit s'en remettre à l'interprétation formulée par le Département. Les groupes spéciaux binationaux ne peuvent s'engager dans un examen *de novo*, ni simplement imposer au Département leur interprétation du texte législatif. Les groupes spéciaux doivent suivre et appliquer le droit, et non le créer. Les groupes spéciaux peuvent toutefois s'inspirer de l'intention générale du texte législatif à interpréter.

Le rôle d'une partie qui demande un comité pour contestation extraordinaire est donc un rôle très difficile. Dans la présente espèce, non seulement faut-il prouver qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite, ou que le groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence en omettant d'appliquer le critère pertinent d'examen, il faut également prouver que ces actes ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et ont menacé l'intégrité du processus d'examen binational.

III ERREURS ALLÉGUÉES

Les États-Unis allèguent

(i) que le groupe spécial, dans sa décision de mai 1993, et la majorité, dans sa décision de décembre 1993, ont manifestement outrepassé leurs pouvoirs, leur autorité et leur compétence en omettant d'appliquer le critère pertinent d'examen et les principes juridiques généraux qu'un tribunal des États-Unis appliquerait, lorsque le groupe spécial et la majorité ont jugé que la décision du Département se rapportant au traitement préférentiel conféré par les programmes provinciaux de droits de coupe n'était pas appuyée par une preuve substantielle ou n'était pas par ailleurs conforme au droit. Le groupe spécial a réitéré le critère d'examen en s'inspirant de la jurisprudence des États-Unis, mais il ne l'aurait pas appliqué comme il convient. Il ne s'est pas demandé si l'interprétation donnée par le Département en tant qu'autorité administrante était empêchée par le texte législatif, et il ne s'est pas conformé au droit des États-Unis lorsqu'il a infirmé la pratique administrante de longue date des États-Unis en obligeant le Département à procéder aussi à une analyse de l'effet économique des subventions. Il a établi une nouvelle

règle de droit que n'autorisaient pas la formulation même de la loi, l'intention du législateur, la pratique administrative ni la jurisprudence.

(ii) Le groupe spécial, dans sa première décision, et plus tard les membres de la majorité, ont manifestement outrepassé leurs pouvoirs, leur autorité et leur compétence lorsqu'ils ont analysé la conclusion du Département selon laquelle les programmes provinciaux de droits de coupe profitent en réalité à une industrie particulière ou à un groupe d'industries, et cela parce qu'ils n'ont pas appliqué le critère pertinent d'examen et parce qu'ils se sont mépris sur le droit objectif des États-Unis. Au lieu de se demander si, en concluant comme il l'a fait, le Département a exercé licitement le pouvoir d'appréciation que lui confère le droit des États-Unis, la majorité a substitué son propre jugement à celui du Département, et sa décision était illégale. Puisque le texte législatif est avare de directives, le Département jouit d'un pouvoir d'appréciation extrêmement étendu quant à l'interprétation du critère du caractère limitatif et, dans son application de ce critère aux faits de l'espèce, la majorité aurait dû s'en remettre au bon jugement du Département. Elle a au contraire (a) rejeté la démarche séquentielle du Département; (b) ignoré la nature véritable du critère du caractère limitatif; (c) interprété à tort sa tâche relativement au facteur de l'utilisation dominante ou disproportionnée. (iii) Pour les mêmes raisons que dans (ii), la majorité a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité et sa compétence en concluant que les restrictions de la C.-B. à l'exportation de billes n'étaient pas de caractère limitatif aux termes de la législation américaine sur les droits compensateurs.

De l'avis des États-Unis, les manquements du groupe spécial ont par le fait même sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menacent l'intégrité du processus d'examen binational.

La position adoptée par le Canada est que le groupe spécial, dans sa décision de mai 1993, et la majorité, dans sa décision de décembre 1993, ont observé le critère pertinent d'examen et qu'ils ont, dans l'exécution de leur tâche, appliqué comme il convient les règles juridiques américaines pertinentes. Le Canada exprime également l'avis que, même si le groupe spécial avait commis de tels manquements, les États-Unis n'ont pas démontré que lesdits manquements ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial ou ont menacé de quelque façon l'intégrité du processus d'examen binational.

IV LE CRITÈRE D'EXAMEN QUE DOIT APPLIQUER UN GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL

Aucun doute ne subsiste en ce qui concerne le critère d'examen que doit appliquer un groupe spécial binational. Il est énoncé dans l'ALE comme il suit :

Article 1902 : Maintien de la législation interne sur les droits antidumping et les droits compensateurs

1. Chaque Partie se réserve le droit d'appliquer sa législation sur les droits antidumping et sur les droits compensateurs aux produits importés du territoire de l'autre Partie. Selon qu'il y a lieu pour chaque Partie, la législation en question est réputé comprendre les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence pertinents.

Article 1904 : Examen des décisions finales en matière de droits antidumping et compensateurs

1. S'agissant des décisions finales en matière de droits antidumping et compensateurs, et selon qu'il est prévu au présent article, les Parties substitueront à l'examen judiciaire une procédure d'examen par des groupes spéciaux binationaux.

2. Chaque Partie pourra demander qu'un groupe spécial examine, sur la base du dossier administratif, toute décision finale en matière de droits antidumping ou compensateurs rendue par une autorité compétente chargée de l'enquête de

l'une ou l'autre Partie, afin de déterminer si la décision en cause est conforme à la législation sur les droits antidumping ou les droits compensateurs de la Partie importatrice. À cette fin, la législation en question sera réputée comprendre les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence pertinents, dans la mesure où un tribunal de la Partie importatrice tiendrait compte de ces facteurs dans son examen d'une décision finale de l'autorité concernée. Aux seules fins de l'examen prévu au présent article, les lois sur les droits antidumping et compensateurs des Parties, selon qu'elles pourront être modifiées de temps à autre, sont incorporées au présent accord.

3. Le groupe spécial appliquera les critères d'examen décrits à l'article 1911, ainsi que les principes juridiques généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait à l'examen d'une décision de l'autorité compétente chargée de l'enquête.

8. Le groupe spécial pourra maintenir une décision finale ou la renvoyer pour décision qui ne soit pas incompatible avec la décision qu'il aura rendue. Lorsqu'il renverra une décision finale, le groupe spécial fixera pour donner suite au renvoi un délai aussi bref que raisonnablement possible, compte tenu de la complexité des données de fait et points de droit en cause et de la nature de sa propre décision. En aucun cas, toutefois, ce délai n'excédera le délai maximal (calculé à compter de la date du dépôt d'une requête, d'une plainte ou d'une demande) imparti par la loi à l'autorité compétente chargée de l'enquête pour rendre une décision finale dans le cadre d'une enquête. Si la décision rendue par l'autorité compétente concernée par suite du renvoi doit faire l'objet d'un examen, cet examen sera effectué par le même groupe spécial. Celui-ci devra rendre une décision finale dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date où la décision faisant suite au renvoi lui aura été soumise.

9. Toute décision rendue par un groupe spécial aux termes du présent article quant à une affaire entre les Parties aura force obligatoire pour les Parties au regard de ladite affaire.

Dans une espèce récente, **Saarstahl, AG, v. United States and Inland Steel Bar Co.**, CIT n° 93-04-00219, on peut trouver un énoncé des critères d'examen d'une décision finale du Département aux termes du droit des États-Unis. Dans cette espèce, le juge Carman s'exprime ainsi :

Le critère pertinent que doit appliquer le Tribunal dans l'examen d'une décision finale rendue par le Département est le suivant : la décision de l'organisme est telle « non étayée par une preuve substantielle dans le dossier ou

est-elle par ailleurs non conforme au droit »? 19 U.S.C. § 1516a(b)(1)(B) (1988). « Une preuve substantielle est davantage qu'une simple parcelle de preuve; elle doit être raisonnablement suffisante pour étayer une conclusion. » *Ceramica Regiomontana S.A. v. United States*, 10 CIT 399, 405, 636 F. Supp. 961, 966 (1986), *confirmé*, 5 Fed. Cir. (T) 77, 810 F. 2d 1137 (références omises).

Le Tribunal doit accorder un poids substantiel à la manière dont l'organisme interprète le texte législatif qu'il a pour tâche d'appliquer. *American Lamb Co. v. United States*, 4 Fed. Cir. (T) 47, 54, 785 F. 2d 994, 1001 (1986) (références omises). Le Département est libre de préférer une méthode à une autre, mais « la retenue que les tribunaux ont toujours manifestée à l'endroit des interprétations des organismes administratifs ne doit pas avoir pour effet de modifier l'intention manifeste du Congrès. » *Board of Governors of the Fed. Reserve Sys. v. Dimension Fin. Corp.*, 474 U.S. 361, 368 (1986), *cité dans British Steel Corp. v. United States*, 10 CIT 224, 235, 632 F. Supp. 59, 68 (1986); *voir aussi Ceramica Regiomontana*, 10 CIT, p. 405, 636 F. Supp., p. 966 (L'organisme ne doit pas « violer ou ignorer l'intention du législateur ni l'esprit général du texte législatif. ») (références omises).

Dans sa première décision, qui était unanime, le groupe spécial binational paraît avoir suivi le critère pertinent d'examen. Dans la décision finale, la majorité a réaffirmé que sa décision était fondée sur le droit applicable des États-Unis, tandis que la minorité a prétendu que la majorité avait en réalité ignoré l'intention du Congrès et n'avait donc pas appliqué le critère pertinent d'examen comme l'exige l'ALE.

V LE DÉBAT JURIDIQUE

A TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

Le point de vue des États-Unis est que l'article 771(5) du Tariff Act ne pourrait être plus clair. Les aménagements relatifs aux droits de coupe équivalaient à « la fourniture de produits ou de services à des taux préférentiels » et constituaient donc une subvention contre laquelle le Département était tenu d'appliquer des droits compensateurs. Aux termes du droit des États-Unis, le Département n'a jamais été tenu d'appliquer un critère des effets, critère qui

a toujours été rejeté par la jurisprudence. *A.S.G. Industries v. United States*, 610 F. 2d 770 (C.C.P.A. 1979); *British Steel v. United States*, 605 F. Supp. 286 (Tribunal de commerce international, 1985).

Les États-Unis affirment aussi que la pratique administrative de longue date n'oblige pas le Département à conclure à l'existence d'effets sur la production finale ou sur les prix et que le groupe spécial a fait oeuvre de législateur lorsqu'il a obligé le Département à s'y prendre ainsi et qu'il a invoqué l'espèce *Fil machine originaire de Pologne*, 49 Fed. Reg. 19374 (Département du Commerce, 1984).

Les États-Unis soutiennent aussi que l'article 1677-1 du *Tariff Act* prévoit l'application d'un critère des avantages concurrentiels au calcul des droits compensateurs lorsqu'il y a subvention en amont. Comme l'article 771(5) ne fait pas état de ce critère, l'intention du Congrès devait être d'exclure de cet article l'application d'un tel critère.

Finalement, les États-Unis affirment que le groupe spécial a erré lorsqu'il a affirmé que le point de vue du Département quant aux droits de coupe ne concordait pas avec le traitement appliqué par le Département aux REB de la C.-B. Puisqu'il s'agissait d'une subvention indirecte, le Département devait se demander si un étouffement du prix des billes entraînait un bénéfice pour les producteurs de bois d'oeuvre, sous la forme de prix plus bas pour les billes.

Les États-Unis affirment que, en raison de telles erreurs, le groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen consistant simplement à dire si la décision de l'organisme était ou non conforme à la preuve substantielle et au droit.

La position du Canada est que l'exigence d'une distorsion du marché, exigence imposée par le groupe spécial, ne constituait pas du droit nouveau, mais trouvait sa source dans la

jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et dans celle du Circuit fédéral. Le mot « subvention » n'est pas défini dans le **Tariff Act**, mais, lorsque l'on a affaire au droit commercial, il faut lui donner une signification. Le Département lui-même a assigné à ce mot une signification dans le préambule de sa réglementation proposée, où l'on peut lire ce qui suit :

Sur le plan conceptuel, la réglementation est fondée sur le modèle économique expliqué par le Département dans ses décisions finales Fil machine en acier au carbone originaire de Tchécoslovaquie et Fil machine en acier au carbone originaire de Pologne [...] et accepté par la Cour dans Georgetown Steel Corp. c. United States [...]. Ce modèle, qui définit généralement une subvention comme une distorsion du processus commercial de répartition des ressources de l'économie, est à la base de toute la méthode employée par le Département.

Dans l'espèce **Zenith Radio Corp. v. United States**, 437 U.S. 443, 455-56 (1978), la Cour suprême des États-Unis a reconnu à l'unanimité l'objet de la législation sur les droits compensateurs :

Il n'importe pas que le contexte législatif ait ou non forcé le Secrétaire à interpréter « prime ou gratification » de telle sorte que l'expression ne comprenne pas la remise non abusive d'une taxe indirecte; il ne fait aucun doute qu'une telle interprétation était raisonnable eu égard à l'objet du texte législatif. Cf. *Mourning c. Family Publications Service, Inc.*, 411 U.S. 356, 374 (1973). Cet objet ressort clairement du texte législatif et il est confirmé par les débats du Congrès : le droit compensateur visait à neutraliser l'avantage concurrentiel injuste qui serait autrement conféré aux producteurs étrangers grâce aux subventions à l'exportation versées par leurs gouvernements. Voir *par exemple* 30 Cong. Rec. 1674 (observations du Sénateur Allison), 2205 (Sénateur Caffery), 2225 (Sénateur Lindsay) (1897). Le Département du Trésor était bien placé pour établir des directives qui rendraient compte exactement de cet objet, d'autant plus qu'il avait fourni les chiffres mêmes sur lesquels s'était appuyé le Congrès pour établir le texte législatif. Voir *Zuber c. Allen*, 396 U.S. 168, 192 (1969).

Lorsqu'il décida en 1898 que la remise non abusive de taxes indirectes n'entraînait pas le genre d'avantages concurrentiels que le Congrès voulait neutraliser, le Département agissait manifestement en conformité avec l'idée que l'on se faisait alors de l'équité et de l'effet économique de cette pratique. La notion sous-jacente à la position du Département était que la remise de taxes indirectes par un pays étranger ne constituait pas un subventionnement des exportations de ce pays. Une telle remise était considérée plutôt comme un

moyen raisonnable d'éviter la double imposition des exportations -- une imposition dans le pays étranger et une autre au moment de la vente aux États-Unis.

Le Canada fait aussi valoir que, en conformité avec l'espèce *Zenith*, les tribunaux américains et le Département ont interprété le mot « subvention » comme une mesure gouvernementale qui doit conférer un avantage concurrentiel ou, en termes d'économie, qui doit conduire à une distorsion du marché. En l'absence d'une distorsion du marché, c'est-à-dire si le gouvernement étranger n'a pas modifié le marché concurrentiel de manière à donner à la société étrangère un avantage sur la concurrence, avantage qu'elle n'aurait pas obtenu autrement, il n'y a absolument rien qu'un droit compensateur puisse neutraliser.

Dans sa décision finale concernant l'espèce *Fil machine en acier au carbone originaire de Pologne*, 49 Fed. Reg. 19374, 19375 (Département du Commerce, 1984), le Département lui-même tient les propos suivants :

Nous croyons qu'une subvention (ou prime ou gratification) est par définition une mesure qui fausse ou perturbe les mécanismes du marché et qui entraîne une mauvaise répartition des ressources, ce qui encourage une production non performante et amoindrit la richesse mondiale.

* * * * *

Pour reconnaître des subventions dans une véritable économie de marché, nous devons examiner le traitement qu'une entreprise ou un secteur recevrait sans une intervention gouvernementale. En l'absence de la prime ou gratification, l'entreprise supportera, pour ses intrants, des coûts établis par le marché, et elle recevra, pour sa production, un prix établi par le marché. La subvention reçue par l'entreprise sera la différence entre le traitement spécial et le traitement commercial. Le marché constitue donc le point de référence nécessaire pour reconnaître la prime et en calculer le montant.

* * * * *

Une mesure donnant matière à compensation dans une économie de marché est une distorsion.

Dans l'espèce *Georgetown Steel Corp. v. United States*, 801 F. 2d 1308, 1315-16 (Circuit fédéral, 1986), le Circuit fédéral a confirmé le raisonnement adopté par le Département dans l'espèce *Fil machine originaire de Pologne*.

Le Canada affirme aussi que, selon le Département, les restrictions applicables aux exportations de billes de la C.-B. constituaient une subvention précisément en raison de leur prétendu effet de distorsion sur l'économie de marché, sans qu'il soit nécessaire de se demander si la subvention était directe ou indirecte.

Le Canada soutient que le Département s'est fourvoyé sur le plan juridique lorsqu'il affirmait ne pas être à même d'examiner si les droits de coupe des provinces canadiennes et les REB ont pour effet de fausser le marché. Le Département peut en général présumer qu'il y a distorsion du marché, mais il peut y avoir des cas où une telle présomption ne s'appliquera pas en raison des caractéristiques spéciales du marché en question. Dans ces cas exceptionnels, la théorie économique sur laquelle repose le principe des droits compensateurs devient inopérante et, au regard du droit américain, il n'y a donc pas subvention donnant matière à compensation.

Les membres du groupe spécial qui ont exprimé leur désaccord dans le deuxième avis du groupe spécial ont insisté sur le fait qu'une décision rendue dans l'intervalle par le Circuit fédéral dans l'espèce *Daewoo Electric Co. v. International Union of Electric*, 6 F. 3d 1511 (Circuit fédéral, 1993), obligeait le groupe spécial à déférer à la position récemment adoptée par le Département selon laquelle il n'est pas nécessaire de prouver une distorsion du marché. Ils se sont pour cette raison distanciés de l'opinion unanime à laquelle ils s'étaient auparavant ralliés. Le Canada soutient qu'il est erroné d'interpréter de la sorte l'espèce *Daewoo*. Il s'agissait d'une affaire antidumping dans laquelle le tribunal a simplement jugé qu'il n'est pas

nécessaire pour le Département d'effectuer une analyse économétrique de l'incidence fiscale lorsqu'il prend en considération les taxes étrangères dans un cas de dumping. Cette espèce ne fait rien de plus qu'énoncer le droit des États-Unis quant au critère d'examen des décisions administratives, tel que ce droit existait au moment où les cinq membres du groupe spécial ont rendu leurs décisions initiales, et elle ne renferme rien de nouveau qui justifie le revirement des deux membres dissidents. Au reste, dans l'espèce **Daewoo**, le Circuit fédéral s'est appuyé en partie sur le fait que le Département avait interprété avec constance les dispositions législatives antidumping depuis leur entrée en vigueur en 1974, et sur le fait que le Congrès avait refusé d'infirmer cette interprétation. Une retenue supplémentaire s'imposait donc à l'endroit de la décision du Département. Nous avons cependant affaire ici à la situation opposée : le Département a fait volte-face en prétendant rejeter désormais l'aspect de la distorsion du marché pour savoir s'il y a subvention donnant matière à compensation. Deuxièmement, après l'espèce **Georgetown Steel**, où le Circuit fédéral avait jugé que la législation sur les droits compensateurs ne pouvait s'appliquer aux pays dont l'économie n'est pas une économie de marché et où, par définition, il ne peut y avoir distorsion du marché, le Congrès a expressément rejeté une modification législative dont l'objet était de désavouer cette décision. Après que le Congrès eut rejeté cette modification, le Département entreprit de codifier ses pratiques en proposant une réglementation qui reconnaissait que la distorsion du marché « est à la base de toute la méthode employée par le Département en matière de droits compensateurs », 54 Fed. Reg., p. 23367.

Le Canada soutient donc que l'espèce **Daewoo**, qui portait sur la retenue que les tribunaux doivent montrer à l'égard des interprétations constantes et anciennes données par un

organisme à un texte législatif, ne s'applique pas ici, le Département s'en étant remis à une interprétation qui va carrément à l'encontre de son interprétation antérieure.

Le Canada soutient aussi que la position américaine selon laquelle le Département n'est pas tenu de considérer la preuve d'une distorsion du marché pour savoir s'il y a effectivement subvention équivaut à établir une présomption irréfragable, ce qui est contraire au droit des États-Unis.

En résumé, la position canadienne est que, eu égard à l'intention du Congrès et à la jurisprudence, il est obligatoire de tenir compte de l'élément qu'est la perturbation du marché ou l'avantage concurrentiel, dans certains cas tels que celui-ci, où cet élément ne va pas de soi. S'il en est ainsi, c'est parce que c'est ici la première fois que le Département tente d'assujettir à des droits compensateurs un mécanisme d'accès à des ressources naturelles appartenant à l'État. On ne peut donc dans ce cas espérer trouver un précédent parfaitement adapté, mais l'on doit s'inspirer de l'intention générale du législateur et des principes généraux d'interprétation législative.

Les positions des deux parties étant énoncées, je dois maintenant me demander si le groupe spécial a ou non appliqué le critère pertinent d'examen pour arriver à ses conclusions.

Il ne fait aucun doute que le Département n'a établi l'existence d'aucune distorsion du marché par suite des systèmes de droits de coupe ou par suite des REB. Les cinq membres du groupe spécial, qu'ils soient de la majorité ou de la minorité, ont admis ce fait.

La seule autre question est de savoir si le groupe spécial, dans sa décision de mai 1993, et la majorité, dans sa décision de décembre 1993, ont, dans leur examen, appliqué le droit comme il convient. Lors de l'audience tenue par le présent comité à Washington, on nous a

présenté une décision rendue le 7 juin 1994 par le Tribunal de commerce international des États-Unis. Il s'agit de l'espèce *Saarstahl, A.G. v. United States and Inland Steel Bar Co.*, dossier n° 93-04-00219, dont nous avons déjà cité un passage se rapportant au critère d'examen. Dans cette affaire, le juge Carman a rejeté l'argument du Département selon lequel le Département ne serait pas obligé de tenir compte d'événements postérieurs après qu'il a jugé qu'une subvention a été conférée. Le juge Carman a rejeté la méthode employée par le Département, puis il s'est exprimé ainsi :

Lorsqu'il est établi qu'une opération donnée a eu lieu dans un contexte d'indépendance mutuelle des parties, on doit conclure que l'acheteur et le vendeur ont négocié en fonction de leurs intérêts respectifs. L'acheteur a pris en considération tous les faits pertinents, et il a versé une somme qui représente la valeur marchande de tout ce qu'il doit recevoir. Comme l'avantage donnant matière à compensation ne survit pas à l'opération ainsi conclue, aucun avantage n'a été conféré à l'acheteur et il n'y a donc pas subvention donnant matière à compensation au sens de 19 U.S.C. § 1677(5). L'acheteur ne réalisera donc aucun avantage concurrentiel donnant matière à compensation, et tout droit compensateur appliqué à cet avantage équivaut à une sanction. *Voir par exemple Zenith Radio Corp. v. United States*, 437 U.S. 443, 455-56 (1978) (« L'intention du législateur ressort assez clairement de la formulation du texte législatif, et elle est confirmée par les débats du Congrès : le droit compensateur avait pour objet de neutraliser l'avantage concurrentiel injuste dont aurait bénéficié autrement les producteurs étrangers en raison des subventions à l'exportation versées par leurs gouvernements. ») (Extrait d'une décision unanime de la Cour suprême des États-Unis).

Si l'on pose pour hypothèse que ces propos récents du CIT énoncent le droit en vigueur aux États-Unis, il est difficile de prétendre que la majorité du groupe spécial n'a pas appliqué le critère pertinent d'examen lorsqu'elle est arrivée à ses conclusions. En raison de la nouveauté des circonstances de la présente espèce, je ne crois pas qu'une juridiction d'appel des États-Unis pourrait arriver à une conclusion autre que la conclusion unanime du groupe spécial de mai 1993 et que la conclusion de la majorité du groupe spécial de décembre 1993. Les arguments avancés

dans les deux cas étaient solidement étayés par la jurisprudence, et le niveau de retenue manifesté envers les décisions de l'organisme était en accord avec le caractère inédit de l'exercice.

Je voudrais faire observer que, dans la réalité, le fait de remplacer le système judiciaire par un groupe de cinq spécialistes du droit commercial international pourrait très bien réduire, à l'avenir, le niveau de la retenue qu'il convient de manifester à l'endroit des décisions du Département. Lorsque le Tribunal de commerce international examine les décisions du Département, on s'attend en général à ce qu'il s'en remette aux connaissances spécialisées dont dispose le Département. Lorsque les parties à l'ALE se sont entendues pour remplacer ce tribunal par un groupe de spécialistes, elles ont sûrement imaginé que l'examen des mesures adoptées par le Département, ou par l'organisme canadien correspondant, serait plus approfondi. Les groupes spéciaux sont investis du pouvoir de trancher en dernier ressort les différends qui surgissent entre les deux pays, et cela au cours d'une période relativement brève et en dehors de tout contrôle judiciaire. Il faut croire que chacun des deux gouvernements a pensé que ce mécanisme était plus satisfaisant que celui qu'il remplaçait.

À mon avis, le groupe spécial a appliqué le critère pertinent d'examen, et il a bien interprété le droit des États-Unis lorsqu'il a jugé que le Département, dans ce cas particulier, devait se demander, avant de conclure à l'existence ou à l'inexistence d'une subvention passible de droits compensateurs, si les systèmes canadiens de droits de coupe ou les REB de la Colombie-Britannique entraînaient ou non un avantage concurrentiel ou une distorsion du marché. Par ailleurs, comme la preuve n'a révélé aucune distorsion du genre, il n'y avait rien

sur quoi eussent pu reposer des droits compensateurs. Le groupe spécial a eu raison d'ordonner au Département de supprimer les droits compensateurs qu'il avait imposés.

Cette conclusion suffirait à disposer de l'affaire, mais je crois opportun de discuter aussi l'autre conclusion de droit du groupe spécial, elle aussi contestée.

B CRITÈRE DU CARACTÈRE LIMITATIF

Les États-Unis allèguent que les membres de la majorité du groupe spécial n'ont pas appliqué le bon critère d'examen et qu'ils ont appliqué des règles juridiques de leur cru pour infirmer les conclusions du Département touchant le caractère limitatif des mesures attaquées. Ils affirment que le texte législatif ne renferme que deux directives générales se rapportant au caractère limitatif d'une mesure. D'abord, le Département doit dire si une subvention profite à « une entreprise ou industrie particulière ou à un groupe d'entreprises ou d'industries ». Ensuite, lorsqu'il s'interroge à ce sujet, le Département doit, en vertu de la loi, appliquer des droits compensateurs aux avantages qui sont conférés à un groupe d'entreprises ou d'industries, même lorsque les avantages sont théoriquement offerts à l'ensemble de l'économie, si, en réalité, ils ne le sont qu'à un groupe d'entreprises ou d'industries au sein de cette économie. C'est là la portée du critère du caractère limitatif. Entre ces deux points de repère énoncés dans la loi, le Département peut, à peu près comme bon lui semble, établir ses propres méthodes et tirer ses propres conclusions.

Pour ce qui est de la pratique du Département, les États-Unis justifient par l'état du droit à ce moment-là la décision de 1983 par laquelle le Département avait jugé que les subventions représentées par les droits de coupe n'étaient pas de caractère limitatif. Le Département avait

jusqu'alors appliqué le principe des « caractéristiques intrinsèques » du bois. Ce sont ces caractéristiques intrinsèques, et non un ciblage décrété par le gouvernement, qui faisaient que les subventions ne profitaient qu'à une industrie particulière. Les États-Unis affirment que ce critère a été modifié par le CIT en 1985, qui a obligé le Département à se demander si des subventions étaient en réalité conférées à une portion déterminée de l'économie, sans chercher à savoir si le gouvernement visait ou non certains utilisateurs, et cette nouvelle obligation du Département fut codifiée dans une modification apportée à la loi en 1988. Si l'on applique le critère *de facto*, alors les États-Unis soutiennent que le Département ne saurait agir de façon déraisonnable lorsqu'il considère que sont en réalité d'application restreinte des mesures dont bénéficie un groupe d'industries représentant moins de 1 p. 100 des entreprises du Canada, moins de 4 p. 100 des industries du Canada et moins de 4 p. 100 de l'économie canadienne. Ayant constaté que les subventions ne profitaient qu'à un petit nombre d'industries canadiennes, c'est-à-dire à l'industrie de la transformation du bois et à l'industrie des pâtes et papiers, le Département était fondé à conclure au caractère limitatif des mesures attaquées.

À l'appui de cette position, les États-Unis se réfèrent au contexte législatif de l'ALENA, dans lequel le Congrès désavoua le raisonnement du groupe spécial dans Bois d'oeuvre III.

Les États-Unis se réfèrent aussi au raisonnement du groupe spécial de l'ALE saisi du différend relatif au magnésium, groupe spécial qui avait jugé que la méthode même qui a été rejetée dans la présente espèce par la majorité du groupe spécial constituait, quant au critère du caractère limitatif, une interprétation licite du texte législatif.

Les États-Unis soutiennent que l'objet premier du critère du caractère limitatif a été expliqué dans l'espèce *Carlisle Tire & Rubber Co. v. United States*, 564 F. Supp. 834 (CIT,

1983), où l'on a reconnu que tous les gouvernements, y compris celui des États-Unis, intervenaient dans leurs économies d'une manière ou d'une autre. Adopter le point de vue selon lequel toute intervention de ce genre constitue une subvention passible de droits compensateurs entraînerait des résultats absurdes. Voici les propos du CIT dans cette affaire :

Ainsi, seraient comprises dans la catégorie des avantages de Carlisle donnant matière à compensation des choses telles que les routes et les ponts, ainsi que les crédits d'impôt pour dépenses d'équipement, même si de telles choses sont à la disposition de toutes les industries et de tous les secteurs... Dire, comme le fait implicitement Carlisle ici, que la quasi-totalité des importations qui trouvent leur chemin sur le marché américain doit faire l'objet de droits compensateurs est tout simplement un défi au bon sens.

Le critère du caractère limitatif avait donc pour objet de faire triompher le bon sens et d'empêcher l'imposition de droits compensateurs dans les cas où l'avantage concurrentiel conféré par les mesures d'un gouvernement étranger profite à l'ensemble de l'économie. Il ne devait pas constituer une échappatoire qui aurait permis à des subventions étroitement définies, comme celles qui font l'objet de la présente espèce, d'échapper au champ d'application de la législation sur les droits compensateurs.

Selon les États-Unis, la tâche du groupe spécial consistait simplement à dire si l'interprétation donnée par le Département à la disposition relative au critère du caractère limitatif était « réellement condamnée par le texte législatif » ou était une interprétation que « le Congrès n'aurait pas approuvée ».

En 1988, le Congrès modifia le critère du caractère limitatif afin de codifier le principe de l'espèce *Cabot Corp. v. United States*, 620 F. Supp. 722 (Tribunal de commerce international, 1983), où l'on jugea que le Département s'était déjà reposé sur l'universalité théorique de subventions pour conclure que telles subventions n'étaient pas passibles de droits

compensateurs. La nouvelle règle fut ajoutée à l'article 1677(5) du Tariff Act, et elle se lit ainsi :

(B) Règle spéciale - Dans l'application de l'alinéa (A), le [Département] doit, dans chaque enquête, se demander si la subvention est, en fait ou en droit, conférée à une entreprise ou industrie particulière ou à un groupe d'entreprises ou d'industries. L'universalité théorique des avantages découlant de la loi, de la réglementation, du programme ou de la règle qui établit la subvention ne permet pas de dire que la subvention n'est pas, ou n'a pas été, en réalité conférée à une entreprise ou industrie particulière ou à un groupe d'entreprises ou d'industries.

Les États-Unis affirment que la formulation de la loi et le contexte législatif évoqués ci-dessus forment la quasi-totalité des directives du Congrès quant au critère du caractère limitatif, et c'est la raison pour laquelle les tribunaux américains ont reconnu au Département un pouvoir d'appréciation considérable dans l'application du critère. Les tribunaux ont reconnu que le Congrès voulait « donner au Département une marge de manoeuvre assez considérable pour lui permettre de dire s'il y a ou non subvention ». *PPG Indus. Inc. v. United States*, 928 F. 2d 1568, 1572 (Circuit fédéral, 1991). Les tribunaux ont même affirmé que la tâche d'une partie qui attaque une décision du Département « est une tâche difficile, car la partie doit nous convaincre que la manière dont le Département interprète le mot « subvention » va réellement à l'encontre du texte législatif ».

En infirmant la conclusion du Département quant à l'application du critère du caractère limitatif aux mesures attaquées, la majorité n'aurait pas observé comme il convient la norme d'examen, qui l'obligeait à juger des actions du Département en tenant compte de l'objet du critère en question, des modifications apportées à ce critère et de la retenue considérable qu'il convient de montrer à l'endroit des conclusions du Département dans l'application de ce critère. La majorité ne s'est pas demandé si l'analyse des faits et du droit à laquelle s'est livré le

Département était raisonnable, ce qu'il aurait dû faire en vertu du droit administratif américain. La majorité a plutôt assigné au Département une norme de preuve plus rigoureuse et, selon les mots employés par les membres dissidents, la majorité a superposé sa propre méthode à celle du Département.

Les États-Unis affirment que la méthode employée par le Département est la bonne méthode. Le Département utilise une démarche séquentielle dans l'examen des quatre facteurs que sa réglementation proposée l'oblige à analyser. S'il s'aperçoit que l'un des facteurs est satisfait, il ne lui est pas nécessaire de considérer les autres. Il ne conclura pas cependant au caractère non limitatif d'une mesure tant que tous les facteurs n'auront pas été examinés.

Appliquant cette démarche, le Département a jugé que le facteur 1 de sa réglementation proposée n'était pas satisfait quant aux droits de coupe; le gouvernement canadien n'a pas cherché à restreindre l'universalité des subventions représentées par les droits de coupe. Cependant, le Département a estimé que le facteur 2 était satisfait; les subventions en question profitaient seulement à un groupe d'industries, les industries de la transformation primaire du bois. La majorité du groupe spécial rejeta cette analyse et imposa plutôt la règle injustifiée et plus rigoureuse obligeant le Département à examiner et à mesurer tous les facteurs possibles du caractère limitatif d'une mesure, même si la réglementation proposée ne fait nulle part état de cette obligation. La conclusion du groupe spécial n'a donc pu être le résultat d'une bonne application de la norme d'examen prévue par le droit américain. Les États-Unis affirment que le groupe spécial a ici excédé son pouvoir et que cet excès de pouvoir ressort clairement de sa décision de mai 1993, où il défendait une conclusion selon laquelle le caractère non limitatif de

la mesure était possible, plutôt qu'une conclusion selon laquelle son caractère limitatif était plausible.

Les États-Unis estiment que c'est à tort que la majorité du groupe spécial a infirmé les conclusions suivantes du Département : la conclusion selon laquelle le groupe des utilisateurs des droits de coupe était suffisamment restreint pour constituer un groupe particulier; la conclusion selon laquelle les industries de la transformation primaire du bois constituaient un groupe d'industries; la conclusion selon laquelle l'industrie du bois d'oeuvre était un utilisateur dominant et disproportionné des droits de coupe; enfin la conclusion selon laquelle les restrictions de la C.-B. à l'exportation de billes étaient *de facto* de caractère limitatif. Selon les États-Unis, toutes ces conclusions tirées par le groupe spécial viennent de ce qu'il a omis d'appliquer le bon critère d'examen, ce qui a sensiblement influé sur sa décision et menacé l'intégrité du processus d'examen binational.

La position du Canada est que l'avis unanime du groupe spécial de mai 1993, et l'avis de la majorité du groupe spécial de décembre 1993, pour autant qu'ils se rapportent à la décision du Département touchant le caractère limitatif des droits de coupe, ont deux volets. Il faut d'abord se demander si le Département pouvait s'en tenir à la preuve se rapportant à un seul facteur, preuve qui d'après lui suffisait à attester le caractère limitatif de la mesure, ou bien si, comme l'a estimé le groupe spécial, le droit américain obligeait le Département à étudier la preuve se rapportant à tous les facteurs énumérés dans sa propre réglementation, ainsi que tout autre facteur pertinent. Il fallait ensuite se demander si la conclusion du Département selon laquelle les systèmes de droits de coupe étaient de caractère limitatif était appuyée par une preuve substantielle. Selon le Canada, aucun des deux volets des avis du groupe spécial ne

s'approche le moins du monde du critère de l'excès manifeste de pouvoir, critère auquel est subordonnée une contestation extraordinaire.

Dans son premier avis, le groupe spécial a rejeté à l'unanimité la position du Département parce qu'elle était, selon lui, contraire à la jurisprudence des États-Unis et contraire à la pratique générale du Département lui-même, dans cette affaire et dans des affaires antérieures. Dans son deuxième avis, la majorité du groupe spécial a maintenu ce point de vue. Les deux membres dissidents se sont toutefois distanciés de ce point de vue, qui était également le leur, en affirmant que la jurisprudence *Daewoo*, supra, rendue dans l'intervalle, requérait de déférer à la méthode employée par le Département pour dire si une mesure est ou non de caractère limitatif. Le Canada soutient l'argument de la majorité selon lequel la jurisprudence américaine relative au critère du caractère limitatif requiert d'apprécier de façon raisonnée, non mathématique et non mécanique, les divers facteurs pertinents. Il s'exprime ainsi dans son mémoire :

Voici les propos du Circuit fédéral dans l'espèce PPG IV :

Il faut, dans chaque espèce, tenir compte d'au moins trois facteurs pour savoir si un programme ou une mesure est de caractère limitatif. D'abord, l'ITA [l'International Trade Administration du Département du Commerce] doit se demander si le gouvernement étranger a voulu restreindre la portée pratique de la mesure. Deuxièmement, l'ITA doit tenir compte du nombre d'entreprises ou d'industries qui effectivement se prévalent de la mesure. Troisièmement, l'ITA doit se demander si le gouvernement étranger use d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il distribue les avantages prévus par la mesure.

978 F. 2d, p. 1239-40. Voir aussi par exemple l'espèce *Roses, Inc. v. United States*, 743 F. Supp. 870, 881 (Tribunal de commerce international, 1990) (« *Roses I* »), Cabot, supra.

Ces facteurs sont même énoncés par le Département lui même dans sa réglementation proposée :

Pour savoir si des avantages sont particuliers aux termes de l'alinéa (b)(1) du présent article, le Secrétaire tiendra compte, entre autres, des facteurs suivants :

- (i) la mesure dans laquelle un gouvernement cherche à restreindre l'application du programme;
- (ii) le nombre d'entreprises, d'industries, ou de groupes d'entreprises ou d'industries, qui se prévalent effectivement du programme;
- (iii) l'existence d'utilisateurs dominants du programme ou l'attribution, en vertu du programme, d'avantages disproportionnés à certaines entreprises, certaines industries ou certains groupes d'entreprises ou d'industries; et
- (iv) la mesure dans laquelle le gouvernement visé exerce un pouvoir d'appréciation lorsqu'il confère des avantages en vertu du programme.

Réglementation proposée, 54 Fed. Reg., p. 23, 379 (doit être codifiée dans § 355.43(b)(2)). Comme l'a admis déjà le Département : « Le Département doit tenir compte de tous ces facteurs, à la lumière de la preuve versée dans le dossier, pour savoir si dans un cas donné un programme est de caractère limitatif. » PPG III, 928 F. 2d, p. 1576-77 (citant la décision provisoire du Département dans Bois d'oeuvre II, 51 Fed. Reg., p. 37456).

Il n'est donc guère surprenant que le groupe spécial ait considéré comme contraire au droit l'analyse du Département fondée sur un seul facteur. La jurisprudence issue des espèces PPG IV, Roses I et Cabot découle en fait directement du principe de droit administratif américain selon lequel les organismes doivent considérer toute la preuve pertinente versée dans le dossier administratif et doivent tenir compte à la fois de la preuve qui contredit la conclusion de l'organisme, et de la preuve qui la confirme.

Le Canada déclare énergiquement que l'espèce **Daewoo** sur laquelle la minorité du groupe spécial s'est appuyée pour justifier son revirement est sans rapport avec le point à trancher. L'espèce **Daewoo** était fondée sur la législation antidumping américaine, et tout ce qu'a fait le CIT, c'est déclarer que les circonstances particulières de cette espèce l'obligeaient à déférer à la pratique de longue date du Département relativement à l'application du texte législatif applicable. La jurisprudence **Daewoo** ne prétendait en aucune façon modifier l'un quelconque des principes fondamentaux régissant le contrôle judiciaire des décisions administratives, encore moins débattre la législation sur les droits compensateurs en général, ou le critère du caractère limitatif en particulier. Au reste, l'espèce **Daewoo** a montré que la retenue dont il faut faire preuve à l'endroit des décisions du Département participe d'une certaine constance de la part du Département. Or, depuis que le différend entre le Canada et les États-Unis relatif au bois d'oeuvre a surgi, le Département a changé plusieurs fois d'avis, ce qui rend beaucoup moins impérative ici l'application du principe de la retenue.

Le Canada affirme aussi que le désaccord sur la portée de l'espèce **Daewoo** n'est indiscutablement rien de plus qu'un débat sur la bonne interprétation du droit américain et qu'il échappe donc à la compétence d'un comité pour contestation extraordinaire. La même observation s'applique au désaccord sur la question de savoir si le critère du caractère limitatif requiert l'examen de plusieurs facteurs. Le Département lui-même a reconnu que ce critère était un point de droit sur lequel on pouvait s'attendre à des divergences d'opinions. Le Département a déclaré pouvoir comprendre la raison pour laquelle le groupe spécial voudrait donner un poids considérable aux prononcés de la juridiction d'appel, mais, fait remarquable, il a maintenu que, selon lui, le Circuit fédéral « fait tout simplement erreur ».

Le Canada soutient que, en s'en tenant à l'interprétation obligatoire du droit américain proposée par le Circuit fédéral et par le CIT, plutôt qu'à l'interprétation avancée par le Département, le groupe spécial s'est limité à dire, comme il le devait, que la décision du Département était contraire au droit. Le groupe spécial exerçait donc, et non outrepassait, les pouvoirs qui lui étaient conférés par l'ALE.

Le Canada affirme que, même si le Département prétend répugner à une analyse fondée sur l'ensemble des facteurs, il a néanmoins jugé à propos d'y recourir dans sa décision après renvoi, pour arriver à la même conclusion qu'auparavant. Toutefois, la décision du Département n'était fondée ni sur une preuve substantielle, ni sur l'analyse raisonnée que requiert le droit.

Le Canada appuie l'opinion du groupe spécial selon laquelle le Département n'a pas, contrairement au droit, analysé le facteur du « nombre d'utilisateurs ». Le groupe spécial avait observé que la jurisprudence américaine condamne sans équivoque toute démarche mécaniste dans ce domaine, et elle avait invoqué l'espèce Roses I, 743 F. Supp., p. 881 (CIT, 1990). Si le critère est appliqué de façon mécanique, on risque d'omettre les questions pertinentes. Lorsqu'elle se demande si une subvention intérieure passible de droits compensateurs a été attribuée, l'ITA (le Département) doit toujours voir si un avantage a été conféré dans le commerce international à une catégorie déterminée de bénéficiaires, en dépit de l'universalité théorique du programme. Le groupe spécial a considéré comme « circulaire », et par conséquent illégalement « mécanique et arbitraire », la démarche du Département, qui a étiqueté comme simplement deux industries formant un groupe unique d'industries des milliers d'utilisateurs de droits de coupe fabriquant de nombreux genres de produits finis, puis qui a déclaré que le nombre d'industries était « trop faible ».

