

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

_____)
Dans l'affaire :)
)
FILS MACHINE EN ACIER AU CARBONE ET) Dossier du Secrétariat :
CERTAINS FILS MACHINE EN ACIER ALLIÉ)
DU CANADA) N° USA-CDA-2008-1904-02
)
_____)

DÉCISION ET ORDONNANCE DU GROUPE SPÉCIAL

MEMBRES DU GROUPE SPÉCIAL :

Lisa Koteen Gerchick, présidente
Cynthia C. Lichtenstein
John R. Magnus
David J. Mullan
Robert K. Paterson

Pour Ivaco Rolling Mills 2004, L.P. et Sivaco Ontario, division de Sivaco Wire Group 2004, L.P. :

Richard P. Ferrin
Douglas J. Heffner
Drinker Biddle & Reath LLP

Pour l'organisme d'enquête :

Rachael W. Nimmo
Office of the Chief Counsel for the Import Administration
Département du Commerce des États-Unis

I. INTRODUCTION

Le présent groupe spécial binational (« groupe spécial ») a été constitué en vertu du paragraphe 1904(2) de l'Accord de libre-échange Nord-Américain (« ALÉNA ») afin de réviser la décision administrative *Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canada: Final Results of Antidumping Duty Administrative Review*, 73 Fed. Reg. 26,958 (12 mai 2008) (« détermination finale »).

Le 6 juin 2008, Ivaco Rolling Mills 2004 L.P. et Sivaco Ontario, division de Sivaco Wire Group 2004 L.P. (ensemble, « Ivaco » ou « plaignante »), ont déposé une première demande de révision par un groupe spécial auprès de la section des États-Unis du Secrétariat de l'ALÉNA : *North American Free-Trade Agreement, Article 1904 NAFTA Panel Reviews; Request for Panel Review*, 73 Fed. Reg. 35,370 (23 juin 2008). Le 7 juillet 2008, la plaignante, qui se compose des producteurs et exportateurs canadiens et des importateurs américains intimés des marchandises en cause, a déposé une plainte visant à contester la détermination finale consécutive au quatrième examen administratif effectué par l'International Trade Administration du Department of Commerce, (« département du Commerce » ou « organisme d'enquête »). L'organisme d'enquête a déposé un avis de comparution et une requête en vue d'obtenir l'autorisation de contester hors délai la plainte d'Ivaco le 1^{er} août 2008. Le groupe spécial a fait droit à la requête de l'organisme d'enquête le 20 juillet 2011. Il a également convoqué la tenue d'une audience à Washington, DC le 13 octobre 2011, au cours de laquelle les avocats d'Ivaco et de l'organisme d'enquête ont comparu et présenté des observations verbales.

Conformément au paragraphe 1904(8) de l'ALÉNA, pour les motifs exposés de façon plus détaillée ci-dessous et sur la foi de la preuve contenue dans le dossier administratif, des

règles de droit applicables, des observations écrites des participants et des observations présentées à l'audience, le groupe spécial confirme la détermination finale de l'organisme d'enquête en ce qui a trait à la question du niveau commercial et renvoie ladite détermination en ce qui a trait à la question de la « réduction à zéro » en l'espèce, afin que l'organisme d'enquête fournisse une explication compatible avec les ordonnances de renvoi rendues dans *Dongbu Steel Co., Ltd. v. United States*, 635 F.3d 1363 (cir. féd. 2011) (« *Dongbu* »), et *JTEKT Corp. v. United States*, 642 F.3d 1378 (cir. féd. 2011).

II. HISTORIQUE DES PROCÉDURES

Le 29 octobre 2002, le département du Commerce a rendu une ordonnance concernant les droits antidumping relatifs aux fils machine en acier au carbone et à certains fils machine en acier allié du Canada. *Notice of Amended Final Determination of Sales at Less Than Fair Value and Antidumping Duty Order: Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canada*, 67 Fed. Reg. 65,944 (29 octobre 2002). Le département du Commerce a effectué trois examens administratifs avant la demande d'examen dont le groupe spécial est saisi en l'espèce. Voir *Final Results of Antidumping Administrative Review: Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod from Canada*, 72 Fed. Reg. 26591 (10 mai 2007) (résultats définitifs du troisième examen administratif).

Le 2 octobre 2006, le département du Commerce a donné avis de la possibilité de demander un examen administratif de l'ordonnance concernant les droits antidumping pour la période allant du 1^{er} octobre 2005 au 30 septembre 2006. *Antidumping or Countervailing Duty Order, Finding, or Suspended Investigation; Opportunity to Request Administrative Review*, 71 Fed. Reg. 57,920 (2 octobre 2006). Le 31 octobre 2006, Mittal Steel USA Inc.,

Gerdau USA Inc., Nucor Steel Connecticut Inc., Keystone Consolidated Industries, Inc. et Rocky Mountain Steel Mills ont demandé au département du Commerce, par voie de requête, d'examiner les ventes d'Ivaco au cours de la période visée. En conséquence, le département du Commerce a entrepris un examen administratif des droits antidumping. *Initiation of Antidumping and Countervailing Duty Administrative Reviews and Request for Revocation in Part*, 71 Fed. Reg. 68,535 (27 novembre 2006). Le département du Commerce a d'abord constaté que [TRADUCTION] « les ventes des marchandises en cause par Ivaco Rolling Mills 2004 L.P. et Sivaco Ontario... ont été conclues à des prix inférieurs à la valeur normale (VN)... ». *Carbon and Certain Alloy Steel Wire Rod*, 72 Fed. Reg. 62,816 (7 novembre 2007) (« détermination préliminaire »). À la demande d'Ivaco, le 29 novembre 2007, le département du Commerce a fait parvenir des questionnaires supplémentaires à celle-ci au sujet de la question du niveau commercial avant de fixer les dates de production des mémoires et de tenue de l'audience. Ivaco a répondu aux questionnaires supplémentaires le 13 décembre 2007. Les parties requérantes ont commenté la réponse d'Ivaco le 21 décembre 2007 et Ivaco a répondu à ces commentaires le 31 décembre de la même année. Par la suite, Ivaco et les parties requérantes ont déposé leurs mémoires le 23 janvier 2008 et des mémoires de réfutation ont été déposés le 30 janvier 2008. L'audience a eu lieu le 27 février 2008 et, le 12 mai 2008, le département du Commerce a publié sa détermination finale dans laquelle il a confirmé sa détermination préliminaire selon laquelle les fils machine en acier au carbone et certains fils machine en acier allié du Canada ont été vendus à des prix inférieurs à leur juste valeur au cours de la période visée. Voir la détermination finale, *supra*.

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

La plaignante Ivaco invoque les erreurs suivantes en appel :

1. La décision du département du Commerce de réduire à zéro les marges de dumping dans le cas des ventes dont les marges sont négatives n'est pas conforme à la loi. Le département du Commerce a interprété de façon erronée l'article 19 U.S.C. §1677(35) et cette interprétation n'est pas compatible avec les conclusions adoptées par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. La décision du département n'est pas conforme non plus aux récentes décisions de la Cour d'appel du circuit fédéral (également « CACF ») des États-Unis.
2. La décision du département du Commerce selon laquelle il n'y avait qu'un seul niveau commercial pertinent au cours de la période visée n'est pas étayée par une preuve substantielle dans le dossier et n'est pas conforme à la loi par ailleurs.

IV. LES CRITÈRES D'EXAMEN

Le pouvoir du groupe spécial de réexaminer les examens administratifs en matière de droits antidumping en application de l'article 751 de la Tariff Act of 1930 (« la Loi ») (19 U.S.C. §1675) découle du chapitre 19 de l'ALÉNA, dont le paragraphe 1904(3) prévoit que « le groupe spécial appliquera les critères d'examen établis à l'annexe 1911, ainsi que les principes juridiques généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait à l'examen d'une détermination de l'organisme d'enquête compétent ». Lorsqu'il examine la détermination de l'organisme d'enquête, le groupe spécial doit appliquer les critères d'examen ainsi que les principes juridiques généraux établis par les tribunaux de ce pays. Voir l'annexe 1911 de l'ALÉNA. Lors d'un examen semblable à celui de la présente affaire, où l'organisme d'enquête est le département du Commerce des États-Unis, le groupe spécial se prononce en remplacement de la United States Court of International Trade (le Tribunal de commerce international des États-Unis, ci-après « TCI »). Le groupe spécial est lié par les mêmes précédents, règles de droit substantif et critères d'examen que ce tribunal. En

conséquence, le groupe spécial doit, en l'espèce, appliquer les critères d'examen énoncés à l'article §516A(b)(1)(B) de la Loi, qui énonce que les tribunaux des États-Unis [TRADUCTION] « jugent illégale toute décision, constatation ou conclusion... [1] qui n'est pas étayée par une preuve substantielle dans le dossier ou [2] n'est pas conforme à la loi par ailleurs ».

19 U.S.C. §1516a(b)(1)(B)(i); voir également l'annexe 1911 de l'ALÉNA.

a. La détermination de l'organisme administratif doit être étayée par une preuve substantielle dans le dossier

L'examen de la question de savoir si la détermination d'un organisme administratif était fondée sur la preuve substantielle contenue au dossier doit se limiter [TRADUCTION] « au dossier [administratif]... » 19 U.S.C. §1516a (b)(2)(A). Plus précisément, l'examen effectué par le groupe spécial en l'espèce doit se limiter [TRADUCTION] « aux renseignements présentés au département ou obtenus par celui-ci au cours de l'instance administrative,... à une copie de la détermination, aux transcriptions ou dossiers des conférences ou audiences et aux avis publiés dans le registre fédéral ». *Id.* En conséquence, la détermination en question ne peut être jugée qu'au regard des motifs et conclusions qui y sont énoncés et non en fonction d'arguments ou de faits ultérieurs présentés par l'avocat de l'organisme d'enquête. Voir *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204, aux pages 212 et 213 (1988) (l'examen de [TRADUCTION] « ce qui ne semble être rien de plus que la position d'un organisme dans le litige serait tout à fait déplacé »); *Florida Manufactured Housing Assn v. Cisneros*, 53 F.3d 1565, à la page 1574 (11th Cir. 1995) (il n'y a pas d'examen lorsque la nouvelle interprétation se limite à une simple position dans le litige); *USX Corp v. Director, Office of Workers' Compensation Programs*, 978 F.2d 656, à la page 658 (11th Cir. 1992) (il

n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'endroit de la position d'un organisme dans le litige en l'absence d'une interprétation antérieure).

La décision de l'organisme doit reposer sur des motifs sérieux découlant du dossier. La norme de la preuve substantielle exige [TRADUCTION] « davantage qu'une simple parcelle... soit une preuve pertinente qu'un esprit raisonnable pourrait juger suffisante pour étayer une conclusion ». *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, à la page 477 (1951); voir également *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, à la page 229 (1938); *Matsushita Elec. Indus. Co. v. United States*, 750 F.2d 927, à la page 933 (cir. féd. 1984). Le groupe spécial doit donc examiner les motifs qui sous-tendent les conclusions auxquelles le département du Commerce en est arrivé et décider s'il existe un lien rationnel entre les faits qu'il a constatés à la lumière du dossier et les conclusions qu'il a tirées. *Bando Chem. Indus. v. United States*, 16 TCI 133, aux pages 136 et 137, 787 F. Supp. 224, à la page 227 (TCI 1992) (citant *Bowman Transportation v. Arkansas-Best Freight System*, 419 U.S. 281, à la page 285 (1974)). En conséquence, les tribunaux et les groupes spéciaux binationaux doivent examiner [TRADUCTION] « le dossier en entier, y compris l'ensemble des éléments de preuve allant à l'encontre de l'avis [de l'organisme] ». *Universal Camera*, 370 U.S., à la page 477.

Cependant, cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux et les groupes spéciaux binationaux peuvent soupeser à nouveau la preuve ou substituer leur jugement à celui du juge des faits initial. *Id.*, à la page 488. Comme l'a souligné le circuit fédéral :

[TRADUCTION]

La partie qui conteste la détermination [d'un organisme] selon le critère de la preuve substantielle a un fardeau très lourd. *Mitsubishi Heavy Indus., Ltd. v. United States*, 275 F.3d 1056, à la page 1060 (cir. féd. 2001). Nous avons expliqué que « même s'il est possible de tirer deux

conclusions incompatibles à la lumière de la preuve au dossier, cela ne signifie pas que la détermination n'est pas étayée par une preuve substantielle ». *Am. Silicon Techs, v. United States*, 261 F.3d 1371, à la page 1376 (cir. féd. 2001).

En conséquence, la question sur laquelle le Tribunal de commerce international devait se prononcer et que la cour doit trancher en l'espèce « n'est pas de savoir si nous souscrivons à la... décision ou de savoir si notre conclusion aurait été la même si nous avions été saisis de l'affaire en première instance » [*United States Steel Group v. United States*, 96F.3d 1352, à la page 1357 (cir. féd. 1996)] Notre rôle consiste plutôt [TRADUCTION] « à confirmer la détermination [d'un organisme] lorsqu'elle est raisonnable et étayée par l'ensemble du dossier, même si certains éléments de la preuve s'éloignent de la... conclusion. *Altx, Inc. v. United States*, 370 F.3d 1108, à la page 1121 (cir. féd. 2004) (guillemets internes omis). Bref, nous ne rendons pas la détermination; nous ne faisons que l'approuver ».