Le Canada s'est référé à l'affirmation des États-Unis selon laquelle, d'après l'espèce **Carlisle Tire & Rubber Co. v. United States**, supra, tout programme gouvernemental qui confère des avantages autres que des « avantages publics de nature générale » peut être considéré d'application suffisamment restreinte aux fins de l'imposition de droits compensateurs. Le Canada soutient toutefois que la question va bien au-delà de l'espèce **Carlisle**, laquelle énonce simplement en termes généraux que le critère du caractère limitatif vise à établir une distinction entre les programmes d'application universelle et ceux d'application non universelle. Comme il ressort nettement de l'espèce **Carlisle** et de nombreuses autres, il faut qu'une mesure soit d'application non universelle pour qu'on puisse conclure à son caractère limitatif, mais non-universalité et caractère limitatif ne sont pas synonymes. De nombreuses mesures non universelles ont été jugées de caractère non limitatif. Voir par exemple l'espèce **PPG IV** (confirmant la conclusion du Département selon laquelle un programme du gouvernement mexicain n'était pas de caractère limitatif même si seulement 3,5 p. 100 de toutes les entreprises mexicaines s'en prévalaient); l'espèce **Fil machine en acier au carbone originaire de Malaisie**, 56 Fed. Reg. 14927, 14928-9 (Département du Commerce, 1991) (Programme considéré de caractère non limitatif à la suite d'une analyse portant sur les divers facteurs, même s'il visait seulement les entreprises fabriquant des articles (i) qui n'étaient pas alors fabriqués en Malaisie; (ii) qui devaient favoriser une expansion accrue des exportations; et (iii) qui étaient adaptés à l'intérêt public pour le développement économique. La majorité disposait donc d'arguments juridiques substantiels pour dire que le raisonnement mécanique du Département quant au facteur du nombre des utilisateurs présentait une faille et que ce raisonnement était donc contraire au droit.

Pour ce qui concerne le facteur se rapportant à « l'utilisation dominante ou disproportionnée », le Canada appuie la conclusion du groupe spécial selon laquelle le Département n'a pas fait reposer sa décision sur une preuve substantielle. Le Canada estime que le dossier réfute la décision du Département selon laquelle les producteurs de bois d'oeuvre étaient des bénéficiaires dominants ou disproportionnés des systèmes de droits de coupe. Le Département a semble-t-il ignoré le fait que les scieries utilisent, pour la production de bois d'oeuvre, entre 28 p. 100 et 37 p. 100 de la fibre de bois, tandis que la quantité consommée par les producteurs de pâtes et papiers se situe entre 40 p. 100 et 50 p. 100. En conséquence, le groupe spécial avait toutes les raisons de considérer comme non étayée par une preuve substantielle la conclusion du Département voulant que les producteurs de bois d'oeuvre soient les utilisateurs dominants des droits de coupe.

Quant aux restrictions à l'exportation de billes, le Canada adopte le point de vue selon lequel le groupe spécial était parfaitement fondé à rejeter la conclusion du Département, pour qui les REB conféraient à une industrie particulière ou à un groupe d'industries une subvention passible de droits compensateurs. Après que le Département eut renoncé à dire que les restrictions à l'exportation de billes étaient *de jure* de caractère limitatif, il s'est engagé de manière superficielle dans une analyse *de facto* qui s'inspirait presque entièrement de l'analyse défectueuse déjà faite pour les droits de coupe. Dans la mesure où, lorsque le Département a conclu au caractère limitatif des REB, il s'appuyait sur son analyse viciée des droits de coupe, le groupe spécial a agi parfaitement dans le respect de ses pouvoirs, de son autorité et de sa compétence en refusant de confirmer la décision du Département.

Par ailleurs, selon le Canada, le groupe spécial a eu raison de dire que la preuve versée dans le dossier attestait abondamment que les entreprises utilisant les droits de coupe et celles qui pouvaient tirer parti des REB de la Colombie-Britannique ne sont pas nécessairement les mêmes. Rien ne permet de croire que tous les utilisateurs de droits de coupe achètent des billes et sont par conséquent d'éventuels bénéficiaires des prix plus bas prétendument entraînés par les REB.

Enfin, de dire le Canada, n'est pas fondée la plainte actuelle des États-Unis selon laquelle « la majorité n'a tenu aucun compte du droit, des faits et du critère d'examen » lorsque, examinant la décision du Département concernant le caractère limitatif des REB de la Colombie-Britannique, elle a ignoré la « preuve tangible d'une intervention gouvernementale » relativement aux écarts entre les taxes à l'exportation. La décision du Département après renvoi fait état des structures différentes de la taxe à l'exportation pour les grumes de sciage et de la taxe à l'exportation pour les billes à pâte, mais elle n'explique pas ce en quoi les différences limitent les avantages en question (abaissement du prix des billes) aux producteurs de bois d'oeuvre. Le groupe spécial est arrivé à la conclusion que l'analyse du Département n'avait pas été appliquée de façon logique aux circonstances entourant les restrictions à l'exportation de billes, et qu'elle ne pouvait donc juridiquement permettre de conclure au caractère limitatif de telles restrictions.

Comme on l'a déjà dit, le rôle du présent comité pour contestation extraordinaire consiste à dire si le groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence lorsqu'il a examiné les conclusions du Département. Plus précisément, le groupe spécial pouvait-il affirmer que la décision du Département n'était pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier ou n'était pas par ailleurs conforme au droit? Et, si le groupe

spécial a omis de s'en tenir à ces paramètres, cette omission a-t-elle influé sensiblement sur sa décision, ou menace-t-elle l'intégrité du processus d'examen binational? Le comité n'est pas une juridiction d'appel. Il doit s'abstenir de substituer son appréciation de la preuve à celle du groupe spécial, et il ne lui appartient pas de dire si le droit a été fidèlement appliqué. Le comité doit se limiter à dire si le groupe spécial s'est efforcé avec conscience d'appliquer le droit pertinent tel qu'il le comprenait.

Tout le monde reconnaît que la présente espèce fait intervenir des notions nouvelles et que le droit dans ce domaine est encore informe. Les parties ont voulu soustraire les différends commerciaux aux juridictions ordinaires et aux délais normalement applicables et les confier à un groupe de spécialistes du droit commercial international. Les spécialistes doivent disposer avec diligence et intégrité des affaires qui leur sont soumises.

Il apparaît que les membres du groupe spécial ont énoncé le bon critère d'examen et, à mon avis, le groupe spécial tout entier, dans sa décision de mai 1993, et la majorité, dans sa décision de décembre 1993, ont appliqué avec conscience les règles pertinentes. Il peut y avoir des divergences de vues sur le droit applicable, mais, selon moi, le dossier ne révèle aucune tentative de contourner le critère pertinent d'examen. Les deux parties ont présenté des arguments convaincants, qui attestent la compétence de leurs avocats, mais à mon avis il est impossible de dire que la décision de la majorité est manifestement erronée.

Quoi qu'il en soit, je suis persuadé que la manière dont le différend a été tranché ne laisse rien transparaître qui autoriserait le comité à conclure que le groupe spécial, dans sa décision unanime et sa décision majoritaire, a outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence au point d'influer sensiblement sur la décision du groupe spécial ou au point de

menacer l'intégrité du processus d'examen binational. Il est évident que tous les membres du groupe spécial souhaitent que le processus d'examen fonctionne bien. Il y a eu des divergences de vues sur certains aspects du droit dans la décision finale, mais il s'agissait de divergences légitimes, qui ne sont que normales dans des différends internationaux de ce genre. Si les membres qui composeront les futurs groupes spéciaux montrent autant d'énergie et de compétence, le mécanisme de règlement des différends établi par les parties conservera son efficacité.

Pour tous ces motifs, la demande des États-Unis visant à faire rescinder par un comité pour contestation extraordinaire la décision du groupe spécial binational dans cette affaire doit à mon avis être rejetée.

Examinons maintenant la question du parti pris et du conflit d'intérêts, soulevée par le Gouvernement des États-Unis à la requête de la Coalition, après que le groupe spécial eut rendu sa décision finale.

VI. ALLÉGATION D'INCONDUITE GRAVE, DE PARTI PRIS OU DE GRAVE CONFLIT D'INTÉRÊTS

À l'instigation de la Coalition, les États-Unis allèguent que deux membres du groupe spécial ont violé de façon sensible les règles de conduite de l'ALE en omettant de divulguer une information qui révélait au moins une apparence de partialité ou de parti pris et, pour l'un des membres du groupe spécial, un grave conflit d'intérêts. Cette allégation est faite conformément à l'article 1904.13 de l'ALE, qui se lit ainsi :

Toute Partie qui, dans un délai raisonnable à compter de la date où la décision du groupe spécial est rendue, fait valoir

- a) (i) qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite; et
- b) que l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational,

pourra se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire prévue à l'annexe 1904.13.

Les groupes spéciaux binationaux sont établis en vertu de l'annexe 1901.2 de l'ALE, qui

prévoit :

1. Avant l'entrée en vigueur du présent accord, les Parties dresseront une liste de candidats pour faire partie de groupes spéciaux appelés à trancher des différends en vertu du présent chapitre. Les Parties se consulteront afin de dresser la liste, qui comportera cinquante noms. Chaque Partie désignera vingt-cinq candidats, et tous les candidats seront citoyens du Canada ou des États-Unis d'Amérique. Les candidats seront des personnes de haute moralité et de grand renom, choisis strictement pour leur objectivité, leur fiabilité, leur discernement et leur connaissance générale du droit commercial international. Les candidats ne seront affiliés à aucune des Parties, et ne pourront en aucun cas en recevoir d'instructions. Les juges seront réputés n'être affiliés à aucune des Parties. Les Parties tiendront la liste et pourront la modifier au besoin, après consultations.

2. La majorité des membres d'un groupe spécial seront des avocats régulièrement inscrits à un barreau. Dans les trente jours suivant la présentation d'une demande d'institution d'un groupe spécial, chaque Partie désignera deux membres en consultation avec l'autre Partie. Les Parties choisiront normalement les membres dans la liste. Tout membre qui ne sera pas choisi dans la liste sera désigné selon les critères énoncés au paragraphe 1 et devra s'y conformer. Chaque Partie aura le droit d'opérer quatre récusations péremptoires, de façon simultanée et confidentielle, afin d'exclure jusqu'à quatre candidats proposés par l'autre Partie. Les récusations péremptoires et le choix d'autres candidats devront s'effectuer dans les quarante-cinq jours suivant la présentation de la demande d'institution du groupe spécial. Si une Partie ne désigne pas ses membres dans le délai de trente jours, ou si un membre qu'elle propose est récusé et n'est pas remplacé dans le délai de quarante-cinq jours, ce membre ou ces membres sera

ou seront choisis par tirage au sort parmi ses candidats dans la liste, soit le trente et unième jour soit le quarante-sixième jour, selon le cas.

3. Dans les cinquante-cinq jours suivant la présentation de la demande d'institution d'un groupe spécial, les Parties s'entendront sur le choix du cinquième membre. Si elles ne parviennent pas à s'entendre, les quatre membres déjà désignés choisiront le cinquième dans la liste, par accord, dans les soixante jours suivant la présentation de la demande. S'ils ne peuvent se mettre d'accord, le cinquième membre sera désigné le soixante et unième jour par tirage au sort dans la liste, étant exclus les candidats précédemment récusés.

4. Lorsque le cinquième membre aura été désigné, les membres du groupe spécial éliront sans tarder par vote majoritaire un président parmi les avocats du groupe. À défaut de majorité, le président sera choisi par tirage au sort parmi les avocats du groupe.

5. Les décisions du groupe spécial se prendront à la majorité, tous les membres étant tenus de participer au vote. Le groupe spécial rendra par écrit une décision motivée, accompagnée de toute opinion dissidente ou concordante des membres.

6. Les membres des groupes spéciaux devront se conformer au code de conduite établi en vertu de l'article 1910. Si une Partie estime qu'un membre viole le code de conduite, les deux Parties se consulteront, et si elles sont d'accord, ledit membre sera relevé de ses fonctions, et un nouveau membre sera désigné conformément aux procédures énoncées dans la présente annexe.

Avant de participer à un groupe spécial, chaque membre est tenu de faire une déclaration en vertu du code de conduite, qui prévoit ce qui suit :

III. OBLIGATION DE DÉCLARATION

[Note préliminaire :

Le présent Code part du principe que tout candidat ou membre doit déclarer l'existence d'intérêts ou de relations pouvant influencer sur son indépendance et son impartialité ou donner raisonnablement à penser qu'il puisse être de parti pris.

Toutefois, ce principe ne devrait pas être interprété de telle manière que l'obligation de faire une déclaration détaillée rende impossible aux personnes appartenant à la profession juridique ou au milieu des affaires d'accepter les fonctions de membre, privant ainsi les Parties et les participants des services de ceux pouvant être les mieux qualifiés pour exercer ces fonctions. Par conséquent,

les candidats ou membres ne devraient pas être tenus de déclarer les intérêts ou relations peu susceptibles d'influer sur leur rôle dans la procédure, mais ne devraient pas perdre de vue l'obligation permanente de déclarer les relations ou intérêts pouvant influencer sur l'impartialité ou l'intégrité du processus.

Le présent Code ne détermine pas les circonstances dans lesquelles les Parties pourront ou non décider de récuser un candidat ou de démettre un membre d'un groupe spécial ou d'un comité sur la base des déclarations qu'il aura faites. De plus, il ne fait pas obstacle à ce que les Parties, ayant connaissance des intérêts et relations déclarés par un candidat ou un membre, renoncent à toute objection à sa nomination ou à son maintien. Par conséquent, un candidat ou un membre ayant fait les déclarations requises par le présent Code pourra être choisi ou maintenu à titre de membre.]

Tout candidat devra déclarer à la Partie qui le nomme les intérêts ou relations pouvant influencer sur son indépendance et son impartialité ou donner raisonnablement à penser qu'il puisse être de parti pris dans une affaire déterminée. A cette fin, le candidat devra faire un effort raisonnable pour s'informer de l'existence de tels intérêts ou relations et devra déclarer notamment

- (1) tout intérêt financier ou personnel direct ou indirect;
- (2) toute relation présente ou passée, d'ordre financier, commercial, professionnel, familial ou social, ou toute relation de même nature concernant un membre de sa famille, son employeur, un partenaire ou un associé; et
- (3) toute défense publique d'une position sur une question contestée au cours de la procédure, hors du cours normal de la représentation juridique ou autre.

Tout membre désigné devra faire un effort raisonnable pour s'informer de façon suivie des intérêts ou relations mentionnés au paragraphe précédent, aux fins de les déclarer. L'obligation de déclaration est permanente et exige donc de tout membre qu'il déclare tous intérêts ou toutes relations pouvant se faire jour à n'importe quel stade de la procédure.

Les deux membres du groupe spécial contre qui des allégations sont faites aux termes du code de conduite sont le président, Richard G. Dearden, et Lawson Hunter. Ils sont, avec J. Robert S. Prichard, les trois membres canadiens du groupe spécial qui constituaient la majorité dans la décision finale. Les allégations visant MM. Dearden et Hunter n'ont été faites

qu'après que le groupe spécial eut par deux fois rendu un avis contraire à la position des États-Unis, bien qu'elles eussent pu facilement être faites avant. Lorsque les États-Unis demandèrent officiellement, bien après la conclusion de l'affaire, que les deux membres soient relevés de leurs fonctions, le gouvernement canadien, qui n'était pas disposé à renoncer aux années d'efforts consacrées à la résolution de ce différend, entreprit une enquête qui le persuada que les allégations d'inconduite n'avaient aucun fondement.

Peu après l'établissement du groupe spécial en mai 1992, MM. Dearden et Hunter déposèrent des déclarations auprès du secrétaire de la section canadienne du Secrétariat binational, qui les transmit au Gouvernement des États-Unis :

Le candidat Dearden a déclaré que son cabinet d'avocats, Gowling, Strathy & Henderson, n'avait donné aux gouvernements ou entreprises figurant sur la liste des parties intéressées, ni à une quelconque entreprise de l'industrie forestière ou des industries du bois d'oeuvre, des pâtes et papiers ou de la transformation du bois, aucune consultation se rapportant aux mesures compensatrices faisant objet de la présente instance. Il a révélé cependant que son cabinet représentait plusieurs clients : le Gouvernement du Canada et certains gouvernements provinciaux, la Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, partie américaine intéressée dans cette instance, la société Leggett & Platt, Inc. (une autre partie intéressée), importateur américain de produits canadiens de bois d'oeuvre qui s'oppose activement à l'imposition, par le Département, de droits compensateurs sur ses importations, enfin plusieurs autres sociétés de pâtes et papiers et autres produits forestiers, toutes relativement à une diversité de sujets sans rapport avec l'instance...

Le candidat Hunter a lui aussi révélé que, même si aucun conflit d'intérêts ne pouvait lui être imputé, à lui ou à son cabinet d'avocats, Fraser & Beatty, son cabinet représentait, dans d'autres affaires, plusieurs sociétés de produits forestiers et de papiers...

Les États-Unis n'ont soulevé aucune objection à la participation de M. Dearden ou de M. Hunter au groupe spécial et, le 29 juillet 1992, le groupe spécial se réunissait. M. Dearden (C) était choisi comme son président, et les autres membres étaient MM. Hunter (C), Weiler (C), Barry E. Carter (É-U) et Morton Pomeranz (É-U). M. Weiler fut plus tard remplacé par M. Prichard et M. Carter par M. Reisman.

Le 1^{er} janvier 1993, M. Hunter passa du cabinet Fraser & Beatty au cabinet Stikeman, Elliott. Peu après, le 12 janvier 1993, conformément à l'obligation de divulgation imposée aux membres des groupes spéciaux, M. Hunter téléphona à James R. Holbein, le secrétaire américain du Secrétariat binational, pour l'informer qu'il s'était joint au cabinet Stikeman, Elliott et pour faire la déclaration pertinente. Durant cette conversation, M. Hunter informa M. Holbein que { }, un autre associé du cabinet Stikeman, Elliott, avait fait une déclaration à la section canadienne du Secrétariat le 18 juin 1992, relativement à la présente affaire, et qu'il était prêt à fournir au secrétaire Holbein, si les Parties le demandaient, une copie de cette déclaration. M. Holbein aurait proposé que cette information soit confirmée par écrit, mais M. Hunter a par inadvertance omis de la confirmer.

Le 6 mai 1993, le groupe spécial rendait un avis unanime dans laquelle il renvoyait au Département plusieurs de ses conclusions pour qu'il les réexamine, mais il jugeait, par un vote de 3 contre 2, que les restrictions de la Colombie-Britannique à l'exportation de billes pouvaient juridiquement être considérées comme une subvention passible de droits compensateurs, en supposant que soient satisfaites les autres conditions telles que le critère du critère limitatif. M. Hunter vota dans le même sens que les deux membres américains en se prononçant sur ce point contre les parties canadiennes.

Le 17 décembre 1993, le groupe spécial rendait son deuxième avis et jugeait, par un vote majoritaire, que les décisions du Département après renvoi, relatives à la question du subventionnement, n'étaient pas appuyées par une preuve substantielle ou n'étaient pas par ailleurs conformes au droit. Les membres Dearden, Hunter et Prichard formaient la majorité, tandis que les membres Pomeranz et Reisman exprimaient leur dissidence.

Le 30 décembre 1993, dans le sillage de la décision finale du groupe spécial, la Coalition for Fair Lumber Imports déposait auprès du secrétaire Holbein une lettre publique qui pour la première fois mettait en question la représentation d'entreprises canadiennes de bois d'oeuvre par le cabinet juridique du président Dearden. La lettre mentionnait que les allégations étaient fondées sur une « information récemment reçue par la Coalition », mais toutes les allégations concernaient des sujets de notoriété publique, s'étendant de 1965 à 1985, sans que soit mentionnée la raison pour laquelle elles n'avaient pas été faites plus tôt. On peut lire dans le mémoire du Canada :

Un examen même superficiel révèle que les allégations sont sans fondement :

- * La Coalition allègue que le cabinet juridique du président Dearden représentait Abitibi-Price en 1981, dans une procédure antidumping sans rapport avec la présente affaire. Cependant, le président Dearden avait, dans sa déclaration, mentionné que le cabinet Gowling, Strathy représentait Abitibi-Price et que la procédure antidumping en question remontait à plus de dix ans.
- * La Coalition allègue que Yvan Morin, un associé du président, représentait Commonwealth Plywood Co. dans une procédure de 1985. En fait, M. Morin a travaillé dans ce dossier lorsqu'il était stagiaire (clerc d'avocat) dans un autre cabinet juridique. Commonwealth Plywood n'est pas aujourd'hui, et n'a jamais été, un client du cabinet Gowling, Strathy.
- * La Coalition allègue que M. Y.A. Hynna, un associé du cabinet Gowling, Strathy, représentait Weldwood of Canada Sales Ltd. dans une procédure de 1981, il y a environ 13 ans. M. Hynna n'a pas représenté Weldwood depuis la fin de cette procédure, et Weldwood n'est pas actuellement (et n'a jamais été durant la procédure du groupe spécial) un client de Gowling, Strathy.
- * La Coalition allègue que M. G.F. Henderson, un autre associé du cabinet Gowling, Strathy, a représenté MacMillan & Bloedel (Alberni) Ltd. M. Henderson, aujourd'hui décédé, avait été engagé par cette entreprise en 1965, il y a presque 30 ans. En outre, le cabinet juridique du

président Dearden n'a pas représenté MacMillan Bloedel depuis l'affaire de 1965.

- * La Coalition allègue que Gowling, Strathy, cabinet juridique du président Dearden a reçu des honoraires du Gouvernement du Canada. Cependant, le président Dearden a déjà déclaré que son cabinet a représenté le Gouvernement du Canada et plusieurs gouvernements provinciaux. Il n'est nullement allégué que les mandats ainsi conférés se rapportaient à la présente affaire, et en réalité ils étaient sans rapport avec elle.
- * La Coalition fait des allégations, également non fondées, concernant la représentation du Gouvernement du Canada par Fraser & Beatty, ancien cabinet juridique du membre Hunter, et par Stikeman, Elliott, actuel cabinet juridique du membre Hunter, et la Coalition allègue que Stikeman, Elliott a représenté plusieurs entreprises liées à l'industrie du bois d'oeuvre. Les mandats ainsi conférés, tous dans des affaires sans aucun rapport avec la présente affaire, ne s'écartent en rien, que ce soit dans leur nature ou dans leur degré, des déclarations faites antérieurement par le président Dearden et le membre Hunter, déclarations qui n'avaient suscité aucune objection de la part des États-Unis.

Par lettres du secrétaire Holbein en date du 14 janvier et du 8 février 1994, les Parties ont demandé que le président Dearden et le membre Hunter répondent aux allégations de la Coalition.

Le président Dearden a répondu en détail à chaque point soulevé par la Coalition, d'une manière qui atteste leur caractère insignifiant :

Comme je l'ai déjà déclaré, mon cabinet a occupé pour plusieurs entreprises de l'industrie forestière et de l'industrie des pâtes et papiers relativement à des recours non commerciaux (voir ma déclaration confidentielle du 15 juillet 1992). Comme il est indiqué dans ma déclaration, je puis encore confirmer que le cabinet Gowling, Strathy & Henderson n'a donné aucune consultation aux gouvernements ou entreprises énumérés dans la liste des parties intéressées, ni à aucune entreprise de l'industrie forestière ou de l'industrie du bois d'oeuvre, de l'industrie des pâtes et papiers ou de l'industrie de la transformation du bois, relativement aux mesures compensatrices qui font l'objet de la présente instance. Il ajouta que, loin de sembler prendre parti pour le Canada, il avait déjà représenté le Représentant au Commerce des États-Unis, il avait travaillé en étroite collaboration avec le Département du Commerce des États-Unis relativement à la négociation de l'ALE lui-même, et plusieurs membres de son

cabinet avaient représenté, et représentaient encore, le Gouvernement des États-Unis dans plusieurs dossiers non liés à la procédure compensatrice.

Le membre Hunter a lui aussi fourni des réponses détaillées aux demandes d'information, déclarant entre autres avoir effectué

une vérification approfondie du travail entrepris par Stikeman, Elliott, et je puis confirmer que le cabinet Stikeman, Elliott n'a donné aucune consultation à aucun producteur canadien de bois d'oeuvre ou de produits forestiers, relativement à la procédure compensatrice qui fait l'objet de la présente instance.

Cependant, sans même attendre tous les faits, et avant que les Parties ne se soient consultées sur la question comme le prévoit l'annexe 1901.2(6) de l'ALE, les États-Unis ont publiquement annoncé leur intention d'engager une procédure de contestation extraordinaire fondée sur leurs allégations d'inconduite.

L'allégation supplémentaire de grave conflit d'intérêts faite contre M. Hunter vient de ce que, pendant une brève période en 1992, il a été engagé par le ministère des Transports à titre de spécialiste du droit canadien de la concurrence, pour l'analyse économique d'un projet de fusion entre Air Canada et Lignes aériennes Canadien international. Il devait, pour de très modestes honoraires, organiser un séminaire concernant la Loi sur la concurrence et les réglementations s'y rapportant.

M. Hunter était depuis des années membre de la fonction publique canadienne et l'un des principaux spécialistes du droit de la concurrence. Les consultations qu'il a données au ministère canadien des Transports à cet égard étaient absolument sans aucun rapport avec l'affaire dont fut saisi le groupe spécial binational, et elles ont pris fin avant même que le groupe spécial ne soit constitué.

Selon l'ensemble des autres allégations faites par la Coalition, MM. Dearden et Hunter auraient omis de révéler certaines des affaires dans lesquelles leurs associés avaient pris part. Il s'agissait cependant d'affaires qui n'avaient aucun rapport avec les travaux du groupe spécial, des affaires liées en général à la compétence particulière de leur cabinet dans des domaines spécialisés tels que le droit d'auteur, les brevets et la fiscalité. Ce sont deux hommes bien connus du Gouvernement des États-Unis, et en particulier du Département du Commerce, et leur objectivité n'a jamais été mise en doute, non plus que leur aptitude à donner des avis impartiaux sur les questions commerciales. En fait, le Gouvernement des États-Unis affirme sans équivoque qu'il ne souhaite en aucune façon amoindrir l'excellente réputation de ces deux messieurs dans le domaine du droit international. Il n'y a d'ailleurs aucune allégation de parti pris.

Comme l'exige l'Accord, les membres des groupes spéciaux doivent avoir l'expérience du droit commercial international et être des spécialistes reconnus dans leur domaine. La plupart d'entre eux, comme MM. Dearden et Hunter, travaillent auprès de grands cabinets juridiques, dont certains ont des bureaux dans plusieurs villes, et il est difficile pour eux de toujours savoir sur quels dossiers travaillent leurs associés et collègues. Chacun d'eux a fait ce qu'il devait faire pour s'assurer que leurs cabinets ne travaillaient pas sur des dossiers pouvant de quelque façon compromettre leur objectivité en tant que membres du groupe spécial. Il arrive souvent que des cabinets comme les leurs, au Canada et aux États-Unis, soient engagés par des organismes gouvernementaux et, à moins que la relation ainsi constituée ne concerne l'affaire en litige, on ne devrait pas pouvoir l'invoquer pour empêcher un membre figurant sur la liste de faire partie d'un groupe spécial. Il serait très difficile autrement de retenir les services de spécialistes.

Dans le cas présent, on savait que M. Dearden et M. Hunter ont tous deux travaillé dans des cabinets juridiques qui ont représenté dans d'autres affaires les divers gouvernements au Canada, et l'on savait aussi que l'un des membres américains du groupe spécial était associé d'un cabinet qui a présenté une facture de plus de 3 800 000 \$ à un organisme du gouvernement américain durant 1992-1993. Aucune des Parties n'a jugé nécessaire de voir là un risque de parti pris chez l'un quelconque des membres, et aucune n'a soulevé ce point. C'est seulement lorsque la décision finale a été rendue que la question a été soulevée.

À mon avis, tous les membres d'un groupe spécial doivent toujours être conscients du code de conduite et des normes élevées qu'ils doivent observer lorsqu'ils exercent des fonctions en vertu de l'ALE. Ils doivent révéler tout lien pouvant entraîner un risque de parti pris, de telle sorte que la partie opposée puisse opérer une récusation péremptoire ou prendre d'autres mesures aux termes de l'Accord. Ils doivent être disposés à quitter leurs fonctions si un événement se produit qui pourrait servir à les taxer de parti pris. Un comité pour contestation extraordinaire doit traiter avec rigueur toute omission volontaire de révéler une information pouvant influencer sur l'aptitude d'un membre d'un groupe spécial à traiter les parties de manière équitable et impartiale. Une telle situation suffirait non seulement à influencer sensiblement sur la décision du groupe spécial, mais encore à menacer l'intégrité du processus tout entier d'examen binational.

Dans le cas présent, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu refus intentionnel de révéler une information au point que la partie opposée soit fondée à révoquer l'un ou l'autre des membres, et la demande de contestation extraordinaire présentée par le Gouvernement des États-Unis devrait être rejetée.

VII. CONCLUSION

Pour les motifs énoncés ci-dessus, je rejetterais la demande de contestation extraordinaire, tant sur les questions de fond que sur la question du parti pris, puisque les États-Unis n'ont pas établi qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts, ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite, ou que le groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence en n'appliquant pas le critère pertinent d'examen, et puisqu'ils n'ont pas établi que l'un quelconque des manquements allégués a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial ou menacé l'intégrité du processus d'examen binational aux termes de l'article 1904.13 de l'ALE. En conséquence, j'ordonnerais que la décision du groupe spécial binational du 17 décembre 1993 conserve son plein effet et que l'ordonnance finale du groupe spécial binational confirmant la décision du Département après renvoi soit confirmée.

Il est dommage que la décision du comité ne soit pas unanime. Étant donné que les deux membres canadiens du comité forment la majorité et que le membre américain exprime un avis contraire, on sera toujours tenté d'interpréter la décision du comité comme une décision motivée par l'intérêt national. Cependant, nous sommes tous des juges pouvant faire état d'une longue expérience et, puisque la question dont nous sommes saisis est une question nouvelle, une honnête divergence de vues ne pouvait être exclue.

J'ai eu l'occasion de lire l'avis contraire de mon collègue américain, un avis qui exprime très bien ses doutes. Selon lui, le groupe spécial n'a pas suffisamment déféré aux conclusions du Département du Commerce comme il aurait dû le faire en vertu du droit des États-Unis. À mon avis cependant, ce que voudrait mon collègue américain, c'est que les groupes spéciaux

déferent à peu près totalement aux conclusions du Département, ne laissant pour ainsi dire aucune marge d'appréciation à l'organisme d'examen. Si c'est là la règle qu'il faut appliquer, alors le mécanisme des groupes spéciaux binationaux prévu par l'ALE n'a aucune utilité.

Je suis d'avis que le groupe spécial était fondé à conclure que la législation américaine n'autorisait aucun droit compensateur après qu'il fut établi que les systèmes provinciaux de droits de coupe et les restrictions de la C.-B. à l'exportation de billes n'ont entraîné aucun avantage concurrentiel pour les producteurs canadiens de bois d'oeuvre.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de confirmer les conclusions du groupe spécial.

Signé dans l'original par :

M. LE JUGE GORDON L.S. HART
M. LE JUGE GORDON L.S. HART

Fait le 3 août 1994

ACCORD DE LIBRE ÉCHANGE CANADA-ÉTATS-UNIS
ARTICLE 1904.13
PROCÉDURE DE CONTESTATION EXTRAORDINAIRE

EN L'AFFAIRE DU)
BOIS D'OEUVRE)
ORIGINAIRE DU CANADA)
)

Dossier du secrétariat n°
CCE-94-1904-01-USA

AVIS DE M. HERBERT B. MORGAN

LE 3 AOÛT 1994

**AVIS SE RAPPORTANT À LA DÉCISION
ET À L'ORDONNANCE DU GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL**

INTRODUCTION

Le présent avis découle de la procédure de contestation extraordinaire engagée conformément à l'article 1904.13 et à l'annexe 1904.13 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE) relativement au bois d'oeuvre originaire du Canada. La procédure fait suite à une demande de constitution d'un comité pour contestation extraordinaire, demande déposée au nom des États-Unis par le Représentant au Commerce des États-Unis (« USTR ») pour que soit revue la décision rendue le 17 décembre 1993 par le groupe spécial binational. Les événements qui ont précédé la demande sont les suivants :

En 1983, en réponse à une requête déposée par les producteurs américains de bois d'oeuvre (la « Coalition »), l'International Trade Administration du Département du Commerce (le « Département ») décida d'enquêter sur la pratique des provinces canadiennes consistant à disposer du bois sur pied des terres domaniales, et cela en vertu d'accords de droits de coupe, et elle jugea que les droits de coupe n'étaient pas conférés à une industrie particulière ni à un groupe d'industries et qu'ils ne constituaient pas un transfert de biens à des taux préférentiels. Le Département jugea donc que les importations de bois d'oeuvre canadien ne pouvaient faire l'objet d'un droit compensateur (« Bois d'oeuvre I »). Selon le Département, la preuve versée dans le

dossier attestait que les droits de coupe étaient utilisés par un grand nombre d'entreprises représentant trois groupes d'industries, eux-mêmes réunissant quelque 27 industries.

En 1986, à la demande de la Coalition, et sans que fut véritablement modifié le nombre d'industries ou d'entreprises qui exploitaient des droits de coupe, le Département procéda à une deuxième enquête et décida provisoirement d'imposer des droits compensateurs (Bois d'oeuvre II). À ce moment-là, les États-Unis et le Canada conclurent un protocole d'entente en vertu duquel le Canada s'engageait à imposer une taxe à l'exportation de 15 p. 100 sur tout le bois d'oeuvre exporté vers les États-Unis afin de compenser l'avantage dont pouvaient bénéficier les producteurs canadiens de bois d'oeuvre en raison des programmes de droits de coupe alors existants. Le Département mit fin alors à son enquête et déclara que sa décision provisoire était « sans effet juridique ». Au cours des années suivantes, les provinces canadiennes apportèrent des changements notables à leurs programmes de droits de coupe, au point que le gouvernement canadien estima qu'il n'y avait plus lieu de considérer les programmes canadiens de droits de coupe comme des subventions passibles de droits compensateurs. En conséquence, le Canada exerça son droit de dénoncer le protocole à partir du 4 octobre 1991.

Lorsque le protocole fut dénoncé, le Département entreprit une troisième enquête sur les droits de coupe provinciaux. À ce moment-là, la Coalition demanda au Département d'inclure dans son enquête les restrictions à l'exportation de billes (REB) imposées

par la Colombie-Britannique sur l'exportation de billes depuis cette province. La Coalition affirmait que ces restrictions faisaient baisser artificiellement le prix des billes, ce qui avantageait les producteurs de bois d'oeuvre. Le 28 mai 1992, le Département publiait les conclusions de son examen administratif de son ordonnance de droits compensateurs touchant le bois d'oeuvre (Voir Bois d'oeuvre originaire du Canada, 57 Fed. Reg. 22570 (Département du Commerce (1992)) (« Bois d'oeuvre III »)). Le Département jugea que les provinces canadiennes de la Colombie-Britannique (la « C.-B. »), de l'Alberta et de l'Ontario fournissent aux entreprises canadiennes du bois à des tarifs préférentiels, au moyen de leurs programmes de droits de coupe, et que les avantages découlant des droits de coupe provinciaux sont, au sens du texte législatif, conférés *de facto* à un groupe particulier d'industries, celles qui achètent et transforment le bois. Le Département jugea aussi que la C.-B. subventionne la production canadienne de bois d'oeuvre par les limites qu'elle impose sur les exportations de billes, limites qui réduisent artificiellement le prix des billes. Si le Département a jugé que les droits de coupe étaient de caractère limitatif, c'est parce que, selon lui, le nombre d'industries qui bénéficiaient de tels droits était « trop faible ». Le Département estima qu'il était empêché d'examiner si les avantages conférés par les droits de coupe entraînaient une distorsion du marché en raison de leurs effets sur la production ou le prix du bois d'oeuvre. Quant aux

REB, le Département estima que l'avantage qui en résultait était de jure de caractère limitatif.

Cette décision fut contestée par le Gouvernement du Canada et d'autres parties canadiennes devant un groupe spécial binational (le « groupe spécial ») établi conformément aux dispositions de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (« ALE »). Dans sa décision publiée le 6 mai 1993, le groupe spécial renvoya à l'unanimité plusieurs questions au Département, dont trois sont pertinentes à la présente contestation. Bois d'oeuvre originaire du Canada, dossier n° USA-92-1904-01 (Décision du groupe spécial du 6 mai 1993).

D'abord, le groupe spécial renvoya au Département sa conclusion selon laquelle les droits de coupe étaient de caractère limitatif, pour le motif que le Département était tenu d'effectuer son analyse en tenant compte des quatre facteurs indiqués dans la réglementation proposée du Département, ainsi que de tout autre facteur pertinent. Deuxièmement, le groupe spécial renvoya au Département sa décision de considérer les restrictions de la C.-B. à l'exportation de billes comme *de facto* de caractère limitatif, pour le motif que son analyse était déficiente. Il invita le Département à lui présenter une analyse du caractère limitatif *de facto* de telles restrictions. Troisièmement, comme second argument pour renvoyer au Département sa conclusion selon laquelle les droits de coupe donnaient matière à compensation, le groupe spécial demanda au Département d'examiner si les droits de coupe pouvaient avoir, et avaient effectivement, un effet de distorsion sur le

fonctionnement de marchés concurrentiels normaux. À la suite du renvoi, le Département présenta le 17 septembre 1993 sa nouvelle décision faisant suite au renvoi prononcé par le groupe spécial binational (« Nouvelle décision »).

Comme le lui avait demandé le groupe spécial, le Département analysa les quatre facteurs indiqués dans sa réglementation proposée et touchant le caractère limitatif d'une mesure, et il analysa aussi le facteur des caractéristiques intrinsèques. Il confirma alors sa conclusion antérieure selon laquelle les droits de coupe donnaient matière à compensation, et cela pour le motif que ceux qui en bénéficiaient formaient un groupe « trop restreint ». Le Département se rangea à l'avis du groupe spécial selon lequel les REB ne sont pas *de jure* de caractère limitatif, mais il jugea qu'elles le sont *de facto*, et cela essentiellement pour les mêmes motifs que ceux invoqués relativement aux droits de coupe. Le Département maintint son point de vue initial selon lequel il n'était pas tenu de se demander s'il y avait distorsion du marché. Cependant, conformément aux directives du groupe spécial, il examina la preuve versée dans le dossier et conclut que les programmes provinciaux avaient pour effet de fausser le marché.

Dans sa décision du 17 décembre 1993, le groupe spécial, par une majorité de 3 contre 2, jugea que la nouvelle décision du Département n'était pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier et qu'elle n'était pas par ailleurs conforme au droit. Il estima en conséquence que l'imposition de droits compensateurs ne pouvait être confirmée, et il renvoya l'affaire au Département

en lui demandant de les annuler. Les deux membres dissidents du groupe spécial indiquèrent qu'ils auraient confirmé la décision du Département après renvoi en ce qui concerne la question du caractère limitatif et celle du traitement préférentiel. Le 6 janvier 1994, le Département publiait pour la deuxième fois une nouvelle décision dans laquelle il confirmait encore une fois sa position initiale sur les points soulevés dans l'avis rendu le 17 décembre 1993 par la majorité du groupe spécial. Conformément aux directives de la majorité, toutefois, le Département arrivait à la conclusion que ni les droits de coupe provinciaux ni les REB de la C.-B. ne constituaient des subventions donnant matière à compensation en vertu du droit américain. Le 23 février 1994, le groupe spécial signait une ordonnance confirmant cette nouvelle décision.

La demande formulée par l'USTR pour la constitution d'un comité pour contestation extraordinaire se lit ainsi :

En conformité avec l'article 1904 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis (ALE), les États-Unis demandent qu'un comité pour contestation extraordinaire (« CCE ») soit constitué pour revoir la décision du groupe spécial dans l'affaire ci-dessus mentionnée. Deux membres du groupe spécial ont violé de façon sensible les règles de conduite de l'ALE en omettant de divulguer une information qui révélait au moins une apparence de partialité ou de parti pris et, quant à l'un des membres du groupe spécial, un grave conflit d'intérêts. Par ailleurs, le groupe spécial (et les trois membres de la majorité dans la décision du 17 décembre 1993 (la « majorité »)) ont manifestement outrepassé leurs pouvoirs, leur autorité et leur compétence en ignorant les critères d'examen du chapitre 19, y compris les règles de fond et les faits, lorsqu'ils ont infirmé la conclusion du Département du Commerce (le « Département ») selon laquelle les subventions en litige dans cette affaire ont profité à une industrie particulière ou à un groupe d'industries, et en inventant

une règle juridique qui obligerait le Département à se demander si les subventions entraînent une distorsion du marché. Les actes en question ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et ils menacent l'intégrité du processus d'examen binational.

L'USTR demande aujourd'hui que le comité infirme les décisions du groupe spécial ou, subsidiairement, qu'il renvoie la décision de la majorité au groupe spécial pour qu'il en dispose d'une manière non incompatible avec la décision du comité.

RÔLE D'UN COMITÉ POUR CONTESTATION EXTRAORDINAIRE

Après d'intenses négociations, les États-Unis et le Canada finirent par signer l'ALE, qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Le préambule de ce document historique fait ressortir son noble objectif (« contribuer au développement et à l'essor harmonieux du commerce mondial ainsi qu'à l'expansion de la coopération internationale »). Comme autre exemple de l'objet et de l'esprit de cet Accord, citons l'article 2 de la législation américaine de mise en oeuvre (United States-Canada Free Trade Agreement Act, P.L. 100-449, dans sa forme modifiée § 405). Cet article mentionne que l'objet de l'Accord était, entre autres, de renforcer et de développer les relations économiques entre les États-Unis et le Canada, pour leur avantage mutuel, et d'établir une zone de libre-échange entre les deux nations, par la réduction et l'élimination des barrières au commerce des produits et des services et des barrières à l'investissement.

Les deux gouvernements ont montré qu'ils souhaitaient ardemment instaurer un climat de certitude commerciale, et le corollaire de cet objectif était qu'il fallait résoudre les différends commerciaux dans un souci de célérité et de stabilité. Ils conçurent donc un mécanisme spécial qui allait permettre de régler tous les différends commerciaux entre les deux parties. L'ALE prévoit la constitution de groupes spéciaux composés de cinq spécialistes du commerce international, spécialistes venant des États-Unis et du Canada, et les groupes spéciaux devaient remplacer les tribunaux américains et canadiens normalement compétents pour revoir les décisions administratives (Annexe 1901.2(1)-(2)) de l'ALE). La décision d'un groupe spécial est finale et obligatoire. Les groupes spéciaux doivent appliquer le droit du pays importateur. Ainsi, un groupe spécial qui examine une décision du Département doit appliquer les critères d'examen et les principes juridiques qu'appliquerait le Tribunal de commerce international (article 1904(2-3) de l'ALE). À cet égard, la législation sera réputée comprendre « les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence pertinents, dans la mesure où un tribunal de la Partie importatrice tiendrait compte de ces facteurs... » (article 1904(2) de l'ALE). Au surplus, l'ALE prévoit la possibilité d'instituer un comité pour contestation extraordinaire, chargé de revoir les décisions des groupes spéciaux binationaux dans les cas extraordinaires. L'annexe 1904.13 prévoit que les parties établiront une liste de dix candidats, juges ou anciens juges d'une cour fédérale dans le

cas des États-Unis d'Amérique, et d'une cour de juridiction supérieure dans le cas du Canada, dont cinq nommés par chacune des parties. Un comité pour contestation extraordinaire se compose de trois membres. Chaque partie désigne un membre dans la liste, et les deux membres ainsi désignés choisissent le troisième dans la liste ou, au besoin, ils le désignent par tirage au sort dans la liste. Le rôle du comité est circonscrit par l'ALE. L'article 1904.13 se lit ainsi :

Toute Partie qui, dans un délai raisonnable à compter de la date où la décision du groupe spécial est rendue, fait valoir

- a) (i) qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite,
- (ii) que le groupe spécial s'est considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure, ou
- (iii) que le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère le présent article, et
- b) que l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational,

pourra se prévaloir de la procédure de contestation extraordinaire prévue à l'annexe 1904.13. (Soulignement ajouté)

Cet article prévoit qu'un triple critère doit être satisfait avant qu'une procédure de contestation extraordinaire ne soit recevable. Citons les propos du comité saisi de l'espèce Porc frais, frigorifié ou congelé du Canada, CCE 91-1904-01USA

(« CCE I »), propos cités avec approbation dans l'espèce Porcs vivants du Canada, CCE 93-1904-01USA (« CCE II ») :

Ces trois conditions soumettent à des critères étroits et précis les contestations extraordinaires et montrent bien qu'un recours extraordinaire ne se présente pas comme un appel au sens habituel. Énoncé de mesure administrative, Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis, p. 116, réimprimé dans Document de la Chambre des représentants n° 216, 100^e Congrès, deuxième session, 163, 278 (1988). En fait, la seule fonction du comité est de vérifier si chacune des trois conditions énoncées à l'article 1904.13 est bien remplie, {c'est-à-dire la conformité à l'un quelconque des critères de l'article 1904.13 (a) (i-iii) et aux deux conditions du sous-alinéa (b).}

La fonction d'un comité pour contestation extraordinaire consiste à dire si un groupe spécial ou un membre d'un groupe spécial a commis l'un des manquements visés par les trois conditions de la procédure de contestation extraordinaire (CCE I). Un comité n'est pas une juridiction d'appel, et il n'est pas investi des vastes pouvoirs d'une telle juridiction. Ses pouvoirs se limitent au redressement des « décisions aberrantes des groupes spéciaux » et du « comportement aberrant que peuvent avoir les membres des groupes spéciaux », lorsque de telles décisions ou de tels comportements ne sont pas justifiés et menacent l'intégrité du processus d'examen binational (Voir CCE I, p. 9, et CCE II, p. 7). Les rédacteurs de l'ALE ont bien mis en relief le caractère exceptionnel d'une contestation extraordinaire en réservant les recours de ce genre au Gouvernement des États-Unis et au Gouvernement du Canada, tandis que, en règle générale, toute personne concernée par une décision peut en appeler au tribunal compétent. Par ailleurs, contrairement aux procédures engagées

devant les juridictions ordinaires, les procédures de contestation extraordinaire doivent être engagées dans un délai de 30 jours, règle conforme au désir des parties de faire en sorte que leurs différends commerciaux soient résolus dans un souci de célérité et de stabilité. En bref, comme le nom l'indique et comme les dispositions substantives et règles de procédure de l'ALE le laissent entendre, le rôle d'un comité pour contestation extraordinaire consiste à revoir la décision d'un groupe spécial binational uniquement dans des cas exceptionnels et à casser la décision lorsqu'il est établi que l'un des membres du groupe spécial s'est rendu coupable d'un manquement visé à l'alinéa (i) de l'article 1904.13 ou que le groupe spécial a commis les manquements visés aux alinéas (ii) ou (iii) de cet article, et que les actes en question ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menacent l'intégrité du processus d'examen binational.

ERREURS ALLÉGUÉES

L'USTR soutient, au nom du Gouvernement des États-Unis, que, dans sa décision du 17 décembre 1993, la majorité du groupe spécial a manifestement outrepassé sa compétence et son autorité en n'appliquant pas le critère pertinent du contrôle judiciaire et en particulier (a) en infirmant la décision du Département concernant le traitement préférentiel conféré par les droits de coupe provinciaux et en lui substituant un critère des effets, critère qui n'est pas imposé par le droit des États-Unis, et (b) en infirmant la décision du Département touchant le caractère

limitatif des droits de coupe, et cela sans avoir analysé comme il faut les conclusions du Département comme l'exige le critère pertinent d'examen, et en imposant au Département des obligations nouvelles, ce qui débordait le mandat du groupe spécial. L'USTR affirme que de telles erreurs ont sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace de ce fait l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux.

TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

L'USTR affirme que, dans sa décision du 17 décembre 1993, la majorité du groupe spécial (la « majorité ») ne s'en est pas tenue à la formulation du texte législatif ni aux précédents judiciaires qui avaient désavoué tout critère des effets, lorsqu'elle a conclu que le Département était tenu de dire si les droits de coupe provinciaux avaient pour effet de fausser le marché.

Estimant que la conclusion du Département selon laquelle il y avait distorsion du marché n'était pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier (décision du 17 décembre 1993), la majorité s'est référée à l'avis unanime du groupe spécial du 6 mai 1993, dans laquelle le groupe spécial avait expliqué en détail les raisons pour lesquelles, selon lui, avant qu'une mesure puisse être considérée comme passible de droits compensateurs, il faut, d'après la loi, qu'il y ait distorsion du marché. Dans sa décision du 6 mai 1993, le groupe spécial s'est attardé sur les conditions juridiques qui doivent être remplies pour qu'une

subvention soit passible de droits compensateurs, puis cita la disposition 19 U.S.C. § 1677(5), qui se lit en partie ainsi :

(5) Subvention

(A) Généralités. Le mot « subvention » a le même sens que l'expression « prime ou gratification » employée dans l'article 303 de la présente loi [19 U.S.C. § 1303], et il comprend notamment ce qui suit :

(ii) Les subventions intérieures suivantes, si elles sont conférées ou imposées par une mesure gouvernementale à une entreprise ou industrie, ou à groupe particulier d'entreprises ou d'industries, de droit public ou de droit privé, que des subventions soient versées et conférées, directement ou indirectement, pour la fabrication, la production ou l'exportation de toute catégorie ou sorte de marchandise :

(II) La fourniture de produits ou de services à des taux préférentiels.

Le groupe spécial s'est posé la question de savoir « si la tarification établie par le gouvernement pour l'accès à une « ressource naturelle » peut équivaloir à une subvention passible de droits compensateurs lorsque cette tarification n'a aucun effet sur l'extrant ou sur le prix des produits extraits de la ressource naturelle ». (Décision du 6 mai 1993, p. 48). Examinant cette question, le groupe spécial se référa à plusieurs précédents américains où l'on a jugé que la législation sur les droits compensateurs avait pour objet de neutraliser l'avantage concurrentiel injuste dont bénéficieraient autrement les producteurs étrangers grâce aux subventions versées par leurs gouvernements. Dans la plupart des cas, le fait pour un

gouvernement de conférer un avantage aura pour résultat de fausser les règles habituelles de l'offre et de la demande, résultat qui ne sera pas contesté. Cependant, c'est la première fois que le Département tente d'appliquer la législation sur les droits compensateurs à des redevances versées pour l'accès à une ressource naturelle de caractère public.

Le groupe spécial mentionna aussi l'adoption de la récente réglementation proposée du Département, qui vise le calcul des droits compensateurs. On peut y lire ce qui suit :

Sur le plan conceptuel, la réglementation est fondée sur le modèle économique expliqué par le Département dans ses décisions finales Fil machine en acier au carbone originaire de Tchécoslovaquie et Fil machine en acier au carbone originaire de Pologne, et accepté par la Cour dans Georgetown Steel Corp. v. United States {...} Ce modèle, qui définit généralement une subvention comme une distorsion du processus commercial de répartition des ressources de l'économie, est à la base de toute la méthode employée par le Département. (Soulignement ajouté)

Bien que le Département se soit élevé contre l'affirmation selon laquelle la législation sur les droits compensateurs impose un critère de distorsion du marché (Voir, 57 Fed. Req. 22570 p. 22587), le groupe spécial fit observer que le Département avait utilisé ce critère pour dire que les restrictions imposées sur les exportations de billes constituaient une subvention précisément pour le motif qu'elles avaient pour effet de fausser l'économie de marché. Le groupe spécial arriva à la conclusion que le Département aurait dû se demander si les programmes provinciaux pouvaient avoir, et ont eu effectivement, un effet de distorsion sur le fonctionnement de marchés concurrentiels normaux, avant de

dire que les programmes en question supposent le genre de tarification « préférentielle » qui constitue une subvention donnant matière à compensation au sens du Tariff Act (Voir décision du 6 mai 1993, p. 64).

Les membres dissidents, dans la décision du 17 décembre 1993, avaient d'abord reconnu que, dans le cas dont ils étaient saisis, il fallait qu'il y ait distorsion du marché avant qu'une mesure ne puisse être considérée comme une subvention donnant matière à compensation (décision du 6 mai 1993), mais ils se sentirent contraints de changer de camp sur ce point en raison d'une récente décision, Daewoo Elecs. Co. v. International Union of Elec., 6 F.3d 1511 (Circuit fédéral, 1993), requête en certiorari déposée, 62 U.S. L.W. 3662 (États-Unis, 16 février 1994) n° 93-1328 (l'espèce « Daewoo »), et ils auraient confirmé la conclusion du Département selon laquelle les droits de coupe conféraient un traitement préférentiel. Voici leurs propos :

« Si nous n'étions pas fermement convaincus que l'espèce Daewoo éclipse notre directive antérieure sur la distorsion du marché, nous nous rangerions dans le présent avis au raisonnement de la majorité relative au traitement préférentiel conféré par les droits de coupe... Nous croyons que la critique de la majorité est convaincante, en présumant, pour les besoins du débat, qu'il est nécessaire de prouver une distorsion du marché mais, contrairement à la majorité, nous aurions renvoyé la question au Département pour qu'il explique les hypothèses qu'il énonce en effectuant de nouveau l'analyse de régression de l'étude Nordhaus... » (Décision du 17 décembre 1993, avis minoritaire, p. 48).

L'espèce Daewoo est une affaire antidumping, mais le critère d'examen qui y est énoncé s'applique également aux affaires de

droits compensateurs. C'est le précédent le plus récent qui énonce le critère d'examen en vigueur aux États-Unis. Cependant, sur ce point, il n'ajoute rien au principe énoncé par la Cour suprême dans l'espèce Chevron U.S.A. Inc. v. National Resources Defence Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984) (l'espèce « Chevron ») et à la jurisprudence qui l'a suivie, une jurisprudence invoquée par la majorité dans sa décision. Dans l'espèce Daewoo, le Circuit fédéral devait dire si l'ITA était tenue de faire une analyse économétrique de l'incidence fiscale sur les consommateurs du marché intérieur pour déterminer quel pourcentage de la taxe coréenne sur les téléviseurs (taxe supprimée pour les téléviseurs exportés) il fallait ajouter au prix américain. Conformément à sa méthode comptable depuis longtemps établie, l'ITA avait estimé que l'intégralité de la taxe devait être ajoutée au prix américain. Appel fut interjeté au Tribunal de commerce international, qui exprima son désaccord avec la méthode comptable de l'ITA et ordonna à l'ITA d'effectuer une analyse économétrique de l'incidence de la taxe sur les consommateurs du marché coréen. Après plusieurs renvois, le pourcentage de la taxe à ajouter au prix américain fut réduit considérablement. Saisie à son tour de la question, la Cour d'appel du Circuit fédéral jugea que l'ITA avait bien interprété la loi antidumping, en utilisant une méthode comptable consistant à ajouter toutes les taxes à la consommation perçues pour les ventes sur le marché national, mais supprimées pour les exportations, et elle estima que l'ITA n'était pas tenue de procéder à une analyse économétrique de l'incidence de la taxe sur les consommateurs du

marché national. La Cour jugea aussi que la conclusion de l'ITA était appuyée par une preuve substantielle.

Dans cette affaire, on a admis que la taxe imposée aux consommateurs nationaux, mais supprimée pour les exportations, donnait aux fabricants de téléviseurs exportés un avantage concurrentiel. La question était de savoir dans quelle mesure. Dans le cas qui nous occupe, l'argument est que les droits de coupe ne confèrent aucun avantage concurrentiel et qu'ils ne donnent donc pas matière à compensation. L'espèce Daewoo ne traite pas de cet aspect.

Comme je l'ai mentionné plus haut, le groupe spécial s'est appuyé sur plusieurs précédents américains pour justifier sa conclusion selon laquelle, dans les circonstances particulières de la présente espèce, le Département était tenu de se demander si les droits de coupe conféraient un avantage concurrentiel ou, pour utiliser le vocabulaire de l'économie, s'ils entraînaient une « distorsion du marché ».

Le Département était persuadé qu'il n'était pas tenu de se demander s'il y avait distorsion du marché, mais il effectua néanmoins l'analyse demandée par le groupe spécial et arriva à la conclusion que les droits de coupe entraînaient effectivement une distorsion du marché. Dans sa décision du 17 décembre 1993, le groupe spécial analysa les motifs du Département, et la majorité estima qu'ils n'étaient pas appuyés par une preuve substantielle dans le dossier. N'eût été l'espèce Daewoo, les membres dissidents se seraient ralliés, pour l'essentiel, au raisonnement de la

majorité sur cette question. Contrairement à la majorité toutefois, les membres dissidents auraient renvoyé l'affaire au Département pour une analyse plus approfondie.

Compte tenu du dossier dont nous sommes saisis, et compte tenu des circonstances particulières de la présente espèce, je ne puis conclure que la majorité n'a pas appliqué comme elle le devait le droit des États-Unis lorsqu'elle a demandé au Département de considérer la question de la distorsion du marché, ni lorsqu'elle a jugé que la conclusion subséquente du Département selon laquelle il y avait distorsion du marché n'était pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier.

CRITÈRE DU CARACTÈRE LIMITATIF

L'USTR affirme, au nom du Gouvernement des États-Unis, que la majorité a manifestement outrepassé sa compétence et son autorité en infirmant les conclusions du Département selon lesquelles tant les droits de coupe que les REB étaient de caractère limitatif. L'USTR allègue que la majorité n'a pas effectué une bonne analyse des conclusions du Département, comme l'y obligeait le critère pertinent d'examen, et qu'elle a imposé au Département des obligations nouvelles qui débordaient le mandat du groupe spécial.

Dans sa décision du 6 mai 1993, le groupe spécial s'est attardé sur le critère pertinent d'examen aux termes du droit des États-Unis. Dans sa décision du 17 décembre 1993, il incorpora par référence ses observations antérieures, qui se lisent ainsi :

L'article 1904(3) de l'ALE oblige le groupe spécial à appliquer les critères d'examen décrits à l'article 1911, ainsi que les principes juridiques généraux qu'un tribunal du pays importateur appliquerait à l'examen d'une décision de l'autorité compétente chargée de l'enquête. Le champ du présent examen se limite au dossier administratif présenté à l'organisme, mais le groupe spécial peut aussi, comme le prévoit l'article 1904(2), tenir compte de ce qui suit :

Les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence pertinents, dans la mesure où un tribunal de la Partie importatrice tiendrait compte de ces facteurs dans son examen d'une décision finale de l'autorité concernée.

Puisque les États-Unis sont ici le pays importateur, le groupe spécial doit, en vertu de l'article 1911 de l'ALE, appliquer les critères d'examen énoncés dans 19 § 1516 A (b)(1)(B). En vertu de cette disposition, le groupe spécial doit juger illicite toute décision, constatation ou conclusion qui, selon lui, n'est pas étayée par une preuve substantielle contenue dans le dossier ou n'est pas autrement conforme au droit. Ce critère a été appliqué et discuté dans des décisions antérieures de groupes spéciaux binationaux.

D'après les critères d'examen, la décision du Département doit : (1) être appuyée par une preuve substantielle dans le dossier; et (2) être par ailleurs conforme au droit applicable.

Une preuve substantielle est davantage qu'une parcelle de preuve. L'expression signifie la preuve pertinente qu'un esprit sensé pourrait juger suffisante pour étayer une conclusion. Une preuve substantielle n'est pas aussi élevée qu'une preuve prépondérante, et la possibilité de tirer de la preuve deux conclusions incompatibles n'empêche pas la décision d'un organisme administratif d'être appuyée par une preuve substantielle. Toutefois, un tribunal investi du pouvoir de contrôle pourra casser la décision d'un organisme s'il ne peut en conscience conclure que la preuve à l'appui de cette décision est substantielle, compte tenu de l'ensemble du dossier, et compte tenu des éléments de preuve qui sont à l'opposé de l'avis de l'organisme. On a jugé que l'expression « preuve substantielle » s'entendait de la preuve pertinente qu'un esprit sensé pourrait juger suffisante pour étayer une conclusion, eu égard à l'ensemble du dossier, notamment aux éléments qui réduisent le caractère substantiel de la preuve.

Un groupe spécial binational ne peut, en tant qu'organisme de révision, s'aventurer dans un examen de novo. Les groupes spéciaux doivent limiter leur examen à la preuve contenue dans le dossier.

L'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'espèce Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resource Defence Council est de façon générale considéré comme le locus classicus de l'examen judiciaire des décisions administratives, surtout en ce qui a trait à l'interprétation que donne un organisme à la loi qu'il est chargé d'appliquer. L'espèce Chevron est à l'origine de la proposition selon laquelle, pour savoir si un organisme applique et interprète une loi d'une manière conforme au droit, il n'est pas nécessaire pour un tribunal de conclure que l'interprétation de l'organisme est la seule raisonnable, ou qu'elle correspond à l'interprétation que le tribunal aurait donné si la question s'était d'abord posée dans une instance judiciaire. »

...

Il est admis que le Tariff Act, 19 U.S.C. § 1677(5) s'applique au différend à la base de la présente affaire. Selon cette disposition, le Département doit dire si « une gratification, une prime ou une subvention » a été versée à une « entreprise ou industrie particulière ou à un groupe d'entreprises ou d'industries », mais elle ne dit rien sur la façon dont le Département doit s'y prendre. Comme la loi est silencieuse à ce sujet, la majorité a reconnu, avec raison, qu'elle devait déférer à l'interprétation donnée par le Département. Parlant du critère pertinent d'examen (décision du 17 décembre 1993, p. 16), la majorité se référa à l'espèce American Lamb Co. v. United States 785 F. 2d 944,1001 (Circuit fédéral, 1986, citant Chevron USA Inc. v. National Resources Defence Council, 467 US 837 (1984), ainsi que l'espèce Georgetown Steel Corp. v. U.S., 801 F. 2d 1308, 1314-18) et tint les propos suivants :

« Sauf si l'intention du législateur est manifeste, les groupes spéciaux doivent, sans aller au-delà, se demander si les interprétations législatives du Département sont « suffisamment raisonnables ». L'interprétation d'un organisme sera « suffisamment » raisonnable si elle repose sur une base rationnelle qui concorde avec l'objet de la loi. Les tribunaux ont refusé au Département l'exercice d'une discrétion administrative si cette discrétion va à l'encontre des objectifs de la loi. »

La décision du groupe spécial est remplie d'exemples où le groupe spécial a déféré aux conclusions du Département, encore qu'il eût pu ne pas arriver au même résultat s'il avait entendu l'affaire de novo. Par exemple, le groupe spécial a confirmé la conclusion du Département selon laquelle les REB peuvent donner lieu à une subvention donnant matière à compensation si elles sont jugées de caractère limitatif, et cela malgré les puissants arguments du Canada à l'encontre de cette conclusion.

Après examen de la nouvelle décision du Département après renvoi, la majorité a estimé que la nouvelle conclusion du Département selon laquelle les droits de coupe étaient de caractère limitatif était encore « juridiquement viciée » et que le Département n'avait pas fait reposer sa conclusion sur un fondement juridique rationnel (décision du 17 décembre 1993, p. 60). D'après la majorité, la conclusion du Département selon laquelle le nombre d'utilisateurs des droits de coupe était trop faible était une conclusion gratuite, le Département n'expliquant nulle part comme l'exigent les tribunaux américains, la raison pour laquelle les chiffres qu'il mentionnait étaient déterminants, ni même pertinents, pour lui permettre de conclure au caractère limitatif

des droits de coupe (décision du 17 décembre 1993, p. 53). La majorité a reconnu que le Département avait bien analysé les deux facteurs que sont le pouvoir discrétionnaire du gouvernement et l'intervention gouvernementale, et qu'il avait avec raison estimé que ces deux facteurs n'étaient pas déterminants pour dire que les droits de coupe étaient de caractère limitatif. La majorité estima cependant que le dossier n'appuyait pas suffisamment la conclusion du Département touchant l'utilisation dominante et disproportionnée. Quant aux REB, la majorité infirma la conclusion du Département selon laquelle elles étaient de caractère limitatif, et cela essentiellement parce que cette conclusion reposait sur ce qui, d'après la majorité, constituait la faille de l'analyse qu'avait faite le Département pour conclure au caractère limitatif des droits de coupe.

Je trouve extrêmement étrange qu'un tribunal administratif puisse, comme dans le cas présent, affirmer qu'une décision rendue par la Cour d'appel du Circuit fédéral, voire de n'importe quelle cour fédérale, est erronée et affirmer qu'il n'entend pas s'y plier (Nouvelle décision, p. 6). Je me réfère à l'espèce PPG Indus., Inc. v. United States, 978 F. 2d 1232 (Circuit fédéral, 1992) (« PPG IV »), l'un des précédents invoqués par le groupe spécial pour demander au Département de tenir compte de tous les facteurs permettant de conclure au caractère limitatif d'une mesure, comme le prévoit la réglementation proposée du Département, qui se lit ainsi :

Pour savoir si des avantages sont de caractère limitatif aux termes de l'alinéa (b)(1) du présent article, le Secrétaire tiendra compte, entre autres, des facteurs suivants :

- (i) la mesure dans laquelle un gouvernement cherche à restreindre la portée du programme;
- (ii) le nombre d'entreprises, d'industries, ou de groupes d'entreprises ou d'industries, qui se prévalent effectivement du programme;
- (iii) l'existence d'utilisateurs dominants du programme, ou l'attribution, en vertu du programme, d'avantages disproportionnés à certaines entreprises, certaines industries ou certains groupes d'entreprises ou d'industries; et
- (iv) la mesure dans laquelle le gouvernement visé exerce un pouvoir d'appréciation lorsqu'il confère des avantages en vertu du programme.

Il n'appartient pas au présent comité de dire quel poids plutôt qu'un autre devrait être accordé à une affaire décidée. Cette tâche appartient au groupe spécial binational. Notre rôle n'est pas d'examiner de simples points de droit qui ne menacent pas l'intégrité du mécanisme de règlement des différends de l'ALE, mais de faire en sorte que la décision du groupe spécial soit conforme à son mandat aux termes de l'ALE.

Le présent comité n'est pas compétent pour dire si les précédents judiciaires invoqués par le groupe spécial sont strictement conformes au droit positif américain. Notre tâche consiste seulement à dire si le groupe spécial a agi conformément à son mandat. À mon avis, il est impossible de dire, contrairement

à ce qu'affirme l'USTR, que le groupe spécial n'a pas appliqué comme il convient le droit des États-Unis lorsqu'il a demandé au Département, dans les circonstances de la présente affaire, de tenir compte de tous les facteurs énoncés dans la réglementation proposée du Département.

J'ai examiné avec soin le dossier (pièces et témoignages), et, pour les motifs indiqués ci-dessus, je ne suis pas persuadé que les erreurs imputées au groupe spécial répondent aux conditions énoncées à l'article 1904.13 pour une procédure de contestation extraordinaire.

OMISSION DE DIVULGUER

L'USTR allègue aussi que deux membres du groupe spécial ont violé de façon sensible les règles de conduite de l'ALE en omettant de divulguer une information qui révélait au moins une apparence de partialité ou de parti pris et, en ce qui concerne l'un d'eux, un grave conflit d'intérêts. Il affirme que les violations du code de conduite et le grave conflit d'intérêts ont vicié la décision rendue par le groupe spécial. Il en résulte que la validité de la décision du groupe spécial est ébranlée, ainsi que la confiance du public dans le mécanisme des groupes spéciaux, et les actes en question ont influé sensiblement sur les décisions du groupe spécial (Mémoire des États-Unis, p. 49). Les deux membres du groupe spécial contre qui des allégations sont faites sont le président, Richard G. Dearden, et le membre Lawson Hunter.

Les allégations résultent de lettres transmises par la Coalition à la section américaine du Secrétariat binational après la décision du 17 décembre 1993 rendue par le groupe spécial. Dans les lettres en question, la Coalition mentionne que les cabinets juridiques de MM. Dearden et Hunter ont représenté le gouvernement canadien, certains gouvernements provinciaux et certaines entreprises canadiennes de bois d'oeuvre, et elle se demande si les mandats ainsi obtenus ont été divulgués. Par lettres, datées du 14 janvier et du 8 février 1994, la section américaine du Secrétariat demanda à M. Dearden et M. Hunter de répondre aux points soulevés par la Coalition. Les deux membres fournirent des réponses détaillées aux demandes de renseignements complémentaires. Le 18 février 1994, les États-Unis demandèrent au Canada de consentir à ce que les deux membres soient destitués et à ce que le groupe spécial nouvellement constitué soit invité à casser les décisions rendues par le premier groupe spécial le 6 mai 1993 et le 17 décembre 1993. Le Canada refusa d'accéder à cette demande pour le motif qu'aucune des relations d'affaires prétendument préjudiciables n'entraînerait, en vertu du droit américain, une apparence de parti pris » (lettre du 22 février 1994 adressée par l'ambassadeur Raymond Chrétien à l'ambassadeur Rufus Yerxa).

Le 15 juillet 1992, avant qu'il ne soit accepté comme membre du groupe spécial, M. Dearden avait signé une déclaration dans laquelle il mentionnait que son cabinet juridique Gowling, Strathy et Henderson, avait représenté les gouvernements du Canada, du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan dans d'autres

dossiers. Il fournissait également une liste d'entreprises canadiennes de l'industrie forestière et de l'industrie des pâtes et papiers, entreprises à qui le cabinet avait donné des consultations. Dans une lettre du 17 juillet 1992, il déclara aussi que son cabinet avait représenté la société Leggett Platt Inc., un importateur américain de produits canadiens de bois d'oeuvre qui s'opposait activement à l'imposition de droits compensateurs sur ses produits. La notice biographique annexée à cette déclaration mentionnait que ses services avaient aussi été retenus par le Représentant au Commerce des États-Unis. Les États-Unis ne se sont nullement opposés à ce que M. Dearden fasse partie du groupe spécial.

Dans sa réponse détaillée aux points soulevés par la Coalition, M. Dearden énuméra plusieurs autres parties que son cabinet avait représentées et il expliqua en détail la nature et le genre des consultations données. Il mentionne entre autre ce qui suit :

« Comme je l'ai déjà révélé, mon cabinet a occupé pour plusieurs entreprises de l'industrie forestière et de l'industrie des pâtes et papiers, relativement à des recours non commerciaux (voir ma déclaration confidentielle du 15 juillet 1992). Comme il est indiqué dans ma déclaration, je puis encore confirmer que le cabinet Gowling, Strathy & Henderson n'a donné aucune consultation aux gouvernements ou entreprises énumérés dans la liste des parties intéressées, ni à aucune entreprise de l'industrie forestière ou de l'industrie du bois d'oeuvre, de l'industrie des pâtes et papiers ou de l'industrie de la transformation du bois, relativement aux mesures compensatrices qui font l'objet de la présente instance. »

Il ajouta que, loin de sembler prendre parti pour le Canada, il avait déjà occupé pour le Représentant au Commerce des États-Unis, il avait travaillé en étroite collaboration avec le Département du Commerce des États-Unis relativement à la négociation de l'ALE lui-même, et plusieurs membres de son cabinet avaient représenté, et représentaient encore, le Gouvernement des États-Unis dans plusieurs dossiers non liés à la procédure compensatrice.

Le 24 juin 1992, M. Hunter présentait une déclaration dans laquelle il mentionnait que son cabinet juridique, Fraser & Beatty, avait été retenu dans d'autres dossiers par Domtar Inc., Scott Paper Limited et Diashowa Forest Products Ltd. Le 1^{er} janvier 1993, il se joignait au cabinet Stikeman, Elliott. Il informa par téléphone la section américaine du Secrétariat qu'il s'était joint à un nouveau cabinet, et il mentionna au Secrétaire qu'un membre de son nouveau cabinet avait déjà déposé une déclaration auprès de la section canadienne. Cette déclaration mentionnait que, même si le cabinet représentait dans d'autres dossiers certaines entreprises de produits forestiers, il ne donnait pas de consultations sur des questions de droit commercial se rapportant aux points que devait trancher le groupe spécial. La section américaine du Secrétariat lui demanda de présenter cette information par écrit en vue de sa transmission aux parties, mais il ne l'a pas fait.

M. Hunter a également fourni une réponse détaillée aux points soulevés par la Coalition. Après vérification minutieuse du travail effectué par le cabinet Stikeman, Elliott, il ajouta une

liste d'autres entreprises canadiennes, non mentionnées auparavant, pour lesquelles son cabinet avait occupé dans d'autres affaires, et il confirma que ce cabinet n'avait donné de consultations à aucun producteur canadien de bois d'oeuvre ou de produits forestiers, relativement à la procédure compensatrice dont était saisi le groupe spécial. Quant à la demande de renseignements complémentaires se rapportant au travail effectué pour Stone Consolidated, voici la réponse de M. Hunter :

« Comme je le mentionnais dans ma lettre du 24 janvier 1994, le cabinet Stikeman, Elliott occupe pour Stone Consolidated, dans des dossiers sans rapport avec les recours commerciaux. Le dossier Guay se rapporte à un différend commercial entre Stone et la défenderesse, relativement aux dommages subis par une pièce d'équipement. Cette affaire n'a aucun rapport avec le différend relatif au bois d'oeuvre dont est saisi le groupe spécial.

La lettre Dewey Ballantine mentionne aussi que Stone Consolidated est l'un des nombreux producteurs canadiens de bois d'oeuvre ayant demandé que le Département du Commerce procède à un examen administratif qui leur soit propre. Je suis incapable de dire si cela est vrai ou non, et le cabinet Stikeman, Elliott n'est nullement engagé envers Stone Consolidated, ni n'occupe pour cette société, relativement à un tel examen si tel examen a été entrepris. Le dossier dont est saisi le groupe spécial ne mentionne nulle part qu'un tel examen était envisagé par Stone Consolidated, ni même par aucune autre entreprise canadienne de produits forestiers » (lettre à James R. Holbein du 27 janvier 1994.)

Outre qu'il allègue que M. Hunter a omis de faire une divulgation intégrale, l'USTR affirme que M. Hunter s'est rendu coupable d'un grave conflit d'intérêts en s'engageant dans une relation contractuelle avec le gouvernement canadien lorsqu'il faisait partie du groupe spécial. M. Hunter est un ancien sous-ministre adjoint du Bureau de la politique de concurrence du Canada

et un ancien directeur des enquêtes et de la recherche (lettre du 24 juin 1992 de Lawson A.W. Hunter à Cathy Beehan, section canadienne du Secrétariat). En raison de sa connaissance particulière du droit de la concurrence, Lexenomics Inc., société dont M. Hunter était président, fut engagée par le gouvernement canadien, moyennant des honoraires relativement négligeables, pour organiser un séminaire concernant la Loi sur la concurrence et la réglementation connexe, en marge du projet de fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien international.

La note liminaire de l'obligation de déclaration énoncée dans le Code de conduite pour les procédures prévues aux chapitres 18 et 19 de l'ALE se lit ainsi :

« Le présent Code part du principe que tout candidat ou membre doit déclarer l'existence d'intérêts ou de relations pouvant influencer sur son indépendance et son impartialité ou donner raisonnablement à penser qu'il puisse être de parti pris.

Toutefois, ce principe ne devrait pas être interprété de telle manière que l'obligation de faire une déclaration détaillée rende impossible aux personnes appartenant à la profession juridique ou au milieu des affaires d'accepter les fonctions de membre, privant ainsi les Parties et les participants des services de ceux pouvant être les mieux qualifiés pour exercer ces fonctions. Par conséquent, les candidats ou membres ne devraient pas être tenus de déclarer les intérêts ou relations peu susceptibles d'influer sur leur rôle dans la procédure, mais ne devraient pas perdre de vue l'obligation permanente de déclarer les relations ou intérêts pouvant influencer sur l'impartialité ou l'intégrité du processus. »

Une fois nommé, un membre doit demeurer vigilant à cet égard et divulguer les intérêts ou relations susceptibles de réduire son objectivité ou son impartialité ou pouvant raisonnablement entraîner une apparence de parti pris.

L'annexe 1901.2(6) oblige tout membre d'un groupe spécial à se conformer au Code de conduite. Le code les assujettit à une obligation très étendue de divulgation, avant et durant la procédure du groupe spécial. Plusieurs dispositions mentionnent que les candidats et membres doivent éviter toute apparence d'inconvenance, de partialité ou de parti pris. Le Code de conduite est lui-même truffé de dispositions dont l'objet est de garantir et de préserver l'intégrité et l'impartialité du mécanisme des groupes spéciaux.

Dans la demande officielle de constitution d'un comité pour contestation extraordinaire, le point principal des motifs invoqués pour le redressement demandé est : « importante violation du code de conduite et grave conflit d'intérêts ». Comme je l'ai déjà dit, la première allégation s'applique à la fois à M. Dearden et à M. Hunter, la deuxième à M. Hunter seulement. La demande faite par l'USTR au nom du Gouvernement des États-Unis est que, en conformité avec l'annexe 1904.13(3), le comité annule les décisions du groupe spécial afin de permettre aux parties de constituer un nouveau groupe spécial, pour le cas où l'USTR échouerait dans son appel sur les questions de fond.

L'article 1904.13 prévoit qu'une procédure de contestation extraordinaire est justifiée si :

- (a) un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite... et
- (b) l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational. (Soulignement ajouté).

Aucune inconduite grave ni parti pris ne sont ici allégués, et à mon avis avec raison. L'USTR affirme cependant que le fait pour les membres de ne pas avoir fait une divulgation intégrale constitue une violation du Code de conduite qui a menacé l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux et influé sensiblement sur la décision du groupe spécial (Mémoire des États-Unis, p. 38).

Pour satisfaire au critère d'examen prévu par l'article 1904.13(a)(i), il faut prouver qu'un membre du groupe spécial a violé de façon sensible les règles de conduite et que cette violation a influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux. Le mot « sensible » évoque une norme plus faible que des modificatifs tels que « flagrant », « grave » ou « fondamental », mais le fait qu'il soit ajouté est le signe que toute les violations du Code de conduite ne répondront pas nécessairement au critère énoncé à l'article 1904.13.

Les violations dont on peut dire qu'elles ont influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et qu'elles menacent l'intégrité du processus d'examen binational sont celles qui sont « sensibles ». Je donne à ce mot le sens que lui donne le dictionnaire : « assez grand pour être perçu » ou « non négligeable » ou, sur un plan juridique, « pertinent aux procédures ».

Je n'entend pas détailler les intérêts et relations qui n'ont pas été divulgués par les deux membres, puisqu'elles l'ont été par

mes deux collègues dans leurs avis respectifs. Il me suffira ici de dire qu'aucun de ces intérêts et relations n'avait un quelconque rapport avec la question que devait trancher le groupe spécial, et ils ne se distinguaient pas non plus de manière importante des intérêts et relations divulgués à l'origine et contre lesquels le Gouvernement des États-Unis n'a pas protesté.

M. Dearden a pris bien soin d'énumérer tous les intérêts et relations que l'on aurait pu considérer comme une menace pour son impartialité, et il a surtout fait état des liens de son cabinet avec une société américaine qui importait des produits canadiens de bois d'oeuvre et qui s'opposait énergiquement à l'imposition de droits compensateurs.

Il a par la suite déclaré des travaux effectués pour d'autres gouvernements provinciaux et diverses entreprises relativement à d'autres dossiers. Lesdites déclarations n'étaient pas différentes de celles qu'il avait faites avant d'être accepté comme membre du groupe spécial, et rien ne permet de conclure qu'il n'aurait pas été accepté comme tel s'il avait fait une divulgation intégrale.

Le dossier révèle que d'autres membres qui avaient fait de volumineuses déclarations renfermant des informations semblables à celles divulguées par M. Dearden ont été acceptés comme membres du groupe spécial.

Néanmoins, dans le strict respect du Code de conduite et des obligations que lui imposait ce code, M. Dearden aurait dû inclure dans sa déclaration initiale les matières qui lui sont imputées aujourd'hui. Il appartenait aux États-Unis, non à lui-même, de

dire si cette information était pertinente aux procédures en question et de dire si elle était d'une nature telle qu'elle pouvait raisonnablement compromettre son impartialité ou donner une impression de parti pris. Cependant, eu égard à la nature de l'information non divulguée et aux explications fournies par lui pour justifier l'absence de cette information dans sa déclaration initiale, je ne suis pas persuadé que la non-divulgateur constitue ici une violation « sensible » au sens du Code de conduite. L'information non divulguée touchant les consultations données et les services rendus à divers gouvernements et diverses entreprises se rapportait à des affaires autres et était apparentée à l'information divulguée que les deux parties avaient acceptée à plusieurs reprises comme non susceptible de donner une impression de partialité ou de parti pris. Si cette information s'était rapportée à des consultations données relativement à un point que devait trancher le groupe spécial, la conclusion aurait été différente.

J'ai examiné soigneusement le dossier (pièces et témoignages) des parties et des intervenants, et je suis arrivé à la même conclusion en ce qui concerne les allégations faites contre M. Hunter. Indiscutablement, M. Hunter a fait preuve de négligence en omettant de déposer une nouvelle déclaration lorsqu'il s'est joint à un nouveau cabinet. Le fait qu'il ait mentionné au Secrétaire de la section américaine du Secrétariat binational qu'un membre de son nouveau cabinet avait déjà déposé une déclaration ne le dispensait pas de déposer lui-même une déclaration. Cependant,

le dossier révèle que l'information non divulguée visait un travail effectué par son cabinet, dans des dossiers autres, pour des parties intéressées, et que cette information était semblable aux intérêts déclarés par plusieurs autres candidats qui avaient été acceptés comme membres d'un groupe spécial.

Par ailleurs, M. Hunter aurait dû divulguer le lien contractuel qu'il avait avec le Gouvernement du Canada lorsqu'il siégeait comme membre du groupe spécial, lien qui se rapportait au projet de fusion d'Air Canada et de Lignes aériennes Canadien international. Même si ce travail n'avait aucun rapport avec les procédures engagées devant le groupe spécial, il appartenait néanmoins à M. Hunter de faire une déclaration, afin de permettre au Gouvernement des États-Unis d'user de son privilège et de demander, s'il l'estimait à propos, qu'il soit relevé de ses fonctions de membre du groupe spécial. À mon avis toutefois, le Gouvernement des États-Unis n'aurait pas usé de son privilège à ce moment-là. Je fonde mon opinion sur le fait que les parties savaient qu'un membre du groupe spécial était membre du Comité consultatif du droit international du Département d'État des États-Unis, et qu'elles ne se sont pas opposées à ce qu'il soit membre du groupe spécial.

La faiblesse intrinsèque du mécanisme des groupes spéciaux, s'il y a une telle faiblesse, est la difficulté d'inculquer dans l'esprit des parties intéressées et du public en général autant de foi dans l'impartialité des membres d'un groupe spécial qu'ils en ont dans l'impartialité des magistrats.

Si un candidat divulgue intégralement l'existence d'intérêts ou de relations qui sont susceptibles d'influer sur son objectivité et son impartialité ou qui peuvent donner l'impression d'un parti pris, et s'il est accepté par les deux gouvernements comme membre d'un groupe spécial, il doit être à l'abri de toute allégation de partialité ou de parti pris. Cependant, tel n'est pas nécessairement le cas. L'information contenue dans les déclarations est confidentielle et les autres intervenants et parties concernées ignorent le contenu des déclarations. Une bonne partie de l'information divulguée cependant est connue du public, et les parties intéressées auront parfois l'impression que certains membres du groupe spécial n'ont pas été impartiaux.

Cependant, cela ne réduit en rien l'importance du mécanisme des groupes spéciaux binationaux, un mécanisme essentiel à l'application de l'Accord de libre-échange, si l'on veut que les objectifs de cet Accord soient réalisés.

Les deux parties à l'ALE étaient conscientes du fait que les personnes les plus aptes à siéger au sein d'un groupe spécial appartenaient, pour la plupart, à de grands cabinets qui travaillaient pour l'un des gouvernements, ou pour les deux, et qui, dans nombre de cas, avaient déjà occupé pour des entreprises faisant du commerce avec l'autre pays. C'est la raison pour laquelle elles ont obligé les éventuels membres des groupes spéciaux à divulguer l'existence des intérêts ou relations susceptibles d'influer sur leur objectivité et leur impartialité ou pouvant donner l'impression d'un parti pris. Les membres des

groupes spéciaux ne doivent jamais perdre de vue l'importance de leur rôle dans l'application de l'ALE, et ils doivent prendre tous les moyens raisonnables pour s'assurer qu'ils se plient aux exigences de divulgation intégrale prévues par le Code de conduite. Ils pourront alors s'acquitter de leurs obligations avec l'esprit tranquille, sachant que leur impartialité ne pourra être mise en doute.

Comme je ne suis pas persuadé que l'USTR soit parvenue à établir une violation soit de l'alinéa (a)(i), soit de l'alinéa (a)(ii) de l'article 1904.13 de l'ALE, il ne m'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième volets du critère qui sont énoncés à l'article 1904.13 (b).

CONCLUSION

Pour les motifs indiqués ci-dessus, je rejetterais la demande de contestation extraordinaire. En accord avec la décision de M. le juge Hart consignée ici, l'avis du groupe spécial binational du 17 décembre 1993, ainsi que l'ordonnance qui l'accompagne, conserveront leur effet, et l'ordonnance finale du groupe spécial binational du 23 février 1994 confirmant la décision du Département après renvoi est elle-même confirmée.