Nippon Steel Corp. v. United States, 458 F. 3d 1345, à la page 1352 (cir. féd. 2006). En conséquence, lorsque la détermination du département est étayée par une preuve substantielle contenue au dossier, le groupe spécial ne peut [TRADUCTION] « substituer, même pour les questions qui ne nécessitent aucune compétence spéciale..., [sa] propre opinion à celle [de l'organisme] lorsqu'il s'agit de choisir entre deux points de vue relativement contradictoires, malgré la possibilité réelle qu'il aurait eue de faire un choix différent s'il avait été saisi de l'affaire *de novo* ». *Universal Camera*, 340 U.S., à la page 488¹.

b. La détermination de l'organisme administratif doit être conforme à la loi

Les groupes spéciaux constitués en vertu du chapitre 19 de l'ALÉNA doivent appliquer les mêmes critères d'examen et les mêmes principes juridiques généraux que

¹ Voir également *Arkansas v. Oklahoma*, 503 U.S. 91, à la page 113 (1992) (le groupe spécial ne peut substituer son propre jugement à celui de l'organisme lorsque deux opinions différentes légitimes existent); *Consolo v. Federal Maritime Commission*, 383 U.S. 607, aux pages 619 et 620 (1966) ([TRADUCTION] « la possibilité de tirer deux conclusions incompatibles de la preuve n'empêche pas la conclusion d'un organisme administratif d'être étayée par une preuve substantielle ».)

suivent les tribunaux des États-Unis au moment de décider si la détermination de l'organisme administratif était conforme à la loi. 19 U.S.C. §1516a(b)(1)(B)(i); voir également l'annexe 1911 de l'ALÉNA. Comme l'a décidé la Cour suprême des États-Unis, en l'absence d'une intention claire du Congrès, les tribunaux fédéraux doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation raisonnable que l'organisme a donnée à une loi qu'il est chargé d'administrer. *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837, aux pages 842 et 843 (1984). Ainsi, si la loi ne mentionne pas ou ne mentionne pas clairement la question précise en jeu, le tribunal doit se demander si la détermination de l'organisme est fondée sur une interprétation possible de la loi. *Id.* Voici comment la Cour suprême des États-Unis s'est exprimée :

[TRADUCTION]

Lorsqu'un tribunal effectue l'examen de l'interprétation qu'a fait un organisme de la loi qu'il est censé administrer, il doit répondre à deux questions. Premièrement, il faut toujours établir si le Congrès a abordé directement la question en jeu. Si l'intention du Congrès est claire, la question est réglée; en effet, il faut que le tribunal, tout comme l'organisme, donne suite à une intention très clairement expliquée par le Congrès. Si, cependant, le tribunal détermine que le Congrès n'a pas directement abordé la question en jeu, le tribunal ne se contente pas d'imposer sa propre interprétation de la loi, comme il devrait le faire en l'absence d'une interprétation administrative. Si la loi ne mentionne pas ou ne mentionne pas clairement la question précise en jeu, le tribunal doit déterminer si la réponse de l'organisme administratif est fondée sur une interprétation possible de la loi.

Id. Voir également *Micron Tech., Inc. v. United States*, 111 F.3d 1386, à la page 1394 (cir. féd. 1997) (le TCI et le circuit fédéral doivent donner suite à l'intention claire du Congrès ou, lorsque la loi applicable est ambiguë ou par ailleurs imprécise, [TRADUCTION] « faire preuve d'une grande déférence à l'égard de l'interprétation que le département du Commerce donne aux lois pertinentes »). En conséquence, lorsque l'interprétation que l'organisme

administratif a donnée à la loi pertinente est jugée raisonnable, cette interprétation doit prévaloir. *Id.*

Dans la même veine, lorsque les règlements ou les méthodologies de l'organisme administratif sont contestés, les tribunaux et les groupes spéciaux binationaux doivent faire preuve de retenue raisonnable à l'égard des règlements ou méthodologies qu'applique l'organisme auquel le Congrès a confié l'administration de la loi. *Id.* Voir également *National R.R. Passenger Corp. v. Boston & Marine Corp.*, 503 U.S. 407, à la page 417 (1992) (lorsqu'il se demande si une décision est « conforme à la loi » ou non, le groupe spécial doit faire preuve de déférence à l'égard [TRADUCTION] « des interprétations raisonnables que l'organisme a données à une loi qu'il administre... »); *Torrington Co. v. United States*, 68 F. 3d 1347, à la page 1351 (cir. féd. 1995) (le circuit fédéral [TRADUCTION] « fera preuve de grande retenue à l'égard de l'interprétation que le département du Commerce donne aux lois, étant donné que l'International Trade Administration est le 'maître' des lois antidumping »). Effectivement, les tribunaux reconnaissent que le département du Commerce dispose d'une grande marge de manoeuvre en ce qui a trait à la tenue des enquêtes et admettent qu'il est investi [TRADUCTION] « du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour déterminer l'ampleur de l'enquête et les renseignements dont il a besoin ». *PPG Indus., Inc. v. United States*, 978 F.2d 1232, à la page 1238 (cir. féd. 1992). Ces [TRADUCTION] « interprétations législatives articulées [par l'organisme] dans le cadre de procédures antidumping appellent la retenue établie dans *Chevron* ». *Shakeproof Assembly Components v. United States*, 268 F.3d 1376 (cir. féd. 2001). Par conséquent, [TRADUCTION] « tant et aussi longtemps que la méthodologie et les procédures de l'organisme constituent des moyens raisonnables d'atteindre l'objectif du législateur et qu'il y a au dossier une preuve

substantielle étayant les conclusions dudit organisme, le tribunal ne substituera pas sa propre opinion quant au caractère suffisant de l'enquête de celui-ci ni ne mettra en doute sa méthodologie ». *Ceramica Regiomontana, S.A. v. United States*, 636 F. Supp. 961, à la page 966 (1986), décision confirmée par 810 F.2d 1137 (cir. féd. 1987).

En revanche, l'autorité chargée du réexamen ne peut faire preuve de déférence à l'égard de la détermination d'un organisme qui est fondée sur une analyse inadéquate ou sur un raisonnement incorrect. La retenue à accorder à la détermination de l'organisme dépend [TRADUCTION] « de l'exhaustivité de l'examen [qu'il a mené], de la validité de son raisonnement [et] de la mesure dans laquelle il est compatible avec les décisions antérieures et postérieures... » *Id.*, citant *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, à la page 140 (1944). En conséquence, dans la présente affaire, le groupe spécial doit confirmer la détermination de l'organisme d'enquête si celle-ci est étayée par une preuve substantielle au dossier et qu'elle n'est pas contraire à la loi, malgré le fait qu'il en serait arrivé à une détermination différente s'il avait été le juge des faits ou l'interprète de la loi initial.

V. RÉDUCTION À ZÉRO

Ivaco soutient que l'inclusion par le département du Commerce de l'instruction relative à la « réduction à zéro »² dans le programme de calcul des marges utilisé au cours de l'examen administratif en cause est « contraire à la loi ». Nous commenterons ci-dessous a) la justiciabilité de cette allégation, notamment l'admissibilité d'un argument précis dont

² La pratique de la réduction à zéro consiste à traiter toute comparaison de prix où le prix d'exportation est inférieur à la valeur normale, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de dumping, comme s'il s'agissait d'une marge zéro plutôt que d'une marge de dumping négative, dans le calcul d'une marge de dumping moyenne pondérée. En d'autres termes, lorsque la pratique de la réduction à zéro est appliquée, il n'y a pas de marge de dumping négative permettant de compenser les marges de dumping lors du calcul d'une marge moyenne pondérée.

le département du Commerce a tenté d'empêcher la présentation; b) le bien-fondé des arguments initialement invoqués par Ivaco au sujet de la légalité de la pratique de la réduction à zéro et c) les incidences du dernier argument qu'Ivaco a énoncé dans un mémoire supplémentaire au sujet de la légalité de la pratique de la réduction à zéro dans les examens administratifs à la lumière des décisions rendues dans *Dongbu, supra*, et *JTEKT, supra*.

L'allégation d'Ivaco selon laquelle la pratique de la réduction à zéro est contraire à la loi repose sur plusieurs théories et arguments sous-jacents. Ainsi, Ivaco affirme que la réduction à zéro n'est pas fondée sur une interprétation possible de la partie pertinente de la loi antidumping. Elle invoque également le principe fondamental de l'arrêt « *Charming Betsy* » selon lequel, à son avis, les organes d'examen sont tenus d'interpréter la loi américaine dans le contexte de la jurisprudence de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC ») sur la pratique de la réduction à zéro. La justiciabilité de ces arguments et, par conséquent, de l'ensemble de l'allégation concernant la pratique de la réduction à zéro, n'est pas contestée. Néanmoins, une question de procédure préliminaire doit être examinée au sujet de cette pratique.

a. L'argument de l'épuisement des recours administratifs et de l'abandon

Le département du Commerce soutient que la doctrine de l'épuisement des recours administratifs et le concept de l'abandon empêchent Ivaco de faire valoir que l'organisme ne peut interpréter l'article 18 U.S.C. §1677(35) de manière à permettre l'application de la méthodologie de réduction à zéro dans certains types de procédures administratives en matière antidumping, étant donné qu'il a cessé d'utiliser la même méthodologie dans d'autres types de procédures. Dans le mémoire supplémentaire qu'elle a déposé le

20 septembre 2011 et au cours des plaidoiries, Ivaco a fait valoir que les décisions *Dongbu* et *JTEKT* obligent le présent groupe spécial à renvoyer la détermination finale à l'organisme d'enquête afin d'obtenir une explication satisfaisante au sujet de la différence de traitement entre les procédures où le département du Commerce a mis fin, lors de l'examen administratif, à la pratique de la réduction à zéro dans les comparaisons moyenne à moyenne effectuées dans le cadre d'enquêtes initiales et les procédures où il a continué à suivre cette pratique aux fins des comparaisons moyenne à transaction (examens administratifs). (Par souci de simplicité, nous décrivons la pratique du département du Commerce lors de la détermination finale en cause comme l'utilisation de la réduction à zéro lors des examens administratifs, mais non lors des enquêtes.) Le département du Commerce soutient que le groupe spécial devrait rejeter l'argument du « traitement disparate » qu'Ivaco invoque, parce que la plaignante n'a jamais soulevé cet argument précis au cours de la procédure administrative ou dans les mémoires qu'elle a déposés conformément aux paragraphes 57(1) et (3) des règles. À notre avis, ni la doctrine de l'épuisement des recours administratifs ni le principe de l'abandon n'empêchent le groupe spécial d'examiner la question.

1. Historique

Tel qu'il est mentionné plus haut, l'examen administratif visé par la présente décision couvre la période allant d'octobre 2005 à septembre 2006. Le département du Commerce a entrepris l'examen en novembre 2006 et publié les résultats définitifs de son examen en mai 2008. Voir la détermination finale, *supra*. Entre-temps, le 27 décembre 2006, le département du Commerce avait publié le document *Antidumping Proceedings: Calculation of the Weighted Average Dumping Margin During an Antidumping Duty Investigation; Final Modification*, 71 Fed. Reg. 77,722 (27 décembre 2006) (« détermination concernant

l'article 123 »), où il a annoncé qu'il cesserait d'appliquer la pratique de la réduction à zéro dans la plupart des enquêtes antidumping. La détermination concernant l'article 123 découlait de procédures prescrites par la loi et de consultations exigées par l'article 123 de l'Uruguay Round Agreement Act (« URAA ») en réponse à une décision défavorable rendue par un organe de règlement des différends de l'OMC³. Pub. L. No. 103-465. 108 Stat. 4809 (1994) (19 U.S.C. §§3501 *et seq.*). Dans la *détermination concernant l'article 123*, le département du Commerce a mentionné explicitement que la méthodologie de compensation qu'il commencerait à appliquer lors des nouvelles enquêtes ne couvrirait pas les autres types de procédures antidumping, y compris les examens administratifs. *Id.* Au cours de l'examen administratif en cause, les parties intimées ont contesté l'application de la technique de réduction à zéro par le département du Commerce, mais n'ont pas formulé d'argument au sujet de la différence entre la façon dont il déterminait les marges de dumping lors de l'examen et celle qu'il comptait appliquer, comme il l'avait annoncé, dans les nouvelles enquêtes non liées à la présente affaire.

Peu après avoir publié la *détermination concernant l'article 123*, le département du Commerce a publié les résultats de l'examen administratif d'une autre ordonnance de droits antidumping qui a plus tard été portée en appel sous l'intitulé *Dongbu Steel Co. v. United States*, 677 F. Supp.2d 1353 (TCI 2010). Contrairement à ce qui s'est passé au cours de l'examen administratif dont nous sommes saisis, les parties intimées dans *Dongbu* avaient fait parvenir une lettre afin de contester la pratique par laquelle le département du Commerce interprétait la loi d'une façon lors de ses enquêtes et d'une autre au cours des examens administratifs. Le département du Commerce a rejeté l'argument au motif qu'il

³ Nous commentons de façon plus détaillée l'article 123 de l'URAA à la section V.b.2.A, ci-dessous.

n'avait pas été présenté en temps opportun et les parties intimées ont interjeté appel. *Id.*, à la page 1358. Le TCI a souscrit à l'avis du département du Commerce, mais le circuit fédéral a infirmé la décision. Voir *Dongbu*, 635 F.3d 1363, *supra*. Dans cette affaire-là, les parties intimées ont soulevé la question précise de l'interprétation législative contradictoire au cours de la procédure administrative précédente.