SIGNÉ DANS L'ORIGINAL PAR :

HERBERT B. MORGAN
HERBERT B. MORGAN

Fait le 3 août 1994

Comité pour contestation extraordinaire
Examen aux termes de
l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis

Bois d'oeuvre
originaire du Canada

CCE-94-1904-01USA

Avis contraire de
M. le juge Malcolm Wilkey, juge de circuit des États-Unis (en retraite)

GRANDES LIGNES

LA NOUVELLE DÉCISION DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE APRÈS RENVOI, ET
L'EXAMEN DES MESURES DE L'ORGANISME ADMINISTRATIF PAR UN GROUPE
SPÉCIAL BINATIONAL

- I LE NOUVEAU MÉCANISME D'APPEL ÉTABLI PAR L'ACCORD ET PAR LE CONGRÈS DES ÉTATS-UNIS
- II LE CRITÈRE D'EXAMEN DES DÉCISIONS DE L'ORGANISME SELON UNE PERSPECTIVE CANADIENNE
- III LE CRITÈRE D'EXAMEN DES DÉCISIONS DE L'ORGANISME SELON UNE PERSPECTIVE AMÉRICAINE
 - A. Témoignage de M^{me} Jean Anderson devant les commissions du Sénat et de la Chambre en 1988
 - B. Le précédent obligatoire le plus récent du Circuit fédéral
- IV LA NOUVELLE DÉCISION DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE APRÈS RENVOI ET LA DÉCISION PARTAGÉE (3 CONTRE 2) RENDUE PAR LE GROUPE SPÉCIAL LE 17 DÉCEMBRE 1993
- V LES RAPPORTS DES COMMISSIONS EXTRAORDINAIRES DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE SUR L'ALENA
 - A. Moment choisi
 - B. Composition extraordinaire des commissions du Congrès
 - C. Présidents identiques des commissions et majorité de membres identiques
 - D. Formulation identique adoptée pour le nouveau régime de contrôle judiciaire des décisions de l'organisme
 - E. Aucune modification dans la formulation législative antérieure
 - F. Effet pratique

- G. Ce que le Sénat a dit
- H. Ce que la Chambre a dit
- I. Effet juridique

VI FAILLES DU MÉCANISME D'EXAMEN ÉTABLI EN REMPLACEMENT

VIOLATIONS SENSIBLES DU CODE DE CONDUITE ET GRAVE CONFLIT D'INTÉRÊTS

I LES RÈGLES ET LES VIOLATIONS IMPUTÉES

II ÉTENDUE DES VIOLATIONS

- A. La divulgation est à la base du mode de sélection des membres d'un groupe spécial
- B. Le droit illimité d'une Partie d'accepter ou de refuser un membre pressenti, pour une quelconque raison ou sans raison
- C. Nature des relations des membres du groupe spécial avec les Parties intéressées
- D. Analyse chronologique des engagements professionnels des deux membres et incidence de tels engagements sur leur acceptation ou leur récusation comme membres du groupe spécial par les États-Unis

III EXAMEN DE LA PHRASE : « A SENSIBLEMENT INFLUÉ SUR LA DÉCISION DU GROUPE SPÉCIAL ET MENACE L'INTÉGRITÉ DU PROCESSUS D'EXAMEN BINATIONAL »

ANNEXE 1 CHRONOLOGIE DES DÉCLARATIONS DEARDEN ET HUNTER

ANNEXE 2 ARGUMENTS JURIDIQUES DIVERS

Nous n'avons pas pour objectif, dans le présent avis, de redéfinir et de réarranger les complexités du droit commercial qui sont énoncées de façon très détaillée dans les 192 pages de la nouvelle décision après renvoi rendue par le Département du Commerce conformément à l'ordonnance de renvoi prononcée par le groupe spécial binational, et dans les 190 pages des deux renvois prononcés par le groupe spécial binational. Nul n'affirme que c'est là le rôle propre à un comité pour contestation extraordinaire. Je vais plutôt me pencher sur la définition de ce rôle; j'ai l'impression en effet qu'un comité pour contestation extraordinaire ne pourra jouer aucun rôle.

J'examinerai d'abord l'allégation selon laquelle le groupe spécial n'a pas appliqué à la nouvelle décision du Département du Commerce le critère d'examen prévu par le droit des États-Unis, puis je me pencherai sur les violations alléguées du code de conduite et sur l'existence alléguée d'un grave conflit d'intérêts.

LA NOUVELLE DÉCISION DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE APRÈS RENVOI, ET
L'EXAMEN DES MESURES DE L'ORGANISME ADMINISTRATIF
PAR UN GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL

I **LE NOUVEAU MÉCANISME D'APPEL ÉTABLI PAR L'ACCORD ET PAR LE CONGRÈS DES ÉTATS-UNIS**

L'antagonisme des intérêts économiques à l'intérieur des frontières nationales et par delà les frontières nationales étant ce qu'il est, il apparaît inévitable que surgissent des différends commerciaux entre les deux pays. Un système original a été conçu pour régler ces différends, ceux qui l'ont imaginé espérant ainsi les régler avec plus d'habileté et plus de célérité qu'en recourant aux systèmes judiciaires nationaux. Devant le Congrès et devant le Parlement, on assura à l'envi que les lois nationales de chaque pays, qu'il s'agisse de droit objectif ou de procédure, seraient appliquées par les deux paliers du nouveau système tout aussi rigoureusement qu'elles le sont par les systèmes judiciaires fédéraux que ce nouveau système allait remplacer.

En vertu du droit administratif établi de longue date aux États-Unis, les mesures prises par un organisme administratif (ce qui comprend ici l'International Trade Administration du Département du Commerce), qu'il s'agisse de réglementations ou de décisions, peuvent être contrôlées par une cour d'appel de circuit des États-Unis. Presque toutes les décisions administratives peuvent faire l'objet d'un contrôle de la Cour d'appel pour le circuit du D.C., certaines également d'un contrôle d'autres circuits. Il existe aussi une voie parallèle d'examen des décisions administratives : le dépôt d'un acte introductif devant la Cour de district des États-Unis, pour obtenir une injonction, un mandamus ou autre bref de prérogative. On peut interjeter appel

d'une décision de la Cour de district directement devant la cour d'appel du circuit considéré. Pour l'un ou l'autre genre d'action, il est possible d'obtenir l'examen d'une décision d'une cour de circuit en déposant une requête en certiorari devant la Cour suprême, mais ce recours est limité, au gré de la Cour suprême, à l'interprétation et à l'application de règles importantes du droit objectif ou à des questions importantes de procédure judiciaire telles que l'application régulière de la loi.

Dans les affaires commerciales, le contrôle des décisions administratives aux États-Unis suit la trajectoire suivante : d'abord l'ITA, au sein du Département du Commerce, puis le Tribunal de commerce international (le CIT), une cour comptant plusieurs juges dans laquelle un juge est choisi pour revoir toute décision administrative de l'ITA dont appel est interjeté. Puis la décision du CIT peut faire à son tour l'objet d'une demande de contrôle à la Cour d'appel du Circuit fédéral.

Dans l'Accord de libre-échange, les Parties ont voulu reproduire ce modèle en instituant un groupe spécial binational de cinq membres, dont le rôle consiste à revoir les décisions administratives de l'ITA (Département du Commerce). Les décisions rendues par ce groupe spécial binational de cinq membres peuvent à leur tour faire l'objet d'un examen devant un comité pour contestation extraordinaire de trois membres. Dans un groupe spécial binational, trois membres sont des ressortissants de l'une des Parties, et deux de l'autre Partie, et, dans un comité pour contestation extraordinaire, deux membres sont ressortissants de

l'une des Parties et le troisième de l'autre Partie. Dans les deux cas, la représentation de chacune des nationalités est déterminée soit par entente des Parties, soit par tirage au sort.

L'examen initial de la mesure administrative par le groupe spécial binational de cinq membres est donc comparable à l'examen qu'effectue une cour d'appel dans la plupart des examens de ce genre aux États-Unis, ou qu'effectue le Tribunal de commerce international dans le cas particulier des décisions commerciales rendues par l'ITA (Département du Commerce). De la même façon, le rôle du comité pour contestation extraordinaire pourrait être comparé à celui de la Cour suprême dans l'examen des décisions administratives, et cela pour deux raisons : d'abord la décision des deux organismes est finale et sans appel; ensuite, l'examen se limite aux grandes questions de droit objectif et de procédure. En ce qui concerne l'examen des décisions commerciales rendues par l'ITA, l'affaire était auparavant d'abord entendue par le CIT, puis par le Circuit fédéral, dont la décision n'était pas finale et qui appliquait une norme de contrôle davantage comparable à celle des autres cours d'appel.

Un aspect très important des négociations qui a fait son chemin jusqu'à l'Accord de libre-échange était la promesse selon laquelle le droit national de la partie dont la décision administrative était contestée s'appliquerait. Le droit national en question comprenait le droit objectif, la procédure et les critères d'examen.

L'article 1911 de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis définit ainsi les critères d'examen que doivent appliquer les groupes spéciaux binationaux :

« Dans le cas des États-Unis d'Amérique, les critères énoncés à l'article 516A (b)(1)(B) du Tariff Act of 1930, modifié,... »

Cet article du Tariff Act énonce les critères d'examen que doit appliquer le Tribunal de commerce international, et aujourd'hui les groupes spéciaux binationaux Canada-États-Unis, c'est-à-dire le critère suivant : le Tribunal tiendra pour illicite toute décision, constatation ou conclusion qui, selon lui, n'est pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier ou n'est pas par ailleurs conforme au droit.

L'article 1904.3 de l'Accord se lit ainsi :

Le groupe spécial appliquera les critères d'examen décrits à l'article 1911, ainsi que les principes juridiques généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait à l'examen d'une décision de l'autorité compétente chargée de l'enquête.

Le critère d'examen que doit appliquer un comité pour contestation extraordinaire est énoncé à l'article 1904.13 de l'Accord. Le comité doit prendre des mesures correctives (a) si « le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère cet article, et (b) si l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa (a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational... »

Rattachons maintenant les critères d'examen que doivent appliquer les groupes spéciaux binationaux et les comités pour

contestation extraordinaire aux principes traditionnels du droit des États-Unis. Comme on l'a dit, l'Accord de libre-échange établit un triple critère lorsque l'on veut savoir si les décisions des groupes spéciaux binationaux sont erronées. La première chose que doit se demander le comité pour contestation extraordinaire, avant de pouvoir décréter des mesures correctives, est de savoir « si le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère le présent article, ... » Cette disposition a pour objet d'imposer une application correcte de l'ensemble du droit des États-Unis, y compris celle des critères d'examen établis en droit administratif. Le critère d'examen que doit appliquer le groupe spécial binational est celui énoncé ci-dessus : « le tribunal [groupe spécial binational] tiendra pour illicite toute décision, constatation ou conclusion qui, d'après lui, n'est pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier ou n'est pas par ailleurs conforme au droit. »

Pour ceux qui connaissent bien le contrôle judiciaire des décisions des organismes administratifs américains, il apparaîtra tout de suite que ce critère d'examen que doivent appliquer les groupes spéciaux binationaux découle directement de l'Administrative Procedure Act de 1946. Sa disposition 5 USC article 705, *Champ d'examen*, prévoit ce qui suit :

La juridiction de contrôle - ...

(2) tiendra pour illicites, et annulera, les décisions, constatations et conclusions administratives qui, selon elle :

(A) sont arbitraires ou capricieuses ou constituent un abus de pouvoir ou ne sont pas par ailleurs conformes au droit;

...

(C) constituent un excès de compétence, d'autorité ou de pouvoirs ou empiètent sur un droit;

...
 (E) ne sont pas appuyées par une preuve substantielle dans un cas [où il faut statuer sur la foi du dossier].

Ainsi, la disposition 19 USC 1516A (b)(1)(B) - « ne sont pas appuyées par une preuve substantielle dans le dossier ou ne sont pas par ailleurs conformes au droit » - n'est ni plus ni moins qu'une version abrégée des deux éléments principaux du critère de contrôle judiciaire inscrit dans l'Administrative Procedure Act. Dans l'application de l'APA, ce critère d'examen est couramment invoqué par les cours d'appel de circuit lorsqu'elles examinent la validité des décisions des organismes administratifs; en vertu de l'ALE, formulé un peu différemment, le critère doit être appliqué par les groupes spéciaux binationaux lorsqu'ils examinent les décisions d'organismes administratifs américains. Comme il est indiqué ci-dessus, le critère que doivent appliquer les groupes spéciaux binationaux était à l'origine énoncé dans la loi pour les examens effectués par le Tribunal de commerce international.

Revenons maintenant au rôle du comité pour contestation extraordinaire. Un tel comité occupe, dans la hiérarchie des mécanismes de contrôle, la même place en ce qui concerne les affaires commerciales binationales que celle qu'occupait auparavant la Cour d'appel du circuit fédéral. Dans l'espèce *Daewoo Electronics v. International Union*, la Cour d'appel décrivait ainsi son rôle :

Comme pour le tribunal de première instance (le CIT), l'examen de la question requiert que nous nous demandions si une preuve substantielle appuie la décision de l'ITA... Il faut se demander si le dossier justifie la décision de l'ITA, et non si une autre conclusion aurait pu raisonnablement être tirée. Comme on l'a souvent dit, « la possibilité de tirer deux conclusions incompatibles de la preuve n'empêche pas la décision d'un organisme administratif d'être appuyée par une preuve substantielle. »¹

Notre tâche en tant que comité pour contestation extraordinaire est donc de voir de quelle façon le groupe spécial binational a fait son travail, c'est-à-dire de voir s'il a effectué son examen d'une décision de l'organisme administratif en se fondant sur le critère d'examen prescrit dans la loi, critère qui est l'équivalent du critère bien compris de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis depuis de nombreuses années. Nous verrons d'abord ce que le groupe spécial a fait dans son examen, non seulement quel critère il a prétendument appliqué, mais aussi la façon dont il l'a appliqué, puis nous examinerons la décision du Département telle qu'elle apparaît dans sa nouvelle décision après renvoi, pour voir si le groupe spécial a bien évalué cette décision en fonction du critère pertinent d'examen. Si le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère l'article 1904 et si les deux autres branches du critère sont satisfaites, alors la décision du groupe spéciale doit être annulée.

Examinons brièvement les deux autres branches du critère qui autorisent un comité à prendre des mesures correctives. Si le fait

¹ 6 Fed. 2d 1511, p. 150. (Circuit fédéral, 1993)

pour le groupe spécial d'avoir outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence « a influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational », alors le CCE est tenu d'annuler la décision du groupe spécial. C'est ce volet du triple critère qui rend l'examen que fait un CCE d'une décision d'un groupe spécial binational quelque peu différent du contrôle direct exercé par une cour d'appel de circuit sur une décision administrative.

Il faut se rappeler que le mécanisme du CCE est la deuxième étape soustraite au contrôle des décisions administratives, et ce mécanisme occupe donc le même niveau que le Circuit fédéral dans la hiérarchie du contrôle exercé sur les décisions administratives de nature commerciale, et le même niveau que la Cour suprême pour ce qui est du contrôle des autres décisions des organismes administratifs. Les expressions « influé sensiblement sur la décision d'un groupe spécial » et « menacé l'intégrité du processus d'examen binational » rappellent les normes que la Cour suprême applique dans les procédures de certiorari, c'est-à-dire que la Cour suprême accordera un certiorari uniquement lorsqu'est en jeu l'interprétation ou l'application d'une importante règle de droit objectif ou lorsqu'il y a eu violation importante d'une procédure judiciaire, telle que l'équité de la procédure en droit criminel. La compétence du CCE aux termes de l'ALE est en partie une compétence facultative, comme la compétence de la Cour suprême en matière de certiorari, c'est-à-dire que les plaideurs privés qui s'estiment lésés ne peuvent engager une procédure de contestation

extraordinaire; seules les Parties à l'accord ont ce pouvoir, en vue de faire examiner des questions importantes.²

Comme on l'a dit au début, l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis a été « vendu » au Congrès et au Parlement par ceux qui l'appuyaient dans les deux pays, sur la promesse que les lois nationales, règles objectives ou règles de procédures continueraient de s'appliquer telles quelles (sauf quelques changements mineurs nécessaires pour assurer la conformité à l'accord) et que, plus particulièrement, la norme de contrôle judiciaire serait maintenue par la juridiction d'appel à deux niveaux (groupe spécial et CCE), juridiction qui devait remplacer les tribunaux nationaux de chaque pays.

Voici les propos tenus par un précédent comité pour contestation extraordinaire dans l'espèce Porcs vivants du Canada :
« L'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALENA) rend explicite

² L'un de mes deux collègues décrit le nouveau mécanisme d'appel en utilisant des mots qui favorisent les prétentions canadiennes. « Aux termes de l'accord, la décision majoritaire d'un groupe spécial ne peut faire l'objet d'un appel, et elle est obligatoire pour les parties. » (p. 7) Si elle ne fait pas « l'objet d'un appel », comment et pourquoi le CCE a-t-il été constitué? Il n'y a pas d'appel de la part de plaideurs privés, cela est vrai. Comme on l'a vu, on veut garantir ainsi que seules les questions importantes « qui influent sensiblement sur la décision du groupe spécial » et « qui menacent l'intégrité du processus d'examen binational » sont examinées au second niveau, le niveau du CCE. Les deux gouvernements ont reçu le droit incontesté de recourir à ce contrôle de deuxième niveau, comme l'ont fait les États-Unis dans leur Demande de constitution d'un comité pour contestation extraordinaire, demande qui définit les questions dont nous sommes saisis. Les plaideurs privés sont maintenant appelés « intervenants »; seules les deux Parties à l'accord sont des « parties ».

ce qui était implicite dans l'ALE : si un groupe spécial omet d'appliquer le critère pertinent d'examen, il outrepassé manifestement « ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence ». C'est là le premier volet de notre triple critère, c'est-à-dire l'article 1904.13(a) (iii) de l'ALE.³

³ « Porcs vivants du Canada », CCE - 93 - 1904-01 U.S.A., slip op., p. 10 (8 avril 1993)
Malgré cette formulation précise, expressément applicable à l'affaire qui nous occupe, mon collègue cite d'autres passages de l'espèce *Porcs vivants*, pour appuyer la position canadienne. Analysons certains de ces passages :

« Un comité pour contestation extraordinaire (« CCE ») ne fait pas office de tribunal d'appel au sens ordinaire » (p. 6) (Italique ajouté)

- C'est vrai, mais alors il s'agit d'un tribunal d'appel extraordinaire.

« Ces trois conditions soumettent à des critères étroits et précis les contestations extraordinaires et montrent bien qu'un recours extraordinaire ne se présente pas comme un appel au sens habituel » (p. 7) (Italique ajouté)

- C'est vrai, et il n'y a rien d'habituel dans le présent appel. Les plaideurs privés qui ont succombé n'ont aucun droit d'appel, le Gouvernement des États-Unis a demandé la constitution du CCE parce qu'il croit que la majorité du groupe spécial a manifestement omis d'appliquer la norme de contrôle judiciaire prévue par les lois américaines, et les États-Unis affirment catégoriquement dans leur Demande qu'ils auraient pris les mesures nécessaires pour que les deux membres canadiens soient relevés de leur fonction, s'ils avaient eu connaissance en temps opportun de leur conflit d'intérêts.

« Le comité doit se concentrer sur les problèmes systémiques ... Un problème systémique se pose lorsque le mécanisme des groupes spéciaux binationaux est vicié pour le motif qu'un groupe spécial ou un membre d'un groupe spécial ne s'est pas acquitté de son mandat aux termes de l'ALE ». (p. 8)

- Il est difficile d'imaginer un vice plus pernicieux, influant plus sensiblement sur la décision d'un groupe spécial ou menaçant davantage l'intégrité du mécanisme tout entier des groupes spéciaux, que les deux accusations fondamentales portées ici par les États-Unis.

Curieusement, nul autre que Richard Dearden, président du groupe spécial dont nous examinons la décision, a pressenti la question. Dans un discours du 22 janvier 1988, plus tard présenté à la Commission de la Chambre sur le pouvoir judiciaire et imprimé dans les audiences du 28 avril 1988, il tenait les propos suivants : « Il faut espérer que la procédure de contestation extraordinaire sera invoquée avec parcimonie. Il n'en sera peut-être pas ainsi si l'on interprète largement les cas où le groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence. »⁴

Sans aucun doute, le Congrès des États-Unis a fait sienne l'interprétation notée dans l'espèce *Porcs vivants* et pressentie par M. Dearden. La négociation de l'Accord de libre-échange nord-américain, c'est-à-dire l'inclusion du Mexique, a donné au Congrès l'occasion de revoir le mécanisme des groupes spéciaux binationaux tel qu'il fonctionnait aux termes de l'ALE. Le Sénat a produit un rapport conjoint extraordinaire de six commissions concernant la loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain. Dans ce rapport, on peut lire ce qui suit : « Dès le départ, la Commission souligne que l'ALENA, tout comme l'ALE, oblige les groupes spéciaux binationaux à appliquer le même critère d'examen et les mêmes principes juridiques généraux que ceux

⁴ Audience devant la sous-commission sur les tribunaux, les libertés civiles et l'administration de la justice de la Commission sur le pouvoir judiciaire, Chambre des représentants, 100^e Congrès, 2^e session, le 28 avril 1988, p. 718.

qu'appliqueraient les tribunaux nationaux. Cette exigence est le fondement du mécanisme binational. »⁵

La Commission fit observer plus tard que « ...les procédures de contestation extraordinaire énoncées au paragraphe 13 de l'article 1904 prévoient expressément qu'elles peuvent être invoquées lorsqu'un groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence en omettant par exemple d'appliquer le critère pertinent d'examen, lorsque l'acte imputé a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et qu'il menace l'intégrité du processus d'examen binational. Comme le principe central du chapitre 19 est qu'un groupe spécial doit fonctionner précisément comme le ferait un tribunal qu'il remplace, la Commission croit qu'une mauvaise application du droit américain dans les domaines importants est manifestement une menace contre l'intégrité du mécanisme du chapitre 19.⁶ Mes deux collègues préfèrent ignorer les vues du Sénat des États-Unis (discutées plus en détail au paragraphe V ci-après), et M. le juge Hart emploie une formulation qui amoindrit le rôle d'un CCE : « Il ne s'agit pas d'une juridiction d'appel, mais plutôt d'un comité dont la compétence se limite à préserver l'intégrité du système » (p. 13). Techniquement, c'est vrai; ni les groupes spéciaux, ni les comités pour contestation extraordinaire ne sont appelés tribunaux, mais ils sont le substitut complet, et le seul, aux juridictions d'appel

⁵ Rapport sénatorial n° 103-189, 18 novembre 1993, p. 41-42.

⁶ Id, p. 43-44.

américaines. Si ce nouveau mécanisme d'appel n'avait pas eu pour objet d'atteindre des résultats semblables dans l'application du droit américain, les États-Unis n'y auraient jamais consenti. Les États-Unis n'ont jamais imaginé que le droit des États-Unis puisse être modifié par un organisme binational. Si le nouveau mécanisme d'appel n'atteint pas des résultats semblables dans l'application du droit américain, il risque de ne pas survivre.

Les propos de la commission sénatoriale et ceux du CCE saisi de l'espèce *Porcs vivants* attestent qu'un CCE est tenu d'annuler la décision d'un groupe spécial si le groupe spécial a omis d'appliquer le critère défini par les lois des États-Unis pour l'examen des décisions administratives de l'ITA. Examinons maintenant les pouvoirs d'un CCE tels que les envisagent les juristes canadiens.

II LE CRITÈRE D'EXAMEN DES DÉCISIONS DE L'ORGANISME SELON UNE PERSPECTIVE CANADIENNE

Après cette description des conditions dans lesquelles le contrôle judiciaire à deux niveaux (à trois niveaux dans le cas des différends commerciaux) en vigueur aux États-Unis a été remplacé par un système à deux niveaux (groupe spécial binational et comité pour contestation extraordinaire), il est quelque peu surprenant de lire et d'entendre les affirmations radicales des avocats canadiens sur ce que le comité pour contestation extraordinaire peut faire, et surtout sur ce qu'il ne peut pas faire. « La position des parties canadiennes est que tous les arguments des États-Unis contre les conclusions du groupe spécial constituent des désaccords

sur des questions de droit ou de preuve, désaccords qui débordent la compétence du présent comité. » Mémoire du Canada, p. 34. « Il ressort clairement de l'ALE qu'une contestation extraordinaire n'est justifiée, comme son nom l'indique, que dans des cas vraiment extraordinaires. » Mémoire du Canada, p. 39. « Le comité n'a pas non plus le pouvoir d'examiner les décisions du groupe spécial quant à savoir si les conclusions du Département étaient appuyées par une preuve substantielle. » (Mémoire du Canada, p. 41-42).

Le point de vue actuel du Canada sur le mécanisme d'appel à deux niveaux établi pour remplacer les juridictions ordinaires des États-Unis a été bien exprimé par les avocats canadiens dans leur plaidoirie devant le comité.

En conséquence, l'un des objectifs premiers du Canada dans la négociation de l'ALE était d'établir de nouvelles règles commerciales pour la zone de libre-échange. Cet objectif n'a pu être atteint, et c'est alors que les deux gouvernements ont décidé de conserver chacun leurs propres législations sur les droits compensateurs. Mais pour garantir que les législations en question seraient appliquées semblablement, les parties ont institué le système des groupes spéciaux binationaux.

Les objectifs sont reflétés dans le mécanisme lui-même. Ce mécanisme est modelé sur celui du contrôle judiciaire, et il applique les normes de contrôle et les lois du pays importateur. Le mécanisme des groupes spéciaux prévoyait un examen approfondi qui serait effectué par cinq spécialistes du droit commercial international, au lieu d'une catégorie particulière de juges appelés à connaître des différends commerciaux internationaux, mais contraints par l'encombrement des rôles.

Les membres d'un groupe spécial devaient être choisis en fonction de leur honorabilité, de leur objectivité, de leurs connaissances du droit commercial, et le simple fait qu'ils soient au nombre de cinq signifiait que l'examen devait se faire dès le départ selon le principe de la collégialité. Dans l'intérêt des affaires, il ne fait aucun doute que les décisions des groupes spéciaux devaient être rendues avec célérité, et elles devaient être finales. Il ne pouvait être

interjeté appel des décisions des groupes spéciaux, qui devaient être finales et obligatoires.

Les parties consentirent à un deuxième niveau d'examen, mais seulement pour des motifs très étroitement définis, à titre de sauvegarde contre une situation dont on n'imaginait même pas qu'elle pût se produire, c'est-à-dire le cas d'un groupe spécial qui manquerait de façon flagrante à ses obligations aux termes de l'ALE. C'est là qu'intervient le comité pour contestation extraordinaire. Le comité exerce la fonction critique qui consiste à faire en sorte que le mécanisme des groupes spéciaux binationaux se déroule en conformité avec l'ALE, mais il ne s'agit pas d'une juridiction d'appel (Transcription, 78-79).

Cependant, même si les États-Unis persuadaient le présent comité que le groupe spécial a mal interprété le droit des États-Unis, la contestation ne serait pas davantage recevable. La fonction du présent comité est beaucoup plus restreinte.

PRÉSIDENT WILKEY : Excusez-moi. Voudriez-vous répéter cette affirmation?

M^{ME} ANDERSON : Même si les États-Unis persuadaient ce comité que le groupe spécial a mal interprété le droit des États-Unis, la contestation ne serait pas davantage recevable. Et ce que je veux dire par là, je crois qu'il est important que je m'exprime parfaitement sur ce point, c'est que ce comité n'a pas pour fonction de revoir de prétendues erreurs de droit (Transcription, p. 80).

PRÉSIDENT WILKEY : Vous affirmez donc que, si flagrante que puisse être la mauvaise application du droit des États-Unis, le présent comité n'a pas le pouvoir d'appliquer un redressement. Est-ce là ce que vous voulez dire?

M^{ME} ANDERSON : Il n'est pas impossible d'imaginer une situation où...

PRÉSIDENT WILKEY : D'accord. Donnez-moi un exemple précis de cas où ce comité aurait le pouvoir d'intervenir.

M^{ME} ANDERSON : Il doit y en avoir quelques-uns. Franchement, ils sont difficiles à imaginer parce que...

PRÉSIDENT WILKEY : Donnez-en un seul.

M^{ME} ANDERSON : Il y aurait certainement le cas où le groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen tel qu'il l'a défini. « Nous ne croyons pas que ce critère d'examen soit assez rigoureux, ou nous croyons qu'il est trop rigoureux. Peut-être devrions-nous appliquer un critère arbitraire et capricieux, et non le critère de la preuve substantielle... »

PRÉSIDENT WILKEY : Donc, si le groupe spécial refuse ouvertement d'appliquer le critère d'examen établi, alors le comité pourra intervenir?

M^{ME} ANDERSON : Un tel refus satisferait certainement au premier volet du triple critère sur lequel repose l'intervention d'un CCE (Transcription, p. 81-82)

PRÉSIDENT WILKEY : Mais si par exemple le groupe spécial énonce correctement le critère d'examen, puis s'abstient totalement de l'appliquer, le CCE n'a-t-il pas le pouvoir d'intervenir?

M^{ME} ANDERSON : Il est très difficile d'établir dans l'abstrait la ligne de démarcation parce que nous ... (Transcription, p. 82)

PRÉSIDENT WILKEY : D'accord. Donnez-moi un autre exemple de cas où le comité aurait le pouvoir d'intervenir.

M^{ME} ANDERSON : Par exemple, si un groupe spécial confirmait ou infirmait simplement la décision dont il est saisi, sans explication et sans vraiment donner de motifs ni expliquer la façon dont il a analysé les critères d'examen en vigueur aux États-Unis et le droit des États-Unis, alors on pourrait dire qu'il n'a pas effectué l'examen quasi judiciaire qu'aurait effectué le CIT ou la Cour d'appel du Circuit fédéral et que le groupe spécial est tenu d'effectuer en vertu de l'ALE.

Ou par exemple, si le groupe spécial disait simplement : « Bon, nous croyons qu'un groupe spécial n'a pas le droit de mettre en doute les décisions de l'organisme. Nous devons absolument déférer aux conclusions de l'organisme, comme le demandent les États-Unis ici. » En agissant de la sorte, le groupe spécial se démettrait de ses fonctions, qui consistent à revoir la décision dont il est saisi, et cela en se fondant sur la preuve substantielle et en conformité avec les normes juridiques.

L'examen qu'effectue un groupe spécial doit être le même que celui qu'obtiendraient les parties devant un tribunal américain, dans le cas où il s'agit d'un litige né aux États-Unis. Et c'est ce... (Transcription, p. 83-84).

PRÉSIDENT WILKEY : Bon, les exemples que vous m'avez donnés ici des cas où nous aurions l'obligation et le pouvoir d'intervenir sont : » (Transcription, p. 84).

Pour résumer, les exemples donnés par les avocats canadiens, de situations où le comité pour contestation extraordinaire aurait l'obligation et le pouvoir d'intervenir sont : d'abord, « si le

groupe spécial a omis d'appliquer le critère d'examen »; deuxièmement, « si le groupe spécial a simplement confirmé ou infirmé la décision dont il était saisi, sans donner d'explications et sans vraiment donner de motifs »; et troisièmement, « si un groupe spécial dit simplement : bon, je crois que le groupe spécial n'a pas le droit de mettre en doute la décision de l'organisme. Nous devons déférer absolument aux conclusions de l'organisme comme le demandent ici les États-Unis. » Les avocats canadiens ont donné plus tard un quatrième exemple : si un groupe spécial arrive simplement à la conclusion que des précédents américains pertinents et concluants, par exemple des décisions de la Cour suprême ou des décisions de cours d'appel de circuit, sont d'après lui erronés » (Transcription, p. 86).

Après que l'avocat canadien eut expliqué la position canadienne sur les exemples d'interventions possibles d'un comité pour contestation extraordinaire, le président du comité fit cette observation :

Un étudiant en droit qui étudie le droit administratif pourrait donc examiner ces situations et dire : « Il s'agit là d'une erreur rectifiable, et toute espèce de groupe spécial ou de comité va évidemment la rectifier. L'organisme administratif s'y est certainement mal pris. »

Pour repérer ce genre de situation, il n'est pas nécessaire de faire appel à trois juges à la retraite qui ont siégé durant des années. Il doit y avoir d'autres exemples moins évidents dans lesquels il nous faudrait savoir si...

M^{ME} ANDERSON : Oui, en effet, si vous me permettez, M. Wilkey, ce que vous venez de décrire comme quelque chose dont tout un chacun pourrait voir la faille, c'est précisément le genre de situation qui répondrait à la norme de l'article 1904.13(a)(iii) applicable à la procédure de contestation extraordinaire.

PRÉSIDENT WILKEY : Je voulais simplement avoir votre point de vue.

M^{ME} ANDERSON : Je ne veux certainement pas laisser entendre qu'il faudrait que le groupe spécial indique dans sa décision qu'il a commis une erreur, ou qu'il déclare qu'il allait appliquer la norme d'examen en vigueur aux États-Unis. Ce n'est certainement pas ma position.

PRÉSIDENT WILKEY : Bon, je ne voudrais pas...

M^{ME} ANDERSON : Mais l'erreur devra sauter aux yeux avant qu'elle ne puisse satisfaire au premier volet du critère (Transcription, p. 85-86)

L'un des membres canadiens du comité a éclairé davantage la position canadienne :

LE JUGE HART : Si le droit des États-Unis est silencieux sur le point particulier à trancher, et si le groupe spécial a examiné ce point et que deux interprétations différentes ont été proposées, un comité pour contestation extraordinaire tel que celui-ci pourrait-il annuler la décision du groupe spécial simplement pour le motif qu'il préfère sa propre solution?

M^{ME} ANDERSON : Non, M. le juge, le comité ne le pourrait pas. Cela ne relèverait pas de sa compétence. Lorsqu'il examine une décision administrative, un groupe spécial a exactement la même responsabilité que celle qu'aurait un tribunal des États-Unis (Transcription, p. 87).

La responsabilité d'un groupe spécial binational de cinq membres est très précise : « L'examen qu'effectue un groupe spécial doit être le même que celui qu'obtiendrait les Parties devant un tribunal des États-Unis, dans le cas où il s'agit d'un litige né aux États-Unis » (Transcription, p. 84). Cela concorde avec la façon dont le sujet a été présenté au Congrès et au Parlement, et avec les énoncés des législateurs des deux pays relativement à ce qu'ils étaient en train d'établir comme mécanisme d'appel de remplacement.

La position canadienne sur le rôle du comité pour contestation extraordinaire est, disons-le, extraordinaire. Les quatre seuls exemples qui, d'après les avocats canadiens, peuvent justifier quelque intervention du CCE se rapportent à des erreurs si flagrantes qu'un étudiant en droit venant de terminer un cours de droit administratif pourrait facilement en disposer, et si flagrantes en fait que les deux pays concernés se sentiraient sans doute moralement, sinon juridiquement, obligés d'adopter des mesures correctives.

Selon le Canada, d'autres points, généralement considérés comme du ressort des juridictions ordinaires, échappent à la compétence d'un CCE. « Le Canada affirme aussi que le désaccord sur la portée de l'espèce *Daewoo* n'est incontestablement rien de plus qu'un débat sur la bonne interprétation du droit américain, et ce désaccord échappe donc à la compétence d'un CCE. Il n'en va pas différemment pour la question de savoir si l'analyse du caractère limitatif d'une mesure requiert l'examen de facteurs multiples » (Transcription, p. 38) (Ce dernier point était un aspect important dans les deux décisions du groupe spécial). Si un comité pour contestation extraordinaire ne peut connaître d'un désaccord portant sur des points du droit américain qui ont formé les motifs principaux des décisions du groupe spécial, qu'attendons-nous? Une affaire dans laquelle les plaideurs s'entendent parfaitement sur le droit?

Trois exemples empruntés aux échanges avec les avocats canadiens circonscrivent encore plus nettement la position canadienne.

1. LE JUGE HART : Faudrait-il que le comité aille jusqu'à dire que la majorité a été, dans ce cas particulier, déloyale sur le plan intellectuel lorsqu'elle est arrivée aux conclusions qu'elle a tirées, avant que le comité puisse les annuler? (Transcription, p. 95)

M^{ME} ANDERSON : Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. Je veux dire qu'il n'est pas question ici de la déloyauté intellectuelle de qui que ce soit.

PRÉSIDENT WILKEY : Maître, je crois que vous ne répondez pas à la question de mon collègue... Je crois que la question de M. le juge Hart est la suivante : serait-il nécessaire ici, comme critère d'exercice de nos pouvoirs, que nous trouvions que le groupe spécial a été déloyal lorsqu'il a rendu sa décision? C'est bien là ce que vous voulez dire? ... [il sollicite l'acquiescement du juge Hart]

M^{ME} ANDERSON : Je dirais que oui. C'est la conclusion qu'il faudrait tirer parce que, autrement... (Transcription, p. 96)

2. M^{ME} ANDERSON : Mais l'ALE envisage certainement qu'un groupe spécial peut, comme un tribunal, errer, il peut errer dans l'application du critère d'examen, et il peut errer lorsqu'il applique le droit objectif, du moins errer aux yeux de telle ou telle partie.

Et le CCE ne pourra pas pour autant annuler la décision du groupe spécial, à moins qu'il n'estime également que le groupe spécial s'est démis essentiellement de sa fonction aux termes de l'ALE, ce qui n'est manifestement pas le cas ici (Transcription, p. 119-120)

3. Les avocats canadiens ont mentionné le fait que la décision d'un groupe spécial n'est pas un précédent obligatoire pour un autre groupe spécial. Les avocats ont alors affirmé que la décision du groupe spécial visée ici ne pourrait, même si elle est erronée, menacer l'intégrité du processus d'examen binational prévu par l'ALE. Selon ce raisonnement, aucun comité pour contestation extraordinaire ne pourrait jamais corriger la décision grossièrement erronée d'un groupe spécial, puisque, comme elle n'aurait pas valeur de précédent, elle ne pourrait jamais menacer l'intégrité du processus (Transcription, p. 137).

Les avocats canadiens pensaient tout probablement s'adresser, dans leurs mémoires et leurs plaidoiries, à trois magistrats nommés pour la forme, impuissants à réformer les décisions des groupes spéciaux. Je ne suis pas disposé à exercer ce rôle, et je ne crois pas que le Congrès des États-Unis ait jamais voulu qu'il en soit ainsi. Et en réalité, l'un des témoignages les plus convaincants à l'encontre de l'argumentation des avocats canadiens dans cette affaire a été rendu en 1988 par l'un de ces deux avocats, M^{me} Jean Anderson, devant les commissions du Sénat et de la Chambre, dans le dessein de favoriser l'adoption du nouveau mécanisme d'appel constitué par les groupes spéciaux et les comités pour contestation extraordinaire.

III LE CRITÈRE D'EXAMEN DES DÉCISIONS DE L'ORGANISME SELON UNE PERSPECTIVE AMÉRICAINE

A. Témoignage de M^{me} Jean Anderson devant les commissions du Sénat et de la Chambre en 1988.

Pour situer le contexte de ce témoignage, citons d'abord les mots du président Reagan lorsqu'il transmet au Congrès le projet d'Accord de libre-échange avec le Canada :

A. Résumé des dispositions de l'ALE

... En vertu de l'article 1904, dans les affaires antidumping et de subventionnement portant sur un produit de l'un ou l'autre pays, *l'examen effectué par un groupe spécial se substituera effectivement au contrôle judiciaire effectué par les tribunaux nationaux...*

... Les groupes spéciaux appliqueront exclusivement le *droit national et les normes de contrôle judiciaire du pays* dont la décision d'imposition de droits antidumping ou compensateurs fait l'objet d'un contrôle.

...les groupes spéciaux examineront les décisions finales en matière de droits antidumping ou compensateurs uniquement pour savoir si l'organisme administratif compétent a bien appliqué la législation nationale pertinente. La législation nationale pertinente englobera les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence. *Les groupes spéciaux appliqueront les mêmes critères d'examen et les mêmes principes juridiques généraux que ceux qu'appliquent les tribunaux nationaux.*⁷

Citons maintenant le rapport de la Commission de la Chambre sur le pouvoir judiciaire, rapport concernant l'Accord de libre-échange avec le Canada :

Il importe de garder à l'esprit les origines du mécanisme binational de règlement des différends. Selon certains, les négociateurs canadiens voulaient que des modifications de fond soient apportées à la législation antidumping et à la législation sur les droits compensateurs des États-Unis. Chacun des pays avait émis des doutes sur l'uniformité des décisions rendues aux termes des lois commerciales de l'autre pays. Les Canadiens voulaient semble-t-il, en ce qui concerne l'application des lois commerciales américaines, se soustraire ce qu'ils considéraient comme des décisions protectionnistes politiquement motivées. Ce qui inquiétait en particulier le Canada, c'était deux décisions apparemment incompatibles portant sur le bois d'oeuvre. Par ailleurs, les négociateurs américains n'étaient pas disposés à soustraire le Canada à notre législation sur les droits compensateurs sans se réserver le droit d'appliquer une réglementation plus vigoureuse aux subventions canadiennes. Lorsque les négociateurs se déclarèrent incapables de s'entendre sur des changements de fond, ils se concentrèrent sur l'amélioration du mode de règlement des différends commerciaux. *L'ALE n'a donc aucun effet sur les législations existantes de l'un ou*

⁷ Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Canada : Communication du président des États-Unis lorsqu'il transmet le texte juridique final de l'Accord de libre-échange États-Unis-Canada, la loi proposée de 1988 portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange, et un Énoncé de mesure administrative. En conformité avec 19 U.S.C. 2112 (e)(2), 2212(a), document de la Ch. des rep. n° 216, 100^e Congrès, 2^e session, 258 (1988). (Italique ajouté)

*l'autre pays concernant les droits antidumping ou les droits compensateurs. Le mécanisme des groupes spéciaux binationaux est le résultat de ces compromis.*⁸

Les groupes spéciaux appliqueront le droit du pays dont la décision antidumping ou la décision en matière de droits compensateurs fait l'objet d'un examen.⁹

Les groupes spéciaux binationaux seront tenus d'appliquer le droit du pays dont la décision administrative fait l'objet d'un examen... D'abord, les groupes spéciaux appliqueront le même critère d'examen que les juridictions ordinaires.¹⁰

Les membres des groupes spéciaux ont l'obligation d'appliquer le droit et la jurisprudence du pays pertinent. Les groupes spéciaux utiliseront les règles fondamentales de la procédure d'appel telles qu'elles existent aux États-Unis et au Canada respectivement. Au surplus, les membres seront soumis à un strict code de conduite et ils pourront faire l'objet de récusations péremptoires de la part de chacun des gouvernements... Finalement, l'ALE prévoit un mécanisme d'examen pour les décisions aberrantes des groupes spéciaux, et cela grâce à la constitution de comités pour contestation extraordinaire.¹¹

Examinons maintenant ce en quoi M^{me} Anderson a favorisé l'entendement du Congrès. Dans le cas qui nous intéresse, elle a occupé pour la Partie canadienne, mais en 1988 elle était conseiller juridique principal de l'International Trade Administration du Département du Commerce. D'abord, ses propos devant la Chambre :

⁸ COMMISSION SUR LE POUVOIR JUDICIAIRE, CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS, RAPPORT N° 100-816, PARTIE 4, le 4 août 1988, p. 4 (Italique ajouté)

⁹ Id, p. 1.