Dans le présent examen, l'intimée Ivaco a déposé son premier mémoire, conformément au paragraphe 57(1) des Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux, le 6 octobre 2008 et, le 24 février 2009, son mémoire fondé sur le paragraphe 57(3) des mêmes Règles en réponse au mémoire de l'organisme d'enquête daté du 6 février 2009. Le 26 mai 2011, conformément à l'article 68 desdites Règles, Ivaco a déposé deux avis de jugement subséquent, dont l'un portait sur la décision rendue par la cour d'appel dans *Dongbu*, et l'autre, sur l'opinion du TCI dans *JTEKT Corp. v. United States*, Slip Op. 11-52, Consol. Ct. No. 07-00377 (subséquentement confirmée par le circuit fédéral). Voir *Dongbu*, *supra*; voir également *JTEKT*, *supra*. L'organisme d'enquête s'est opposé à l'inclusion de ces deux décisions et a produit sa déclaration d'opposition le 25 juin 2011. Dans une ordonnance rendue le 20 juillet 2011 au sujet des requêtes pendantes, le présent groupe spécial a admis les deux jugements subséquents. Le même jour, [TRADUCTION] « eu égard au long délai » écoulé depuis le dépôt des mémoires des participants, le groupe spécial a rendu une autre ordonnance dans laquelle il a invité les participants à déposer de brefs mémoires supplémentaires [TRADUCTION] « concernant uniquement [...] 'la pratique de la réduction à zéro' » et l'évolution du droit depuis qu'ils avaient produit leurs mémoires. En conséquence, le département du Commerce et la plaignante ont présenté leurs mémoires supplémentaires au groupe spécial les 19 et 20 juillet 2011 respectivement.

C'est en conservant ce résumé chronologique à l'esprit que nous examinons l'applicabilité de la doctrine de l'épuisement des recours administratifs et du principe de l'abandon d'un argument.

2. Épuisement des recours administratifs

La doctrine de l'épuisement des recours administratifs, qui découlait de l'idée selon laquelle une partie ne pouvait éviter une procédure d'un organisme en portant un grief directement devant les tribunaux⁴, englobe désormais le concept plus pertinent qui oblige une partie à saisir l'organisme administratif désigné des questions contestées avant de s'adresser directement aux tribunaux à ce sujet. L'objectif est double : permettre à l'organisme d'exercer ses pouvoirs et économiser les ressources judiciaires. Voir *Sandvik Steel Co. v. United States*, 164 F.3d 596, à la page 599 (cir. féd. 1998), citant *McCarthy v. Madigan*, 503 U.S. 140, à la page 145, 112 S.Ct. 1081, 117L.Ed.2d 291 (1992). Comme l'a expliqué la Cour suprême :

[TRADUCTION]

[I]l est normalement souhaitable de laisser à l'organisme le soin de déterminer les faits nécessaires sur lesquels les décisions devraient être fondées. Étant donné que les décisions des organismes sont très souvent de nature discrétionnaire ou nécessitent dans bien des cas des compétences spécialisées, l'organisme devrait être le premier à avoir la chance d'exercer son pouvoir discrétionnaire ou d'avoir recours à ces compétences.

McKart v. United States, 395 U.S. 185, aux pages 193 et 194, 89 S.Ct. 1657, 23 L.Ed.2d 194 (1969). Voir également *United States v. L. A. Tucker Truck Lines, Inc.*, 344 U.S. 33, à la page 37, 73 S.Ct. 67, 97 L.Ed. 54 (1952). La doctrine de l'épuisement permet à l'organisme de rectifier les erreurs administratives et de compiler un dossier adéquat aux fins du contrôle

judiciaire. *Carpenter Tech. Corp. v. United States*, 30 TCI 1373, aux pages 1374 et 1375, 452 F. Supp.2d 1344, à la page 1346 (2006). En plus de faciliter le contrôle judiciaire, les conclusions de fait et les interprétations législatives de l'organisme permettent de préserver les ressources judiciaires. *Luoyang Bearing Factory v. United States*, 240 F. Supp. 2d 1268, à la page 1297, 26 TCI 1156, (TCI 2002). Voir également *Pakfood Public Co. Ltd. v. U.S.*, 724 F. Supp.2d 1327 (TCI 2010)⁵.

L'application de la doctrine de l'épuisement des recours administratifs relève du pouvoir discrétionnaire de l'instance décisionnelle dans la plupart des cas; à moins que la loi n'oblige les parties à épuiser leurs recours administratifs, il appartient en effet au tribunal de décider d'appliquer ou non la doctrine. *Corus Staal BV v. United States.*, 502 F.3d 1370, à la page 1381 (cir. féd. 2007)⁶. En ce qui concerne les règles de droit antidumping, la loi exige que les parties épuisent les recours administratifs « where appropriate » (dans les cas opportuns). 28 U.S.C. §2637(d). Même si les tribunaux semblent disposer d'une grande latitude en ce qui a trait à l'interprétation de l'expression « where appropriate », le TCI [TRADUCTION] « applique généralement à la lettre l'obligation pour les parties d'épuiser leurs recours administratifs devant le département du Commerce dans les affaires commerciales ». *Fuwei Films (Shandong) v. United States*, 791 F. Supp. 2d 1381, à la page 1384 (TCI 2011).

L'allégation d'Ivaco selon laquelle les participants ne sont pas tenus de formuler un argument précis au niveau administratif lorsqu'ils ont plaidé la question générale à un niveau

⁴ *Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp.*, 303 U.S. 41, 58 S.Ct. 459, 82 L.Ed. 638 (1938).

⁵ D'autres justifications, comme la nécessité d'éviter toute surprise, *Hormel v. Helvering*, 312 U.S. 552, à la page 556, 61 S. Ct. 719, à la page 721 (1941), ne sont pas pertinentes en l'espèce.

⁶ Effectivement, un universitaire critique la tendance des tribunaux à manipuler la doctrine de l'épuisement des recours administratifs de manière à l'adapter à leur analyse du fond du litige. K. Davis, 4 *Administrative Law Treatise* §26:1 (1983), à la page 414.

inférieur (c'est-à-dire dans le cadre d'un processus au cours duquel la réduction à zéro est examinée de façon générale, mais non l'aspect de l'interprétation législative différente selon qu'il s'agit d'enquêtes ou d'examens) n'est pas appuyée par la jurisprudence. Agir autrement aurait pour effet [TRADUCTION] « d'usurper le rôle de l'organisme ». *Gerber Food Co., Ltd. v. United States*, 601 F. Supp.2d 1370, à la page 1379 (TCI 2009), citant *Unemployment Comp. Comm'n of Alaska v. Aragon*, 329 U.S. 143, à la page 155, 67 S.Ct. 245, 91 L. Ed. 136 (1946). Lorsqu'un argument est pertinent, la partie doit l'inclure dans le mémoire qu'elle présente au département du Commerce, conformément à l'article 19 C.F.R. §351.309(c)(2). Voir également *Fuwei Films, supra*, à la page 1385.

Selon un principe sous-jacent à la doctrine de l'épuisement, les parties ne devraient pas pouvoir éviter la décision de l'instance administrative en faisant abstraction d'un argument. *Rhone Poulenc, Inc. v. United States*, 899 F.2d 1185, à la page 1191 (cir. féd. 1990) (où l'omission par la plaignante d'invoquer un argument [TRADUCTION] « pour des raisons tactiques ») a été critiquée. Voir également *Independent Radionic Workers of America v. United States*, 862 F. Supp. 422 (TCI 1994); *The Budd Co. v. United States*, 773 F. Supp. 1549 (TCI 1991). Cependant, rien ne prouve, dans la présente affaire, que les plaignantes se sont abstenues volontairement d'invoquer l'argument du traitement disparate au cours de la procédure administrative. En fait, elles n'étaient apparemment pas au courant de l'argument. Il n'y avait aucun précédent judiciaire permettant de recommander à Ivaco d'invoquer l'argument. Même si les parties intimées dans la procédure administrative qui a finalement abouti à l'affaire *Dongbu* se sont montrées plus créatives, en reconnaissant un motif de contestation dès que le département du Commerce a publié sa *détermination concernant l'article 123*, nous nous demandons s'il aurait été raisonnable de s'attendre à ce

que la plaignante invoque un argument original non établi au niveau administratif. Néanmoins, et même si le groupe spécial estime que la doctrine de l'épuisement ne s'appliquera peut-être pas dans les circonstances où un participant n'a pas reconnu l'existence d'un argument relativement nouveau, il n'en demeure pas moins que la plaignante n'a pas épuisé ses recours administratifs en ce qui a trait à l'argument du traitement disparate.

Cependant, la doctrine de l'épuisement est [TRADUCTION] « assujettie à de nombreuses exceptions », *McKart, supra*, à la page 193. Les trois principales exceptions sont les suivantes : (1) l'exception de la « futilité »; (2) l'exception de la « question de droit pure » et (3) l'exception de la « décision judiciaire rendue dans l'intervalle »; il y a aussi une quatrième exception qui a été reconnue dans au moins une analyse, soit l'inaccessibilité du dossier administratif. *Gerber Food, supra*, à la page 1380⁷. La plaignante explique qu'elle n'invoque pas [TRADUCTION] « la futilité, ni l'existence d'une question de droit pure ». *Transcript of Hearing Before NAFTA Ch. 1904 Panel In re: Matter of Steel Wire Rod From Canada, 4th Administrative Review*, 13 octobre 2011, document du groupe spécial n° 49, (« transcription de l'audience »), à la page 14. Elle invoque plutôt uniquement l'exception de la décision judiciaire rendue dans l'intervalle. *Id.*

L'exception de la décision rendue dans l'intervalle tire son origine de l'arrêt clé *Hormel v. Helvering*, 312 U.S. 552, 61 S.Ct. 719, 85 L.Ed. 1037 (1941), où il a été décidé que, dans l'intérêt de la justice, un tribunal peut tolérer l'omission par une partie d'épuiser ses recours administratifs lorsque [TRADUCTION] « le droit existant a fait l'objet, après la

⁷ Voir également *Consolidated Bearing Co. v. United States*, 166 F. Supp.2d 580 (TCI 2001) et *Budd, supra*, pour des listes d'exceptions à la doctrine de l'épuisement. La quatrième exception mentionnée dans *Gerber Foods, supra*, et les autres exceptions ne sont pas pertinentes en l'espèce.

décision de l'instance inférieure et avant l'audition de l'appel, d'interprétations judiciaires dont l'application serait susceptible de toucher sensiblement le résultat ». *Id.*, aux pages 558 et 559. Nous examinons ci-dessous les éléments mentionnés dans *Hormel* : a) le moment de la décision; b) la pertinence de la décision pour l'affaire dont le groupe spécial est saisi et c) la mesure dans laquelle l'application de la décision judiciaire toucherait le résultat de la décision administrative.

Les décisions *Dongbu* et *JTEKT* sont des décisions rendues par des cours d'appel au sujet de la pratique de la réduction à zéro, plus précisément sur la question de savoir si le département du Commerce pouvait interpréter l'article 19 U.S.C. §1677(35) d'une façon qui lui permettait d'appliquer la pratique de la réduction à zéro au cours des examens administratifs et de ne pas le faire lors des enquêtes. *Dongbu, supra*, à la page 1358; *JTEKT, supra*, aux pages 1384 et 1385. Le circuit fédéral a rendu les décisions après la détermination finale sous examen et avant l'appel, c'est-à-dire après la présentation des mémoires dans le présent examen par le groupe spécial, mais avant la tenue de l'audience. Tel qu'il est mentionné plus haut, le groupe spécial a autorisé la présentation de mémoires supplémentaires sur la question de la réduction à zéro. Par conséquent, les décisions *Dongbu* et *JTEKT* satisfont au premier des trois éléments de l'exception.

Le département du Commerce soutient néanmoins que ces décisions ne constituent pas des précédents contraignants, en partie parce qu'elles ne sont pas « finales », étant donné que la dernière ordonnance était un renvoi nécessitant d'autres mesures de la part du tribunal inférieur et du département, et en partie parce que les opinions ne comportent aucune nouvelle interprétation du droit, mais ont simplement pour effet d'ordonner au département du

Commerce de fournir une explication satisfaisante au sujet de sa propre interprétation législative⁸.