¹⁰ Id, p. 3

¹¹ Id, p. 5

... Le mécanisme des groupes spéciaux de l'ALE est effectivement conçu de manière à conserver autant d'attributs que possible du mécanisme national d'examen judiciaire.¹²

Également important est ce que le mécanisme des groupes spéciaux binationaux de l'ALE ne fera pas. *D'abord, il n'établira ni une nouvelle source de droit américain ni une interprétation nouvelle (et peut-être divergente) de la législation américaine en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, dans les affaires portant sur des produits canadiens.*¹³

Elle confirma ce point devant le Sénat :

Malgré de très intenses négociations, il a été impossible de s'entendre sur une réglementation des subventions et sur l'adoption de nouvelles pratiques en matière de commerce déloyal, au cours du bref laps de temps qu'ont duré les négociations de l'ALE. Les deux gouvernements se sont plutôt entendus pour conserver les lois et procédures nationales existantes relatives aux droits antidumping et aux droits compensateurs.¹⁴

... le mécanisme des groupes spéciaux de l'ALE ne crée pas, dans les affaires engagées pour l'examen de décisions d'organismes canadiens, une nouvelle source de droit américain ni une interprétation divergente du droit américain. Étant donné les critères de sélection des membres et le fait que les groupes spéciaux appliqueront le droit des États Unis dans les affaires engagées pour l'examen de décisions administratives américaines, nous croyons que les décisions des groupes spéciaux et celles des tribunaux seront cohérentes.¹⁵

¹² Audience devant la sous-commission sur les tribunaux, les libertés civiles et l'administration de la justice, Commission sur le pouvoir judiciaire, Chambre des représentants, 100^e Congrès, 2^e session, le 28 avril 1988. Témoignage de Jean Anderson, conseiller juridique principal de l'International Trade Administration, Département du Commerce des États-Unis, p. 72.

¹³ Id, p. 76 (Italique ajouté)

¹⁴ Audience devant la Commission sur le pouvoir judiciaire, Sénat des États-Unis, audience n° 100-1081, 100^e Congrès, 2^e session, 20 mai 1988, p. 63-64.

¹⁵ Id, p. 65.

L'examen effectué par un groupe spécial n'est pas évidemment un examen judiciaire. Mais nous avons négocié un mécanisme d'examen modelé aussi étroitement que possible sur la procédure d'examen du Tribunal de commerce international... Dans une affaire émanant des États-Unis, le groupe spécial appliquera la législation américaine qui a été incorporée dans l'ALE à cette fin, notamment *les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence des États-Unis.* Le groupe spécial appliquera la même norme de contrôle judiciaire que celle qu'appliquerait le CIT.¹⁶

Après l'audience de la Commission du 20 mai 1988, des questions avaient été posées par plusieurs sénateurs, auxquelles répondit M^{me} Anderson en tant que représentante du Département du Commerce et qui furent présentées le 23 mai 1988 au conseiller juridique général de la Commission sur le pouvoir judiciaire du Sénat des États-Unis.

À la question 1 du sénateur DeConcini, le Département répondit ce qui suit :

La législation américaine sur les droits compensateurs n'est absolument pas modifiée par l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis...

Nous espérons que les décisions des groupes spéciaux rendues aux termes de l'ALE seront parfaitement compatibles avec les décisions qui auraient été rendues par le Tribunal de commerce international... En vertu de l'ALE, [les membres des groupes spéciaux binationaux] doivent appliquer par référence la législation américaine sur les droits compensateurs -- notamment *les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence* -- ainsi que le critère d'examen judiciaire en vigueur aux États-Unis, lorsqu'ils examineront les décisions d'organismes américains. *Si un groupe spécial devait s'écarter de ce strict mandat, sa décision pourrait être revue par un comité composé de trois juges ou anciens juges.*

¹⁶ Id, p. 64 (Italique ajouté)

La législation sur les droits compensateurs est une législation qui confère un très faible pouvoir d'appréciation. Elle n'autorise pas les organismes administratifs -- non plus que les tribunaux ou les groupes spéciaux binationaux -- à tenir compte de la politique étrangère ou autres facteurs extrinsèques. Si des subventions et un préjudice sont prouvés, des droits compensateurs doivent être imposés. L'Accord de libre-échange n'autorise pas un autre résultat.¹⁷

À la question 2 du sénateur DeConcini, le Département a répondu ce qui suit :

Nous croyons que l'ALE n'entraînera aucune inégalité entre les importateurs de marchandises provenant du Canada et les importateurs de marchandises similaires provenant d'autres pays. Les importateurs de marchandises canadiennes seront soumis à un examen quasi judiciaire effectué par un groupe spécial binational indépendant qui, aux termes de l'ALE, devra appliquer le droit des États-Unis et les normes judiciaires américaines comme le ferait un tribunal américain. Si un groupe spécial ne s'acquitte pas de son mandat -- s'il n'examine pas comme le ferait le Tribunal de commerce international une décision contestée rendue par un organisme américain -- un appel sera formé devant un comité pour contestation extraordinaire composé de juges ou d'anciens juges.¹⁸

La question 9 (on ne dit pas quel sénateur l'a posée) se lit en partie ainsi : « **Qu'arrive-t-il si le groupe spécial a manifestement mal appliqué le droit pertinent? Un appel est-il possible?** »

La réponse du Département est affirmative. Aux termes de l'ALE, les pouvoirs, l'autorité et la compétence d'un groupe spécial se limitent strictement, dans une affaire américaine, à l'application du droit des États-Unis, notamment les lois, le contexte législatif, les règlements, la pratique administrative et la jurisprudence. Le groupe spécial doit aussi appliquer la norme de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis et les principes juridiques généraux qui seraient appliqués par un tribunal des États-Unis. Si un groupe spécial choisissait d'ignorer le droit des États-Unis dans une affaire américaine ou choisissait d'appliquer des principes ou des notions qui sont étrangers au droit des

¹⁷ Id, p. 243 (Italique ajouté)

¹⁸ Id, p. 245 (Italique ajouté)

*États-Unis, la décision du groupe spécial pourrait être revue par un comité pour contestation extraordinaire.*¹⁹

S'écartant du mécanisme d'appel, y compris le CCE, prévu par l'ALE, M^{me} Anderson a mis en parallèle le Tribunal de commerce international et les groupes spéciaux, tout en mettant l'accent sur le fait que l'un et l'autre organes de révision ne disposent que d'un pouvoir restreint d'annuler les décisions du Département :

Le groupe spécial ne peut lui non plus substituer son jugement à celui des organismes. Il peut confirmer la décision, ou il peut conclure que l'organisme a erré et, dans ce dernier cas, le Département ou l'ITC rendra une nouvelle décision exactement comme ils le font lorsque le CIT prononce un renvoi.²⁰

En vertu de l'article 1904, un groupe spécial examinera une décision finale en matière de droits antidumping ou de droits compensateurs pour savoir si l'organisme a correctivement appliqué le droit aux faits de l'espèce. Le groupe spécial appliquera le même critère d'examen et les principes juridiques généraux, incorporés par référence dans l'ALE, comme le ferait un tribunal national... *Le groupe spécial ne peut pas conduire un procès, ni substituer son jugement à celui du Département du Commerce.* De plus, en vertu de l'ALE, le groupe spécial -- à peu près comme les tribunaux dans notre système actuel -- pourra soit confirmer la décision du Département, soit la renvoyer pour une nouvelle décision non incompatible avec l'avis du groupe spécial. *Un groupe spécial ne peut pas rendre lui-même une décision en matière de droits antidumping ou compensateurs.*²¹

Devant le Sénat, M^{me} Anderson, parlant de la décision du Tribunal de commerce international à la suite de conclusions

¹⁹ Id, p. 257 (Italique ajouté)

²⁰ Id, p. 64

²¹ Audience de la Commission sur le pouvoir judiciaire devant la Chambre, 28 avril 1988, supra, p. 73-74 (Italique ajouté)

rendues par le Département ou par l'ITC, s'est exprimée ainsi :
« Le Tribunal ne dit pas au Département ou à l'ITC ce que doit être la nouvelle décision de l'organisme, ni quelle méthode l'organisme doit appliquer pour rendre cette décision. »²²

Et devant la Chambre : « Le CIT ne dit pas à l'organisme ce que la nouvelle décision doit être, ni *quelle méthode l'organisme doit employer pour rendre sa nouvelle décision.* »²³ Répondant à une question de M. Berman qui lui demandait : « Donc, nous ne modifions pas les lois? », M^{me} Anderson répondit : « *Non. Notre législation sur les droits compensateurs et sur les droits antidumping demeure absolument inchangée.* »²⁴

« Malgré d'intenses négociations, il n'a pas été possible de s'entendre sur une réglementation des subventions et sur de nouvelles façons de traiter des pratiques commerciales déloyales dans le court laps de temps qu'ont duré les négociations de l'ALE. Les deux gouvernements sont plutôt convenus de conserver leurs lois et procédures nationales existantes concernant les droits antidumping et compensateurs... »²⁵

Je voudrais mettre en lumière les thèmes concordants qui ressortent de son témoignage :

²² Audience de la Commission sur le pouvoir judiciaire devant le Sénat, supra, p. 63

²³ Audience de la Commission sur le pouvoir judiciaire devant la Chambre, 28 avril 1988, supra, p. 71-72 (Italique ajouté)

²⁴ Id, p. 84 (Italique ajouté)

²⁵ Id, p. 72 (Italique ajouté)

D'abord, la similitude de ce qui est offert au Congrès des États-Unis comme substitut à l'ancien système de contrôle judiciaire des décisions administratives. Indiscutablement, la législation américaine sur les droits compensateurs et les droits antidumping devra être appliquée, et indiscutablement, le groupe spécial binational appliquera le droit des États-Unis comme le faisait le Tribunal de commerce international, et, si le groupe spécial erre dans l'application du droit des États-Unis (comme cela est déjà arrivé au CIT), un comité pour contestation extraordinaire sera institué, en remplacement du Circuit fédéral, pour redresser la situation.

Deuxièmement, en marge de cette similitude, mais de manière plus précise, M^{me} Anderson a fait ressortir, devant le Sénat et la Chambre, que le groupe spécial (comme le CIT) ne dira pas au Département « ce que sa nouvelle décision doit être ou la méthode qu'il doit employer pour y parvenir ». *N'est-ce pas exactement ce que la majorité du groupe spécial a fait dans le cas qui nous occupe? N'est-ce pas exactement ce que la minorité du groupe spécial accuse la majorité d'avoir fait? Qu'a fait la majorité du groupe spécial sinon d'avoir dit au Département quelles conclusions tirer, prescrit au Département la méthode qu'il devrait employer pour y parvenir, substitué son jugement sur des questions techniques au pouvoir discrétionnaire conféré par le Congrès à l'organisme plutôt qu'aux tribunaux? N'est-ce pas exactement ce qui, d'après les propos de M^{me} Anderson devant le Congrès, n'est pas*

censé se produire en vertu du nouveau mécanisme d'appel établi par l'ALE?

Troisièmement, la mention répétée de la législation sur les droits antidumping et de la législation sur les droits compensateurs, comme de législations considérées de manière équivalente dans l'ensemble du mécanisme. En sa qualité de conseiller juridique général de l'International Trade Administration (ITA) du Département du Commerce, M^{me} Anderson avait l'habitude de considérer ces législations comme équivalentes aux fins de la procédure pertinente et des normes applicables de contrôle judiciaire. Dans son témoignage, elle les a donc instinctivement considérées comme équivalentes dans le nouveau mécanisme.

Son propre témoignage va donc totalement à l'encontre de ses arguments, qu'il s'agisse de la procédure écrite ou de la procédure orale, (et à l'encontre de la position de mes deux collègues canadiens) visant à disposer de l'espèce *Daewoo*²⁶ comme d'une affaire antidumping non applicable à l'affaire de droits compensateurs dont il s'agit ici.

²⁶ Voir les pages 25 et 36 de l'avis de M. le juge Gordon L.S. Hart. Voir la Partie III B., infra, pour une discussion complète de l'espèce *Daewoo* et de la jurisprudence du *Circuit fédéral* : il ressort clairement de cette jurisprudence que, dans les affaires antidumping comme dans les affaires de droits compensateurs, les tribunaux montrent la même retenue, et une retenue extraordinaire, à l'endroit des décisions de l'ITA (Département du Commerce). Cette jurisprudence fait partie du droit américain et nous sommes liés par elle ici. *Daewoo Electronics v. International Union*, 6 F. 3d 1511 (Circuit fédéral, 1993).

Quatrièmement, la mention répétée des lois et du contexte législatif comme sources du droit des États-Unis que les groupes spéciaux et les CCE devront appliquer. En sa qualité d'avocat du Département du Commerce témoignant devant le Congrès, M^{me} Anderson était bien au fait de l'importance du contexte législatif, lui donnant toujours la deuxième place après les lois elles-mêmes. En sa qualité d'avocat des parties canadiennes, elle a omis de mentionner le contexte législatif. Mes collègues canadiens, suivant en cela le droit canadien mais non le droit des États-Unis, ne daignent pas en tenir compte ici. Les conséquences de ces commissions sont discutées en détail ci-après, dans la partie V.

B Le précédent obligatoire le plus récent du Circuit fédéral

En septembre 1993, deux importants événements se sont produits qui avaient trait aux conclusions et à l'avis du groupe spécial binational dans la présente affaire. L'un d'eux est fondamental ici; il s'agit de la nouvelle décision rendue le 17 septembre par le Département du Commerce après renvoi. L'autre est la décision rendue le 30 septembre 1993 par le Circuit fédéral dans l'espèce *Daewoo v. Electronics International Union*.²⁷

Ce que nous examinons ici, c'est la nouvelle décision rendue après renvoi par l'International Trade Administration du Département du Commerce. Les points discutés dans la première décision de l'ITA et dans le premier avis du groupe spécial n'ont

²⁷ 6 F. 3d 1511 (Circuit fédéral, 1993).

aujourd'hui qu'une importance théorique. Le Département affirme qu'il s'est conformé aux directives du groupe spécial qui lui a renvoyé l'affaire, et la question aujourd'hui est de savoir si, dans sa nouvelle décision, le Département a fait son travail en observant les normes du droit administratif.

Nous examinons la question en vertu du critère d'examen énoncé par le Circuit fédéral dans l'affaire *PPG V* :

Pour savoir si le Tribunal de commerce international a bien appliqué ce critère pour arriver à sa décision, la Cour doit à son tour appliquer aux conclusions de l'organisme le critère d'examen expressément prévu par la loi (Référence). En conséquence, nous devons confirmer la décision du Tribunal de commerce international sauf si nous arrivons à la conclusion que la décision de l'ITA n'est pas appuyée par une preuve substantielle ou n'est pas par ailleurs conforme au droit.²⁸

Comme il est indiqué dans l'espèce *Daewoo* :

« Dans l'examen de cette question, nous verrons, comme le tribunal de première instance, si la preuve substantielle appuie la décision de l'ITA. »²⁹

Mon avis est que les membres minoritaires du groupe spécial ont examiné comme il convient la nouvelle décision du Département et qu'ils ont conclu avec raison que le Département s'est bien acquitté des fonctions qui lui sont dévolues par les lois des États-Unis, par la pratique établie de longue date en droit

²⁸ *PPG Industries Inc. v. U.S.*, 978 F. 2d 1232, p. 1236 (Circuit fédéral, 1992) (PPG V)
Les autres affaires PPG, qui portent toutes le même titre, se trouvent à :
928 F. 2d 1568 (Circuit fédéral, 1991) (PPG IV)
746 F.Supp. 199 (Circuit fédéral, 1990) (PPG III)
712 F.Supp. 195 (Circuit fédéral, 1989) (PPG II)
662 F.Supp. 258 (Circuit fédéral, 1987) (PPG I)

²⁹ *Daewoo Electronics v. International Union*, 6 F. 3d 1511, p. 1520 (Circuit fédéral, 1993)

administratif américain et par les directives particulières du groupe spécial binational. Selon moi, il n'est pas nécessaire que nous analysions davantage les complexités du droit commercial, étant donné que les membres minoritaires en ont fait un portrait fidèle.

L'affaire *Daewoo* est une décision du Circuit fédéral qui n'apporte rien de nouveau au critère devant être appliqué dans le contrôle des décisions des organismes administratifs américains, mais on y analyse de façon extrêmement bien organisée et bien conçue les questions que soulève une affaire antidumping et qui ressemblent aux questions soulevées ici. Durant cette analyse, il devint nécessaire pour le Circuit fédéral de faire état de presque toutes les normes de contrôle judiciaire des décisions administratives, et c'est ce que fait le jugement, de façon très claire et très efficace. Rien n'est ajouté à l'arrêt tout à fait exhaustif qu'avait rendu neuf ans plus tôt le juge Steven, de la Cour suprême, dans l'espèce *Chevron*³⁰, mais l'affaire *Daewoo* réitère la jurisprudence *Chevron* en l'appliquant cette fois à une affaire de droits antidumping. Et elle l'a réitéré le 30 septembre 1993, soit 13 jours après que le Département eut publié sa nouvelle décision après renvoi.

D'une part, les cinq membres du groupe spécial s'apprêtaient à revoir une nouvelle décision du Département qui appuyait l'imposition de droits compensateurs et, d'autre part, le Circuit

³⁰ *Chevron USA, Inc. v. National Resources Defence Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)

fédéral venait de rendre un jugement tout à fait pertinent à l'affaire considérée par le groupe spécial. Il n'en fallait pas davantage pour que deux membres du groupe spécial changent de camp et rédigent un avis minoritaire long et méticuleux. En d'autres termes, l'affaire *Daewoo* sensibilisa les membres du groupe spécial, ou du moins deux d'entre eux, à ce que le droit des États-Unis sur le contrôle judiciaire des décisions administratives avait toujours été, et les membres étaient en état d'appliquer ce précédent à la nouvelle décision du Département du Commerce qu'ils venaient de recevoir.

Plusieurs points doivent être soulignés quant à l'espèce *Daewoo* : d'abord, il s'agit d'une affaire de droits compensateurs, comme la nôtre, fondée sur la législation antidumping plutôt que sur la législation anti-subsidies. Cela ne fait absolument aucune différence pour les critères d'examen qu'il faut appliquer. Le Circuit fédéral n'a laissé planer aucun doute sur le fait que l'organe de révision doit déférer tout autant aux conclusions du Département, qu'il s'agisse d'affaires de subventionnement ou d'affaires de dumping.

De plus, le Secrétaire du Commerce, par l'entremise de l'ITA, jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de la législation sur les droits compensateurs. Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Smith Corona Group v. United States*³¹ lorsque nous discutons les pouvoirs comparables du Secrétaire aux termes de la législation antidumping :

Le nombre de facteurs à prendre en considération, ce à quoi il faut ajouter la difficulté de quantification de ces facteurs

³¹ 713 F. 2d 1568, 1571 (Circuit fédéral, 1983)

et les conséquences d'une décision de dumping sur la politique étrangère, fait de l'application des lois antidumping une entreprise difficile et extrêmement délicate... le Secrétaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il applique ces lois.

Ces considérations sont également applicables à l'application de la législation sur les droits compensateurs. Comme l'a souvent dit la juridiction qui a précédé cette cour, les affaires de droits compensateurs supposent des décisions économiques et des décisions de politique étrangère qui sont de nature délicate et pour lesquelles les tribunaux disposent de très peu de moyens. » (Références)³²

Deuxièmement, la question initiale que devait trancher le Circuit fédéral était de savoir si le CIT, la première juridiction appelée à juger de la pertinence des mesures prises par le Département du Commerce, pouvait forcer le Département à mettre fin à sa pratique consistant à s'en tenir à son examen des registres commerciaux habituels des exportateurs, et s'il pouvait l'obliger à entreprendre plutôt une étude économétrique du marché coréen pour déterminer l'incidence fiscale des taxes à la consommation sur les consommateurs, c'est-à-dire la mesure de leur transfert aux consommateurs. Le CIT avait renvoyé l'affaire à l'ITA, en estimant que la méthode de l'ITA n'était pas conforme au droit. On peut comparer sa position, dans l'affaire qui nous occupe, à l'insistance manifestée par la majorité du groupe spécial pour que le Département pousse plus loin son travail jusqu'à appliquer un critère des effets. Dans l'affaire Daewoo, le Circuit fédéral

³² PPG IV, Supra, p. 1571-72

estima que c'était là une question d'interprétation législative.

Voici ses propos :

« La Cour suprême nous a enseigné qu'un tribunal ne peut substituer sa propre interprétation d'une loi à l'interprétation raisonnable donnée par l'organisme chargé d'appliquer cette loi. Le Circuit fédéral manifeste une grande retenue à l'égard de l'interprétation donnée à la loi par les fonctionnaires ou l'organisme chargés d'appliquer cette loi » (Citant *Chevron*)³³

Le Circuit fédéral résume ainsi la question : « Ces principes s'appliquent même aux interprétations données par l'ITA à la législation antidumping. La Cour a reconnu que l'ITA est le spécialiste de la législation antidumping (référence) et elle mérite donc que l'on fasse preuve à son endroit d'une retenue considérable. »³⁴

« ...Nous arrivons à la conclusion que cette interprétation de la loi était raisonnable. La loi ne dit rien sur l'incidence fiscale, sur le déplacement du fardeau fiscal ou sur le transfert des taxes, et elle ne laisse entendre nulle part qu'une analyse économétrique doit être effectuée. La formulation du texte législatif n'impose pas à l'ITA l'obligation de considérer l'effet de la taxe sur les consommateurs plutôt que sur l'entreprise coréenne. »³⁵

Troisièmement, le Circuit fédéral entreprit d'examiner l'assiette d'imposition utilisée par le Département, et selon lui :

« ...La question est de savoir si le dossier appuie suffisamment la décision de l'ITA, non de savoir si une autre conclusion aurait pu être tirée. Comme on l'a souvent dit, la possibilité de tirer de la preuve deux conclusions incompatibles n'empêche pas la décision d'un organisme administratif d'être appuyée par une preuve

³³ 6 F. 3d, p. 1516

³⁴ Ibid

³⁵ Id., p. 1517

substantielle... La preuve substantielle appuie le choix de l'ITA, et c'est tout ce que requiert la loi. »³⁶

Quatrièmement, sur le dernier point concernant le plafond des droits, le Circuit fédéral, se référant à ses décisions antérieures, tient les propos suivant :

« Lorsque la question est la validité de la réglementation prise en vertu d'une loi qu'un organisme est chargé d'appliquer, il est bien établi qu'il faut accorder un grand poids à l'interprétation donnée par l'organisme. De la même façon, la réglementation de l'organisme doit être confirmée à moins qu'elle ne soit déraisonnable et carrément incompatible avec la loi, et elle doit être jugée valide sauf si de puissantes raisons dictent une conclusion contraire. » Puis le Circuit fédéral de poursuivre : « Eu égard à toutes ces normes, nous devons de nouveau juger que le Tribunal de commerce international a erré en substituant son interprétation à celle de l'ITA. L'article 1673 f(a) n'interdit pas l'application du plafond à des cautionnements. Cette disposition ne permet tout simplement pas de dire si le montant estimatif des cautionnements limite les droits antidumping. Vu ce silence... nous ne pouvons dire que l'ITA a agi d'une manière contraire à la loi en autorisant un plafond pour les cautionnements. »³⁷

En d'autres termes, devant le silence du texte législatif, c'est l'organisme, non une juridiction de contrôle, qui est autorisé par le Congrès à combler ce silence. Dans notre cas, c'est l'ITA, non le groupe spécial binational, qui est autorisée à dire combien de facteurs il examinera avant de conclure au caractère limitatif d'une mesure, et c'est l'ITA qui est autorisée à dire si une telle conclusion requiert l'existence d'une distorsion du marché. La loi est silencieuse. La majorité du groupe spécial a usurpé sur les fonctions de l'ITA.

³⁶ Id, p. 1520

³⁷ Id, p. 1522

Encore une fois, les points énoncés par le Circuit fédéral dans l'affaire *Daewoo* ne sont qu'un compte rendu des points de droit administratif depuis longtemps résolus par ce circuit et par la Cour suprême. L'effet qu'a eu l'espèce *Daewoo* sur deux des membres du groupe spécial tient sans aucun doute aux facteurs suivants : le fait qu'elle arrivait à point nommé, treize jours après la nouvelle décision du Département, sa similitude avec les points soulevés dans la présente affaire de droits compensateurs, enfin la clarté et l'ampleur avec laquelle le Circuit fédéral a exprimé ces normes de contrôle judiciaire depuis longtemps établies.³⁸

IV LA NOUVELLE DÉCISION DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE APRÈS RENVOI ET LA DÉCISION PARTAGÉE (3 CONTRE 2) RENDUE PAR LE GROUPE SPÉCIAL LE 17 DÉCEMBRE 1993

Après avoir défini le critère d'examen en vigueur aux États-Unis, il serait sage d'énoncer avec précision ce que nous, membres du comité pour contestation extraordinaire, sommes appelés à examiner. Nous examinons la dernière décision du groupe spécial (l'avis majoritaire et l'avis minoritaire) et la nouvelle décision du Département. Nous n'examinons pas la décision initiale du groupe spécial, ni la décision initiale du Département. Ces deux décisions ne nous intéressent que dans la mesure où elles peuvent

³⁸ La minorité du groupe spécial analyse en détail l'applicabilité de l'espèce *Daewoo* à l'affaire qui nous intéresse ici, et, même si son analyse est légèrement différente de la mienne, je partage tout à fait la démarche de la minorité.

éclairer la nouvelle décision du Département et la dernière décision du groupe spécial.

Nous constituons le deuxième niveau d'examen, comme le Circuit fédéral. Le Circuit fédéral a défini son rôle très clairement dans l'affaire *PPG V*, 978 F. 2d, p. 1236, et dans l'affaire *Daewoo*, 6 F. 3d, p. 1520. Nous examinons deux choses : le raisonnement du groupe spécial afin de voir comment il a fait son travail, compte tenu des normes de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis (retenue à l'égard des organismes administratifs, etc., toutes des normes que la majorité du groupe spécial a constamment rappelées, mais n'a manifestement pas appliquées), et la manière dont le Département a fait son travail dans sa nouvelle décision, compte tenu de la même norme législative que celle que le CIT et le groupe spécial sont censés appliquer, norme énoncée par le Circuit fédéral dans les espèces *PPG V* et *Daewoo*.

Dans sa décision après renvoi, le Département prétend avoir suivi fidèlement les directives du groupe spécial. La question que nous devons trancher, du moins au départ, est la suivante : Est-ce bien ce qu'il a fait?

Ainsi, puisque le Département prétend avoir appliqué les quatre facteurs du critère du caractère limitatif, il n'est pas nécessaire que nous nous demandions si, à l'avenir, dans un cas donné, il tiendra compte des quatre facteurs ou trouvera suffisant un seul d'entre eux. Il nous suffit de décider si, dans le cas présent, le Département a analysé comme il convient les quatre facteurs. Si c'est ce qu'il a fait, comme le croient les deux

membres minoritaires,³⁹ alors la décision du Département doit être confirmée et il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Ce qui précède s'applique également à d'autres points.

Notre rôle n'est pas de décider pour le Département la méthode ou la politique à appliquer, que ce soit pour le passé ou pour l'avenir. Notre rôle consiste à dire si le Département a décidé comme il convient la présente affaire, dans le respect des directives énoncées par le groupe spécial.

Mes deux collègues ont estimé que le Département n'a pas, dans sa nouvelle décision, analysé l'affaire comme il convient. Cela fait intervenir l'argument de réserve des États-Unis : la première décision du groupe spécial qui requérait le Département de tenir compte des quatre facteurs et qui lui imposait la conclusion à tirer sur la question de la distorsion du marché, ainsi que sur d'autres, était clairement erronée, parce que ces directives du groupe spécial portant sur la méthode et la politique à appliquer constituaient tout simplement un excès de pouvoir, d'autorité et de compétence, en vertu des normes appliquées depuis longtemps aux États-Unis dans l'examen des décisions administratives. La minorité du groupe spécial a elle aussi adopté ce point de vue.

Passons maintenant à la nouvelle décision après renvoi et à l'examen qu'en a fait le groupe spécial.

Pour évaluer ici la nouvelle décision du Département, l'avis majoritaire du groupe spécial et l'avis minoritaire du groupe spécial, je me permettrai de décrire la réaction que j'ai eue

³⁹ Avis de la minorité du groupe spécial, p. 43.

lorsque je les ai lus. J'ai d'abord entrepris de lire l'un des mémoires, mais, après quelques pages, je l'ai mis de côté parce que je le trouvais trop dépréciatif et trop critique de l'avis majoritaire du groupe spécial, et j'ai décidé de lire le document de base, c'est-à-dire la nouvelle décision du Département après renvoi. À mesure que j'absorbais ce document de 192 pages, je ne pus m'empêcher d'être impressionné par la manière approfondie, détaillée et professionnelle avec laquelle le Département avait donné suite au renvoi prononcé par le groupe spécial. Le Département s'était en tous points conformé aux instructions initiales du groupe spécial. Au moins une fois, le Département a protesté, affirmant que telle ou telle directive ne concordait pas avec la méthode ou la pratique habituelle du Département, mais, puisque le groupe spécial en avait décidé ainsi, le Département suivrait la méthode indiquée par le groupe spécial. Il ne m'est pas nécessaire de faire le compte rendu des points traités dans la nouvelle décision du Département, pour dire que les constatations et conclusions répondaient à la norme du caractère raisonnable, étaient appuyées par une preuve substantielle et concordaient en tous points avec les dispositions de la loi et avec la procédure administrative habituelle. Les constatations et conclusions du Département étaient tout cela, et je remercie les membres minoritaires du groupe spécial d'avoir énoncé en détail ce que je viens d'énoncer d'une manière générale.

L'affirmation ci-dessus -- selon laquelle les constatations et conclusions figurant dans la nouvelle décision du Département

étaient en tous points conformes aux dispositions de la loi et à la procédure administrative habituelle -- fait ressortir un point important, et peut-être déterminant, pour l'évaluation de l'avis majoritaire du groupe spécial : *le Département n'est accusé d'avoir contrevenu à aucune disposition d'un quelconque texte législatif.* Aucune mesure administrative n'est ici « proscrite par la loi ». Pour quiconque aurait même seulement une vague connaissance du droit administratif des États-Unis, cela voudra dire que seul un exercice totalement irrationnel, par l'organisme, du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré par le Congrès (pouvoir extrêmement large lorsqu'il s'agit du droit commercial, comme l'a déjà dit le Circuit fédéral⁴⁰) justifierait l'annulation de la décision de l'organisme.

J'ai alors examiné l'avis des membres majoritaires du groupe spécial, avis qui avait fait l'objet de commentaires tellement

⁴⁰ « Ces principes [les normes selon lesquelles il convient de déférer aux décisions de l'organisme lorsqu'on interprète son mandat, normes que le Circuit fédéral venait de rappeler en citant l'affaire *Chevron* décidée par la Cour suprême] s'appliquent même lorsque le Département interprète la législation antidumping. [Citant *Smith-Corona*, Circuit fédéral, 1983]... La Cour a reconnu que le Département est un spécialiste de la législation antidumping, [citant *Consumer Products*, Circuit fédéral, 1985]... » *Daewoo Electronics v. International Union*, 6 F. 3d 1511, 1516 (Circuit fédéral, 1993).

Le Circuit fédéral n'a laissé planer aucun doute sur le fait que le vaste pouvoir discrétionnaire exercé au titre de la législation antidumping s'applique également à la législation sur les droits compensateurs. *PPG Industries Inc. v. U.S.* 928 F. 2d 1568, 1571-72 (Circuit fédéral, 1991); *Smith Corona Group v. U.S.*, 713 F. 2d 1561, 1571 (Circuit fédéral, 1983). Voir mes propos ci-dessus, dans la section III, p. 28.

impitoyables dans l'un des mémoires des parties. Le groupe spécial commence naturellement par ressasser le critère régissant l'examen des décisions administratives, tel qu'il est énoncé dans le droit des États-Unis, un critère que chacun connaît bien. Puis le groupe spécial entreprend alors de transgresser à peu près chacun des aspects de ce critère. Les observations caustiques contenues dans le mémoire auquel j'avais d'abord prêté attention, puis que j'avais refermé, se trouvaient justifiées.

Fondamentalement, la majorité du groupe spécial tente de refaire, de réévaluer la preuve, de redéfinir les questions techniques soumises à l'organisme administratif. Le groupe spécial donne sa propre interprétation de la preuve et fait sa propre évaluation quant au poids à lui accorder. Au surplus, il insiste sur sa propre méthode, violant du même coup le principe selon lequel, lorsque la loi est silencieuse, parce que le Congrès n'a pas indiqué exactement la méthode à suivre, c'est à l'organisme qu'il appartient de définir cette méthode.

Par inadvertance, involontairement, l'un de mes collègues ici condamne plus fortement encore le fait que la majorité du groupe spécial n'ait pas déféré aux compétences spécialisées du Département. Comme les avocats canadiens, il évoque « la nouveauté des circonstances de la présente espèce »⁴¹ et le fait que « l'on ne peut dans ce cas espérer trouver un précédent parfaitement adapté... »⁴² C'est précisément dans une situation comme celle-là

⁴¹ Avis du juge Hart, p. 28

⁴² Id, p. 27

que la retenue qu'il faut montrer à l'égard des pouvoirs et des connaissances de l'organisme administratif doit être à son zénith. Lorsque se présente une situation économique comparativement nouvelle, c'est au Département du Commerce -- non aux tribunaux (ni aux groupes spéciaux qui les remplacent) -- que le Congrès a donné le pouvoir de formuler une politique et une méthode adaptées aux circonstances. À moins que la majorité du groupe spécial ou que mes deux collègues puissent montrer que le Département a contrevenu à une disposition précise de la loi applicable -- et aucun d'eux n'a même prétendu l'affirmer --, la nouvelle décision du Département doit l'emporter.

Je ne m'aventurerai pas dans une analyse détaillée des 132 pages de l'avis majoritaire du groupe spécial, puisque la minorité du groupe spécial l'a fait d'admirable façon. Mais j'énoncerai certains des points et des mesures du groupe spécial. Sur la question du caractère limitatif, la majorité du groupe spécial a estimé qu'il y avait absence d'analyse raisonnée des chiffres et des catégories, et elle a accusé le Département d'utiliser les chiffres de façon mécanique. Également sur la question du caractère limitatif, en ce qui concerne l'utilisation dominante ou disproportionnée, la majorité a conclu qu'il y avait absence de preuve substantielle et que le Département n'avait pas fait une analyse raisonnée. En somme, sur cette question, la majorité a estimé que le Département n'avait fait reposer sur aucune base juridique rationnelle la conclusion selon laquelle les droits de coupe étaient de caractère limitatif.

Sur la question du traitement préférentiel, la majorité a d'abord analysé sur cinq pages l'espèce *Daewoo*, analyse qui, à mon avis, ne réussit pas à prouver que la jurisprudence *Daewoo* est semblable et applicable à l'affaire qui nous intéresse.⁴³ Puis elle entreprit de démolir la théorie économique du coût marginal invoquée par le Département, pour lui préférer la théorie de la rente appliquée aux ressources naturelles. À mon avis, le Département a montré la pertinence de la théorie du coût marginal de manière bien plus solide que la majorité du groupe spécial a montré la pertinence de la théorie de la rente. Et même si ce n'était pas le cas, lorsque plusieurs méthodes sont possibles, et que toutes sont valides, c'est à l'organisme administratif qu'il appartient de faire le choix, non à l'organe de révision (que remplace le groupe spécial binational, avec l'obligation d'appliquer le même critère d'examen). Sur la question du traitement préférentiel, la majorité est arrivée à la conclusion que la nouvelle décision du Département n'était pas appuyée par une preuve substantielle. Cette conclusion procède évidemment de l'utilisation des théories économiques de la majorité, théories préférées à celles du Département.

Pour ce qui est des restrictions à l'exportation de billes, la conclusion à laquelle je suis arrivé après avoir lu cette section était que le point de vue de la majorité pouvait se résumer à une affirmation selon laquelle le Département ne savait pas de quoi il

⁴³ Voir mon analyse de l'espèce *Daewoo* dans la partie III ci-dessus.

parlait, tandis que la majorité, elle, le savait. On voit donc le danger qu'il y a de confier l'examen des décisions d'un organisme administratif à un groupe de « spécialistes » dans un domaine particulier, plutôt que de le confier à des généralistes qui sont disposés à déférer aux connaissances spécialisées de l'organisme. La conclusion finale de la majorité était que le Département ne s'était pas demandé si les REB étaient *de facto* de caractère limitatif. Vraiment, sur ces points, la nouvelle décision du Département et l'avis majoritaire du groupe spécial semblent s'être engagés dans un dialogue de sourds.

La majorité s'est montrée d'accord avec le Département pour dire que les exportations de billes bénéficiaient d'une subvention, mais elle a insisté sur le critère des « effets directs et perceptibles ». Comme le Département n'a pas appliqué ce critère, la majorité n'a eu aucune difficulté à dire qu'il y avait absence de preuve substantielle.

En résumé, je crois que l'avis majoritaire du groupe spécial binational transgresse sans doute davantage de principes se rapportant à l'examen des décisions administratives que tout jugement d'un organisme de révision que j'aie jamais lu.

Je me dispenserai de pousser plus loin l'analyse, les membres minoritaires du groupe spécial s'en étant chargés de manière tellement professionnelle. Les deux membres minoritaires sont eux aussi des « spécialistes » dans le domaine du droit commercial, et leur analyse, qui appuie dans tout détail important celle du Département, est convaincante. Pour voir de quelle façon doit se

faire l'examen des décisions administratives, il est nécessaire ici de lire l'opinion de 80 pages des deux membres minoritaires, en particulier les pages 5 à 37 et les pages 42 à 48. Les deux membres minoritaires avaient conscience de leur rôle, ils savaient qu'on ne leur demandait pas de refaire toute l'analyse qui avait été faite par le Département, mais de trouver, dans la preuve ou le raisonnement du Département, les failles pouvant réduire à néant les conclusions du Département. Les membres minoritaires ont reconnu que, lorsque des esprits sensés ne partagent pas le même avis et que le raisonnement du Département est appuyé par une preuve substantielle, alors la conclusion tirée par le Département devrait être maintenue. Même si une autre conclusion raisonnable pourrait être tirée de la même preuve, l'interprétation donnée par l'organisme doit primer. C'est là un point fondamental que l'on répète depuis des décennies comme partie du droit des États-Unis, mais c'est un point qui semble avoir échappé à la majorité du groupe spécial et, je le crains, à mes deux collègues canadiens.

L'avis minoritaire, comme l'avis majoritaire du groupe spécial, fait la même énumération des critères bien établis et non contestés en vigueur aux États-Unis pour l'examen des décisions administratives, mais la minorité, contrairement à la majorité, a véritablement appliqué ces critères lorsqu'elle a évalué les 192 pages de la nouvelle décision du Département.

Laissons les membres minoritaires du groupe spécial énoncer leur démarche -- une démarche qui, je le maintiens, reflète tout à

fait le droit des États-Unis concernant le contrôle judiciaire des décisions administratives :

« Mais la matière de notre désaccord avec la majorité est ici l'idée que la majorité se fait du droit des États-Unis en matière d'examen. »

« Lorsque le Congrès précise une méthode dans une loi, l'organisme qui applique la loi doit se conformer à cette méthode, et il incombe au tribunal chargé d'examiner la décision de l'organisme de s'assurer que les intentions du Congrès ont été observées et de vérifier que la méthode a été suivie. Lorsque le Congrès ne précise pas de méthode, on présume qu'il confie à l'organisme d'application la tâche de concevoir et d'appliquer ce qu'il considère une méthode appropriée. Un tribunal qui procède à l'examen d'une décision administrative ne peut superposer sa propre méthode, comme nous l'expliquions précédemment dans notre section sur les critères d'examen. Nous croyons que c'est précisément ce que fait la majorité. La question pertinente, que la majorité a perdue de vue, est de savoir si, étant donné la loi, la réglementation et la preuve, la décision prise par le Département était ou non raisonnable. »

« La législation pertinente est évidemment 19 U.S.C. § 1677(5)... (citation) Cette disposition n'établit pas une méthode, mais elle donne un large pouvoir discrétionnaire à l'organisme qui l'applique. Elle ne prévoit pas de motif d'examen autre que le fait pour l'organe d'examen d'évaluer si l'application de la règle

spéciale du paragraphe 5 était raisonnable dans les circonstances. »⁴⁴

Comme il a devant lui l'avis minoritaire du groupe spécial, le comité pour contestation extraordinaire peut se dispenser de refaire l'examen logique de la décision de l'organisme administratif, un examen déjà effectué dans l'avis minoritaire. Il n'est pas nécessaire pour nous de réarranger ce qui a été formulé par le Département, par la majorité du groupe spécial et par la minorité du groupe spécial. Il suffit de lire l'avis minoritaire. Me référant à cet avis minoritaire, je confirmerais la nouvelle décision du Département du Commerce.

V LES RAPPORTS DES COMMISSIONS EXTRAORDINAIRES DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE SUR L'ALENA

Le 15 novembre 1993, le rapport de la Chambre n° 103-361, et, le 18 novembre 1993, le rapport sénatorial n° 103-189, rapports qui portaient sur la législation de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, étaient publiés. Pour parler franchement, carrément et peut-être impoliment, le problème fondamental que pose l'acceptation de ces rapports dans l'affaire qui nous occupe est que les tribunaux anglais refusent de s'inspirer du contexte législatif et que les tribunaux canadiens les suivent de près à ce chapitre.

A. Moment choisi

⁴⁴ Avis minoritaire du groupe spécial, p. 32-33

La première chose à noter est le moment choisi. Ces rapports ont été publiés en novembre, lorsque le groupe spécial était en train d'étudier la nouvelle décision du Département après renvoi. L'avis du groupe spécial a été publié le 17 décembre. Il semble que ces rapports n'ont pas été portés à l'attention du groupe spécial, et qu'ils n'ont pas été débattus, mais, si le groupe spécial avait été informé de leur existence, ils auraient certainement eu un effet sur lui et ils auraient été mentionnés par les membres minoritaires.

B. Composition extraordinaire des commissions du Congrès

Les six commissions sénatoriales représentées à la Commission mixte spéciale - finances, agriculture, commerce, affaires gouvernementales, pouvoir judiciaire et relations étrangères -- ainsi que la Commission de la défense, représentent probablement les commissions les plus puissantes au Sénat. Cette commission mixte extraordinaire se composait de soixante-quinze sénateurs, sans compter les doubles emplois. C'est plus qu'une majorité constitutionnelle des deux tiers du Sénat. Cette majorité des deux tiers peut passer outre à tout veto présidentiel, peut approuver des traités, etc.

À la Chambre, la législation de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain a été renvoyée à neuf commissions -- voies et moyens, agriculture, banques, finances, énergie, affaires étrangères, opérations gouvernementales, pouvoir judiciaire et travaux publics.

C. Présidents identiques des commissions et majorité de membres identiques

Au Sénat, cinq des six présidents des commissions représentées à la Commission mixte spéciale étaient les mêmes que lorsque l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis fut approuvé, Moynihan ayant remplacé Bentsen. Cinquante-deux des membres étaient membres de ces commissions lorsque l'Accord de libre-échange fut approuvé en septembre 1988.

On peut vraiment affirmer que ce rapport de la Commission mixte exprimait la volonté de l'ensemble du Sénat américain en novembre 1993. On ne peut tout simplement l'ignorer, juridiquement ou pratiquement. Il ne s'agit pas de quelque organe législatif subséquent qui voudrait apporter sa touche à la formulation adoptée de nombreuses années auparavant par d'autres législateurs.

Le président de la Commission des voies et moyens de la Chambre était le même en 1988 et 1993, et le principal parrain de la mesure, le républicain Sam M. Gibbons, de la Floride, était lui aussi le même.