Nous ne souscrivons pas à l'allégation selon laquelle les deux décisions ne sont pas finales. Bon nombre de décisions qui sont rendues en appel et dans lesquelles le tribunal inférieur est sommé de renvoyer l'affaire à l'organisme administratif sont des décisions finales. Ni la décision rendue dans *Dongbu*, non plus que celle de *JTEKT*, n'ont pour effet d'ordonner au TCI, après avoir tranché chaque affaire par suite d'un renvoi, de revenir devant la CACF. Une ordonnance définitive a été rendue dans chaque cas. L'argument du département du Commerce suppose que, une fois qu'il aura répondu aux décisions sur renvoi rendues par le TCI dans *Dongbu* et *JTEKT* et que le TCI se sera prononcé dans ces causes-là, les décisions en question seront portées en appel, de sorte que le circuit fédéral aura le dernier mot. Le scénario envisagé par le département du Commerce est fort possible, mais il est hypothétique. Le TCI a renvoyé une affaire en raison d'une décision judiciaire rendue dans l'intervalle, même si c'est lui qui avait rendu la nouvelle décision, laquelle ne constituait donc pas un précédent contraignant, et la décision judiciaire elle-même comportait une ordonnance de renvoi et n'était donc pas définitive. *Rhone Poulenc, supra*, aux pages 608 à 610; *Alhambra Foundry Co., Ltd. v. United States*, 685 F. Supp. 1252, 1257 (TCI 1988); voir *Gerber Food, supra*, aux pages 1381 et 1382 (des décisions connexes rendues par le TCI n'ont pas été considérées comme des décisions judiciaires rendues dans l'intervalle en raison de distinctions d'ordre factuel). Contrairement à la situation examinée dans *Rhone Poulenc* et

⁸ Dans *Dongbu*, il a été décidé que les contradictions apparentes quant à l'interprétation de l'article 19 U.S.C. §1677(35)(A) par le département du Commerce dans le contexte des enquêtes et des examens nécessitent une explication tandis que, dans *JTEKT*, l'explication du département du Commerce a été rejetée parce qu'elle a été jugée insatisfaisante. *Dongbu, supra*, aux pages 1371 à 1373; *JTEKT, supra*, 642 F.3d, aux pages 1384 et 1385.

Alhambra Foundry, nous sommes ici en présence de décisions finales rendues par une cour d'appel.

De plus, sauf dans quelques cas où un juge du TCI a évité d'examiner l'argument du traitement disparate en rejetant l'allégation⁹, le TCI a estimé qu'il était lié par les décisions d'appel rendues dans *Dongbu* et *JTEKT* et a ordonné renvoi après renvoi au département du Commerce afin que celui-ci donne une explication satisfaisante au sujet de son interprétation de la disposition législative constituant le fondement de sa pratique en ce qui a trait à la réduction à zéro. Voir, p. ex., *Grobest & I-Mei Industrial (Vietnam) Co., Ltd. v. United States*, Slip Op. 12-09 (TCI 18 janvier 2012); *SKF USA Inc. v. United States*, Slip Op. 11-121 (TCI 4 octobre 2011); *Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.S. v. United States*, Slip Op. 11-58 (TCI 26 mai 2011). Il convient de souligner la décision rendue par le tribunal inférieur dans *JTEKT*, où le TCI a conclu que la publication de la décision *Dongbu* par le circuit fédéral constituait un motif justifiant la partie plaignante de ne pas avoir soulevé la question de l'application de la réduction à zéro devant les instances inférieures. *JTEKT Corp. v. United States*, 768 F. Supp. 2d 1333, à la page 1363 (TCI 2011)¹⁰. Indépendamment de la question de savoir si nous devrions suivre ou non l'exemple donné par ces multiples renvois ordonnés par le TCI – question commentée plus loin à la section V – nous estimons que ces réactions aux décisions *Dongbu* et *JTEKT* sont pertinentes quant à notre évaluation de l'allégation d'Ivaco selon laquelle la pratique de la réduction à zéro est contraire à la loi.

Nous passons maintenant au deuxième volet de l'argument du département du Commerce, qui concerne l'effet de la décision *Dongbu* et, dans une moindre mesure, de la

⁹ Voir, p. ex., *Fuwei Films, supra*, et *Tianjin Magnesium International Co. Ltd. v. United States*, Slip Op. 11-118 (TCI, 23 septembre 2011).

décision *JTEKT* sur les résultats de l'examen. Même si ces décisions ne traitent pas des circonstances dans lesquelles le département du Commerce peut réduire les marges à zéro, le cas échéant, elles soulèvent des questions au sujet du pouvoir discrétionnaire du département en matière d'interprétation du texte législatif et pourraient restreindre ce pouvoir. Bien que le département du Commerce soit autorisé à interpréter la disposition législative de façon à permettre ou ne pas permettre de compenser les marges de dumping négatives, l'organisme ne peut, suivant la décision *Dongbu*, interpréter la loi de manière différente selon l'étape de l'instance (enquête ou examen), à moins de présenter une explication raisonnable au sujet de son application disparate de la réduction à zéro. Il est fort possible que le département du Commerce puisse, en bout de ligne, expliquer cette contradiction à la satisfaction des tribunaux, de sorte que la situation restera inchangée, mais il se pourrait aussi que les tribunaux jugent non convaincante l'explication du département du Commerce et en arrivent à la conclusion que les déterminations dans lesquelles la réduction à zéro est appliquée lors des examens administratifs sont « contraires à la loi »¹¹. L'exception de la décision judiciaire rendue dans l'intervalle n'exige pas que la décision en question touche sensiblement le résultat, mais seulement qu'elle soit [TRADUCTION] « susceptible de toucher sensiblement le résultat ». *Hormel, supra*, à la page 559 (non souligné dans l'original). En conséquence, bien qu'Ivaco n'ait pas épuisé ses recours administratifs, le groupe spécial accepte qu'une exception a été établie, de sorte qu'il est régulièrement saisi de la question à trancher.

¹⁰ Confirmée dans la décision rendue par le circuit fédéral dans *JTEKT, supra*, 642 F.3d, à la page 1378.

¹¹ Nous soulignons que l'explication que le département du Commerce a donnée dans la procédure ayant abouti à l'affaire *Dongbu* a été examinée et déclarée satisfaisante par le TCI, dans *Union Steel v. United States. Union Steel and Dongbu Steel Co., Ltd. v. United States*, Slip Op. 12-24 (TCI 27 février 2012). Nous reviendrons plus loin sur cette décision du TCI, lorsque nous commenterons le bien-fondé de l'allégation d'Ivaco au sujet de la pratique de la réduction à zéro à la section V ci-dessous.

3. Abandon

Le département du Commerce soutient dans son mémoire supplémentaire qu'Ivaco a abandonné l'argument concernant le traitement disparate, parce qu'elle ne l'a pas invoqué dans la plainte ni dans les mémoires déposés en application des paragraphes 57(1) et (3) des Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'article 1904. La doctrine de l'abandon s'applique lorsqu'une partie soulève une question pour la première fois en appel ou après le dépôt des mémoires. *Novosteel SA v. United States*, 284 F.3d 1261, aux pages 1273 et 1274 (cir. féd. 2002); *Forshey v. Principi*, 284 F.3d 1335, aux pages 1353 et 1354 (cir. féd. 2002). À l'instar de la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine de l'abandon repose en partie sur l'idée selon laquelle les tribunaux n'aiment pas les surprises, que ce soit pour eux ou pour les autres parties. Voir *Singleton v. Wulff*, 428 U.S. 106, 96 S.Ct. 2868, 49 L.Ed.2d 826 (1976), citant *Hormel, supra*. Les tribunaux exercent libéralement leur pouvoir discrétionnaire lorsque l'abandon est invoqué. Tant et aussi longtemps qu'il est saisi d'une question générale, le tribunal examinera des arguments précis ou des questions secondaires que la partie n'a pas invoqués devant les instances inférieures : [TRADUCTION] « Lorsque le tribunal est régulièrement saisi d'une question ou d'une revendication, son examen n'est pas limité par les thèses juridiques précises invoquées par les parties; le tribunal conserve plutôt le pouvoir de déterminer et d'appliquer la règle d'interprétation qui convient à l'égard de la loi applicable ». *Kamen v. Kemper Fin. Servs., Inc.*, 500 U.S. 90, à la page 99, 111 S.Ct. 1711, 114 L. Ed.2d 152 (1991). Voir également

Navajo Nation v. United States, 501 F.3d 1327, aux pages 1337 et 1338 (cir. féd. 2007) et les décisions qui y sont citées¹².

Après examen, nous sommes d'avis que la plainte est décrite de façon suffisamment large en ce qui concerne la question de la réduction à zéro pour englober l'argument du traitement disparate. De plus, dans *Novosteel SA*, le circuit fédéral précise ce qui suit : [TRADUCTION] « une partie n'abandonne pas un argument d'après le texte de ses actes de procédure, mais plutôt d'après celui de son mémoire ». *Novosteel SA, supra*, aux pages 1273 et 1274. En conséquence, la plainte est pertinente.

En ce qui concerne le fait qu'Ivaco n'a soulevé l'argument que lors du dépôt de son mémoire supplémentaire, nous devons tenir compte du facteur temps en l'espèce. Nous sommes ici en présence d'une situation où les décisions judiciaires ont été rendues environ deux ans après le dépôt des mémoires. La plaignante avait fourni des copies des décisions au groupe spécial, qui avait convenu de les accepter malgré les objections du département du Commerce. De plus, constatant le délai écoulé depuis le début de son examen, le groupe spécial a permis aux parties de présenter des mémoires supplémentaires. Malgré le fait que les parties auraient pu refuser de se prévaloir de cette possibilité ou commenter les récents développements du droit sans présenter de nouveaux arguments, il ne serait pas raisonnable d'envisager ce type d'attitude. Nous pourrions sans doute conclure qu'Ivaco avait abandonné l'argument, mais il s'agit en l'espèce de l'une de ces [TRADUCTION] « circonstances spéciales qui inciteront un tribunal de révision ou d'appel à examiner des questions de droit qui n'ont jamais été soulevées ou tranchées par l'instance judiciaire ou administrative inférieure, afin

¹² Dans *JTEKT (TCI)*, le tribunal a rejeté la tentative de l'une des parties demanderesse en vue de soulever l'argument du traitement disparate dans son mémoire de réponse en raison de l'abandon, alors qu'il avait estimé

d'éviter de créer une injustice ». *Hormel, supra*, à la page 557. Ayant permis la présentation d'arguments supplémentaires, le groupe spécial ne devrait pas refuser d'examiner ceux-ci maintenant. En conséquence, nous refusons de conclure que la plaignante a abandonné l'argument.

b. La réduction à zéro et l'arrêt *Charming Betsy* : le lien entre les décisions de l'OMC et le droit américain

Nous avons examiné et jugeons non convaincants les arguments initiaux d'Ivaco au sujet de son allégation concernant la réduction à zéro. Selon ces arguments, (1) la pratique de la réduction à zéro repose sur une interprétation manifestement impossible de la loi antidumping et (2) en tout état de cause, l'arrêt *Charming Betsy* nous oblige à interpréter cette loi d'une façon qui cadre avec les décisions dans lesquelles l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) a conclu que la pratique de la réduction à zéro était incompatible avec l'Accord antidumping de l'OMC. En ce qui concerne le premier argument, nous soulignons que le circuit fédéral a décidé explicitement et fréquemment que la pratique de la réduction à zéro dans les examens administratifs repose sur une interprétation possible des règles de droit antidumping des États-Unis. *Timken Co. v. United States*, 354 F.3d 1334, aux pages 1341 et 1342 (cir. féd. 2004) (« *Timken* »), bref de *certiorari* refusé, 543 U.S. 976 (2004); *NSK LTD. v. United States*, 510 F.3d 1375, à la page 1380 (cir. féd. 2007), nouvelle audience en formation plénière refusée, 2008 U.S. App. LEXIS 8540 (cir. féd. 2008); *SKF USA v. United States*, 527 F.3d 1373, 1381 (cir. féd. 2008). Même si nous étions enclins à douter du bien-fondé de ces décisions qui font

justifiable l'omission de la part d'une autre partie demanderesse d'épuiser ses recours administratifs, compte tenu de l'exception de la décision judiciaire rendue dans l'intervalle. *JTEKT*, aux pages 1341 et 1363.

autorité, nous ne serions pas autorisés à conclure autrement. Quant au second argument, qui concerne le principe fondamental de l'arrêt *Charming Betsy* et la pertinence des décisions de l'ORD dans les procédures antidumping des États-Unis (et les appels de celles-ci), nous présentons notre analyse ci-dessous.

1. Les arguments des parties au sujet de la pratique de la réduction à zéro

Ivaco soutient que la méthodologie de réduction à zéro utilisée par le département du Commerce est incompatible avec l'interprétation qu'a donnée aux règles de l'OMC l'Organe d'appel de celle-ci, dont les décisions, affirme la plaignante, s'appliquent en vertu des règles de droit des États-Unis. Ivaco invoque l'énoncé suivant de l'arrêt *Charming Betsy*, parfois considéré comme un principe fondamental d'interprétation législative :

[TRADUCTION]

Une loi du Congrès ne doit jamais être réputée enfreindre le droit international lorsqu'une autre interprétation est possible et, par conséquent, ne peut en aucun cas être réputée porter atteinte à des droits neutres ou toucher le commerce neutre, à moins que cette atteinte ne soit justifiée d'après l'interprétation donnée au droit international dans ce pays.

Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804). Ivaco soutient que, étant donné qu'une interprétation de l'article 19 U.S.C. §1677(35)(A) qui est compatible avec les décisions de l'Organe d'appel de l'OMC est, à tout le moins, possible, la mise en oeuvre de la pratique de la réduction à zéro n'est pas permise en vertu du droit des États-Unis.