D. Formulation identique adoptée pour le nouveau régime de contrôle judiciaire des décisions de l'organisme

Aucun mot de l'article 1904.13 de l'ALE, qui énonce les normes de constitution d'un comité pour contestation extraordinaire, n'a été enlevé. Par souci de clarté, à l'alinéa (a)(iii) « le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la

compétence que lui confère le présent article », a été ajouté « par exemple en omettant d'appliquer le critère pertinent d'examen, »...

De la même façon, aucun mot de l'annexe 1904.13, « Procédure de contestation extraordinaire », n'a été enlevé. Par souci de clarté, on a ajouté ce qui suit au paragraphe 3 : « Après examen de l'analyse juridique et factuelle formant la base des constatations et des conclusions de la décision du groupe spécial, afin de savoir si l'un des motifs indiqués à l'article 1904.13 a été établi,... »

Les parties canadiennes devant nous n'ont aucunement soutenu que ces deux ajouts apportés par souci de clarté entraînaient la moindre différence entre les articles de l'ALENA et ceux de l'ALE qui nous occupent ici.

En fait, les parties canadiennes ne pourraient jamais soutenir ce fait, puisque le gouvernement canadien lui-même a fait la déclaration officielle qui suit sur le sens des ajouts ci-dessus :

L'annexe 1904.13(3) rendrait explicite le fait qu'un CCE doit examiner l'analyse juridique et factuelle à la base de la décision d'un groupe spécial binational, afin de savoir si l'un des motifs du recours à la procédure de contestation extraordinaire a été établi. De l'avis du Canada, cette disposition était implicite dans le chapitre 19 de l'ALE. »⁴⁵

Et le Gouvernement des États-Unis a officiellement déclaré :

L'omission d'un groupe spécial binational d'appliquer le critère pertinent d'examen constituerait un motif de recours à un CCE aux termes de l'article 1904.13(a)(iii). Dans la négociation de l'ALENA, les parties ont décidé de

⁴⁵ Gouvernement du Canada, Énoncé de mesure administrative à l'ALENA, réimprimé dans la Gazette du Canada, partie I, p. 204 (le 1^{er} janvier 1994)

rendre explicite dans l'article 1904.13(a)(iii) de l'ALENA ce qui était manifestement implicite dans l'article 1904.13(a)(iii) de l'ALE, plus précisément le fait qu'un groupe spécial binational qui n'a pas appliqué le critère pertinent d'examen serait par le fait même considéré comme ayant manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence. Cette modification confirme qu'il est absolument capital pour le fonctionnement du mécanisme des groupes spéciaux binationaux que les groupes spéciaux observent rigoureusement les critères de contrôle judiciaire en vigueur dans le pays importateur.

Les modifications apportées à l'annexe 1904 font ressortir qu'il ne suffit pas pour un CCE de s'assurer simplement que le groupe spécial a bien exprimé le critère pertinent d'examen. Un CCE doit plutôt se demander si le groupe spécial a analysé le droit objectif et les faits sous-jacents.⁴⁶

Voici les propos du CCE saisi de l'affaire Porcs vivants :

L'Accord de libre-échange nord-américain (« l'ALENA ») rend explicite ce qui était implicite dans l'ALE : si un groupe spécial omet d'appliquer le critère pertinent d'examen, il outrepassé manifestement « ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence ». C'est là le premier volet de notre triple critère, c'est-à-dire l'article 1904.13(a)(iii).

En conséquence, les rapports du Sénat et de la Chambre traitent de la même formulation législative pour ce qui est du critère de contrôle judiciaire et du nouveau mécanisme de contrôle constitué par les groupes spéciaux binationaux et les comités pour contestation extraordinaire. Lorsque le rapport de la Commission mixte du Sénat et le rapport de la Commission des voies et moyens de la Chambre interprètent la formulation de la loi qu'ils ont examinée ensemble et qu'ils ont édictée, savoir l'ALENA, ils

⁴⁶ Gouvernement des États-Unis d'Amérique, Énoncé de mesure administrative à l'Accord de libre-échange nord-américain, 195-97 (1993)

interprètent du même coup la formulation elle-même figurant dans l'ALE.

Deuxièmement, l'interprétation donnée par les soixante-quinze sénateurs et par la Commission des voies et moyens de la Chambre est le résultat de cinq ans d'expérience de ce genre de formulation. Les sénateurs et les représentants affirment qu'ils savent ce qu'ils voulaient dire cinq ans auparavant, et que les interprétations ne concordent pas toujours avec le sens établi de mots depuis longtemps utilisé pour les normes de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis.

E. Aucune modification dans la formulation législative antérieure

Pour ce qui est des examens effectués par un CCE ou un groupe spécial, le Sénat et la Chambre n'ont apporté aucun changement à la formulation employée dans l'ALE et répétée dans l'ALENA, si ce n'est les deux ajouts évoqués plus haut. S'ils n'ont apporté aucun changement, c'est pour les raisons suivantes.

D'abord, la formulation employée dans l'ALE et dans l'ALENA reflète la norme bien comprise et depuis longtemps établie du contrôle judiciaire aux États-Unis, norme qui doit être appliquée par les groupes spéciaux binationaux et, avec la réserve de l'importance comparative des questions, par les comités pour contestation extraordinaire. Modifier ici la formulation discréditerait et embrouillerait les critères du contrôle judiciaire dans tous les États-Unis. Le Congrès n'a fait que répéter ce que dit l'ALE, c'est-à-dire le fait que les groupes

spéciaux et les comités appliqueront le droit des États-Unis et du Canada.

Deuxièmement, le Sénat et la Chambre disent que les mots sont justes, mais que les décisions de certains des groupes spéciaux binationaux sont parfois erronées. Après tout, ces groupes spéciaux sont composés de cinq prétendus spécialistes du droit commercial; on ne leur demande pas d'être des spécialistes du contrôle des organismes administratifs. Et le Congrès dit qu'ils ont prouvé qu'ils ne sont pas des spécialistes des normes de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis.

F. Effet pratique

Le rejet, par ce comité pour contestation extraordinaire, du langage exceptionnellement vigoureux, précis et spécifique de ces rapports pourrait conduire à une réaction hostile de la part du Sénat et de la Chambre, mettant ainsi en péril tout le mécanisme des groupes spéciaux binationaux et des comités pour contestation extraordinaire. Soixante-quinze sénateurs des États-Unis ont l'habitude d'être pris au sérieux par les tribunaux lorsqu'il s'agit d'interprétation législative. La Commission des voies et moyens de la Chambre a elle aussi l'habitude d'être prise au sérieux. Le prochain comité pour contestation extraordinaire sera lié par la façon dont le Sénat et la Chambre interprètent la formulation de l'ALENA, compte tenu du contexte législatif de cette formulation. Si le présent CCE n'accepte pas cette interprétation, notre décision constituera une anomalie, une aberration, dans la

jurisprudence portant sur le contrôle des décisions administratives.

G. Ce que le Sénat a dit

Sur quatre pleines pages de leur rapport, les sénateurs n'ont pas mâché leurs mots relativement à ce que la Loi impose en matière de contrôle des organismes administratifs. Les États-Unis et le Canada avaient accepté de supprimer le contrôle judiciaire revenant ordinairement à leurs tribunaux, mais sous la réserve absolue... « que l'ALENA, tout comme l'ALE, oblige les groupes spéciaux binationaux à appliquer les mêmes critères d'examen et les mêmes principes juridiques généraux que ceux qu'appliqueraient les tribunaux nationaux. Cette exigence est le fondement du mécanisme des groupes spéciaux binationaux... La non-application du critère pertinent d'examen risquerait de miner l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux. » (Italique ajouté par le Sénat)

Puis le rapport mixte du Sénat poursuit ainsi :

... Certains groupes spéciaux binationaux n'ont pas déféré aux conclusions de l'organisme américain comme les y obligeait l'arrêt Chevron rendu par la Cour suprême des États-Unis... Les groupes spéciaux doivent se limiter à se demander si l'interprétation donnée par l'organisme au texte législatif est une interprétation licite... Le rôle des tribunaux, et donc des groupes spéciaux, consiste à dire si l'organisme a correctement appliqué la loi, non de prendre la décision ultime, rôle que le Congrès a réservé à l'organisme.

Deuxièmement, ... dans plusieurs cas, des groupes spéciaux binationaux ont mal interprété le droit et la pratique des États-Unis dans deux domaines clés de la législation américaine sur les droits compensateurs -- d'abord ce que l'on appelle le « critère des effets », et ensuite la condition selon laquelle la subvention doit être « particulière » à une industrie.

Dans sa décision du 6 mai 1993 concernant le bois d'oeuvre, le groupe spécial binational n'a pas bien interprété le droit des États-Unis lorsqu'il a déclaré que, même après que le Département du Commerce conclut à l'existence d'une subvention, le Département doit aussi, avant de pouvoir imposer un droit, prouver que la subvention a eu pour effet d'abaisser le prix ou d'augmenter la production du produit.

Le critère des effets d'une subvention n'a jamais été imposé par la loi, et ce critère est incompatible avec la bonne application de la législation sur les droits compensateurs. ...

... Le Congrès a expressément rejeté, dans le Trade Agreements Act de 1979, l'emploi d'un critère des « effets »...

Sur le plan de la politique, la Commission croit que l'on ne devrait pas imposer l'analyse des « effets » d'une subvention.⁴⁷

Passant ensuite au critère du caractère limitatif, le rapport du Sénat mentionne ce qui suit :

« la Commission approuve la pratique actuelle du Département du Commerce en ce qui concerne le critère du caractère limitatif... Le Département a énoncé quatre facteurs qu'il peut considérer pour savoir si telle ou telle mesure est de caractère limitatif. Dans sa pratique actuelle... le Département peut fonder sur l'un ou sur plusieurs des facteurs pertinents sa conclusion selon laquelle une subvention est de caractère limitatif.⁴⁸ (Italique ajouté par le Sénat)

La Commission mixte poursuit en affirmant que la décision *Porcs vivants* rendue par un groupe spécial le 26 août 1993 constitue une mauvaise interprétation du droit et de la pratique des États-Unis, tandis que, dans sa décision du 16 août 1993, le groupe spécial saisi de l'affaire du magnésium « a estimé avec

⁴⁷ « Rapport de la Commission mixte du Sénat n° 103-189 », Législation de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, 18 novembre 1993, p. 42.

⁴⁸ Id, p. 43.

raison que la pratique actuelle du Département est la bonne en ce qui concerne la question du caractère limitatif. »⁴⁹

Le Congrès a toujours voulu que le Département ait toute la latitude voulue de dire si telle ou telle mesure est ou non de caractère limitatif... Lorsque des avantages sont juridiquement limités à une industrie particulière, cela suffit pour conclure à leur caractère limitatif. Par ailleurs, lorsqu'il examine la portée réelle d'une mesure, le Département aura raison de dire que la mesure est *de facto* de caractère limitatif si l'un ou plusieurs des quatre facteurs généralement étudiés par le Département justifie une telle conclusion. Un facteur pourrait à lui seul suffire pour autoriser la conclusion selon laquelle la mesure est *de facto* de caractère limitatif.

La Commission espère que, dans l'avenir, les groupes spéciaux binationaux appliqueront comme il convient le droit des États-Unis et le critère pertinent d'examen, en déférant généreusement aux décisions du Département du Commerce comme à celles de l'ITC. ... La procédure de contestation extraordinaire pourra être invoquée lorsqu'un groupe spécial aura manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence, en omettant par exemple d'appliquer le critère pertinent d'examen, si l'acte en question a influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational. Comme le principe fondamental du chapitre 19 est qu'un groupe spécial doit fonctionner exactement comme le ferait la juridiction qu'il remplace, la Commission croit qu'une mauvaise application du droit américain dans des domaines importants constitue véritablement une menace pour l'intégrité du mécanisme établi par le chapitre 19.⁵⁰

... Si un groupe spécial binational a fondé sa décision sur une mauvaise interprétation flagrante du droit américain ou n'a pas appliqué le critère pertinent d'examen, la Commission estime que le simple fait qu'un groupe spécial prétende d'avoir appliqué le droit américain et le bon critère d'examen ne suffit pas pour qu'un comité pour contestation extraordinaire confirme la décision du groupe spécial...

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Id, p. 43-44.

... La Commission entend, comme c'était le cas pour l'ALE, que la décision d'un groupe spécial binational ne soit obligatoire qu'à l'égard du cas particulier soumis au groupe spécial... Les tribunaux américains devraient considérer les décisions des groupes spéciaux de la même façon qu'ils considèrent les énoncés de spécialistes quant à l'application du droit américain.⁵¹

H. Ce que la Chambre a dit

La Commission des voies et moyens de la Chambre, la principale des neuf commissions auxquelles a été renvoyée la législation de mise en oeuvre de l'ALENA, a été un peu plus brève que la Commission du Sénat, mais elle est en parfait accord avec elle -- et tout aussi précise qu'elle pour ce qui est de l'obligation des groupes spéciaux binationaux et des CCE d'appliquer le droit des États-Unis, et pour ce qui est de la partie de ce droit que l'une et l'autre avaient à l'esprit.

Article 403. Témoignage et production de documents dans les contestations extraordinaires.

L'article 403 de la Ch. des rep. 3450, relatif au pouvoir des comités pour contestation extraordinaire d'obtenir des témoignages et la production de documents, est équivalent à la formulation de la législation de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis. Ce pouvoir est nécessaire parce que l'article 1904.13(a)(i) de l'ALENA, non modifié par rapport à l'article correspondant de l'ALE, prévoit qu'un CCE pourra dans certains cas être constitué si une partie à l'ALENA affirme qu'un membre d'un groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts. Dans un tel cas, un CCE pourrait devoir forcer la production d'éléments de preuve.

Un changement notable apporté à l'article 1904 de l'ALENA, par rapport à l'article correspondant de l'ALE, est le paragraphe 1904.13, relatif au comité pour

⁵¹ Id, p. 44-45

contestation extraordinaire, qui mentionne clairement que l'omission d'un groupe spécial binational d'appliquer le critère pertinent d'examen justifierait la constitution d'un CCE aux termes de l'article 1904.13(a)(iii). Lors de la négociation de l'ALENA, les Parties ont décidé de rendre explicite dans l'article 1904.13(a)(iii) de l'ALENA ce qui était manifestement implicite dans l'article 1904.13(a)(iii) de l'ALE, plus précisément le fait qu'un groupe spécial binational qui n'applique pas le critère pertinent d'examen sera par le fait même considéré comme ayant manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence.

Cette modification confirme qu'il est essentiel pour le bon fonctionnement du processus d'examen binational que les groupes spéciaux observent strictement les critères de contrôle judiciaire en vigueur dans le pays importateur. La Commission souscrit sans réserve au point de vue des Parties et de l'Administration, selon lequel il est essentiel pour le bon fonctionnement du processus d'examen binational que les groupes spéciaux observent fidèlement les critères d'examen.

La stricte observation, par les groupes spéciaux binationaux, de leur obligation, énoncée à l'article 1904(3), d'appliquer les critères de contrôle judiciaire en vigueur dans le pays importateur est la pierre angulaire du processus d'examen binational. Des spécialistes ont évoqué le risque d'un manque d'uniformité des décisions des groupes spéciaux, entre elles et avec le droit américain établi. Voir A.F. Lowenfeld, « Binational Panel Dispute Settlement Under Chapters 18 and 19 of the Canada-United States Free Trade Agreement : An Interim Appraisal » 81 (décembre 1990). Pour qu'un tel manque d'uniformité ne se manifeste pas dans les décisions rendues par les groupes spéciaux aux termes de l'ALENA, les groupes spéciaux doivent veiller à bien appliquer le droit et les critères de contrôle judiciaire en vigueur dans le pays importateur.

Eu égard à l'importance cruciale de cette obligation, la Commission est d'avis que toute omission d'un groupe spécial binational d'appliquer la norme pertinente d'examen autorisera un CCE à annuler ou à renvoyer la décision du groupe spécial, si telle omission a influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et a menacé l'intégrité du processus d'examen binational.

Les décisions de quelques groupes spéciaux binationaux constitués en vertu de l'ALE ont mis en relief l'importance pour l'ALENA de mettre l'accent sur la bonne application de la norme de contrôle judiciaire.

Plus précisément, ces décisions ont soulevé la question de savoir si les groupes spéciaux visés ont correctement appliqué le critère d'examen. Lorsque, de l'avis d'une Partie, un groupe spécial n'a pas appliqué le critère pertinent d'examen ou a par ailleurs manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence, un recours à la procédure de contestation extraordinaire visée par l'article 1904.13 pourra être justifié.

La Commission croit qu'un groupe spécial pourrait manifestement outrepasser ses pouvoirs s'il omet d'appliquer le droit des États-Unis en conformité avec l'article 1904. Dans deux décisions récentes, un groupe spécial devait examiner la conclusion du Département du Commerce selon laquelle une subvention était versée à une industrie particulière ou à un groupe particulier d'industries, 19 U.S.C. 1677(5). L'Administration a soutenu devant les groupes spéciaux que, selon le droit américain, y compris la jurisprudence américaine, le Département du Commerce peut estimer qu'une subvention est de caractère limitatif, compte tenu de l'un ou plusieurs des facteurs pertinents, et qu'il n'est pas tenu d'apprécier et d'évaluer tous les facteurs possibles.

Dans un cas, se posait aussi la question de savoir si le Département du Commerce doit, avant de dire qu'une subvention donne matière à compensation, mesurer les effets de telle subvention sur le prix et la production. Sur ce point, l'Administration a soutenu que, selon le droit américain, y compris la jurisprudence américaine, une fois que le Département du Commerce estime qu'il y a eu subvention, il n'est pas tenu de prouver que la subvention a influé sur le prix et sur la production du produit.

Dans de telles circonstances, les États-Unis peuvent recourir à la procédure de contestation extraordinaire. Si cette procédure ne parvient pas à corriger la mauvaise application du droit, alors ils peuvent recourir à l'article 1902, qui décrit les formalités de notification et de consultation se rapportant au droit de chacune des parties à l'ALENA de modifier sa législation. La Commission espère que l'Administration se conformera rigoureusement à ces procédures dans son appui à la législation visant à corriger le problème.

On trouvera, dans l'annexe 1904.13 de l'ALENA, deux variations importantes par rapport à l'ALE en ce qui concerne les CCE. En vertu de l'ALENA, lorsqu'un CCE est constitué, il doit examiner l'analyse juridique et factuelle à la base des constatations et conclusions de

la décision du groupe spécial. L'annexe 1904.13 de l'ALENA accorde aussi au CCE trois fois plus de temps pour effectuer son travail. Les États-Unis ont voulu insérer ces variations dans l'annexe 1904.13 de l'ALENA en raison de leur pratique de l'ALE. En augmentant la période d'examen et en obligeant les CCE à examiner l'analyse juridique et factuelle à la base de la décision d'un groupe spécial, l'annexe 1904 de l'ALENA met en évidence le fait que le CCE ne doit pas se limiter à s'assurer que le groupe spécial a bien exprimé le critère pertinent d'examen. Un CCE doit aussi se demander si le groupe spécial a correctement analysé les règles de fond et les faits essentiels.⁵²

I. Effet juridique

La plupart des auteurs et des juges n'entretiennent aucun doute sur le fait que les rapports des commissions constituent un contexte législatif faisant autorité et qu'il faut leur donner un grand poids.⁵³ Une analyse statistique a montré que, sur une période de quarante ans, 60 p. 100 des références de la Cour suprême au contexte législatif étaient extraites de rapports des commissions.⁵⁴ Persuasives, mais en ordre décroissant d'importance, sont les observations du président de la Commission, celles des premiers parrains du projet de loi, et celles des membres influents de la Commission. Les interprétations données

⁵² Législation de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, Rapport de la Commission des voies et moyens, rapport de la Chambre n° 103-361, 103^e Congrès, 1^{ère} session, 74-76 (1993)

⁵³ Estridge et Fridley, Legislation Statutes and the Creation of Public Policy (1987), p. 709.

⁵⁴ Carro et Brawn, « The U.S. Supreme Court and the Use of Legislative Histories : A Statistical Analysis », 22 Jurimetrics J. 294, 304 (1982)

par tel ou tel membre, qu'il soit pour ou contre, n'ont pratiquement aucune valeur.

Nous parlons ici du contexte législatif contemporain des mesures qui font l'objet d'un vote. Le contexte législatif postérieur a toujours été davantage sujet à controverse, encore que la Cour suprême et d'autres juridictions n'hésitent pas à l'invoquer lorsque les circonstances semblent le justifier. Évidemment, les déclarations subséquentes peuvent refléter des pensées après coup jamais entretenues auparavant, des vœux qui ont au départ été rejetés, même implicitement, et elles peuvent être le produit d'une manipulation (les déclarations contemporaines également).

Ce que nous offrent les rapports des commissions du Sénat et de la Chambre, c'est un contexte législatif à la fois contemporain et postérieur, établi par la source reconnue comme faisant autorité, savoir la commission responsable. Ce contexte législatif est contemporain de la législation de mise en oeuvre de l'ALENA, il est postérieur à l'ALE -- et sauf les deux changements clarifiant le rôle d'un CCE, changements qui rendent explicite dans l'ALENA ce qui était implicite dans l'ALE, la formulation que nous examinons est identique dans chaque texte législatif. Puisque cinquante-deux membres de la Commission mixte sénatoriale sont les mêmes en 1993 qu'en 1988, puisque l'interprétation indiquée dans les deux rapports est fondée sur cinq ans d'expérience de cette formulation, et puisque nul n'a soutenu que la formulation des rapports de 1993 est de quelque façon incompatible avec les propos des mêmes

commissions en 1988 -- force est de constater que nous nous trouvons ici devant le contexte législatif le plus puissant et le plus convaincant que l'on puisse imaginer.

On a déjà trouvé éminemment persuasif un contexte législatif bien moins considérable. Le juge Patricia Wald (auparavant juge en chef du Circuit du D.C.) a étudié la session de la Cour suprême de 1981-1982 pour voir avec quelle fréquence la Cour se référait au contexte législatif. Elle constata que « la Cour suprême utilise de plus en plus souvent le contexte législatif pour interpréter et appliquer les lois fédérales... [M]ême si la Cour se réfère encore à la règle du « sens évident », cette règle est en réalité aujourd'hui enterrée. Si la Cour suprême ne se réfère pas au contexte législatif, il n'y a pas aujourd'hui d'interprétation législative ».⁵⁵ « Pas une seule fois durant la dernière session, la Cour suprême n'a trouvé les lois rédigées de façon suffisamment claire au point de s'abstenir de révérifier leur signification au moyen du contexte législatif ».⁵⁶

Elle fait observer que « comme le Congrès établit de plus en plus sa politique dans une suite de lois ou de modifications législatives portant toutes sur un seul sujet, ou sur une diversité de sujets gravitant autour d'un objectif commun, l'intention à la source d'un texte législatif peut être inférée de ce que les

⁵⁵ « Some Observations in the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term », 68 Iowa Law Review 195 (1982) (Italique ajouté par le juge Wald)

⁵⁶ Id, p. 197 (Italique ajouté par le juge Wald)

*législateurs ont fait ou dit relativement à un texte apparenté.*⁵⁷ » (italique ajouté) Il apparaît évident que les propos du juge Wald, propos fondés sur ses propres observations et sur d'autres, sont applicables à l'affaire qui nous intéresse.

Le juge Wald discute plusieurs causes dans lesquelles la Cour suprême s'est fondée sur un contexte législatif postérieur à la promulgation du texte de loi. *North Haven Board of Education v. Bell*, 102 S. Ct. 1912 (1982) (La Cour a cité les observations « préparées » faites durant le débat par le sénateur Bayh, observations qui n'ont jamais atteint l'étape des commissions et qui ont été faites le jour même de l'adoption des modifications; la Cour a également cité un compte rendu des modifications que le sénateur Bayh consigna dans le dossier après leur adoption, et la Cour a cru déceler l'intention du Congrès dans le refus subséquent du Congrès d'adopter le projet de loi). *FEC v. Democratic Senatorial Campaign Committee* 454 U.S. 27 (1982) (La Cour s'est appuyée sur les mesures d'un autre Congrès, mesures postérieures à la promulgation du texte législatif, à l'appui de sa décision). *Patsy v. Board of Regents*, 102 S. Ct. 2557 (1982) (Le juge Marshall a invoqué ici le contexte législatif de la loi de 1980 dite Civil Rights of Institutionalized Persons Act pour montrer que, en 1980, le Congrès était d'avis que la Civil Rights Act de 1871 n'exigeait pas l'épuisement des recours publics). *Baldrige v. Shapiro*, 102 S. Ct 1103 (1982) (Le juge en chef Burger, rédigeant la décision unanime de la Cour, s'est appuyé sur le fait que le Congrès avait

⁵⁷ Id, p. 202 (italique ajouté)

en 1977 rejeté des propositions visant à donner aux fonctionnaires locaux une possibilité restreinte d'examiner les données du recensement, et il a déduit de ce fait que, en 1929, le Congrès voulait que les données demeurent confidentielles.)

Le juge Wald fait observer que « dans le droit anglais, et sauf quelques exceptions, les juges n'accordent aucun poids au contexte législatif. ... et les Canadiens affirment aujourd'hui, par boutade, que, selon le droit américain, « c'est lorsque le contexte législatif est ambigu qu'il est licite de se référer au texte de loi. »⁵⁸

Le juge en chef Marshall a exprimé un point de vue différent : « Lorsque l'esprit s'applique à découvrir le dessein du législateur, il s'empare de tout ce qui peut lui apporter une aide. »⁵⁹ Et cette mise en garde du juge Frankfurter : « L'idée selon laquelle, parce que les mots du texte de loi sont évidents, le sens du texte est lui aussi évident, est tout simplement une simplification excessive et pernicieuse. »⁶⁰

Près de deux siècles plus tard, la Cour suprême trouvait encore utile le principe du juge en chef Marshall. En 1980, elle déclarait :

Sans doute faut-il considérer avec grande circonspection les arguments fondés sur des actes subséquents du Congrès, mais il ne faut pas non plus les rejeter d'emblée en tant que source

⁵⁸ Id, p. 197

⁵⁹ *United States v. Fisher*, 6 U.S. (2 Cranch) 358, 386 (1805).

⁶⁰ *United States v. Monia*, 317 U.S. 424, 431 (1943)

pouvant être considérée par un tribunal dans la quête de l'intention du législateur.⁶¹

Et, dans une autre affaire, durant la même session, la Cour a adopté l'interprétation que donnait d'une loi de 1936 un rapport d'une commission de la Chambre de 1971, interprétation procédant du principe selon lequel, « même si les points de vue de Congrès subséquents ne peuvent l'emporter sur l'intention indubitable de celui qui édicte un texte législatif... il convient de donner à ces points de vue un poids appréciable, ... surtout lorsque l'intention précise du Congrès qui édicte n'apparaît pas clairement. »⁶²

Il faut se rappeler que les législations de mise en oeuvre de l'ALE et de l'ALENA sont totalement dépourvues de directives sur les points particuliers débattus ici : la manière de prouver le « caractère limitatif d'une mesure », la nécessité -- ou l'absence de nécessité -- de dire s'il y a « distorsion du marché », etc. Les soixante-quinze membres des commissions mixtes ne cherchaient donc pas à imposer une interprétation qui serait incompatible avec telle ou telle formulation législative; un vide juridique est admis, vide que l'organisme a tenté de combler, mais il en a été empêchée par le groupe spécial binational.

Il faut noter un autre prononcé de la Cour suprême. Dans l'affaire *Sioux Tribe of Indians v. United States*,⁶³ le rapport de

⁶¹ *Andous v. Shell Oil Co.*, 446 U.S. 657, 666 n. 8 (1980)

⁶² *Seatrains Shipbuilding Corp. v. Shell Oil Company*, 444 U.S. 572, 596 (1980)

⁶³ 316 U.S. 317 (1942)

la Commission sénatoriale avait été rédigé dans les cinq années qui avaient suivi l'adoption de la loi, et la Commission en question était celle-là même qui avait rapporté le projet de loi sur lequel était fondé le texte législatif. La Cour est arrivée à la conclusion que les propos de la commission étaient « pour ainsi dire déterminants quant à la portée de la loi. »⁶⁴ C'est précisément le cas ici.

Afin de donner des points de repère pour l'avenir, il fallait que les commissions mixtes du Sénat et la Commission des voies et moyens de la Chambre examinent et critiquent le passé, autrement les groupes spéciaux et les comités se seraient crus autorisés à s'inspirer des décisions erronées de groupes spéciaux. Si le Congrès n'avait pas donné son point de vue, les erreurs commises par les groupes spéciaux seraient demeurées non réfutées et elles auraient fait leur chemin jusqu'au sein des groupes spéciaux de l'ALENA.

À mon avis, si l'on ignore les vues clairement exprimées de soixante-quinze membres du Sénat des États-Unis et de la Commission des voies et moyens de la Chambre (qui parle au nom de huit autres commissions), vues exprimées au moment où le Congrès réadoptait, dans la loi de mise en oeuvre de l'ALENA, la teneur à peu près identique de la loi de la mise en oeuvre l'ALE, non seulement on interprète mal le droit des États-Unis, mais encore on met en péril le mécanisme tout entier d'examen binational. Mes collègues jugent sans conséquence les vues du Sénat et de la Chambre, ce qui n'est

⁶⁴ Id, p. 329-330.

pas sans rappeler un épisode de la vie de M. le juge Holmes. Dans le feu d'une argumentation, un avocat avait protesté : « Mais, M. le juge, ce prononcé de la Cour n'est qu'obiter dictum. » Avec calme et dignité, le juge Holmes, se penchant sur son pupitre, répondit : « Mais NOUS l'avons prononcé, n'est-ce pas? »

Ce que je veux dire, c'est que n'importe quel tribunal des États-Unis se sentirait contraint de faire siennes les vues exprimées par les soixante-quinze membres des commissions mixtes du Sénat et par la Commission des voies et moyens de la Chambre lorsqu'ils s'exprimaient sur la formulation de l'ALE et de l'ALENA. Ainsi, le refus de mes collègues d'accepter ce contexte législatif est sans doute conforme au droit canadien, mais c'est un refus qui viole leur obligation d'appliquer ici le droit des États-Unis. Peut-être n'est-il pas incorrect judiciairement, d'après les normes canadiennes, d'ignorer ces deux rapports extraordinairement puissants du Congrès, mais c'est sans doute extrêmement incorrect sur le plan de la raison.

VI FAILLES DU MÉCANISME D'APPEL ÉTABLI EN REMPLACEMENT

Quand je réfléchis à tout ce qui précède, je me dis que le mécanisme bien intentionné des comités pour contestation extraordinaire, en tant que substitut du mécanisme habituel de dernier recours prévu par le droit des États-Unis, est un échec. Il a échoué, au niveau des groupes spéciaux et au niveau des comités, dans l'application du droit des États-Unis, et surtout dans l'application de la norme en vigueur aux États-Unis pour le

contrôle des décisions des organismes administratifs. Le système court le risque non seulement de produire des résultats manifestement erronés, comme c'est le cas pour la décision du groupe spécial du 17 décembre 1993, mais également de créer un ensemble de règles -- quand bien même n'auraient-elles pas valeur de précédent -- qui s'écarteront du droit des États-Unis appliqué aux pays non membres de l'ALENA.

Je crois avoir démontré que c'est le cas dans l'affaire qui nous occupe, et, selon moi, mon analyse montre qu'il ne faut pas s'en surprendre.

Considérons la position des groupes spéciaux binationaux. Leurs membres sont des spécialistes, des praticiens distingués connaissant bien les arcanes du droit commercial. Est-ce vraiment, pour l'examen des décisions administratives, un meilleur mécanisme que ne le serait un juge unique du Tribunal de commerce international ou un comité de trois juges d'une cour d'appel de circuit? Pas nécessairement. L'expérience montre que cinq (ou, dans le cas présent, trois) distingués « spécialistes » n'ont nullement déféré à l'avis des « spécialistes » du Département du Commerce.

Sur le plan psychologique, pourquoi devraient-ils montrer à l'égard d'un organisme administratif la retenue considérée aux États-Unis comme un principe fondamental du contrôle judiciaire des décisions administratives? Les membres du groupe spécial sont des spécialistes; ils en savent davantage que les « spécialistes » chichement payés du Département du Commerce, et ils ont eu envie de

le dire. À maintes reprises, et plus particulièrement dans la présente espèce, ils semblent avoir substitué leur jugement à celui de l'organisme. Ils n'ont pas hésité à dire que l'organisme avait tort dans sa méthode, tort dans son choix d'autres analyses économiques, tort dans ses conclusions, et à dire qu'un groupe de cinq spécialistes sait bien mieux la manière de s'y prendre. Tout cela naturellement va directement à l'encontre des principes de longue date du droit des États-Unis en matière de contrôle des décisions administratives.

Pourquoi ces distingués spécialistes font-ils ce genre d'erreur? La réponse est, je crois, qu'ils sont des spécialistes du droit commercial; ils ne sont pas des spécialistes du contrôle judiciaire des décisions administratives; ils ne sont pas nécessairement familiers avec les normes du contrôle judiciaire qui font partie du droit des États-Unis. Il en irait particulièrement ainsi des membres canadiens. Le groupe spécial binational de cinq spécialistes s'est donc vu investi du rôle d'un juge généraliste chargé de revoir le travail d'un organisme administratif, un organisme aux connaissances duquel un tel juge a coutume de déférer -- et cela parce que, durant de nombreuses années, le Congrès lui a demandé, par l'intermédiaire des lois des États-Unis, d'y déférer.

Je crois que, si le présent mécanisme est maintenu, il est improbable que les cinq membres des groupes spéciaux binationaux se considèrent à l'avenir moins « spécialistes » et je crois que nous n'avons aucun moyen de les sensibiliser, en particulier les membres

canadiens, aux normes en vigueur aux États-Unis en ce qui concerne le contrôle judiciaire des décisions administratives. Il est donc probable que des spécialistes bien intentionnés du droit commercial continuent d'usurper sur les fonctions d'un organisme administratif. Je crois qu'il n'y a que trois façons de devenir un spécialiste du contrôle judiciaire des décisions administratives : il suffit de passer quelques années à occuper dans des affaires entendues par une juridiction de contrôle, à enseigner le droit administratif ou à siéger au sein de l'une de ces juridictions de contrôle.

Passons maintenant au rôle et à la composition des comités pour contestation extraordinaire. Contrairement aux membres des groupes spéciaux, les membres d'un CCE ne sont pas nécessairement des spécialistes du droit commercial. Comme les membres d'une juridiction de contrôle aux États-Unis, ils sont censés être des généralistes. Et les membres du présent comité sont exactement cela.

Cependant, lorsqu'ils appliquent le droit administratif des États-Unis, les généralistes de toutes les juridictions de contrôle sont censés être des spécialistes du contrôle des décisions administratives, qu'il s'agisse de droit commercial, d'énergie nucléaire ou de protection de l'environnement. Puisque, en vertu de ce mécanisme, un CCE remplace dans la hiérarchie l'examen qu'effectuait le Circuit fédéral, peut-être devrait-on plutôt mentionner les brevets, les douanes, les actions engagées contre les États-Unis et les autres matières dont connaissent les

magistrats du Circuit fédéral; chacun d'eux n'est certainement pas un spécialiste de toutes les multiples affaires qu'on lui demande d'examiner.

Le fait est que, puisqu'un comité pour contestation extraordinaire remplace dans la hiérarchie une cour d'appel composée de généralistes quant aux questions de fond, mais de spécialistes du contrôle judiciaire des décisions administratives, et puisqu'il est prévu qu'un CCE devrait être composé d'anciens juges, il est impossible que les membres canadiens des CCE soient devenus assez familiers avec les normes en vigueur aux États-Unis dans le domaine du contrôle judiciaire des décisions administratives. Le droit administratif canadien est différent, les normes de contrôle judiciaire appliquées au Canada sont différentes, et nécessairement les membres canadiens des CCE ne sont pas aussi familiers avec les normes américaines de contrôle que les membres américains. Pourtant, c'est bien le droit américain qu'il faut appliquer ici.

On perd toujours quelque chose lorsqu'on recourt à des juridictions spéciales. Une juridiction ordinaire, qu'elle soit composée d'un juge ou de plusieurs, doit toujours penser aux affaires qu'il faudra trancher demain et, ce faisant, elle doit songer à celles d'hier. Elle doit faire preuve de constance dans les principes qu'elle applique, et cela malgré la diversité des points de fait et des points de droit, et ce devoir de constance est une contrainte. Les juridictions ordinaires savent que le même problème leur sera probablement soumis maintes fois, et elles

s'efforcent d'être intellectuellement honnêtes et constantes, et cela afin d'ériger un ensemble cohérent de règles juridiques. Il n'en va pas différemment -- même si le groupe spécial et mes deux collègues semblent ne pas le reconnaître -- des organismes administratifs tels que l'International Trade Administration du Département du Commerce. C'est pourquoi le groupe spécial -- et nous-mêmes -- devons montrer de la retenue à l'endroit des décisions du Département, non seulement à cause des « connaissances spécialisées » qu'il a acquises grâce au traitement de nombreux dossiers, mais aussi parce que lui seul est en état d'apprécier toute la situation, ce qu'un organe spécial ne pourra jamais faire.

Je ne crois pas que les membres canadiens du présent CCE ou d'un CCE antérieur ait ressenti la moindre animosité à l'endroit du Département du Commerce des États-Unis, et je n'entends nullement laisser entendre que mes collègues canadiens ont été de mauvaise foi -- ils ont même montré beaucoup d'énergie à tenter de comprendre et à discuter de façon rationnelle le droit des États-Unis -- mais on est obligé d'admettre que, sur les six suffrages canadiens exprimés à l'occasion des trois CCE, aucun ne l'a été en faveur d'une décision du Département du Commerce des États-Unis. On peut en dire autant pour les groupes spéciaux dans les trois affaires qui ont fait l'objet d'une procédure de contestation extraordinaire. Et dans le cas qui nous occupe, l'ensemble des suffrages appuyant le Département du Commerce sur les points qui sont disputés ici a été le suivant : deux Américains siégeant au groupe spécial, et le seul Américain siégeant au CCE.

Encore une fois, j'attribue ce fait non à une quelconque prévention de la part des membres canadiens, mais simplement, eu égard à mon analyse ci-dessus et surtout à la dissidence des deux membres américains du groupe spécial dans la présente affaire, à un manque de compréhension des principes du droit des États-Unis en matière de contrôle judiciaire des décisions administratives.

Et je ne vois aucun moyen de corriger la situation dans le nouveau système d'examen aujourd'hui en vigueur.

Lorsqu'on se demande si le droit des États-Unis a été fidèlement appliqué par la majorité du groupe spécial, force est de constater que les cinq membres se sont divisés en deux camps correspondant aux deux nationalités. Les deux Américains ont voté sans équivoque pour le maintien de la nouvelle décision du Département, qu'ils trouvaient conforme au droit des États-Unis, surtout après que le Circuit fédéral dans l'affaire *Daewoo* eut éclairé (et dicté) leur voie; les trois Canadiens ont semblé ne pas comprendre l'application évidente (pour moi) de l'affaire *Daewoo* à la présente espèce. Question : Si vous étiez un président-directeur général en quête d'un avis professionnel sur le droit des États-Unis, préféreriez-vous consulter trois avocats canadiens ou deux avocats américains? Et si vous obteniez cet avis d'un cabinet juridique étranger, que dirait votre conseil d'administration? On voit que le problème ici n'est pas un problème de bonne foi, mais un problème de compétence et d'expérience dans la jurisprudence d'un pays donné.

Si l'on a une solide connaissance des principes du droit américain se rapportant au contrôle judiciaire des décisions administratives, il n'est pas même nécessaire d'avoir lu la nouvelle décision du Département pour voir à quel point la majorité du groupe spécial s'est égarée. Mais pour le débutant, lire l'avis minoritaire du groupe spécial, en particulier les pages 5 à 38 et 42 à 50.

L'un de mes collègues, le juge Hart, est arrivé à la conclusion quelque peu étonnante selon laquelle il se pourrait très bien que le mécanisme tout entier des groupes spéciaux et des CCE « réduise à l'avenir le niveau de la retenue qu'il convient de manifester à l'endroit des décisions du Département. » Et, selon lui, cet effet était voulu (p. 29). J'affirme que cela va totalement à l'encontre de l'idée fondamentale bien comprise selon laquelle le critère d'examen en vigueur dans chaque pays demeurerait inchangée.

Le Département du Commerce n'en reviendra pas lorsqu'il saura que les votes exprimés par les Canadiens au sein du groupe spécial et au sein du présent CCE auront suffi pour réduire son pouvoir discrétionnaire et la retenue manifestée à l'égard de ses connaissances spécialisées, une retenue qui trouve appui dans les lois des États-Unis et dans une pratique ancienne.

C'est aussi franchement reconnaître que, contrairement à ce qu'affirment les parties canadiennes, le critère d'examen qu'elles proposent entraînera inévitablement l'apparition de deux ensembles distincts de règles juridiques américaines, qu'il s'agisse du droit

objectif ou de la procédure. Il est clair qu'un nouvel ensemble de règles américaines, engendré par les groupes spéciaux binationaux et par les CCE en vertu de l'ALE (et bientôt de l'ALENA), sera institué tandis que le droit américain établi de longue date continuera de s'appliquer aux importations provenant de tous les autres pays.

Tout cela est survenu dans l'application de ce mécanisme original d'examen entre le Canada et les États-Unis, deux pays de common law ayant les mêmes traditions et antécédents juridiques. Aujourd'hui, nous avons le Mexique comme troisième membre de l'ALENA, et dans un proche avenir, peut-être le Chili et d'autres pays de l'Amérique latine. Les traditions juridiques du Mexique n'ont rien en commun avec celles des États-Unis; le Mexique s'enorgueillit d'un système civiliste. Il ne connaît pas la notion de contrôle judiciaire des décisions administratives; il n'a que la procédure dite « amparo », discréditée et abusivement employée. Il s'agit d'une interdiction pure et simple prononcée contre l'exécution d'une décision officielle. Si les Canadiens siégeant au sein des groupes spéciaux et des CCE n'ont pas réussi -- et à mon avis ici ils n'ont pas réussi -- à bien saisir les normes du droit américain se rapportant au contrôle judiciaire des décisions administratives, à quoi devons-nous nous attendre de la part d'avocats et de juges formés au droit civil?

Revoyons avec quelle efficacité un CCE pourrait fonctionner dans le rôle que lui attribue mon collègue le juge Hart :

Un CCE n'est pas une juridiction d'appel;

il ne devrait pas substituer son appréciation de la preuve à celle du groupe spécial; et il ne lui appartient pas non plus de dire si le droit appliqué est absolument correct, mais simplement de dire si le groupe spécial s'est efforcé avec conscience d'appliquer le droit pertinent tel qu'il le comprenait. (p. 42)

« Un CCE n'est pas une juridiction d'appel... »

- C'est vrai, mais, dans la hiérarchie des mécanismes d'examen des décisions administratives, un CCE remplace à la fois le Circuit fédéral et la Cour suprême, et il a l'obligation, aux termes de l'ALE et des lois américaines de mise en oeuvre, d'assurer la continuité du droit des États-Unis.

« il ne devrait pas substituer son appréciation de la preuve à celle du groupe spécial »...