L'organisme d'enquête répond que, dans l'URAA, le Congrès a adopté des règles détaillées au sujet du lien entre les accords de l'OMC et le droit national (américain), ainsi qu'un régime élaboré pour l'examen de la compatibilité entre le droit national et les accords en question. Le département du Commerce ajoute qu'il appartient au secteur exécutif et au

Congrès du gouvernement des États-Unis de déterminer l'effet d'une décision d'un groupe spécial ou d'un organe d'appel de l'OMC sur le droit interne. Selon l'organisme d'enquête, même si le présent groupe spécial appliquait l'arrêt *Charming Betsy*, cette application ne peut mener à la conclusion que la pratique de la réduction à zéro n'est pas permise, car même en vertu des règles de l'OMC, les membres de celle-ci ne sont nullement tenus de mettre en oeuvre les rapports de ses groupes spéciaux et de ses organes d'appel.

Dans son mémoire de réplique, Ivaco fait valoir que le circuit fédéral a rendu des décisions contradictoires au sujet de l'interaction de l'arrêt *Charming Betsy* et du principe énoncé dans *Chevron, supra*, soit le principe de la retenue judiciaire à l'égard des interprétations que les organismes gouvernementaux font des lois qu'ils administrent. Ivaco affirme que le présent groupe spécial devrait tenter de concilier les arrêts *Charming Betsy* et *Chevron* en déclarant déraisonnable ou non possible une interprétation administrative d'une disposition législative ambiguë qui va à l'encontre de ce qu'elle appelle les « obligations internationales » des États-Unis.

Ivaco souligne également que, en ce qui concerne la mise en oeuvre, en application de l'article 129, des décisions de l'OMC défavorables aux États-Unis dans les affaires antidumping, elle ne sollicite pas la mise en oeuvre d'une décision de l'OMC (sur la réduction à zéro) aux termes de cette disposition, mais simplement une conclusion portant que, étant donné que cette pratique a été jugée contraire à l'Accord antidumping de l'OMC dans le cadre du processus de règlement des différends de celle-ci¹³, l'application du principe énoncé dans *Charming Betsy* devrait donner lieu au refus de permettre cette pratique.

¹³ Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Accord sur la mise en oeuvre de l'Article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994), réimprimé dans H. Doc. 103-316, Vol. 1, 103d Cong., 2d. Sess. (1994) (« Accord antidumping »).

L'organisme d'enquête répond que, dans une série de décisions, le circuit fédéral a confirmé l'utilisation de la pratique de la réduction à zéro par le département du Commerce et a expressément refusé de conclure que cette pratique n'était pas raisonnable ou possible.

2. Commentaires

A. *L'URAA et les décisions et accords de l'OMC*

L'URAA comporte des dispositions détaillées au sujet du lien entre les accords de l'OMC et le droit américain. Il appert clairement de ces dispositions que les accords du Cycle d'Uruguay, à l'instar de tous les accords commerciaux américains, ne s'appliquent pas automatiquement et que leur effet juridique sur le droit des États-Unis dépend de la législation de mise en œuvre¹⁴. L'article 3512 (a)(1) de l'URAA prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] « Les dispositions des accords du Cycle d'Uruguay, ou leur application, qui sont incompatibles avec une règle de droit des États-Unis sont sans effet ». Une lecture de cette disposition montre clairement que le Congrès souhaitait qu'aucun des accords de l'OMC ou l'interprétation qu'ils reçoivent (notamment de la part d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC) ne puisse l'emporter sur le droit américain. Cette disposition constitue la preuve d'une intention d'isoler le droit des États-Unis de l'influence des décisions de l'OMC.

Dans « Relationship of WTO Obligations to U.S. International Trade Law : Internationalist Vision Meets Domestic Reality », Patrick C. Read a formulé les commentaires suivants au sujet de la disposition précitée :

[TRADUCTION]
Bien que l'alinéa 102a) de l'URAA soit intitulé « relationship of agreements to United States Law » (relation entre les accords et le droit

¹⁴ Voir John H. Jackson, « Editorial Comment: The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings On The Nature of Legal Obligation », 91 *A.J.I.L.* 60 (1997).

des États-Unis), il ne définit pas cette relation, mais précise plutôt ce qu'elle n'est pas : les accords de l'OMC ne s'appliquent pas automatiquement, ne produisent aucun effet direct, n'ont aucun effet sur le droit interne s'ils sont incompatibles avec le droit des États-Unis et ne créent aucun droit d'action privé. De plus, la loi empêche l'existence de relations subsidiaires dans le cadre desquelles les accords de l'OMC produiraient différents effets juridiques, mais elle n'explique pas pleinement quelle est la relation entre lesdits accords et le droit des États-Unis.

38 *Georgetown J. of Int'l. L.* 209, à la page 216 (2006) (« *Reed* »).

Bien entendu, ces commentaires concernent uniquement les Accords du Cycle d'Uruguay et ne couvrent pas l'interprétation subséquente que leur ont donnée les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel de l'OMC. Lors de l'adoption de l'URAA, le Congrès a également commenté directement cette dernière question de l'effet, sur le droit des États-Unis, des décisions des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel de l'OMC qui sont défavorables aux États-Unis.

Les deux parties ont mentionné les articles 123 et 129 de l'URAA, qui énoncent les procédures relatives à l'incorporation, dans le droit américain et dans les déterminations du département du Commerce en matière antidumping, des décisions qui sont rendues dans le cadre du processus de règlement des différends de l'OMC et dans lesquelles il est jugé que les États-Unis ne se conforment pas aux obligations que leur impose l'OMC¹⁵.

L'alinéa 123g) de l'URAA prévoit, dans les cas où un groupe d'examen des différends ou l'Organe d'appel de l'OMC conclut qu'un règlement ou une pratique d'un

¹⁵ URAA, §123 (19 U.S.C. §3533) et §129 (19 U.S.C. §3538).

département ou organisme américain est incompatible avec l'un ou l'autre des Accords du Cycle d'Uruguay, y compris l'Accord antidumping, que le règlement ou la pratique ne peut être modifié avant que l'administration n'ait consulté les comités du Congrès concernés et examiné l'avis des comités consultatifs du secteur privé et que le délai de consultation de 60 jours n'ait expiré. 19 U.S.C. § 3533.

L'article 129 énonce la procédure à suivre pour modifier une détermination administrative qui a fait l'objet d'une décision défavorable aux États-Unis de la part d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel après avoir été contestée dans le cadre du processus de règlement des différends de l'OMC. L'article 129 s'applique uniquement aux déterminations précises dont le pays exportateur a saisi un organe de règlement des différends de l'OMC à Genève et a donc une portée beaucoup plus restreinte que l'article 123; cependant, à l'instar de celui-ci, il exige une consultation entre le représentant au Commerce des États-Unis et différents intervenants avant que le représentant en question ne décide d'obliger le département du Commerce à prendre les mesures nécessaires pour rendre la détermination en cause conforme à un rapport de l'OMC.

Les résultats du quatrième examen administratif dont le groupe spécial est saisi en l'espèce n'ont jamais été contestés à Genève. De plus, même si le département du Commerce a publié le 28 décembre 2010, en application de l'article 123, un projet de révision de ses procédures concernant les examens administratifs en matière antidumping, dans lequel il a annoncé qu'il compensera les marges de dumping négatives lorsqu'il utilisera la méthode de calcul moyenne à moyenne (comme il le fait à l'heure actuelle au cours des enquêtes initiales), le 14 février 2012, il a promulgué la règle finale correspondante selon laquelle la

détermination fondée sur l'article 123 s'applique uniquement aux examens administratifs qui sont en instance devant le département du Commerce et à l'égard desquels une détermination préliminaire est publiée après le 16 avril 2012. *Final Modification for Reviews*, 11 FED. Reg. 8101 (14 février 2012)¹⁶. Ainsi, dans l'affaire dont le groupe spécial est actuellement saisi, le département du Commerce a appliqué une méthodologie de calcul des droits antidumping qui est reconnue depuis longtemps et approuvée par les tribunaux (la méthodologie de la « réduction à zéro »), laquelle méthodologie constitue, depuis l'adoption de l'URAA, l'interprétation qu'il donne à la principale disposition législative en matière antidumping. Voir 19 U.S.C. § 1677.

B. L'arrêt Chevron et la pratique de la réduction à zéro

La révision en appel de l'utilisation de la réduction à zéro par le département du Commerce dans la présente affaire est régie par le critère à deux volets que la Cour suprême des États-Unis a établi dans *Chevron* et qui est décrit plus haut à la section IV.b¹⁷. Selon le critère de l'arrêt *Chevron*, il faut d'abord se demander si la question en litige est traitée par le Congrès dans la loi applicable. Si la réponse est positive, la question est réglée. Dans le cas contraire, il faut ensuite se demander si l'interprétation donnée par l'organisme est une interprétation possible ou une interprétation raisonnable de la loi en question. *Id.*

Dans la présente affaire, les deux parties conviennent, comme nous, que le texte de la loi est ambigu. En conséquence, le premier volet du critère de l'arrêt *Chevron* n'est pas déterminant et nous devons passer au second. Dans la présente affaire, nous devons déterminer comment appliquer le deuxième volet de l'arrêt *Chevron* par rapport au principe

¹⁶ La règle *Final Modification for Reviews* sera codifiée à 19 C.F.R. Part. 351.

¹⁷ *Supra*, n.3, aux pages 842 et 843.

énoncé dans *Charming Betsy*. La réponse à cette question permettra de savoir, notamment, si la pratique de la réduction à zéro du département du Commerce sera confirmée ou fera l'objet d'un renvoi.

Les deux parties ont mentionné à plusieurs reprises devant le présent groupe spécial les règles internationales que le département du Commerce pourrait être tenu de mettre en oeuvre à titre d'« obligations ». Cependant, dans la présente affaire, les « règles » internationales en question ne lient aucunement les États-Unis en droit. Elles représentent non pas le texte d'un accord international, mais plutôt les résultats non contraignants de processus de règlement des différends de l'OMC. Ivaco n'a pu citer la moindre décision dans laquelle un tribunal des États-Unis aurait appuyé l'idée selon laquelle une conclusion du département du Commerce n'est pas « raisonnable » ou « possible » parce qu'elle va à l'encontre d'une décision d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC. Le présent groupe spécial examinera maintenant les décisions du circuit fédéral qui le lient afin de savoir s'il est raisonnable ou non de la part du département du Commerce de ne pas faire preuve de déférence à l'égard des décisions de l'OMC en ce qui concerne l'utilisation de la méthodologie de la réduction à zéro.

C. Le circuit fédéral et la réduction à zéro

i. Timken

L'affaire *Timken*, susmentionnée, portait sur un appel à l'encontre d'une décision dans laquelle le TCI avait confirmé l'utilisation de la réduction à zéro dans le calcul des marges de dumping sur les importations en provenance du Japon. Dans cette affaire-là, la partie demanderesse avait soutenu que l'utilisation de la réduction à zéro par le département du Commerce n'était « pas raisonnable », compte tenu de l'interprétation que l'Organe

d'appel de l'OMC avait donnée à l'Accord antidumping. Le circuit fédéral a conclu que la loi n'exigeait pas l'utilisation de la réduction à zéro, estimant en réalité que la loi était ambiguë. Il a ensuite appliqué le deuxième volet du critère de l'arrêt *Chevron*, soulignant qu'il avait [TRADUCTION] « fait montre d'une retenue particulière à l'égard des déterminations du département du Commerce en matière antidumping ». *Id.*, à la page 1342.

Le circuit fédéral a ensuite conclu que l'interprétation de la loi par le département du Commerce était « raisonnable », malgré les décisions opposées rendues par l'Organe d'appel :

[TRADUCTION]
Comme Koyo le reconnaît, la décision [de l'Organe d'appel] ne lie pas les États-Unis et encore moins la présente cour. Même si Koyo se fonde sur la force de persuasion de l'arrêt *EC-Bed Linen* pour nous convaincre du caractère déraisonnable de la pratique de réduction à zéro du département du Commerce, nous ne jugeons pas cette décision suffisamment convaincante pour nous amener à conclure en ce sens. Étant donné [TRADUCTION] « la grande importance à accorder à l'interprétation administrative constante que le département du Commerce invoque depuis longtemps ... », nous refusons d'annuler la pratique de réduction à zéro en nous fondant sur l'arrêt *EC-Bed Linen*.

Id., à la page 1344¹⁸. Dans *Timken*, le circuit fédéral n'explique pas le poids à accorder aux décisions de l'OMC, mais il estime que la pratique de réduction à zéro est raisonnable, même si elle va à l'encontre des décisions en question.

ii. Corus Staal

Dans *Corus Staal*, le circuit fédéral a confirmé le raisonnement qu'il avait suivi dans *Timken*. *Corus Staal BV v. Department of Commerce*, 395 F.3d 1343, à la page 1349 (cir. féd. 2005), nouvelle audience et nouvelle audience en formation plénière refusées, bref

¹⁸ Cette déférence à l'endroit de la pratique de réduction à zéro du département du Commerce a reçu un appui important de la part du circuit fédéral dans *SKF USA v. United States*, 537 F.3d 1373 (cir. féd. 2008), où la cour s'est fondée, notamment, sur *Timken*, *supra*, à la page 1382.

de *certiorari* refusé. 126 S. Ct. 1023 (Mem) (cour sup. 2006). L'affaire portait sur une autre contestation de la pratique de réduction à zéro du département du Commerce en matière antidumping. *Id.* La cour a réitéré le principe de la déférence à l'endroit de la compétence spécialisée du département du Commerce dans les enquêtes antidumping conformément à l'arrêt *Chevron*. *Id.* Elle a également réitéré le principe énoncé dans *Charming Betsy* sans faire de distinction entre les « obligations » juridiques internationales, d'une part, et les sources non contraignantes du droit international (comme les décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC), d'autre part. *Id.* Cependant, la cour a ensuite décidé, probablement en se fondant sur la doctrine constitutionnelle de la séparation des pouvoirs et sur les dispositions de l'URAA, qu'elle ne rejetterait pas la méthodologie de réduction à zéro du département du Commerce :

[TRADUCTION]

Nous ne tenterons pas d'accomplir des tâches qui relèvent exclusivement du domaine politique et, en conséquence, nous refusons d'infirmer la pratique de réduction à zéro du département du Commerce en nous fondant sur une décision de l'OMC ou d'un autre organe international, à moins que cette décision n'ait été adoptée conformément au régime législatif précisé.

Id. Dans *Corus Staal*, les remarques suivantes ont également été formulées :

[TRADUCTION]

Ni le GATT non plus qu'un accord international habilitant qui énonce la conformité avec celui-ci (p. ex. l'AA) ne l'emportent sur la législation nationale; si les dispositions d'une loi des États-Unis sont incompatibles avec le GATT ou avec un accord habilitant, il appartient au Congrès seulement de régler la question.

Id., à la page 1348¹⁹.

¹⁹ Le GATT est l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, l'accord commercial multilatéral initial. L'OMC a été créée dans le cadre des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay. L'AA est l'Accord antidumping, qui découle du Cycle d'Uruguay.

Il semblerait que le circuit fédéral considère les dispositions de l'URAA concernant la mise en oeuvre comme des dispositions éliminant toute marge de manoeuvre quant à l'application du principe fondamental énoncé dans *Charming Betsy*. Effectivement, il est précisé dans *Corus Staal* que, lorsqu'un organe décisionnel de l'OMC a rendu une décision défavorable aux États-Unis, l'organisme ne peut interpréter le texte de la loi que conformément aux directives des instances politiques :

[TRADUCTION]

Le Congrès a édicté un texte législatif portant sur le conflit exposé en l'espèce. Il a autorisé le représentant au Commerce des États-Unis, qui fait partie du secteur exécutif, à consulter différents organismes du Congrès et de l'exécutif pour décider s'il y a lieu de mettre en oeuvre ou non les rapports et déterminations de l'OMC et, dans l'affirmative, pour déterminer l'étendue de cette mise en oeuvre. Voir l'article 19 U.S.C. §§ 3533(f), 3538 (2000); voir également l'article 19 U.S.C. § 3533(g) (2000) (définition du régime législatif que le département du Commerce doit respecter afin de modifier sa politique pour la rendre conforme à une décision de l'OMC).

* ** Enfin, nous estimons que la décision rendue dans *Softwood Lumber* n'est pas contraignante, parce que la conclusion qui y est énoncée n'a pas été adoptée conformément au régime législatif du Congrès. « [E]n vertu de la Constitution, les relations étrangères sont contrôlées par les départements politiques du gouvernement fédéral... » *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, aux pages 222 et 223, 62 S. Ct. 552, 86 L. Ed. 796 (1942). Dans cette affaire-là, le paragraphe 1677(35) offrait un choix au département du Commerce quant à la façon de calculer les marges de dumping moyennes pondérées. Nous accordons au département du Commerce une déférence importante en ce qui a trait à la façon dont il administre le texte législatif, en raison des incidences d'une détermination en matière de dumping sur la politique étrangère. Voir *Fed-Mogul Corp. v. United States*, 63 F.3d 1572, à la page 1582 (cir. féd. 1995).

Id., à la page 1349

Enfin, et de manière définitive dans le cas de tout argument fondé sur *Charming Betsy*, la cour a conclu dans *Corus Staal*, en réponse à un argument de Corus selon lequel

[TRADUCTION] « ... la pratique de réduction à zéro du département du Commerce va à

l'encontre de l'obligation des États-Unis d'interpréter le paragraphe 1677(35) de manière à respecter les décisions de l'OMC qui interdisent cette pratique... », que [TRADUCTION] « puisque le département du Commerce n'est pas tenu d'intégrer les procédures de l'OMC dans son interprétation du droit américain, les arguments de Corus ne peuvent être retenus ». *Id.*, à la page 1349.

Il convient également de souligner que la demande de nouvelle audience, la demande de nouvelle audience en formation plénière et la demande de bref de *certiorari* présentées à l'égard de la décision rendue par la Cour d'appel dans *Corus Staal* ont été refusées dans une décision non motivée de la Cour suprême. Ainsi, quelle que soit l'importance du principe formulé dans *Charming Betsy*, ce principe ne s'applique pas aux décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.

Dans *Corus Staal*, le circuit fédéral n'a pas répondu directement à la question de savoir s'il est possible, malgré la déférence à accorder conformément à l'arrêt *Chevron*, d'attribuer moins de poids aux décisions de l'OMC dans le cadre de l'interprétation des dispositions des lois des États-Unis concernant les accords de l'OMC. Il a plutôt invoqué la doctrine de la séparation des pouvoirs pour rejeter toute pertinence des décisions de l'OMC aux fins des déterminations du département du Commerce en matière de droits antidumping et de droits compensateurs.

Malgré la façon dont les remarques formulées dans *Charming Betsy* (que certains commentateurs considèrent comme des remarques incidentes)²⁰ ont servi de tremplin à l'argument selon lequel le département du Commerce devrait utiliser les décisions de l'OMC

²⁰ Voir, p. ex., Jonathan Turley, « Dualistic Values in an Age of International Legisprudence », 44 *Hastings L.J.* 185, à la page 213 (1993).

pour résoudre les ambiguïtés que comportent les règles de droit antidumping des États-Unis, c'est plutôt le contraire qui ressort des jugements *Timken* et *Corus Staal* : ces jugements sous-entendent que les décisions de l'OMC ne devraient nullement toucher la façon dont le département du Commerce interprète sa loi. De plus, plusieurs autres facteurs permettent de comprendre pourquoi il ne convient pas d'utiliser les décisions de l'OMC pour interpréter les lois des États-Unis. Ces facteurs comprennent le fait que les décisions de l'OMC n'ont pas valeur de précédent dans les litiges subséquents portés devant l'OMC, qu'elles représentent l'interprétation des accords de l'OMC une fois que ceux-ci ont été intégrés dans le droit des États-Unis et que l'historique de l'adoption de l'URAA montre que le Congrès craignait que les décisions ultérieures de l'OMC n'aient une influence sur l'interprétation des lois commerciales des États-Unis. Reed, à la page 226²¹.

D. Conclusion

Compte tenu de ces très récentes décisions du circuit fédéral qui lient le présent groupe spécial, l'arrêt *Charming Betsy* ne permet pas de renvoyer l'application de la pratique de réduction à zéro du département du Commerce dans le cadre du présent examen administratif. Une décision différente de notre part affaiblirait apparemment le rôle perçu du Congrès et de l'administration dans la mise en oeuvre des décisions défavorables rendues dans les différends de l'OMC.

²¹ Dans *Cummins Inc. v. United States*, 454 F.3rd 1361 (cir. féd. 2006), la cour a révisé l'examen par le TCI d'une opinion de l'Organisation mondiale des douanes au sujet de la classification des marchandises. Le circuit fédéral a affirmé que [TRADUCTION] « les tribunaux américains ne font preuve d'aucune retenue à l'égard de cette opinion, qui peut toutefois être consultée en raison de sa force de persuasion ». *Id.*, à la page 1366. Citant *Timken* et *Corus Staal*, la cour a conclu que l'opinion de l'Organisation mondiale des douanes méritait, au mieux, un [TRADUCTION] « examen respectueux ». Cette décision a été décrite comme une décision appuyant la théorie selon laquelle les interprétations des accords internationaux par les tribunaux internationaux ne sont pas régies par *Charming Betsy*, mais par une norme de « l'examen respectueux » qui ne rend pas « inacceptable » ou « déraisonnable » le refus de les prendre en compte ni ne fait de ce refus un motif de contrôle judiciaire. *Reed*, à la page 239.

c. Dernier argument d’Ivaco fondé sur *Dongbu et JTEKT*

Selon le dernier argument qu’Ivaco a soulevé dans son mémoire supplémentaire, la pratique de réduction à zéro visée par le présent examen administratif est contraire à la loi, parce que le département du Commerce avait abandonné cette pratique dans le contexte des enquêtes initiales. Plus précisément, invoquant les décisions rendues par le circuit fédéral dans *Dongbu et JTEKT*, Ivaco soutient que la mise en oeuvre de la loi d’une façon qui accorde des réductions compensatoires dans le cas des ventes n’ayant pas fait l’objet d’un dumping à une étape d’une instance et refuse de les accorder à une étape ultérieure va trop loin et dépasse les limites de la déférence généreuse exigée par l’arrêt *Chevron*.

Pour diverses raisons liées tant à la procédure qu’au fond, cet argument est celui qui a donné le plus de fil à retordre au groupe spécial. Les décisions *Dongbu et JTEKT* n’ont pas encore entraîné de modification en profondeur de la règle de droit des États-Unis (décrite plus haut) qui reconnaît actuellement la légalité de la pratique de la réduction à zéro dans les examens administratifs et ne donnera peut-être lieu à aucun changement de cette nature. Indépendamment de ce que l’organisme peut *choisir* de faire ou des mesures qu’il pourrait être *contraint de* prendre en application de l’article 123 de l’URAA, il existe manifestement des doutes sur la question de savoir si le département du Commerce sera (ou devrait) être empêché par les *tribunaux* de traiter différemment les ventes n’ayant pas fait l’objet d’un dumping selon qu’il s’agit d’un examen administratif ou d’une enquête. Nous avons pris note, à cet égard, de l’explication détaillée que le département du Commerce a donnée dans la foulée de la décision *Dongbu* ainsi que de la confirmation de cette explication par le juge Restani, du TCI. Voir *Union Steel and Dongbu Steel Co. Ltd. v. United States*, Slip Op. 12-24 (TCI, février 2012), à la page 22, où le TCI s’exprime comme suit : [TRADUCTION]

« [L]a loi n'impose pas une façon précise de calculer un pourcentage de la marge moyenne pondérée de dumping... Le département du Commerce n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière abusive en modifiant sa méthodologie lors des enquêtes, mais non lors des examens, dans la modification finale en réponse aux décisions de l'OMC. Il a agi de manière raisonnable en appliquant la loi antidumping pour la rendre conforme aux différents objets des enquêtes et des examens. Les pratiques du département du Commerce ne sont pas arbitraires à cet égard ».

Néanmoins, une majorité des membres du groupe spécial préfère suivre l'exemple du TCI et renvoyer l'affaire au département du Commerce afin d'obtenir une explication du type de celle qui a été donnée dans *Dongbu* dans le dossier du présent appel. Ce faisant, nous reconnaissons l'opinion des deux parties au litige en l'espèce selon laquelle l'explication que le département du Commerce a donnée dans une autre affaire ne devrait pas être incorporée par renvoi dans le dossier du présent appel. Voir *U.S. Department of Commerce's Response to the Panel's March 12, 2012 Order*, 26 mars 2012, document 57 du dossier administratif, aux pages 2 et 3; *Complainant's Response to the Panel's March 12, 2012 Order*, 2 avril 2012, document 58 du dossier administratif, aux pages 1 et 2.

Nous renvoyons l'affaire au département du Commerce en vue de la tenue de procédures administratives supplémentaires et de l'obtention, relativement à l'examen administratif dont nous sommes saisis, d'une explication s'apparentant aux directives de renvoi données dans *Dongbu* et *JTEKT*.

VI. NIVEAU COMMERCIAL

Une ambiguïté existe sur la question de savoir si l'appel de la plaignante au sujet de la question du niveau commercial est plaidé uniquement au titre du critère de la « preuve substantielle », ou si le critère de la pratique « contraire à la loi par ailleurs » est également invoqué.

a. Conclusion non étayée par une preuve substantielle

Dans la mesure où l'appel concerne l'application du critère de la « preuve substantielle », nous devons d'abord définir la conclusion de fait qui est contestée. Les parties conviennent que, selon cette détermination, deux groupes de ventes conclues au cours de la période sous examen et détaillées dans les réponses au questionnaire ont été faites à un niveau commercial semblable. Voir *Level of Trade Memorandum, Final Results*, département du Commerce des États-Unis (5 mai 2008) (« *mémoire sur le niveau commercial* »), doc. 73 du dossier administratif, à la page 8. Cette conclusion de fait donnait automatiquement lieu à un refus de rajuster le niveau commercial, rajustement que la plaignante avait demandé parce qu'il aurait eu pour effet de réduire la marge de dumping.