- Erreur. Notre tâche consiste à voir si le groupe spécial a substitué son appréciation de la preuve à celle du Département et, si la réponse est affirmative, à annuler la décision du groupe spécial et à confirmer celle de l'organisme.

« un CCE n'a pas non plus à dire si le droit appliqué est absolument correct... » Quelle est la différence entre « absolument correct » et « correct »?

- Nous avons affaire ici à l'engagement solennel, essentiel pour l'ALE tout entier, selon lequel le droit national du pays importateur sera appliqué. Par « droit national », on veut certainement dire le droit national positif.

« mais simplement de dire si le groupe spécial s'est efforcé avec conscience d'appliquer le droit pertinent tel qu'il le comprenait. »

- De quelle norme, de quel critère veut-on parler ici? Le groupe spécial peut-il simplement dire « nous avons essayé, nous avons vraiment essayé. Il se pourrait que nous fassions fausse route dans notre appréciation du droit américain, mais nous l'avons appliqué selon l'incompréhension que nous en avons »? Pouvons-nous espérer qu'un comité pour contestation extraordinaire dise « Travail bien fait. C'est tout ce que nous attendions »?

Il est impossible que les parties à l'ALE aient jamais voulu qu'un CCE applique un tel critère d'examen.

L'échec du remplacement des règles américaines du contrôle judiciaire des décisions administratives par un nouveau mécanisme d'examen nous expose à deux dangers. Le premier est que, dans un cas donné, et je crois que celui-ci en est un bon exemple, on obtiendra des résultats tout à fait erronés. Le deuxième, et celui qui menace le plus l'intégrité du système tout entier, serait le manque de compréhension des normes de contrôle judiciaire en droit américain, un manque de compréhension qui entraînera un dangereux écart entre le droit commercial américain appliqué aux relations avec le Canada et le Mexique, parties à l'ALENA, et le droit commercial américain appliqué aux relations avec d'autres pays, tels que le Japon, l'Amérique du Sud et l'Union européenne.

Par exemple, imaginons que, l'an prochain, nous importions du bois d'oeuvre du Guatemala, du Honduras ou du Salvador, et que ces

importations posent un problème de subventionnement et de droits compensateurs. Le Département du Commerce s'en tiendra à sa position telle qu'il l'a énoncée dans la présente affaire : il ne suivra pas la décision du groupe spécial ou du présent CCE, parce qu'il n'est pas lié dans les affaires futures par les décisions qu'ont rendues les groupes spéciaux en vertu de l'ALE ou de l'ALENA -- et parce qu'il a le flair juridique et pratique de prêter attention aux vues de soixante-quinze sénateurs et des plus puissantes commissions de la Chambre. Le Département du Commerce appliquera donc sa propre règle aux importations, aux subventions et aux droits compensateurs relativement aux importations provenant de ces trois pays, obtenant ainsi un résultat différent de la présente espèce.

Cette décision du Département pourrait naturellement faire l'objet d'un appel, d'abord devant le Tribunal de commerce international, puis devant le Circuit fédéral. Eu égard à la logique de la position du Département, logique exprimée dans sa nouvelle décision après renvoi rendue ici, dans l'avis minoritaire du groupe spécial binational et dans les vues fermement exprimées par les commissions sénatoriales, j'imagine que, si le contrôle judiciaire de la décision du Département est effectué conformément au droit des États-Unis, il aura pour résultat le maintien de la décision du Département. Nous aurons alors deux ensembles de règles de droit commercial se rapportant aux subventions et aux droits compensateurs, l'un pour les pays parties à l'ALENA, l'autre pour les pays membres du GATT ou d'un autre ensemble.

Les avocats canadiens donnent deux réponses à ce problème. D'abord, on a soutenu qu'une telle situation ne se distinguait pas de celle dans laquelle deux ou quatre cours d'appel de circuit analysent des points identiques et arrivent à des conclusions juridiques différentes. Mais, sur le plan du droit interne, ces divergences entre cours de circuit seront rapidement éliminées par la Cour suprême. Cette possibilité n'existe pas dans l'ALENA ou l'ALE. En vertu de ces accords, les mesures que pourrait prendre le Congrès requièrent un avis spécial aux termes de l'article 1902.2, et elles sont par ailleurs restreintes.

La deuxième explication que l'on donne pour dire qu'une telle divergence ne persisterait pas, c'est que les décisions erronées ou divergentes n'auraient pas valeur de précédent pour les futurs groupes spéciaux constitués en vertu de l'ALE (et aujourd'hui de l'ALENA) et que lesdits groupes spéciaux rétabliront à l'avenir intégralement la conformité de l'ALE et de l'ALENA avec le reste du droit des États-Unis. On présume ainsi que les groupes spéciaux et CCE futurs interpréteront le droit des États-Unis mieux que cela n'a été fait dans le cas présent. À mesure que s'élargit l'ensemble des règles erronées établies aux termes de l'ALE ou de l'ALENA, il est de plus en plus improbable qu'un redressement se produise dans le mécanisme. Un redressement ne pourra probablement être effectué que si nous abandonnons ce mécanisme.

Malheureusement, nous sommes devant la décision du présent CCE, et devant les deux opinions de mes collègues, opinions qui expliquent cette décision. À mon avis, ces deux opinions révèlent

d'autres manquements dans l'appréciation et l'application du droit des États-Unis. Plus précisément :

1. L'omission de comprendre le fait que le nouveau mécanisme d'examen à deux niveaux est conçu pour remplacer le mécanisme américain de contrôle judiciaire, un mécanisme où les juges occupent leur charge à vie (voir partie I ci-dessus); et l'omission de comprendre qu'un CCE composé de juges dépourvus de tout pouvoir ne constitue nullement un mécanisme de remplacement (voir partie II ci-dessus);
2. L'omission d'appliquer à la présente affaire le principe *Daewoo*, établi par le Circuit fédéral, un principe tout à fait pertinent et par conséquent obligatoire (voir partie III B ci-dessus);
3. L'omission d'accorder la moindre attention au contexte législatif, à savoir les rapports très au point et tout à fait pertinents des commissions extraordinaires du Sénat et de la Chambre, qui traitent des textes législatifs de 1988 et 1993, textes dont la formulation est identique. J'ai lu quelque part que les tribunaux canadiens ne tiendraient pas compte de sources d'interprétation de ce genre, mais je sais que les tribunaux américains se sentiraient contraints de se référer à ces deux rapports.

Ainsi donc, le droit des États-Unis est-il ignoré par la décision majoritaire du présent CCE.

Cela soulève un point si important qu'il est impossible de le traiter ici, seulement de l'évoquer. Au début des négociations, on

a soulevé un problème intéressant la Constitution des États-Unis : des justiciables aux États-Unis pouvaient-ils être privés de leur droit d'interjeter appel d'une décision administrative à une hiérarchie de juges nommés à vie aux termes de l'article 3, savoir au Tribunal de commerce international, et de droit au Circuit fédéral, enfin peut-être à la Cour suprême, en vue d'obtenir un certiorari, et cela parce que le chemin à suivre était désormais un groupe spécial binational composé de non-juges spécialement nommés, puis un autre tribunal binational (comité pour contestation extraordinaire) chargé de revoir les décisions du groupe spécial et composé, lui, de juges spécialement nommés?

Qu'en est-il de l'application régulière de la loi et des autres droits semblables? Ces droits pouvaient-ils être constitutionnellement préservés par un système doté de professionnels étrangers ne connaissant pas le droit des États-Unis? On a répondu à cette question en faisant en sorte que l'application du droit des États-Unis soit aussi certaine que possible. Ainsi, la Public Law n° 100-449 du 28 septembre 1988 prévoyait :

TITRE 1 - APPROBATION DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE
CANADA-ÉTATS-UNIS ET RELATION DE L'ACCORD AVEC LE DROIT
DES ÉTATS-UNIS

ARTICLE 102 - RELATION DE L'ACCORD AVEC LE DROIT DES
ÉTATS-UNIS

(a) Préséance du droit des États-Unis en cas de conflit - Aucune disposition de l'Accord n'aura d'effet si elle contredit une loi des États-Unis, et la disposition en question deviendra alors inapplicable.

La Commission de la Chambre sur le pouvoir judiciaire a alors conclu que l'Accord de libre-échange était constitutionnel. Plus précisément, la Commission a estimé que le remplacement du système de contrôle judiciaire en vigueur aux États-Unis par le mécanisme des groupes spéciaux binationaux était constitutionnel.⁶⁵ La Commission a conclu que la substitution du mécanisme binational au mécanisme de droit interne américain ne priverait personne de l'application régulière de la loi, puisque les membres des groupes spéciaux doivent observer les obligations suivantes :

Ils doivent appliquer le droit et la jurisprudence du pays pertinent.

Ils doivent appliquer les règles fondamentales de la procédure d'appel telles qu'elles existent dans le pays pertinent.

Ils seront assujettis à un rigoureux code de conduite et pourront faire l'objet de récusations péremptoires par l'un ou l'autre des gouvernements.

Les décisions aberrantes des groupes spéciaux seront soumises à un mécanisme d'examen, grâce à l'établissement de comités pour contestation extraordinaire.

La Commission a donc déclaré : « Le mécanisme des groupes spéciaux binationaux répond ainsi aux conditions d'une procédure fondamentalement équitable. Dans la mesure où la Constitution requiert que les litiges constitutionnels soient tranchés par des juges -- en principe et dans la réalité -- la législation de mise en oeuvre atteint cet objectif. »⁶⁶

La triste vérité, une vérité séculaire, c'est que les lois les plus strictes peuvent être invalidées et les espoirs les plus

⁶⁵ Chambre des représentants, Rapport de la Commission sur le pouvoir judiciaire, n° 100-816, Partie 4, le 4 août 1988

⁶⁶ Rapport de la Chambre n° 100-816, supra, p. 5

nobles anéantis par l'erreur humaine et par l'ignorance quand vient le temps de les appliquer. Les conditions d'une procédure fondamentalement équitable ont-elles été réduites à néant par la vision indûment restrictive de la majorité du présent CCE quant au rôle d'un CCE? (Voir les trois points ci-dessus) Ici la majorité fait droit à l'argument des parties canadiennes selon lequel un CCE est impuissant à intervenir dans à peu près tous les cas, sauf les cas d'une évidence flagrante. Y a-t-il ici contradiction avec le droit des États-Unis?

Mes collègues canadiens concluent, et je cite ici le juge Hart, que « ...aucun droit compensateur n'est autorisé par la législation américaine lorsqu'il est établi que les producteurs canadiens de bois d'oeuvre n'ont tiré aucun avantage concurrentiel des systèmes provinciaux de droits de coupe et des restrictions de la C.-B. à l'exportation de billes » (p. 55). Outre le fait qu'une telle affirmation semble battre en brèche le bon sens économique, ce qu'a établi le groupe spécial n'a été accompli qu'au prix d'une réédition complète du travail et d'une usurpation du rôle de l'organisme administratif.

Les États-Unis ont-ils été privés dans notre cas de leur droit de récuser péremptoirement des membres du groupe spécial, lorsqu'ils ne disposaient pas au départ d'une information suffisante pour leur permettre de prendre une décision, malgré les exigences précises du code de conduite de l'ALE? Cela est-il en accord avec l'application régulière de la loi ou l'équité fondamentale?

Mes deux collègues citent à cet égard la décision du CCE saisi de l'espèce *Porcs vivants* :

« Un comité pour contestation extraordinaire doit être considéré comme une *soupape de sûreté* dans les cas exceptionnels où une contestation est justifiée pour préserver l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux. »
(p. 15) (italique ajouté)

Vu les erreurs évidentes sur le fond commises par le groupe spécial binational dans sa décision du 17 décembre 1993, et vu les fâcheuses contraventions au code de conduite, je crains que mes collègues, par la présente décision, n'aient fixé la soupape de sûreté.

VIOLATIONS SENSIBLES DU CODE DE CONDUITE ET GRAVE CONFLIT D'INTÉRÊTS

Cette partie de mon opinion sera plus brève que la première. Il ne faut pas croire que la question que j'y aborde soit pour autant moins importante. C'est peut-être même la plus importante des deux, et elle constitue sans doute la plus grande menace pour l'intégrité du processus d'examen binational. Si la question peut être traitée d'une façon relativement plus brève, c'est parce que les faits sont simples et non contestés, et parce que leur lien avec la formulation même de l'Accord de libre-échange et du code de conduite est très évident.

I. LES RÈGLES ET LES VIOLATIONS IMPUTÉES

L'article 1904.13 prévoit que l'intervention d'un comité pour contestation extraordinaire est justifiée :

- « a) (i) lorsqu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite, ... et
 b) lorsque l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa (a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational... »

Aux termes du code de conduite établi en marge de l'Accord de libre-échange, les membres des groupes spéciaux ont l'obligation initiale, et aussi l'obligation constante, de déclarer l'existence d'intérêts ou de relations pouvant influencer sur leur indépendance et leur impartialité ou donner raisonnablement à penser qu'ils puissent être de parti pris... » Le code de conduite énumère des obligations précises de déclaration :

- (1) Le candidat devra faire un effort raisonnable pour s'informer de l'existence de tels intérêts ou relations et devra déclarer notamment ... tout intérêt financier ou personnel direct ou indirect [et] toute relation présente ou passée, d'ordre financier, commercial, professionnel, familial ou social ou toute relation de même nature concernant un membre de sa famille, son employeur, un partenaire ou un associé;
- (2) l'obligation est permanente, le membre devant faire un effort raisonnable pour s'informer de façon suivie de tels intérêts ou relations, aux fins de les déclarer; et
- (3) il y a aussi obligation permanente de « déclarer tout intérêt ou toute relation pouvant se faire jour à n'importe quel stade de la procédure. »
- (4) Outre l'obligation de déclarer de possibles relations pernicieuses, le membre a l'obligation d'éviter toute apparence d'inconvenance et de partialité.

Le message d'accompagnement du président Reagan au Congrès faisait ressortir le point suivant :

Il importe qu'il n'y ait aucun conflit d'intérêts, qu'il soit réel ou appréhendé, de la part d'un membre... Le code de conduite obligera tout candidat ou membre éventuel à déclarer aux deux gouvernements, avant sa

*nomination, ses engagements professionnels et ses intérêts financiers, présents ou passés...*⁶⁷

C'est là l'un des points sur lesquels a insisté M^{me} Jean Anderson dans son témoignage devant le Sénat et la Chambre :

Les membres des groupes spéciaux doivent aussi être indépendants, non affiliés à l'un ou l'autre des gouvernements et libres de tout intérêt ou engagement pouvant créer même une impression de conflit d'intérêts. Ils seront soumis à un code de conduite inspiré des codes de conduite existants applicables aux juges et aux arbitres.⁶⁸

À la question 1 du sénateur Hatch, le Département a répondu ce qui suit :

On prévoit que les membres des groupes spéciaux n'exerceront en principe leurs fonctions qu'à temps partiel. En conséquence, l'ALE prévoit qu'un membre peut exercer d'autres activités pendant le mandat du groupe spécial, mais seulement si telles autres activités s'accordent avec le code de conduite... Il est fondamental pour l'intégrité et l'efficacité du processus d'examen binational de s'assurer que les membres canadiens et américains ne soient pas en situation de conflit d'intérêts relativement aux affaires qu'ils entendent.⁶⁹

Il sera essentiel pour l'efficacité et la crédibilité du processus que les membres choisis soient capables et impartiaux. Pour assurer l'intégrité et la performance du processus, l'ALE prévoit que le choix des membres se fera selon des critères, des procédures et des délais bien précis.⁷⁰

⁶⁷ « Message du président Reagan », supra, p. 227.

⁶⁸ Audience devant la Commission sénatoriale sur le pouvoir judiciaire, supra, p. 65

⁶⁹ Audience devant la Commission sénatoriale sur le pouvoir judiciaire, supra, p. 249

⁷⁰ Audience devant la Commission de la Chambre sur le pouvoir judiciaire, supra, p. 74

Comme le mécanisme des groupes spéciaux ressemblera étroitement aux mécanismes de contrôle judiciaire en vigueur dans les deux pays... pour se prémunir contre tout parti pris ou conflit d'intérêts, les membres seront assujettis à un code de conduite fondé sur les codes de conduite existants applicables aux juges et aux arbitres. Si un membre contrevient au code de conduite, il sera relevé de ses fonctions et un nouveau membre sera choisi.⁷¹

Le 6 avril 1994, les États-Unis demandèrent officiellement la constitution d'un comité pour contestation extraordinaire. Le point principal des motifs invoqués pour le redressement demandé est « une violation sensible du code de conduite et un grave conflit d'intérêts ». L'allégation de violation sensible du code de conduite vise à la fois le président Dearden et M. Hunter, l'allégation de grave conflit d'intérêts ne vise que M. Hunter.

II. ÉTENDUE DES VIOLATIONS

A. La divulgation est la base du mode de sélection des membres d'un groupe spécial

Un membre pressenti d'un groupe spécial est tenu, lorsqu'il est d'abord inscrit sur une liste générale, et lorsqu'on lui demande s'il est disposé et apte à siéger au sein d'un groupe spécial, de déclarer tout ce qui pourrait nuire à l'exercice impartial de ses fonctions en tant que membre, ou influencer sur le jugement des parties contestantes quant à savoir s'il convient de l'accepter comme membre ou de le récuser. Les deux gouvernements ne demandent pas à leurs organismes d'enquête de mettre leur nez dans les affaires professionnelles et personnelles d'un éventuel

⁷¹ Audience devant la Commission de la Chambre sur le pouvoir judiciaire, supra, p. 75.

membre. Aucune convocation n'est signifiée pour la production de documents du membre ou de son cabinet juridique, on ne scrute pas ses contacts professionnels, et l'on n'examine aucun dossier public ou privé pour savoir quelles ont été ses sources de revenus des années antérieures. Les deux gouvernements se reposent exclusivement sur l'honnêteté -- et de façon tout aussi importante, sur la diligence -- de l'éventuel membre, dans la communication de tout ce qui pourrait influencer sur la décision de le choisir comme membre ou de l'exclure.

Lorsque les membres pressentis d'un groupe spécial se sont acquittés de leur obligation de déclarer, ils n'ont plus aucun embarras à craindre. L'argument avancé ici selon lequel le principe de la divulgation de tels renseignements dissuadera des candidats qualifiés de servir comme membre est totalement fallacieux. Le problème dans le cas présent a surgi en raison d'une absence de déclaration. Si un membre montre de l'honnêteté et de la diligence et qu'il déclare tout, alors il pourra ou non être choisi. Le fait pour lui de ne pas être choisi en raison de ses activités professionnelles légitimes n'est nullement un déshonneur. Et le fait de siéger comme membre après une déclaration intégrale et complète signifie qu'aucune des parties ne pourra en aucune façon par la suite mettre en doute son impartialité. Encore une fois, le problème dans le cas présent, et dans les cas futurs, s'explique et s'expliquera par une

inobservation de l'obligation de déclarer; un membre pressenti qui se conforme à cette obligation n'a nullement lieu de s'inquiéter.⁷²

- B. Le droit illimité d'une Partie d'accepter ou de refuser un membre pressenti, pour une quelconque raison ou sans raison

Lorsque les deux parties, savoir le Canada et les États-Unis, échangent les noms de leurs candidats en vue d'un groupe spécial donné, l'une ou l'autre des parties a le droit de récuser péremptoirement n'importe quel candidat proposé. Il n'est pas nécessaire de motiver la récusation. Dans le cas présent, les cabinets auxquels MM. Hunter et Dearden appartenaient avaient quelques liens avec les entreprises concernées ou avec l'industrie du bois. Choisisant de ne pas tenir compte des liens en question, les États-Unis acceptèrent MM. Hunter et Dearden.

Il est absolument impossible de dire avec une totale certitude si, pour le cas où les États-Unis auraient eu connaissance de toute l'étendue des liens personnels et professionnels de MM. Dearden et Hunter, et connaissance du fait qu'ils représentaient non seulement l'industrie du bois, mais encore le gouvernement fédéral canadien et des gouvernement provinciaux, les États-Unis auraient ou non accepté MM. Hunter et Dearden. J'ai ma propre opinion, que j'énoncerai plus tard. Que nous puissions dire ou non avec

⁷²

Le juge Hart réprimande les États-Unis parce qu'ils n'ont pas soulevé plus tôt l'argument de la disqualification (p. 46), puis parce qu'ils ont agi trop rapidement après qu'ils en furent informés (p. 50), puis il défend les deux membres parce que les faits appelant une disqualification sont tellement difficiles à établir. (p. 52)

précision ce que les États-Unis auraient fait en juillet 1992 si tout cela avait été révélé, il demeure que les États-Unis ont immédiatement demandé la disqualification de MM. Hunter et Dearden et l'annulation de l'avis du groupe spécial pour lesquels leurs deux votes étaient essentiels -- lorsque finalement la vérité entière éclata.

Le point essentiel, c'est que les États-Unis avaient le droit absolu d'accepter ou de récuser MM. Hunter et Dearden. En conséquence, les États-Unis avaient le droit absolu, pour fonder leur décision, de connaître toute la vérité sur leurs relations et sur celles de leurs cabinets. Ces droits, garantis par l'ALE, ont été refusés aux États-Unis. Les États-Unis n'ont d'autre recours que de demander l'annulation de la décision du groupe spécial pour laquelle les votes de MM. Hunter et Dearden étaient essentiels.

Il n'est pas possible de prétendre aujourd'hui que ces relations étaient inoffensives. Elles n'ont pas été révélées au départ lorsque les États-Unis examinaient s'il convenait d'accepter ou de récuser les deux membres. L'information a été obtenue des membres beaucoup plus tard, après que des demandes en ce sens leur furent faites par les États-Unis, à l'instigation des participants intéressés. Seuls les États-Unis avaient le pouvoir de dire si les membres proposés convenaient ou non, et ce pouvoir leur a été refusé parce que les déclarations initiales n'ont pas été faites en juillet 1992 et à plusieurs reprises à mesure que progressaient les travaux du groupe spécial. Les déclarations faites plus tard ne pouvaient rétablir ce droit à son état d'origine.

Le seul recours possible aujourd'hui est d'annuler la décision majoritaire du groupe spécial.

C. Nature des relations des membres du groupe spécial avec les Parties intéressées

Le membre Lawson Hunter a violé de façon sensible le code de conduite en ne déclarant pas au départ et durant la procédure du groupe spécial ce qui suit :

1. les consultations juridiques qu'il a personnellement données à un organisme du gouvernement canadien, l'une des deux parties dans la présente procédure, durant le cours de cette même procédure;
2. les relations de son cabinet juridique avec onze entreprises canadiennes de bois d'oeuvre et de produits forestiers, relations qui se sont poursuivies durant les procédures de la présente affaire; et
3. ses relations et les relations de son cabinet avec le gouvernement canadien durant les présentes procédures.

Non seulement M. Hunter a omis de faire une déclaration, mais il a omis de prendre les moyens requis pour s'informer des relations de son cabinet. Les manquements ci-dessus s'ajoutent au fait de ne pas avoir dissipé une apparence de partialité, une autre violation du code de conduite, et au fait de ne pas avoir préservé son objectivité, encore une autre violation du code.

Les intérêts et relations non déclarés de M. Lawson Hunter n'étaient pas négligeables, et ils n'étaient pas sans importance

pour les points que devait trancher le groupe spécial dans la présente affaire.

D'abord, il a omis de déclarer des travaux juridiques que son ancien cabinet avait faits pour le Gouvernement du Canada lorsqu'il était membre de ce cabinet et qu'il siégeait au sein du groupe spécial.

Deuxièmement, pendant qu'il était membre du groupe spécial, il n'a pas déclaré que des membres de son nouveau cabinet étaient enregistrés comme lobbyistes pour deux entreprises canadiennes de bois d'oeuvre, qui exportaient vers les États-Unis.

Troisièmement, après s'être joint à son nouveau cabinet, M. Hunter n'a pas déclaré que ce cabinet donnait des consultations à neuf autres entreprises canadiennes et non canadiennes de bois d'oeuvre et de produits forestiers. Sept d'entre elles soit exportaient du bois d'oeuvre du Canada vers les États-Unis, soit étaient apparentées à des entreprises qui en exportaient.

Ces relations de M. Hunter étaient attribuables à deux cabinets où il était associé durant la période pertinente de son travail comme membre du groupe spécial binational.

Enfin, et c'est là quelque chose d'incroyable, pendant qu'il était membre du groupe spécial, à l'automne de 1992, il a lui-même personnellement fait un travail pour un organisme du gouvernement canadien. Les services qu'il a fournis au gouvernement canadien consistaient en conseils et en consultations dans un domaine qu'il connaissait particulièrement bien. Quelle que soit la nature ou la valeur des services qu'il fournissait au gouvernement canadien,

M. Hunter était un employé du gouvernement canadien en même temps qu'il examinait en tant que membre du groupe spécial les revendications faites par ce gouvernement, qui était l'un des deux principaux plaideurs.

Les entreprises de bois d'oeuvre que les deux cabinets de M. Hunter représentait avaient un intérêt financier direct dans l'issue des procédures du groupe spécial. Ces entreprises ont été les premières à faire l'objet de l'enquête du Département du Commerce en matière de subventionnement. En tant que membres d'associations, les entreprises étaient activement intéressées dans les procédures du groupe spécial et elles y participaient. Ces entreprises avaient des chances d'être directement avantagées par la décision. En tant qu'associé dans ces deux cabinets, M. Hunter avait des chances d'obtenir un avantage financier à cause du fait qu'il représentait les entreprises de bois d'oeuvre et le gouvernement canadien.

Le président Richard Dearden a violé de façon sensible le code de conduite en ne déclarant pas :

1. les intérêts financiers et les relations de son cabinet avec les gouvernements du Canada, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique et avec le gouvernement des États-Unis, tous des gouvernements qui étaient parties aux procédures engagées devant le groupe spécial;
2. ses relations passées et actuelles et les relations passées et actuelles de son cabinet juridique avec trois

entreprises canadiennes de bois d'oeuvre et de produits forestiers;

3. les relations de son cabinet avec Miranda Inc. et Georgia Pacific, deux entreprises intéressées dans les procédures du groupe spécial.

M. Dearden n'a pas fait d'efforts raisonnables pour s'informer de ces relations. En omettant de faire ainsi une déclaration et en ne faisant pas un effort raisonnable pour acquérir l'information et la déclarer, il a créé une situation qui donne l'impression qu'il a pu être partial dans son travail de membre du groupe spécial.

Pour le président Dearden, les relations de ses cabinets (non les siennes) avec les gouvernements étaient considérables. Tant au début qu'en réponse aux demandes de renseignements des parties, il a finalement déclaré que son cabinet avait donné et donnait encore des consultations à trois gouvernements provinciaux et au gouvernement fédéral canadien, et cela avant et durant les procédures du groupe spécial. Les provinces concernées, savoir la Saskatchewan, le Manitoba et l'Alberta, et tout particulièrement la Colombie-Britannique et l'Ontario, étaient parties intéressées dans les procédures du groupe spécial. Ensemble, elles représentent plus de 80 p. 100 des exportations de bois d'oeuvre du Canada vers les États-Unis. L'une des entreprises de bois d'oeuvre a déposé un avis distinct de comparution dans les procédures du groupe spécial.

D. Analyse chronologique des engagements professionnels des deux membres et incidence de tels engagements sur leur acceptation ou leur récusation comme membres du groupe spécial par les États-Unis

La position du gouvernement canadien et des parties privées intéressées canadiennes est que les relations en question sont négligeables et sans importance, que les États-Unis ont accepté MM. Hunter et Dearden après qu'ils eurent déclaré quelques-unes d'entre elles en juillet 1992, qu'il n'y a aucune raison de supposer que les États-Unis s'opposeraient à d'autres relations du genre. Mes deux collègues souscrivent à ces arguments.

La réponse à cela est que personne ne peut dire avec précision ce que les États-Unis auraient fait s'ils avaient eu connaissance de telles relations; le fait incontesté est que les États-Unis ont bien protesté immédiatement après qu'ils en eurent connaissance, que l'affirmation selon laquelle lesdites relations étaient négligeables et sans importance ignorent complètement tout effet cumulatif, et que la position des parties canadiennes ignore complètement le fait que M. Hunter a été engagé personnellement par le gouvernement canadien pendant qu'il siégeait au sein du groupe spécial, chose qui n'a jamais été déclarée au Gouvernement des États-Unis lorsque ce gouvernement a accepté M. Hunter en juillet 1992.

Pour tenter de savoir si les États-Unis avaient véritablement été privés d'un droit substantiel, j'ai trouvé utile d'examiner la chronologie des déclarations faites sur une période de deux ans et demi par les deux membres visés. En complément à la présente

opinion, est reproduite une annexe de l'un des mémoires des intervenants américains, une annexe qui constitue le compte rendu le plus clair et le plus indiscutable sur la nature, le moment et la raison des déclarations.

Le sommaire des conflits d'intérêts de M. Hunter pour la période de juin 1992 au 12 janvier 1993 indique l'étendue des déclarations de M. Hunter, déclarations faites volontairement et en temps opportun selon lesquelles son premier cabinet juridique avait auparavant représenté trois entreprises canadiennes figurant sur la liste des parties intéressées. La déclaration suivante n'est faite qu'en janvier 1994, en réponse aux demandes de renseignements présentées par la Coalition for Fair Lumber Imports, une intervenante dans les procédures.

Examinons la déclaration de M. Hunter du 24 janvier 1994. Il faut se rappeler que M. Hunter était tenu de déclarer cette information peu après le 1^{er} janvier 1993, date où il se joignait à son nouveau cabinet. Il participait alors activement aux travaux du groupe spécial. Évaluant la nouvelle déclaration avec celle déjà présentée, je serais d'avis que, puisque M. Hunter était déjà membre du groupe spécial et que les engagements professionnels déclarés étaient ceux d'autres membres de son cabinet et non les siens propres, le Gouvernement des États-Unis auraient probablement continué d'accepter M. Hunter comme membre du groupe spécial binational.

Cependant, examinons la déclaration du 27 janvier 1994. L'une de ces entreprises, cliente du cabinet juridique de M. Hunter,

représentée dans la présente affaire par d'autres avocats, voudrait aujourd'hui que le Département du Commerce des États-Unis entreprenne un examen administratif qui lui soit propre. À ce stade, je dirais que le Gouvernement des États-Unis commencerait à entretenir des doutes sur la pertinence du maintien de M. Hunter comme membre du groupe spécial. L'apparence d'impartialité a certainement déjà souffert.

Examinons maintenant la déclaration du 14 février 1994. M. Hunter a été personnellement engagé par le ministère canadien des Transports dans une autre affaire pendant quatre mois durant l'automne 1992. M. Hunter est devenu membre du groupe spécial en juillet 1992. À mon avis, c'était là un engagement professionnel qu'il ne pouvait accepter tout en demeurant membre du groupe spécial binational; et, en l'acceptant, il s'obligeait certainement, durant l'automne de 1992, à porter à la connaissance des deux parties cet engagement professionnel contracté avec le gouvernement canadien.

À ce stade, l'automne de 1992, je suis tout à fait persuadé que le Gouvernement des États-Unis aurait protesté énergiquement contre le maintien de M. Hunter comme membre du groupe spécial binational. D'autres éléments sont révélés : le fait que son nouveau cabinet juridique avait été engagé par le Procureur général du Canada et le fait qu'il avait fourni des services à deux entreprises du secteur des produits forestiers. Ces relations auraient dû être déclarées immédiatement en 1993 ou au moment où elles ont débuté.

Au surplus, tardivement, le 21 février 1994, M. Hunter révèle que son premier cabinet juridique avait été engagé par le Procureur général du Canada. Cette information aurait dû être communiquée aux parties intéressées soit en juin 1992, lorsqu'il était pressenti comme membre du groupe spécial, soit durant les mois qui ont précédé la fin de 1992, lorsqu'il était encore membre de ce cabinet juridique.

En somme, pour ce qui est des déclarations de M. Lawson Hunter : je ne puis imaginer que le Gouvernement des États-Unis aurait acquiescé au maintien de M. Hunter comme membre du groupe spécial si cette information avait été révélée en temps opportun, même si en juin 1992 le Gouvernement des États-Unis l'avait accepté comme membre. En vertu du code de conduite et de toutes les règles d'éthique établies applicables aux juges et aux arbitres, M. Hunter avait l'obligation permanente de révéler ceux de ses engagements professionnels et des engagements professionnels de son cabinet juridique qui pouvaient influencer sur son rôle de membre du groupe spécial binational. M. Hunter avait l'obligation de déclarer : le Gouvernement des États-Unis avait le droit de juger par lui-même si la déclaration de M. Hunter était complète et à propos. Puisque cette déclaration n'a pas été faite, il ne restait plus au Gouvernement des États-Unis que le recours qu'il exerce aujourd'hui, c'est-à-dire demander au comité pour contestation extraordinaire de casser la décision majoritaire du groupe spécial, décision pour laquelle le vote de M. Hunter était décisif.

Passons maintenant au sommaire des conflits d'intérêts du président Dearden. Utilisons la même analyse. Les déclarations faites volontairement et en temps opportun par le président Dearden se terminent le 17 juillet 1992. Après cette date, les déclarations faites en janvier 1994 le sont en réponse à des doutes émis par la Coalition for Fair Lumber Imports, le groupe industriel américain qui est intervenu dans les procédures. Contrairement à M. Hunter, les engagements professionnels divulgués par le président Dearden ne sont à aucune reprise ses propres engagements professionnels, mais plutôt entièrement ceux de son cabinet juridique, et il semble s'agir de mandats antérieurs, non de mandats contemporains des fonctions du président Dearden au sein du groupe spécial.

Eu égard à toutes les déclarations du président Dearden jusqu'au 14 février 1994, et puisque la plupart de ces déclarations auraient dû être faites en juin 1992, le Gouvernement des États-Unis l'aurait à mon avis accepté comme membre du groupe spécial, en lui donnant le bénéfice du doute.

Cependant, si on examine la déclaration du 14 février 1994, qui révèle que plusieurs de ses associés ont représenté le Procureur général du Canada et que son cabinet représente actuellement le Procureur général de l'Ontario, celui de la Colombie-Britannique, et aussi deux entreprises de bois d'oeuvre, Georgia Pacific et Miranda Inc., alors il devient très improbable que les États-Unis, sachant tout cela, auraient accepté le président Dearden.

Deux facteurs sont importants. D'abord, cette information aurait dû être révélée aux États-Unis beaucoup plus tôt que le 14 février 1994, soit en juin 1992, soit durant les travaux du groupe spécial, lorsque les mandats conférés avaient cours et que M. Dearden soit en avait connaissance, soit était tenu d'en avoir connaissance. Deuxièmement, il y a ici un effet cumulatif qu'il faut prendre maintenant en considération, et qui certainement aurait été pris en considération par les États-Unis pour évaluer le choix initial du président Dearden et son maintien comme membre du groupe spécial.

Le président Richard Dearden et M. Lawson Hunter sont des avocats très respectés, qui exercent au sein de cabinets juridiques distingués. Le Gouvernement des États-Unis, non plus que les intervenants privés, ne leur imputent aucune mauvaise foi. Il semble cependant y avoir eu une inattention malheureuse, un manque d'intérêt à l'égard des obligations de déclaration, au départ et durant les travaux du groupe spécial, obligations qui sont clairement énoncées dans le code de conduite.

Outre la violation sensible du code de conduite, il semble y avoir eu grave conflit d'intérêts de la part de M. Hunter, en ce sens qu'il représentait lui-même certains clients lorsqu'il exerçait ses fonctions de membre du groupe spécial. Tout cela donne au Gouvernement des États-Unis le droit indiscutable d'exiger l'annulation de la décision majoritaire du groupe spécial, puisque deux des trois votes de la majorité ont été exprimés par MM. Dearden et Hunter.

III EXAMEN DE LA PHRASE : « A SENSIBLEMENT INFLUÉ SUR LA DÉCISION DU GROUPE SPÉCIAL ET MENACE L'INTÉGRITÉ DU PROCESSUS D'EXAMEN BINATIONAL »

Si l'analyse ci-dessus concernant les manquements de MM. Dearden et Hunter au chapitre de l'obligation de divulguer permet de conclure à un grave conflit d'intérêts et à une violation sensible des règles de conduite, alors il me semble qu'il ne saurait être plus clair que le conflit d'intérêts et les violations du code de conduite ont sans aucun doute influé sensiblement sur la décision du groupe spécial et menacent également l'intégrité du processus d'examen binational.

Je ne puis imaginer quelque chose qui soit susceptible d'influer plus sensiblement sur la décision d'un groupe spécial que le fait que deux des votes requis aient été exprimés par des membres qui ont omis de divulguer des matières pouvant nuire à leur impartialité. De la même façon, tolérer un tel manquement serait la menace la plus évidente et la plus dangereuse pour l'intégrité du mécanisme des groupes spéciaux binationaux, puisque le choix de leurs membres repose intégralement sur la divulgation volontaire, complète et permanente de tout engagement professionnel pouvant compromettre leur impartialité. Si nous tenons à saboter tout le mécanisme des groupes spéciaux, nous pouvons le faire en tolérant des violations claires et indubitables comme celles-ci et en refusant d'annuler la décision du groupe spécial dans la présente affaire.

Dans l'hypothèse où aucun autre point n'est tranché par le comité pour contestation extraordinaire, alors il conviendrait de

renvoyer l'affaire au groupe spécial après que l'on aura pourvu les deux postes vacants ainsi créés.

SIGNÉ DANS L'ORIGINAL PAR :

MALCOLM WILKEY
MALCOLM WILKEY

NB : Avant de consigner le présent avis, le juge Wilkey a examiné celui du juge Hart, mais non celui du juge Morgan.

Fait le 3 août 1994

ANNEXE 1

CHRONOLOGIE DES CONFLITS D'INTÉRÊTS : LE MEMBRE HUNTER

- Juin 1992 La section canadienne du Secrétariat binational demande aux membres de faire leurs déclarations.
- M. Hunter déclare que son cabinet juridique, Fraser & Beatty, a représenté trois entreprises canadiennes figurant sur la liste des parties intéressées :
- Domtar, Inc.
 - Scott Paper Limited, et
 - Daishowa Forest Products Ltd.
- 1^{er} janvier 1993 M. Hunter quitte le cabinet Fraser & Beatty pour se joindre au cabinet Stikeman, Elliot.
- 12 janvier 1993 M. Hunter informe la section américaine du Secrétariat binational du changement survenu, et on lui demande de présenter par écrit l'information pertinente. M. Hunter omet de présenter cette information.
- 7 janvier 1994 La Coalition for Fair Lumber Imports (la « Coalition ») présente une information laissant entendre que des membres du cabinet Stikeman, Elliot exercent des fonctions de lobbyistes enregistrés pour une entreprise canadienne de bois d'oeuvre.
- 14 janvier 1994 La Coalition s'informe des circonstances dans lesquelles le cabinet Stikeman, Elliot a occupé pour Stone Consolidated Inc.
- 24 janvier 1994 M. Hunter répond que d'autres membres du cabinet Stikeman, Elliot :
- 1) ont agi comme lobbyistes enregistrés pour
 - Repap Enterprises Inc. et
 - Stone Container Corp., et
 - 2) ont donné des consultations à :
 - Canadian Pacific Forest Products,
 - Abitibi-Price Inc.,
 - Quno Corporation,
 - Industries James MacLaren Inc.,

- Normick Perron Inc.,
- Rolland Inc.,
- Daishowa Forest Products Inc., et
- Jefferson, Smurfit.

- 27 janvier 1994 M. Hunter répond que le cabinet Stikeman, Elliot fait pour Stone Consolidated des travaux sans rapport avec les recours commerciaux et que lui-même n'était pas au courant que Stone Consolidated avait demandé un examen administratif visant son cas particulier.
- 2 février 1994 La Coalition se réfère à des dossiers de la Cour fédérale du Canada montrant que le cabinet Stikeman, Elliot a représenté plusieurs producteurs canadiens de bois d'oeuvre.
- 3 février 1994 La Coalition s'informe des travaux juridiques effectués par le cabinet Fraser & Beatty et le cabinet Stikeman, Elliot au nom du gouvernement fédéral canadien.
- 14 février 1994 M. Hunter répond que :
- 1) Il a été engagé par le ministère canadien des Transports dans une autre affaire pendant quatre mois à l'automne de 1992,
 - 2) Des avocats du cabinet Stikeman, Elliot avaient été engagés par le Procureur général du Canada, et
 - 3) Des avocats du cabinet Stikeman, Elliot avaient fourni des services aux entreprises suivantes :
 - Industries James MacLaren (la division de Noranda au Québec);
 - Dubreuil Forest Products Ltd.
- 21 février 1994 M. Hunter répond que des avocats du cabinet Fraser & Beatty ont été engagés par le Procureur général du Canada.

CHRONOLOGIE DES CONFLITS D'INTÉRÊTS : LE PRÉSIDENT DEARDEN

- Juin 1992 La section canadienne du secrétariat binational demande aux membres de faire leurs déclarations.
- M. Dearden révèle que son cabinet juridique, Gowling, Strathy & Henderson, a représenté plusieurs sociétés canadiennes et plusieurs gouvernements canadiens figurant sur la liste des parties intéressées, notamment :
- Abitibi-Price,
 - E.B. Eddy,
 - Canadian Pacific Forest Products,
 - la Coopérative des producteurs indépendants de bois d'oeuvre,
 - la Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique,
 - les gouvernements de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, et
 - le Gouvernement du Canada.
- 17 juillet 1992 M. Dearden révèle que le cabinet Gowling, Strathy et Henderson a représenté :
- Leggett Platt Inc.
- 7 janvier 1994 La Coalition for Fair Lumber Imports (la « Coalition ») présente une information laissant entendre que des membres du cabinet Gowling, Strathy & Henderson ont représenté des entreprises canadiennes de produits forestiers dans des affaires commerciales, à savoir :
- Abitibi-Price Inc.,
 - Commonwealth Plywood Co. Ltd.,
 - Weldwood of Canada Sales Ltd., et
 - MacMillan Bloedel.
- 17 janvier 1994 M. Dearden explique que le cabinet Gowling, Strathy a représenté lesdites entreprises et que quelques-unes étaient clientes de ce cabinet lorsqu'il était membre du groupe spécial, savoir :
- Abitibi-Price (travail en cours concernant une marque de commerce et un brevet, omission de signaler participation à un dossier antérieur touchant une affaire commerciale),
 - Commonwealth Plywood (un associé de Gowling avait travaillé pour cette entreprise dans un autre cabinet),

- Weldwood of Canada (travail antérieur dans un dossier se rapportant à une affaire commerciale), et
- MacMillan Bloedel (travail antérieur dans un dossier se rapportant à une affaire commerciale).

2 février 1994

La Coalition se réfère à des documents publics qui montrent que le cabinet Gowling, Strathy a représenté Daishowa Seiko Co.

3 février 1994

La Coalition s'informe sur les honoraires reçus par le cabinet Gowling, Strathy du gouvernement fédéral canadien.

14 février 1994

Mr. Dearden répond que :

1) Plusieurs des avocats du cabinet Gowling, Strathy ont représenté le Procureur général du Canada,

2) Il ignore que Daishowa Seiko était (ou est actuellement) lié à l'industrie des produits forestiers,

3) Des avocats du cabinet Gowling, Strathy ont représenté divers organismes américains, notamment le Département du Commerce, et

4) Des avocats du cabinet Gowling, Strathy représentent aussi :

- le Procureur général de l'Ontario,
- le Procureur général de la Colombie-Britannique,
- Georgia-Pacific, et
- Noranda Inc.

ANNEXE 2

Arguments juridiques divers

A. Saarstahl

Sur la question du traitement *préférentiel*, mes deux collègues écartent l'espèce *Daewoo* et s'appuient sur l'espèce *Saarstahl, AG v. United States*.¹ Au premier abord, un choix singulier. L'affaire *Daewoo* a été décidée par trois juges du Circuit fédéral, dont l'autorité dans le droit commercial des États-Unis ne le cède qu'à la Cour suprême; l'espèce *Daewoo* est apparue si éminemment pertinente à l'affaire dont nous sommes saisis que deux membres du groupe spécial, influencés également sans aucun doute par la *nouvelle décision* du Département, modifièrent en partie leurs vues et votèrent en faveur du maintien de la position du Département.

Au deuxième abord, c'est également un choix singulier. Dans l'espèce *Saarstahl*, le juge Carman, du CIT, fait un exposé parfaitement logique d'un ensemble de faits et lui applique simplement le droit pertinent. Le résultat est défavorable au Département; le raisonnement, fondé sur des faits manifestement différents, n'a rien de vraiment persuasif dans le cas qui nous occupe.

La clé de la décision se trouve dans l'extrait de l'opinion du juge Carman cité par mes collègues :

... une opération donnée a eu lieu dans un contexte d'indépendance mutuelle des parties, ... l'acheteur a versé une somme qui représente la valeur marchande de tout ce qu'il

¹ Tribunal de commerce international, 93-04-00219 (7 juin 1994), mentionné dans l'opinion du juge Hart, p. 27-28.

doit recevoir. Comme l'avantage donnant matière à compensation ne survit pas à l'opération, il n'y a pas subvention au sens de 19 U.S.C. §1677 (5). L'acheteur ne réalisera donc aucun avantage concurrentiel donnant matière à compensation, et tout droit compensateur appliqué à cet avantage équivaut à une sanction.²

Dans l'affaire *Saarstahl*, « il n'est pas contesté qu'une subvention au sens de 19 U.S.C. §1677 (5) (1988) a été conférée à *Saarstahl*, »³ avant que cette société ne devienne apparemment rien d'autre qu'une société fantôme lorsque son propriétaire réel, le Gouvernement de la Sarre, se départit de tous ses actifs en échange d'une participation de 27,5 p. 100 au capital d'une nouvelle société, DHS. Dans l'affaire *Saarstahl*, la question était de savoir si la « subvention » qui existait auparavant (en réalité la remise de plusieurs dettes) avait été « transférée » à l'acheteur des actifs, DHS.

Le juge Carman a répondu de la manière suivante :

*Le Tribunal reconnaît avec le Département que la législation sur les droits compensateurs englobe la présomption irréfragable selon laquelle des subventions confèrent un avantage passible de droits compensateurs aux produits fabriqués par ceux qui en bénéficient, mais une telle présomption cesse d'exister lorsque le nouveau propriétaire a payé la juste valeur marchande de l'unité de production, cessant du même coup d'être un « bénéficiaire ». Le Tribunal n'oblige pas le Département à déterminer l'usage effectif que font des subventions ceux qui en bénéficient, ni de déterminer l'effet de telles subventions sur la performance subséquente de l'entreprise.*⁴ (italique ajouté)

Si les propos du juge Carman sont le moins pertinent dans l'affaire qui nous occupe, je voudrais souligner son

² Id., p. 12, cité dans l'avis du juge Hart, p. 28.

³ Id, p. 8.

⁴ Id, p. 13.

observation, citée ci-dessus (« la législation sur les droits compensateurs englobe la présomption irréfragable selon laquelle des subventions confèrent un avantage passible de droits compensateurs aux produits fabriqués par ceux qui en bénéficient »). Ces mots paraissent très à propos en ce qui concerne l'industrie canadienne du bois d'oeuvre. Cependant, dans l'affaire *Saarstahl*, le juge parlait de la vente d'une « unité de production », c'est-à-dire de tous les actifs de l'entreprise initiale, donc un résultat différent de celui qui est dicté ici. Dans l'affaire qui nous intéresse, nous traitons de la vente de bois, non de la vente de scieries, et il y a donc, aux termes des lois sur les droits compensateurs, une « présomption irréfragable » selon laquelle le bois produit avec le soutien d'une subvention donne matière à compensation.

Et le juge Carman de poursuivre :

... Comme l'avantage donnant matière à compensation ne survit pas à l'opération effectuée sans lien de dépendance, aucun avantage n'est conféré à l'acheteur, et il n'y a donc, au sens de 19 U.S.C. §1677 (5), aucune subvention donnant matière à compensation. L'acheteur ne réalisera donc aucun avantage concurrentiel donnant matière à compensation, et tout droit compensateur appliqué à cet avantage équivaut à une sanction.⁵

Le juge Carman donne un exemple qui fait une nette différence entre la vente d'actifs productifs comme dans l'affaire *Saarstahl*, et la vente d'un produit comme dans l'affaire qui nous occupe :

Un simple exemple suffira à illustrer le raisonnement fautif à la base de la théorie du Département, la théorie de la subvention « mobile ». Un gouvernement donne à X [ici *Saarstahl*] une unité de production, par exemple une usine d'impression typographique, et X vend par la suite cette usine

⁵ Id, p. 12.

à Y [en l'occurrence DHS], à la faveur d'une opération effectuée sans lien de dépendance. Au lieu de détenir l'usine d'impression typographique, X aura en main la valeur marchande de cette usine. Selon le Département, une partie au moins, sinon la totalité, de la subvention initiale sera transmise à Y, en même temps que l'usine d'impression typographique. Lorsque X et Y exportent toutes deux leurs marchandises vers les États-Unis, Y devra payer un droit compensateur, tandis que X devra payer soit un droit compensateur nul, soit un droit réduit (en fonction du pourcentage de la subvention qui, d'après le Département, a été transférée en même temps que l'unité de production). X finira par échapper aux lois sur les droits compensateurs et sera en état d'exporter vers les États-Unis à des conditions plus avantageuses.

Lorsque l'unité de production qui a auparavant reçu les subventions est vendue dans une opération effectuée sans lien de dépendance, la subvention n'est pas éteinte, elle demeure avec le vendeur. ... Lorsque le seul actionnaire est l'État et que l'entreprise est intégralement vendue à la faveur d'une opération effectuée sans lien de dépendance, la subvention retourne à l'État.⁶ [c'était le cas dans l'affaire *Saarstahl*]

Le raisonnement du juge Carman semble solide. Les mots qu'il emploie pour approuver l'affirmation du Département selon laquelle la législation sur les droits compensateurs englobe une présomption irréfragable trouvent certainement application dans l'affaire qui nous occupe. Mais les faits fondamentaux de l'espèce *Saarstahl* et de l'affaire qui nous occupe sont totalement différents : *Saarstahl* porte sur la vente d'actifs productifs, au moment où la subvention était éteinte; l'affaire qui nous occupe concerne la vente de produits, dont le subventionnement modifie inévitablement -- et irréfutablement, selon le jugement *Saarstahl* -- le prix des produits jusqu'à leur utilisation finale.

Dans l'affaire *Saarstahl*, le tribunal eut la bonne idée de voir quelle pouvait être l'intention du législateur dans les lois

⁶ Id, p. 14.

sur les droits compensateurs et constata que, pour le calcul de l'effet ad valorem de subventions ou de prêts non récurrents, le Congrès donnait carte blanche au Département pour le choix de la méthode qui permettrait de rattacher l'avantage commercial à celui qui en bénéficiait. Voir rapport de la Chambre n° 317, 96° Congrès, 1^{ère} session 75 (1979). Voir aussi rapport du Sénat n° 249, 96° Congrès, 1^{ère} session 86-86 (1979). Les manières de répartir la valeur de subventions ou de prêts non récurrents doivent être fondées sur l'avantage commercial et concurrentiel dévolu au bénéficiaire par suite de la subvention. »⁷

Essentiellement, même si le Congrès ne donne aucune indication au Département pour l'évaluation des problèmes de privatisation, l'intention du Congrès en ce qui concerne les subventions ou prêts non récurrents ressortait clairement du contexte législatif. Comme le Département était tenu, dans cette situation particulière, de dire que DHS avait reçu un avantage commercial et qu'en réalité il ne pouvait le faire après avoir constaté que l'opération avait été effectuée sans lien de dépendance, le Tribunal jugea avec raison qu'était illicite la méthode du Département applicable aux opérations de privatisation, *dans la mesure où cette méthode affirme que des subventions versées antérieurement sont transférées à une entreprise subséquente vendue sans lien de dépendance.*⁸

⁷ Id, p. 13-14.

⁸ Id, p. 19 (Italique ajouté)

Sur ce point, les facteurs qui distinguent l'affaire *Saarstahl* de l'affaire qui nous occupe sont facilement observables. D'abord, *Saarstahl* concernait une subvention non récurrente; l'affaire qui nous occupe concerne des subventions qui sont véritablement de nature récurrente. Deuxièmement, dans *Saarstahl*, le Congrès a imposé la méthode, du moins en partie, que le Département devait employer relativement à des subventions non récurrentes. Dans l'affaire qui nous occupe, aucune méthode n'est imposée au Département pour la question du caractère limitatif ou pour ce que l'on appelle le « critère des effets », avant que le Département ne puisse conclure à l'existence d'une subvention. Le Congrès a plutôt laissé clairement entendre que la preuve d'effets ou la preuve d'une distorsion du marché n'est pas requise, et il ne dit rien sur la méthode à adopter pour l'application de la législation sur les droits compensateurs relativement à ces éléments. Troisièmement, comme le confirme le rapport du Sénat n° 103-189 et le rapport de la Chambre n° 103-361, rapports qui appuient la méthode du Département quant à ces éléments, le Département n'a pas, dans l'affaire qui nous occupe, transgressé ou ignoré l'intention clairement exprimée du législateur, ce qui était le cas dans l'affaire *Saarstahl*.

B. Magnésium

L'espèce *Saarstahl* exprime correctement le critère d'examen, mais, comme je l'ai indiqué ci-dessus, elle le fait de manière

succincte. Au contraire, dans l'affaire *Magnésium pur et magnésium allié originaires du Canada*, USA-92-1904-03, datée du 16 août 1993, six pages sont consacrées à une explication du critère d'examen, et cette explication est donnée de façon très claire et très organisée.

Le groupe spécial saisi de l'affaire *Magnésium* définit le critère d'examen, c'est-à-dire « le tribunal tiendra pour illicite toute décision, constatation ou conclusion qui, d'après lui, n'est pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier ou n'est pas par ailleurs conforme au droit. » 19 U.S.C.A. article 1516a(b)(1)(B), puis il divise en deux parties l'analyse qu'il fait de ce critère, soit le critère de la « preuve substantielle » et le critère de la « non-conformité au droit ».

S'étendant sur la définition donnée dans l'affaire *Saarstahl*, selon laquelle « la preuve substantielle est davantage qu'une simple parcelle de preuve et doit être suffisante pour étayer raisonnablement une conclusion » (références omises), le groupe spécial *Magnésium* cite des précédents de tribunaux fédéraux et de la Cour suprême.

La preuve substantielle... « s'entend de la preuve pertinente qu'un esprit sensé pourrait juger suffisante pour étayer une conclusion. » *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. United States*, 750 F. 2d 927, 933 (Circuit fédéral, 1984), aussi *Atlantic Sugar Ltd. v. United States*, 744 F. 2d 1556, 1562 (Circuit fédéral, 1984). Une abondante jurisprudence est citée à l'appui de cette proposition dans la note 9 de l'espèce *Magnésium*.

« La possibilité de tirer de la preuve deux conclusions incompatibles n'empêche pas la décision d'un organisme administratif d'être appuyée par une preuve substantielle ». *Matsushita*, supra, p. 933, citant *Consolo v. Federal Maritime Commission*, 383 U.S., p. 6191-20 (1966), et *PPG Industries, Inc. v. United States*, 978 F. 2d, p. 1237 (Circuit fédéral, 1992), ainsi que d'autres espèces citées dans la note 10 de l'affaire *Magnésium*.

Il « n'appartient pas au Tribunal de dire si la preuve est suffisante, tant sur le plan de la qualité que sur celui de la quantité, ou de rejeter une conclusion pour le motif qu'il serait arrivé à une interprétation différente du dossier. » *Koyo Seiko Co. Ltd. v. United States*, 810 F. Supp. 1287, 1289 (CIT 1988) citant d'autres références omises ici.

« La Cour d'appel pour le Circuit fédéral ou le Tribunal de commerce international (le « CIT ») ne peut substituer son jugement à celui de l'organisme, lorsqu'il faut choisir entre deux conclusions légitimes et opposées, même si le tribunal aurait sans doute effectué un choix différent si l'affaire lui avait été soumise *de novo*. » *Tehnoiimportexport, UCF America Inc. v. United States*, 783 F. Supp. 1401, 1404 (CIT, 1992) citant *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 488 (1951) et d'autres espèces.

Les références qui précèdent constituent ensemble des précédents irréfutables, et les prononcés de tribunaux inférieurs ou de comités spéciaux qui iraient à l'encontre de tels précédents doivent simplement être ignorés.

S'étendant sur le deuxième volet du critère pertinent d'examen, c'est-à-dire sur la question de savoir si la décision administrative est « conforme au droit », l'espèce *Magnésium* nous enseigne que le groupe spécial doit déférer à l'interprétation raisonnable donnée par l'organisme au texte législatif que cet organisme a pour tâche d'appliquer. Le groupe spécial nous dit que le Département jouit d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il applique les lois sur les droits compensateurs et que, « vu ces circonstances, la tâche de l'appelant est une tâche difficile, car il doit nous convaincre que l'interprétation de ... adoptée par l'ITA [le Département] est effectivement empêchée par le texte législatif. » [soulignement ajouté] citant *PPG Industries*, 928 F. 2d, p. 1571-73.

Si l'on applique ce critère d'examen à la nouvelle décision rendue après renvoi par le Département le 17 septembre 1993, au lieu de feindre d'y déférer, alors je suis conforté dans ma conclusion selon laquelle la décision majoritaire du groupe spécial du 17 décembre 1993 (trois voix contre deux) a violé en bloc les règles américaines de longue date se rapportant au contrôle judiciaire des décisions administratives.

L'espèce *Magnésium* est importante sur un autre aspect énergiquement débattu par les parties canadiennes et traitée de façon assez détaillée par mes collègues ici -- la question du caractère limitatif. Étant donné l'importance semble-t-il accordée à cette question, il est malheureux que mes collègues aient complètement ignoré ici la décision du groupe spécial saisi de

l'affaire *Magnésium*. S'appuyant sur les espèces *PPG IV*, *Roses I* et *Cabot*, le juge Hart conclut plutôt : « Il n'est donc guère surprenant que le groupe spécial ait considéré comme contraire au droit l'analyse du Département fondée sur un seul facteur. » Si toutefois il avait accordé quelque attention à l'espèce *Magnésium*, une décision plus récente qui constitue un précédent aussi persuasif que les espèces *Roses I* et *Cabot*, il aurait pu se faire une bonne idée de la différence entre l'analyse de l'ensemble de la preuve et l'analyse de l'ensemble des facteurs, deux exercices qu'il convient de distinguer. Comme l'a observé avec finesse le groupe spécial saisi de l'affaire *Magnésium* : « le principe selon lequel les organismes doivent examiner toute la preuve produite ne signifie pas qu'ils doivent en conséquence et à fortiori examiner tous les critères qui leur sont soumis. » *Magnésium*, p. 36.

En bref, le groupe spécial *Magnésium* explique que, lorsqu'une loi ou une réglementation donne plusieurs options à un organisme, cet organisme n'est pas tenu d'employer toutes ces options afin de considérer toute la preuve. Le groupe spécial a estimé que l'interprétation du Département concordait avec une pratique administrative de longue date, donnant comme exemple deux cas où le Département avait fait reposer sa décision uniquement sur un facteur, savoir celui de la portée restreinte de la mesure visée. Le groupe spécial a conclu son analyse en faisant une distinction entre les espèces *PPG IV* et *Roses I* et l'espèce *Magnésium*, observant que les deux premières concernaient des appels interjetés contre des décisions négatives tandis que l'espèce *Magnésium* se

rapportait à une décision positive. Pour que le Département puisse conclure qu'une mesure n'est pas de caractère limitatif, il doit considérer tous les facteurs. En revanche, si un seul facteur est satisfait, il pourra conclure au caractère limitatif de la mesure.

L'affaire qui nous occupe porte elle aussi sur une décision positive. Eu égard à la preuve rationnelle de la validité de la méthode séquentielle employée par le Département pour savoir si une mesure est de caractère limitatif, et compte tenu encore une fois du principe de la retenue à l'endroit des décisions administratives, principe exposé dans l'espèce *Chevron* et dans la jurisprudence qui l'a suivie, si l'on scrute l'organisme selon le texte législatif établi, soit 19 USCA article 1516 a(b)(i)(B), le fait de reconsidérer après coup la méthode employée par le Département constitue une violation d'un principe incontesté de contrôle judiciaire des décisions administratives, principe auquel la majorité elle-même du groupe spécial a feint de déférer. C'est une violation que mes deux collègues ont ratifiée.

C. L'espèce PPG

Sur la question du caractère limitatif, mes deux collègues canadiens et les trois Canadiens formant la majorité du groupe spécial affirment qu'ils se reposent sur la jurisprudence des États-Unis -- en particulier les espèces *PPG*⁹ -- pour appuyer

⁹ Pour une énumération des cinq espèces PPG, voir note 28, supra.

l'affirmation selon laquelle le Département du Commerce est contraint d'employer la méthode prescrite par le groupe spécial dans son premier avis, c'est-à-dire que le Département doit utiliser les quatre facteurs énumérés dans sa réglementation proposée, même si, dans la présente affaire ou dans une autre, le Département arrive à la conclusion qu'un seul facteur suffit (la méthode de l'analyse séquentielle appliquée par le Département).

Cela fait intervenir ce que j'ai appelé l'argument de réserve des États-Unis, c'est-à-dire que, même si le Département a effectué après renvoi une analyse satisfaisante des quatre facteurs, le groupe spécial n'avait pas au départ le pouvoir d'imposer cette méthode. En vertu du droit américain, le Congrès avait laissé ce choix à l'organisme. M^{me} Jean Anderson elle-même a voulu rassurer sur ce point le Sénat et la Chambre, en affirmant : « Il ne dit pas au Département ou à l'ITC ce que la nouvelle décision doit être ou quelle méthode l'organisme doit appliquer pour y parvenir ». (Voir partie III A, supra, p. 22)

Puisque, dans les espèces *PPG III, IV et V*, les tribunaux ont confirmé à chaque fois la décision du Département du Commerce, les parties canadiennes doivent chercher réconfort dans la formulation de ces jugements, et non dans les *ratio decidendi*. Mais, aux termes du droit américain, cette formulation doit être nécessaire pour le *ratio decidendi*, sans quoi elle n'a aucune force persuasive.

Dans *PPG III*¹⁰, le tribunal a confirmé sur chaque point la décision du Département, y compris la propre demande de nouveaux calculs faite par le Département. Le tribunal a également employé une formulation qui appuie largement le pouvoir du Département de choisir la méthode qu'il utilisera.

Ici, le choix de la méthode de répartition appartenait au Département, et *PPG* n'a pas réussi à montrer que le choix du Département n'était pas raisonnable ou n'était pas appuyé par une preuve substantielle dans le dossier ou qu'il n'était pas par ailleurs conforme au droit.¹¹

On trouve aussi sur la même page une formulation qui confirme sans équivoque le pouvoir discrétionnaire du Département.

Sauf un argument convaincant, en fait ou en droit, selon lequel la méthode choisie par le Département n'était pas raisonnable, qu'elle ne trouvait pas appui dans le dossier ou qu'elle constituait un abus de pouvoir, la cour doit confirmer le choix de l'organisme.¹²

Le juge Hart tente d'invoquer l'espèce *PPG IV*¹³ pour condamner l'analyse séquentielle du Département. « ...le groupe spécial a estimé que l'analyse du Département fondée sur un seul facteur était contraire au droit, » (p. 36) et « le groupe spécial s'en est tenu à l'interprétation obligatoire du droit américain proposée par le Circuit fédéral » (p. 38). Dans l'affaire *PPG IV*, le Circuit fédéral n'a proposé aucune « interprétation obligatoire ». Il n'y a pas eu d'opinion du Circuit fédéral, une nuance qui a, dans toute

¹⁰ 746 F. Supp. 119, CIT (1990)

¹¹ Id., p. 129.

¹² Id., p. 132.

¹³ 928 F. 2d 1568, Circuit fédéral (1991)

notre affaire, semblé échapper tant aux avocats canadiens qu'à mes deux collègues canadiens.

L'espèce *PPG IV* semblerait être l'un des appuis juridiques les plus faibles que l'on puisse imaginer pour l'une ou l'autre partie. Il s'agit d'une décision à laquelle souscrivent deux juges, et à laquelle ne souscrit pas un autre juge, mais *il ne s'agit nullement d'une opinion de la cour*. Le juge en chef Nies a rédigé une opinion favorable à la décision, mais son collègue le juge Smith (qui a souscrit à la décision) a refusé de souscrire de quelque façon à cette opinion. Le juge de circuit Michel a consigné une opinion dissidente dans laquelle il exprime son désaccord tant avec le résultat qu'avec l'opinion du juge Nies. Dans ce cas, aucun élément de l'opinion du juge Nies n'a une quelconque valeur de précédent. Ce n'est pas l'opinion du Circuit fédéral, et qui plus est, puisque le juge de circuit Smith et le juge de circuit Michel ont tous deux refusé de souscrire à un quelconque aspect de l'opinion du juge Nies, on peut en déduire que le vote tenu au sein de ce comité de juges a été défavorable par deux contre un à la formulation employée par le juge Nies. Et aussi par deux contre un à la formulation employée par le juge Michel.

Un tel embrouillamini juridique laisse présager fortement une confusion ultérieure (ce qui semble s'être produit chez les avocats canadiens), comme l'a très lucidement fait observer le juge Michel dans sa dissidence.

... ce qui m'inquiète le plus, c'est que cette confirmation menace de perturber le droit. Il s'agit de la première décision que nous rendons en appel sur cette question, ce qui pourrait aggraver son effet perturbateur. Le problème n'est

pas non plus réduit parce qu'il n'y a pas d'opinion de la cour, et donc pas d'opinion ayant valeur de précédent. Puisque le juge principal Smith, qui a voté en faveur du maintien de la conclusion du CIT, ne s'est pas ralliée à l'opinion du juge en chef Nies, elle ne parle qu'en son propre nom, tout comme moi-même. Cependant, cette vérité jurisprudentielle va probablement se perdre lorsque la profession juridique lira et invoquera cette opinion.¹⁴

Même si l'opinion du juge en chef Nies n'a pas valeur de précédent, elle est imprégnée d'énoncés qui aident la cause des États-Unis, non celle du Canada. Par exemple, la partie qui se rapporte au critère d'examen, p. 1571-73.

De plus, le Secrétaire du Commerce, par l'entremise de l'ITA, jouit d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il applique les lois sur les droits compensateurs. Comme nous l'avons indiqué (référence) *lorsque nous discutons le pouvoir correspondant du Secrétaire en vertu de la législation antidumping : ... Le nombre de facteurs visés, ainsi que la difficulté de quantification desdits facteurs et les conséquences d'une décision de dumping sur la politique étrangère, font de l'application des lois antidumping une tâche difficile et extrêmement délicate.*¹⁵ (Italique ajouté) ... Le Secrétaire est investi de larges pouvoirs dans l'application de la loi. *Ces considérations sont tout aussi pertinentes lorsqu'il s'agit de l'application des lois sur les droits compensateurs.*¹⁶ (Italique ajouté)

Selon le juge Nies, une norme rigoureuse doit en effet être satisfaite avant qu'une décision de l'organisme ne puisse être infirmée :

« ... si le choix de l'organisme constitue un compromis raisonnable entre des mesures antagonistes dont l'application a été confiée à l'organisme par le législateur, alors nous ne devrions pas intervenir, sauf s'il ressort de la loi ou de son contexte législatif que le compromis en question n'aurait pas reçu l'aval du Congrès » (référence)

¹⁴ Id., p. 1580.

¹⁵ Id., p. 1571.

¹⁶ Id., p. 1572.

« Cette liberté d'action s'applique aussi lorsqu'on veut résoudre le problème soulevé par une « prime ou gratification ». ¹⁷ Et, dans les circonstances présentes, la tâche de l'appelante est une tâche difficile, car elle doit nous convaincre que le sens donné par l'ITA à l'expression « prime ou gratification » est bien exclu par le texte législatif. » ¹⁸

En exprimant un avis contraire, le juge Michel semble regretter la décision du tribunal et l'opinion du juge Nies. Il affirme semble-t-il que la conclusion du tribunal dans l'affaire *PPG IV* affaiblira les décisions rendues dans *Cabot*, *Roses* et *Armco*, où l'on confirme l'application de facteurs multiples. Et pourtant, le juge Michel lui-même résume à la page 1582 la confusion totale engendrée par l'ITA, le juge Carman, du CIT, le juge Nies et lui-même, du Circuit fédéral. Si on lit le premier paragraphe complet et ceux qui le suivent, on pourra voir l'étendue de la confusion évoquée par le juge Michel.

Je crois comprendre que les avocats canadiens et mes collègues ¹⁹ s'appuient sur les passages figurant à la page 1576 de l'affaire *PPG IV* et aux pages 1239-40 de l'affaire *PPG V*, où l'on discute l'application des facteurs multiples. Examinons cet aspect. Dans l'affaire *PPG IV*, le juge Nies cite les propos du Département du Commerce :

Depuis six ans que nous appliquons la loi, nous sommes arrivés à la conclusion que le critère du caractère limitatif ne peut se réduire à une formule mathématique précise. Nous devons plutôt faire preuve de discernement et équilibrer

¹⁷ Id., p. 1572.

¹⁸ Id., p. 1573.

¹⁹ Avis du juge Hart, p. 35-36.

divers facteurs au moment d'analyser les faits d'un cas donné pour savoir s'il y a ou non pratique « déloyale ».

« Parmi les facteurs que nous examinons, citons : (1) la mesure dans laquelle un gouvernement s'applique à restreindre la portée d'un programme; (2) le nombre d'entreprises, d'industries ou de groupes d'entreprises ou d'industries qui se prévalent effectivement du programme; ce qui peut comprendre l'examen des utilisateurs disproportionnés ou dominants; et (3) la mesure dans laquelle le gouvernement visé exerce un pouvoir d'appréciation lorsqu'il confère des avantages en vertu du programme. Le Département doit dans un cas donné considérer tous ces facteurs à la lumière de la preuve versée dans le dossier, pour savoir si le programme visé est de caractère limitatif.²⁰ (soulignements ajoutés)

Remarquez la souplesse des facteurs à considérer, que le Département et le juge en chef Nies énoncent pour l'application du critère du caractère limitatif : il n'y a pas de « formule mathématique précise »; en revanche, il est nécessaire d'« équilibrer divers facteurs »; la liste des facteurs n'est pas précise, « parmi les facteurs que nous examinons »; en conclusion, « le Département doit considérer tous ces facteurs à la lumière de la preuve versée dans le dossier » -- et sans doute les autres facteurs pouvant être pertinents dans un cas donné.

Dans l'espèce PPG V, le juge Michel s'est trouvé, avec deux autres juges, en position d'employer des mots plus *impératifs* dans la discussion de ces facteurs. Il commence par affirmer que « au moins trois facteurs doivent être considérés dans chaque cas d'espèce pour savoir si un programme est appliqué de manière limitative ».²¹ (italique ajouté). Puis il énumère les trois

²⁰ p. 1576-77

²¹ 78 F. 2d, p. 1239-40

facteurs appliqués par le Département, en ajoutant pour chacun le mot « doit ».

Dans les affaires PPG IV et V, le Département du Commerce a semble-t-il bel et bien appliqué les trois facteurs qu'il avait énoncés « parmi les divers facteurs applicables ». Le juge Michel a examiné la méthode employée par le Département dans l'application de ces trois facteurs et il a reconnu qu'il les avait appliqués correctement.

Cependant, et cela est très important en droit administratif américain, le fait que le Département ait choisi d'appliquer ces trois facteurs dans l'affaire PPG ne signifie pas qu'il est tenu de les appliquer dans tous les cas. De plus, ce qu'ont pu dire le juge Michel dans l'affaire PPG V ou le juge Nies dans l'affaire PPG IV relativement à l'applicabilité de ces facteurs ne saurait obliger le Département à les appliquer dans d'autres cas.

L'affirmation d'un tribunal selon laquelle ces facteurs doivent obligatoirement être appliqués pour que le tribunal dans un cas donné confirme la décision du Département n'est qu'un obiter dictum. Il n'était pas nécessaire pour la juridiction d'examen de dire que ces facteurs sont obligatoires dans chaque cas, il lui suffisait de dire que, dans ce cas particulier, le Département avait appliqué des facteurs pertinents et logiques, et que la méthode employée était logique et appuyée par une preuve substantielle.

La cour, dans PPG V, et le juge Nies, dans PPG IV, ont dit cela, et plus encore. Ainsi, dans PPG V, le juge Michel évoque la

possibilité d'une application impérative. Dans la mesure où l'espèce PPG V a tenté de rendre d'application impérative tous les facteurs, il s'agissait dans cette affaire d'un obiter dictum, et le tribunal assumait le rôle de l'organisme et du Congrès des États-Unis. C'est au Congrès qu'il appartient d'établir les facteurs qu'un organisme doit appliquer, mais il peut aussi laisser l'organisme libre de choisir les facteurs pertinents. Lorsqu'elle confirme la décision de l'organisme, la juridiction d'examen doit se limiter à dire que, dans le cas particulier examiné, les facteurs pertinents et logiques ont été appliqués, elle ne peut gratuitement énoncer une règle générale qui serait applicable dans tous les cas. Encore une fois, ce serait là usurper sur le rôle de l'organisme ou sur le rôle du Congrès, ou même usurper sur les deux rôles. Si la juridiction d'examen croit nécessaire de casser la décision de l'organisme parce qu'elle n'est « pas conforme au droit », alors ce que dit la juridiction relativement à la procédure de l'organisme doit être observé par la suite, parce que l'organisme a erré en droit et qu'il était nécessaire pour la juridiction d'examen d'en faire état. Dans l'affaire PPG, l'organisme n'a pas erré en droit, et la juridiction d'examen a nécessairement approuvé comme conforme au droit la méthode employée.

Contrairement aux arguments selon lesquels les espèces PPG sont défavorables au Département dans l'affaire qui nous occupe, pour le motif qu'elles utilisent un langage qui montre que l'on doit considérer plus d'un facteur avant de pouvoir dire qu'une

mesure est de caractère limitatif, il est possible de soutenir que les espèces PPG sont favorables à la position du Département. En confirmant la méthode employée par le Département pour dire si une mesure est ou non de caractère limitatif, le tribunal ne faisait que réitérer la politique appliquée par le Département à ce moment-là; il ne s'est jamais penché sur la démarche séquentielle que le Département a choisi d'employer relativement aux facteurs à considérer. Puisque la méthode du Département peut en droit évoluer au fil du temps, pour autant que l'interprétation qu'il fait du droit demeure raisonnable et pour autant que ses décisions soient étayées par la preuve, il s'ensuit que le tribunal ne peut « geler » les interprétations données par le Département aux lois que le Congrès l'a chargé d'appliquer. Au reste, l'argument selon lequel les espèces PPG ont pour effet de « geler » la méthode employée par le Département ne résiste pas aux rapports de la Commission mixte du Sénat et de la Commission des voies et moyens de la Chambre, rapports qui attestent la volonté du Congrès de donner au Département un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la question du caractère limitatif d'une mesure, notamment le pouvoir de fonder son examen, dans un cas donné, sur aussi peu qu'un seul facteur.

D. L'espèce Fil machine et l'espèce Georgetown Steel

Quelques mots maintenant sur l'espèce *Fil machine en acier au carbone originaire de Pologne*, 49 FR 19374 (« Fil machine ») et

l'espèce *Georgetown Steel Corp. v. United States*, 801 F.2d 1308 (Circuit fédéral, 1986) (« Georgetown Steel »).

Dans l'espèce *Fil machine*, la question était de savoir si les activités de l'État dans une économie planifiée confèrent une « prime ou gratification » au sens de l'article 303 du Tariff Act of 1930. *Fil machine*, p. 19375.

Dans l'espèce *Georgetown Steel*, la question était également de savoir si les dispositions de l'article 303 relatives aux droits compensateurs s'appliquent à de prétendues subventions versées par des gouvernements à économie planifiée pour des produits exportés vers les États-Unis. *Georgetown Steel*, p. 1309.

Dans les deux cas, l'International Trade Administration du Département du Commerce a jugé que l'article 303 ne s'applique pas à des économies planifiées.

Dans *Fil machine*, le raisonnement était fondé sur des enquêtes portant sur les caractéristiques des économies planifiées, très différentes des économies de marché. Certaines des conclusions tirées relativement aux économies planifiées sont les suivantes :

- les ressources ne sont pas distribuées par un marché;
- la distribution est réalisée au moyen d'une planification centralisée;
- dans une économie planifiée, il n'existe pas de mécanisme de marché qui puisse être faussé ou perturbé;
- dans une économie planifiée, l'État n'intervient pas dans les mécanismes du marché, il les remplace entièrement;

- la mauvaise répartition des ressources résulte d'une planification centralisée, non de subventions;
- par rapport à une économie de marché, une économie planifiée est criblée de distorsions;
- la plupart des économies planifiées sont caractérisées par des prix contrôlés, et les prix en question ne reflètent donc pas la rareté, et l'on ne peut pas non plus les rattacher à l'offre et à la demande;
- les bénéfices contrôlés d'une économie planifiée ne jouent pas le même rôle que les bénéfices réalisés dans une économie du marché;
- les stimulants et les primes utilisés dans une économie planifiée sont des moyens de contrôler l'entreprise, et ils ne ressemblent pas aux stimulants ou subventions versés dans une économie de marché.

Essentiellement, parce que la planification centralisée repose sur un système qui n'est pas rationnel économiquement selon les normes de l'économie de marché, le Département a jugé que les « mécanismes économiques » appliqués pour récompenser les dépassements d'objectifs, pour rationaliser le recours aux importations et pour promouvoir les exportations, mécanismes adoptés par le gouvernement polonais, ne jouent pas dans une économie planifiée le rôle de subvention. Le Département a fondé sa conclusion sur le contexte législatif, selon lequel le Congrès n'a jamais voulu que la législation sur les droits compensateurs soit appliquée aux économies planifiées.

Ainsi, l'espèce *Fil machine* est à l'origine de la proposition selon laquelle les économies planifiées constituent une exception à la présomption de distorsion du marché. Cette exception se limite clairement aux économies planifiées; l'affaire *Fil machine*, non plus que la législation américaine sur les droits compensateurs, ne renferment absolument rien qui indique le contraire.

Dans l'espèce *Georgetown*, le tribunal, s'appuyant sur une analyse semblable des économies planifiées et de l'intention du Congrès, arrive à la conclusion que les stimulants et avantages économiques versés par l'Union soviétique et la République démocratique allemande ne constituent pas, aux termes de l'article 303, des primes ou gratifications.

Comme nous le savons déjà, les États-Unis ont toujours affirmé (et ils continueront d'affirmer, quelle que soit l'issue de la présente affaire -- voir partie V, supra) que le Département du Commerce n'est pas tenu, pour conclure à l'existence d'une subvention, de prouver que cette subvention exerce un effet sur la production ou sur le prix. L'argument du Canada est qu'il est nécessaire de prouver une distorsion du marché, et le Canada affirme que le Département s'est imposé lui-même cette obligation dans le préambule de sa réglementation proposée, où l'on peut lire :

Sur le plan conceptuel, la réglementation est fondée sur le modèle économique expliqué par le Département dans sa décision finale *Fil machine en acier au carbone originaire de Tchécoslovaquie* et *Fil machine en acier au carbone originaire de Pologne* [...] et accepté par la Cour dans *Georgetown Steel Corp. v. United States* [...].

Ce modèle, qui définit généralement une subvention comme une distorsion du processus commercial de répartition des ressources de l'économie, est à la base de toute la méthode employée par le Département.

L'argument canadien s'appuie, entre autres, sur un passage de l'espèce *Fil machine*, où le Département tient les propos suivants :

Nous croyons qu'une subvention, une prime ou une gratification est par définition une mesure qui fausse ou perturbe le mécanisme du marché et qui entraîne une mauvaise répartition des ressources, ce qui encourage la mauvaise performance de la production et amoindrit la richesse mondiale.

Le Canada tire argument de ce passage pour affirmer que, avant de conclure à l'existence d'une subvention, il faut prouver son effet de distorsion du marché.

Selon moi, dans leur interprétation de la jurisprudence comme de la réglementation proposée du Département, les parties canadiennes ont déformé le contexte dans lequel l'expression « distorsion du marché » devait être interprétée, et cela apparaît clairement dans *Georgetown*.

Dans l'espèce *Georgetown*, le tribunal explique que, par sa législation sur les droits compensateurs, le Congrès des États-Unis « voulait protéger les entreprises américaines contre ce qu'il considérait comme l'avantage concurrentiel déloyal qu'obtiendrait un producteur étranger en vendant sur le marché américain si le gouvernement de ce producteur prenait effectivement à son compte une partie des frais de vente du producteur sur le marché américain ». [italique ajouté] (*Georgetown*, p. 1315). Puis le tribunal affirme que « la subvention versée par un gouvernement pour des ventes effectuées aux États-Unis permet cependant à un

producteur étranger de vendre sur le marché américain *dans un cas où il ne serait pas par ailleurs dans l'intérêt économique du vendeur de le faire* » [italique ajouté]. Le tribunal ajoute que « cela était apparemment ce que l'Administration avait à l'esprit lorsqu'elle a déclaré, dans l'affaire *Fil machine originaire de Pologne*, qu'une subvention, prime ou gratification est par définition une mesure qui fausse ou perturbe les mécanismes du marché et qui entraîne une mauvaise répartition des ressources, ce qui encourage une mauvaise production et amoindrit la richesse mondiale. » Si le Congrès a adopté une législation sur les droits compensateurs, c'est pour établir une protection *contre ce genre de concurrence « déloyale »*, laquelle résulte des subventions versées aux producteurs étrangers, subventions qui leur donnent un avantage concurrentiel qu'ils n'auraient pas autrement. [italique ajouté] (Georgetown, p. 1315).

Essentiellement, ce qu'il faut savoir, c'est que la « concurrence déloyale », la « distorsion du marché » ou l'« avantage concurrentiel déloyal », quel que soit le champ sémantique employé, est la théorie ou la notion à la base de la législation sur les droits compensateurs aux États-Unis. Ce point est attesté par l'emploi de l'expression « sur le plan conceptuel », dans le préambule de la réglementation proposée du Département, et par l'emploi du mot « par définition » dans *Fil machine*. C'est aussi un thème que l'on trouve dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (le « GATT »). Lorsque le Département affirme dans l'espèce *Fil machine* que :

« Nous croyons qu'une subvention (ou prime ou gratification) est par définition une mesure qui fausse ou perturbe les mécanismes du marché et qui entraîne une mauvaise répartition des ressources, ce qui encourage une production inefficace et amoindrit la richesse mondiale », on pourrait dire que ces propos ne sont qu'une autre façon d'affirmer que la théorie du commerce international est fondée sur le principe de l'avantage comparatif. Si, dans une économie de marché, l'offre et la demande sont manipulées par une intervention de l'État, que ce soit au moyen de subventions faussant les échanges ou au moyen d'autres barrières au commerce international, alors cela va à l'encontre du principe de l'avantage comparatif.

Après explication de l'argument selon lequel la distorsion du marché est une théorie et non une condition particulière à démontrer, j'ajoute maintenant que ce n'est pas là le point que doit trancher le présent CCE, la seule chose qui nous concerne étant la nouvelle décision du Département après renvoi. Et, même si le Département s'est énergiquement élevé contre les directives du groupe spécial qui l'obligeaient à prouver la distorsion du marché, le Département soutient que, dans sa nouvelle décision après renvoi, il a effectivement présenté une preuve d'expert montrant que les droits de coupe peuvent être abaissés à un point où la production dépassera la norme concurrentielle, entraînant par le fait même une distorsion du marché. Ce faisant, le Département soutient qu'il a bel et bien présenté une preuve d'expert à l'appui de sa position selon laquelle les principes de la rente économique

ne s'appliquent pas et selon laquelle la théorie économique générale s'applique, théorie qui, entre autres, appuie la conclusion d'après laquelle une réduction du prix entraînera une augmentation de la demande.

Pour savoir si le groupe spécial a bien appliqué le bon critère d'examen, nous devons donc nous demander si la nouvelle décision du Département est ou non appuyée par une preuve substantielle dans le dossier ou si elle est ou non par ailleurs conforme au droit. C'est seulement si nous estimons que la conclusion du Département n'est pas appuyée par une preuve substantielle que nous devons alors considérer l'argument (vraiment initial) de réserve des États-Unis selon lequel le groupe spécial a commis une erreur de droit en exigeant au départ la preuve d'une distorsion du marché.

À mon avis, si le groupe spécial antérieur avait consciencieusement appliqué le critère d'examen en vigueur aux États-Unis comme il était tenu de le faire, il lui aurait été impossible de conclure que la nouvelle décision du Département n'était pas appuyée par une preuve substantielle dans le dossier. Il m'apparaît plutôt on ne peut plus clair que le groupe spécial a substitué son jugement à celui de l'organisme lorsqu'il a semblé effectué un choix entre les vues opposées des parties canadiennes et des parties américaines. Il est clair pour moi que, en agissant de la sorte, le groupe spécial a manifestement outrepassé ses pouvoirs, son autorité ou sa compétence comme il est indiqué à l'article 1904.13(a)(iii) de l'ALE.

COMITÉ POUR CONTESTATION EXTRAORDINAIRE INSTITUÉ
CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 1904
DE L'ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE CANADA-ÉTATS-UNIS

En l'affaire du)
BOIS D'OEUVRE)
ORIGINAIRE DU CANADA)

DOSSIER DU SECRÉTARIAT N°
CCE-94-1904-01USA

ORDONNANCE CONFIRMANT LES DÉCISIONS DU GROUPE SPÉCIAL BINATIONAL

Conformément à l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis et pour les raisons énoncées dans les opinions annexées, le comité pour contestation extraordinaire rejette la requête en contestation extraordinaire, la partie requérante n'ayant pas apporté la preuve requise par l'article 1904.13 de l'ALE. Les décisions rendues par le groupe spécial binational le 6 mai 1993 et le 17 décembre 1993 conserveront leur effet, et l'ordonnance finale du groupe spécial binational du 23 février 1994 confirmant la décision du Département après renvoi est confirmée.

FAIT LE 3 AOÛT 1994

SIGNÉ DANS L'ORIGINAL PAR

Gordon L.S. Hart
Gordon L.S. Hart

Herbert B. Morgan
Herbert B. Morgan

Malcolm R. Wilkey, président
Malcolm R. Wilkey, président