Selon l'organisme d'enquête, le département du Commerce s'est fondé sur les éléments de preuve suivants pour en arriver à cette conclusion de fait : les réponses au questionnaire et la documentation sous-jacente sur les fonctions de vente, le maintien des stocks, les services de livraison, l'importance de la livraison et les droits de propriété afférents au parc de camions. L'organisme d'enquête souligne que le département du Commerce a analysé cette preuve dans le mémoire sur le niveau commercial, qui compte 40 pages. *Id.*

Notre tâche ici est simple. Nous devons décider, d'abord, si la preuve que le département du Commerce a invoquée constitue une preuve substantielle. *Bando, supra*. À cette étape, l'accent est mis exclusivement sur la preuve mentionnée au soutien de la détermination du département du Commerce. Nous estimons que la preuve, qui comprend des renseignements détaillés sur les modèles d'entreprise, les fonctions de vente, le maintien des stocks et les services de livraison des deux vendeurs, est substantielle et représente bien davantage qu'une simple parcelle. *Universal Camera, supra*.

En ce qui concerne la preuve au dossier qui tend à montrer une *différence* touchant les niveaux commerciaux, cette question concerne notre deuxième responsabilité, qui consiste à décider si le département du Commerce a suffisamment analysé la preuve au dossier qui s'éloigne de la conclusion de fait qu'il a tirée. Voir *American Lamb Co. v. United States*, 785 F.2d 994 (cir. féd. 1986). La plaignante classe les éléments suivants dans cette catégorie : la preuve selon laquelle les marchandises ont changé de mains deux fois par suite des ventes d'IRM à Sivaco Ontario; la preuve montrant que les fonctions de vente ont été exercées par des personnels de vente distincts qui travaillaient dans des bureaux différents; la preuve indiquant que la vente d'articles en stock par IRM était l'exception plutôt que la norme et la preuve selon laquelle les fils machine traités qui ont été vendus par IRM n'étaient pas tous traités exclusivement par Sivaco.

Nous refusons de reconnaître que le département du Commerce a ignoré cette preuve. Il a plutôt examiné chaque élément invoqué par la plaignante, et ce, de manière très détaillée. Résumant à l'intention du public l'analyse présentée dans le mémoire sur le niveau commercial, le département du Commerce s'est exprimé comme suit dans la détermination finale :

[TRADUCTION]

[...] dans le cas de nombreuses activités, les fonctions de vente d'IRM étaient aussi importantes, voire plus importantes que celles de Sivaco Ontario, soit le maintien en stock de la marchandise désirée par les clients; les services de livraison; les services de manutention; les services techniques; l'octroi de crédit; la formation du personnel; la publicité; les mesures relatives à l'emballage; l'élaboration de programmes de remise et d'escompte au comptant et les services de garantie.

Mémoire sur le niveau de vente, supra, à la page 8. Le département du Commerce a donc rempli l'obligation qu'il avait d'examiner la preuve allant dans l'autre sens (et d'expliquer cet examen). Il ne nous appartient pas à nous de déterminer après coup si le département du Commerce a *soupesé correctement* la preuve présentée de part et d'autre à ce sujet. *Nippon Steel Corp., supra; Granges Metallverken AB v. United States*, 13 TCI 471, à la page 474, 716 F. Supp. 17, à la page 21 (1989) (où il est expliqué que les tribunaux ne peuvent évaluer à nouveau la preuve ou substituer leur jugement à celui de l'organisme).

Nous soulignons que la conclusion qui est fondée sur les renseignements contenus dans un dossier administratif et qui mène au refus de rajuster le niveau commercial n'a rien d'inhabituel. Les demandes de rajustement du niveau commercial sont examinées avec soin dans la pratique antidumping des États-Unis. Ainsi :

[TRADUCTION]

Le département du Commerce acceptera d'apporter des rajustements au niveau commercial uniquement : (1) lorsqu'il y a une différence touchant le niveau commercial (c'est-à-dire une différence entre les fonctions remplies par les vendeurs aux différents niveaux d'activités commerciales dans les deux marchés) et (2) lorsque la différence touche la comparabilité des prix. [...] Lorsqu'une partie intimée demande un rajustement de manière à abaisser la valeur normale, elle doit, comme c'est le cas pour tous les rajustements qui bénéficient à l'entreprise, démontrer qu'il est approprié. [...] Étant donné que les rajustements du niveau commercial peuvent faire l'objet de manipulation, le département du Commerce examinera de près les demandes de cette nature.

URAA. *Statement of Administrative Action*. H. Doc. No. 103-316 (1994), aux pages 159 et 160.

Selon la plaignante, le département du Commerce a constaté que les dossiers factuels présentés lors des étapes précédentes de la présente procédure antidumping montraient différents niveaux commerciaux, de sorte qu'un rajustement du niveau commercial était justifié. Nous n'avons aucune raison d'examiner ces dossiers pour décider si une conclusion de fait tirée lors du quatrième examen administratif était étayée par une preuve substantielle. Il est possible que la preuve contenue dans ces dossiers ait appuyé une conclusion allant dans un sens ou dans l'autre. Néanmoins, nous ne sommes saisis à l'heure actuelle que d'un seul dossier et d'une seule conclusion fondée sur celui-ci. Les faits et conclusions propres aux autres étapes n'étaient pas déterminants pour l'organisme au cours du quatrième examen administratif et n'ont aucune pertinence quant à l'allégation fondée sur le critère de la preuve substantielle dans le présent appel. Le département du Commerce a le droit et est même tenu de formuler des conclusions à chaque étape en se fondant sur le dossier de la preuve propre à l'étape en question. La plaignante n'a cité aucune autorité permettant de dire qu'un changement touchant une conclusion de fait d'une étape à une autre suscite des doutes ou doit faire l'objet d'une explication spéciale selon le droit des États-Unis.

b. Pratique contraire à la loi par ailleurs

1. Les allégations de la plaignante et la position du département du Commerce

La plaignante à l'audience a tenté, tardivement et avec un peu d'hésitation, de soutenir que la pratique du département du Commerce était [TRADUCTION] « contraire à la loi par ailleurs ». Voir la transcription de l'audience, aux pages 27 et 28 et 79 et 80. Par souci

d'exhaustivité, nous commenterons cette allégation même si nous doutons qu'elle ait été plaidée de façon suffisante. (D'après son avocat, la défenderesse dans le présent appel ne croyait pas qu'elle répondait à une allégation selon laquelle la pratique « était contraire à la loi par ailleurs », mais simplement à une allégation selon laquelle la pratique « n'était pas étayée par une preuve substantielle ». *Id.*, à la page 76.)

Selon ce que nous comprenons, il n'est pas allégué que le règlement publié par le département du Commerce au sujet des rajustements du niveau commercial est illégal en soi, que le département du Commerce a enfreint ce règlement publié en l'espèce ou que l'application du règlement était entachée d'irrégularités simplement parce qu'elle a abouti à des résultats différents d'une étape à l'autre. La plaignante semble plutôt faire valoir que le département du Commerce a modifié (sans la justification nécessaire) son *approche méthodologique* pour analyser les renseignements pertinents quant au niveau commercial. Plus précisément, Ivaco reproche au département du Commerce de ne pas avoir regroupé les fonctions de vente d'IRM avec celles de Sivaco Ontario pour analyser les fonctions de vente se rapportant aux ventes conclues par Sivaco Ontario. De l'avis d'Ivaco, le département du Commerce a appliqué à cet égard, *sub silentio*, un « nouveau critère ». Selon la plaignante, le département du Commerce était tenu, en vertu des principes généraux du droit administratif des États-Unis, de faire le cumul ou, dans le cas contraire, d'expliquer (de façon plus convaincante qu'il l'a fait en l'espèce) les raisons de sa démarche.

Cet aspect de la détermination à laquelle le département du Commerce en est arrivé au cours du quatrième examen administratif ressort plus clairement de l'analyse de cas du 31 octobre 2007 exposée dans le mémoire sur le niveau commercial qui a précédé le *Notice of Preliminary Results* (avis relatif aux résultats préliminaires) et a été intégré dans celui-ci,

72 Fed. Reg. 62,816, 62,819 (7 novembre 2007) et, par le fait même, dans la détermination finale en l'espèce, *supra* et *mémoire sur le niveau commercial, supra*, aux pages 17 et 18.

Selon les explications données dans le mémoire de l'analyse de cas :

[TRADUCTION]

Le département ne regroupe aucune des fonctions d'IRM avec celles de Sivaco Ontario pour déterminer le niveau commercial des ventes de celle-ci, parce que les fonctions et services de vente d'IRM ne profitent pas aux clients de Sivaco Ontario. Même s'il est possible qu'IRM engage des frais associés à ses ventes à Sivaco Ontario, les activités se rapportant à ces frais ne devraient pas être considérées comme des services destinés aux clients de Sivaco Ontario.

Memorandum re: Level of Trade Analysis for Ivaco Rolling Mills 2004 L.P. et al; Carbon and Alloy Steel Wire Rod from Canada, 31 octobre 2007, document 50 du dossier administratif, (mémoire sur le niveau commercial (préliminaire)), à la page 5.

Ivaco a soutenu, surtout lors des plaidoiries des avocats, que cette conclusion découlait de l'adoption d'un critère nouveau ou modifié. Voir la transcription de l'audience, aux pages 79 et 80. Selon Ivaco, le département du Commerce avait déjà appliqué le critère suivant :

[TRADUCTION]

[L]orsque vous analysez les ventes entre des parties affiliées, lorsque le producteur vend au revendeur et que celui-ci vend à un client non affilié, le critère consiste à faire le cumul.

Id., à la page 79, lignes 11 à 14. Invoquant principalement la décision qu'a rendue le TCI dans *CINSA S.A. de C.V. v. United States*, 966 F. Supp. 1230, à la page 1238 (TCI 1997), l'avocat d'Ivaco a soutenu que l'organisme devait expliquer les raisons de ce changement. Transcription de l'audience, *supra*, à la page 80, lignes 1 à 15. Étant donné que le département du Commerce ne l'a pas fait en l'espèce, sa décision était [TRADUCTION] « contraire à la loi par ailleurs », de l'avis de l'avocat. *Id.*, à la page 80, lignes 16 à 18.

En ce qui a trait à l'allégation de la non-conformité à la loi, le département du Commerce nie qu'il y ait eu modification touchant la méthodologie et affirme qu'il a continué à appliquer sa méthodologie habituelle. L'argument d'Ivaco selon lequel le département du Commerce n'a pas expliqué de façon satisfaisante un changement de méthodologie n'est donc pas pertinent, parce que le département du Commerce n'est pas tenu de suivre les décisions antérieures lorsque les faits n'appuient pas ce résultat.

Tel qu'il est expliqué ci-dessous et contrairement à ce qu'Ivaco affirme, nous ne croyons pas que le département du Commerce a apporté un changement méthodologique qu'il n'a pas expliqué de façon satisfaisante au cours de l'examen administratif visé en l'espèce.

2. La norme juridique applicable au changement méthodologique

Selon le principe général applicable aux examens administratifs, le département du Commerce [TRADUCTION] « n'est pas tenu de suivre les décisions antérieures lorsque de nouveaux arguments ou de nouveaux faits appuyant une conclusion différente sont présentés ». *Citrosuco Paulista, S.A. v. United States*, 704 F. Supp. 1075, à la page 1088 (TCI 1998). Cependant, le département du Commerce ne peut [TRADUCTION] « agir de manière arbitraire » et doit faire preuve de cohérence dans certaines situations ou [TRADUCTION] « expliquer les raisons de l'écart... ». *Id.* Bien entendu, la nouvelle position doit également reposer sur une interprétation possible de la loi pertinente et ne doit pas être adoptée sans que les parties aient eu la possibilité, pendant que le dossier est encore ouvert, de présenter des éléments de preuve et des arguments au sujet du changement proposé. L'obligation comporte donc à la fois des éléments de fond et de procédure.

Dans *Citrosuco Paulista, S.A., supra*, l'obligation de faire preuve de cohérence ou d'expliquer un écart par rapport à la pratique en vigueur a été décrite relativement aux décisions antérieures du département du Commerce et portait manifestement sur les situations où les faits et les questions de droit étaient les mêmes que ceux d'une décision précédente mettant ou non en cause les mêmes parties. Dans *CINSA*, il a été décidé que l'obligation d'agir de manière cohérente couvrait une « méthodologie » précédemment appliquée. *CINSA, supra*, à la page 1238. En d'autres termes, même dans les cas où des variations factuelles existaient entre une période visée par l'examen administratif et une autre, le département du Commerce était tenu de continuer à appliquer une [TRADUCTION] « méthodologie qu'il avait utilisée » ou d'exposer les raisons pour lesquelles il [TRADUCTION] « modifiait sa pratique ». *Id.* Dans ce contexte, les pratiques antérieures comprennent l'application de « présomptions de fait » et de « politiques ». *Solvay Solexis S.p.A. and Solvay Solexis Inc. v. United States*, 628 F. Supp. 2d 1375, à la page 1381 (TCI 2009), citant *British Steel PLC v. United States*, 879 F. Supp. 1254, aux pages 1316 et 1317 (TCI 1995), *décision conf. en partie et rév. en partie British Steel PLC v. United States*, 127 F. 3d 1471, à la page 1475 (cir. féd. 1997).

Jusqu'à ce jour, le TCI continue d'appliquer le principe selon lequel l'obligation de faire preuve de cohérence ou d'expliquer un écart s'étend au-delà des interprétations explicites des dispositions législatives pertinentes. Cette obligation s'applique également aux méthodologies et aux pratiques. *MTZ Poly films, Ltd. v. United States*, 717 F. Supp. 2d 1346, à la page 1365 (TCI 2010). Qui plus est, le circuit fédéral a appuyé de façon répétée l'application de ce principe. Voir *Save Domestic Oil, Inc. v. United States*, 357 F. 3d 1278, aux pages 1283 et 1284 (cir. féd. 1997), et *NMB Singapore Ltd., et al. v. United States*, 557

F. 3d 1316, à la page 1328 (cir. féd. 2009) (où la pratique a été assimilée à une ligne de conduite), citant dans chaque cas *Motor Vehicle Mfrs. v. State Farm Mut. Auto Ins. Co.*, 463 U.S. 29, aux pages 42 et 43 (1983) (affaire concernant une modification touchant une règle).

Il est donc bien certain que l'obligation couvre un vaste éventail d'instruments opérationnels du département du Commerce : précédents, méthodologies, pratiques, politiques, lignes de conduite, présomptions et interprétations. Cependant, ceux qui invoquent l'existence de l'obligation doivent établir un degré suffisant de respect à l'égard de la pratique, méthodologie ou politique antérieure en cause. Ainsi, dans *MTZ Polyfilms, Ltd., supra*, le TCI a conclu, en se fondant sur *Save Domestic Oil Inc., supra*, qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une pratique et encore moins d'une pratique habituelle. Dans *Solvay Solexis*, le TCI a plutôt décrit une « standard procedure or policy » (procédure ou politique courante), *supra*, à la page 1382.

Tel qu'il est mentionné plus haut, l'élément de fond de l'obligation consiste à fournir une justification ou une explication suffisante au soutien de l'écart par rapport à la norme ou à la pratique de longue date de l'organisme. Ce fardeau repose sur les épaules du département du Commerce. Voir *British Steel PLC*, 127 F.3d 1471, *supra*. Comme le circuit fédéral l'a mentionné dans *British Steel PLC*, [TRADUCTION] « cependant, lorsque l'organisme justifie son changement au moyen d'une analyse raisonnée suffisante, la politique révisée mérite la même déférence que la politique initiale. [...] Nous ne pouvons annuler la nouvelle méthodologie du département du Commerce à moins qu'elle ne soit déraisonnable [références omises] ». *Id.*, à la page 1475.

Dans *Solvay Solexis*, des remarques ont également été formulées au sujet de l'élément procédural des obligations du département du Commerce, lesquelles remarques sont fondées sur une abondante jurisprudence :

[TRADUCTION]

Il incombe au département du Commerce de donner un avis aux parties défenderesses s'il décide d'appliquer une nouvelle présomption de fait qui va à l'encontre de sa méthodologie antérieure ou traditionnelle ou qui s'en éloigne sensiblement.

Solvay Solexis, supra, à la page 1381. Dans *British Steel*, le TCI s'était attardé au contenu de cette obligation d'équité :

[TRADUCTION]

Le département du Commerce n'est pas tenu de fournir aux parties intéressées une possibilité illimitée de commenter chaque modification qu'il apporte à sa pratique ou à sa procédure. S'il en était autrement, l'organisme croulerait sous le fardeau d'avis, de commentaires et de réponses sans fin. Cependant, au nom de l'équité fondamentale, il est nécessaire que, dans certains cas, les parties intéressées aient au moins la possibilité de se faire entendre au sujet des mesures de l'organisme qui sont susceptibles de les léser.

Effectivement, la remise d'un avis adéquat peut également comporter l'obligation d'informer la partie intéressée de la justification au soutien du changement ou de la modification en question, de façon que la partie puisse régler plus efficacement les questions pertinentes.

British Steel, supra, à la page 1317. La nature de l'obligation qui existe dans les situations semblables à celle dont le présent groupe spécial est saisi est bien illustrée par le jugement que le TCI a rendu dans *Sigma Corporation v. United States*, 841 F. Supp. 1255 (TCI 1993). Dans cette affaire-là, le tribunal a décidé que le département du Commerce ne s'était pas conformé à ses obligations en matière d'équité procédurale lorsqu'il a formulé une affirmation dans ses résultats préliminaires et modifié ensuite sa position dans la détermination finale, malgré le fait que la partie s'était fondée sur cette déclaration, pour en

arriver à une affirmation complètement différente. Par souci d'équité procédurale, il était nécessaire que la partie touchée soit informée de tout changement que le département du Commerce envisageait d'apporter à sa position sur un aspect important entre ses résultats préliminaires et sa détermination finale et que cette partie ait la possibilité de contester ce changement.

3. Application à la présente affaire

En reprochant au département du Commerce de ne pas avoir regroupé les fonctions de vente d'IRM avec celles de Sivaco Ontario, ce qui représentait un changement de méthodologie, Ivaco semble avoir présumé qu'il y avait eu cumul au cours des trois examens administratifs précédents. Cependant, elle n'a pas mentionné explicitement les conclusions tirées dans ces examens administratifs, mais s'est fondée principalement sur les décisions que le département du Commerce avait rendues dans deux autres affaires : *Structural Steel Beams from Spain*, 67 Fed. Reg. 35,482 (département du Commerce, 20 mai 2005) (résultats définitifs) et le document connexe intitulé *Issues and Decision Memorandum*, à la page 6, et *Steel Reinforcing Bars from Turkey*, 70 Fed. Reg. 67,554 (8 novembre 2005) (résultats définitifs) et le document connexe intitulé *Issues and Decision Memorandum*, à la page 61. Dans les deux cas, le département du Commerce a regroupé les fonctions de vente du producteur et d'un revendeur affilié aux fins de l'analyse du niveau commercial. Dans chaque cas, la décision de faire le cumul a été expliquée comme suit :

[TRADUCTION]

Lorsqu'un producteur vend par l'entremise d'un revendeur affilié sur le marché de comparaison, nous estimons que les fonctions de vente pertinentes sont à la fois celles du producteur et du revendeur (c'est-à-dire les fonctions de vente cumulatives le long de la chaîne de distribution) afin de comparer les activités liées aux ventes faites par le

revendeur affilié avec les activités se rapportant aux ventes faites par le producteur à ses clients.

Id., citant *Structural Steel Beams from Spain, Issues and Decision Memorandum, supra*, 67 Fed. Reg., à la page 6.

Tel qu'il est mentionné plus haut, Ivaco n'a pas relevé explicitement une tendance constante de la part du département du Commerce à regrouper les fonctions de vente d'IRM avec celles de Sivaco Ontario lors des trois examens administratifs précédents. D'après le dossier administratif dont nous sommes saisis (y compris les documents intégrés par renvoi), il est effectivement difficile de savoir si le cumul a été effectué aux fins de l'analyse du niveau commercial au cours de chacun de ces examens et, dans l'affirmative, de déterminer l'importance de ce cumul aux fins de la décision globale d'accorder un rajustement du niveau commercial. Cependant, certains éléments de preuve montrent indéniablement qu'un cumul a été fait. Ainsi, les commentaires suivants ont été formulés dans la détermination finale consécutive au deuxième examen :

[TRADUCTION]

De plus, Ivaco souligne que les requérantes n'ont pas reconnu qu'au cours de la période de référence, Sivaco n'a vendu aucun produit qui n'avait pas d'abord été acheté à IRM. En conséquence, pour chaque vente de Sivaco, tant les fonctions de vente de celle-ci que celles d'IRM s'appliquent alors que, dans le cas des ventes d'IRM, seules les fonctions de vente de cette dernière s'appliquent. Ivaco soutient que ce facteur montre de façon évidente qu'IRM et Sivaco exercent des fonctions à des étapes de commercialisation différentes.

Issues and Decision Memorandum for the Final Results of the Second Administrative Review, 71 Fed. Reg. 3822, à la page 8, commentaire 2 (24 janvier 2006)²².

L'organisme d'enquête semble admettre qu'IRM pouvait à bon escient regrouper ses fonctions de vente avec celles de Sivaco de cette façon :

[TRADUCTION]

Ivaco n'a pas déclaré à titre de frais de vente le coût de possession des articles en stock imputé à Sivaco en ce qui a trait aux fils machine non traités. Ce qu'elle a déclaré comme frais de vente à l'égard des ventes de fils machine non traités en question, ce sont les frais de vente indirects liés à l'exploitation de ses services de vente et d'expédition, lesquels frais ont été imputés comme il se doit à l'ensemble des ventes, y compris les ventes de fils machine non traités.

Id., à la page 10, commentaire 2.

Certains soutiendront peut-être qu'en refusant de faire le cumul au cours du quatrième examen administratif, le département du Commerce a non seulement refusé de suivre ses propres conclusions qu'il avait tirées dans d'autres décisions sur le niveau commercial, mais il a également modifié la position qu'il avait apparemment prise au sujet du cumul lors des examens administratifs précédents dans la présente affaire.

Cependant, même en supposant que le département du Commerce a procédé au cumul lors des examens administratifs précédents, cela ne signifie pas nécessairement qu'il a modifié sa méthodologie ou qu'il n'a pas respecté les obligations juridiques qui lui incombent relativement à ce changement.

D'abord, il est loin d'être évident que les remarques formulées tant dans *Structural Steel Beams from Spain* que dans *Steel Reinforcing Bars from Turkey* permettent de dire que

²² Dans ses mémoires, Ivaco mentionne une lettre datée du 9 novembre 2007 dans laquelle l'avocat a soutenu que le département du Commerce avait accordé un rajustement du niveau commercial [TRADUCTION] « au cours des quatre étapes précédentes de l'instance », mais qu'il avait refusé de le faire lors du quatrième examen

le cumul convient ou est nécessaire chaque fois qu'un produit change de mains entre un producteur et une société affiliée. Lorsque l'ensemble du produit est destiné à être revendu sous sa forme originale, le cumul est peut-être la méthodologie qui convient, mais cela ne vaut pas nécessairement pour les situations semblables à celles qui ont été observées lors du présent examen administratif. Hormis le cas simple des reventes directes, d'autres considérations peuvent manifestement s'appliquer et la décision de faire le cumul ou non dépendra bien davantage des faits. Les précédents établis dans *Structural Steel Beams* et *Steel Reinforcing Bars* ne soutiennent pas nécessairement le résultat dans ce genre de situations.

En deuxième lieu, même en supposant que le cumul effectué lors des trois examens administratifs précédents a valeur de précédent en l'espèce, cela ne signifie pas automatiquement que le département du Commerce a modifié sa méthodologie lorsqu'il a explicitement refusé de procéder au cumul lors du quatrième examen administratif. Il a peut-être tout simplement décidé que la situation factuelle dont il était saisi lors du quatrième examen administratif était différente de celle qui avait été observée lors des trois examens précédents, de sorte que la situation n'était pas visée par les précédents ou par les pratiques antérieures.

En troisième lieu, même si la décision que le département du Commerce a prise en l'espèce constituait un changement par rapport à l'ensemble de précédents et à son acceptation du cumul lors des trois examens administratifs précédents, encore faut-il savoir si le département du Commerce a rempli les obligations juridiques habituellement inhérentes à un changement de méthodologie de cette nature.

administratif. *Lettre du cabinet d'avocats Hunton & William au secrétaire du Commerce*, 9 novembre 2009, document public 53 du dossier administratif.

Après avoir examiné la question sous cet angle et selon le point de vue le plus favorable à la plaignante, le présent groupe spécial conclut que le département du Commerce a rempli ses obligations juridiques. Même si le département du Commerce n'a nullement précisé qu'il modifiait sa méthodologie ou qu'il ne suivait pas les précédents qu'il avait établis sur la question du cumul, dans l'analyse du niveau commercial à l'appui de sa détermination préliminaire, il a clairement informé Ivaco qu'une question réelle se posait au sujet du cumul dans le présent examen administratif et qu'il estimait, du moins provisoirement, que le cumul ne serait pas autorisé aux fins de cette analyse du niveau commercial qu'il s'appropriait à faire. *Mémoire sur le niveau commercial (préliminaire), supra*. Cet avis a fourni à Ivaco l'occasion de contester la conclusion préliminaire du département du Commerce et d'invoquer des arguments fondés sur une modification de la méthodologie dans le contexte de sa réponse aux résultats préliminaires du 7 novembre 2007.

En fait, toute la question du cumul a été très peu commentée dans le mémoire daté du 23 janvier 2008 qu'Ivaco a déposé en réponse à l'avis relatif aux résultats préliminaires.

Ivaco allègue simplement ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le département a déclaré dans les résultats préliminaires qu'il ne regrouperait pas, aux fins de l'analyse du niveau commercial, les fonctions de vente d'IRM avec celles de Sivaco Ontario. Voir le mémoire d'analyse du niveau commercial, aux pages 5 et 6. Cependant, le fait que Sivaco Ontario doit d'abord acheter la marchandise en cause à IRM est juridiquement pertinent quant à l'analyse du niveau commercial, parce qu'il montre que les ventes de Sivaco Ontario sont effectuées à une étape plus éloignée que celles d'IRM dans le cycle de commercialisation.

Mémoire d'Ivaco en réponse à la détermination préliminaire, 23 janvier 2008, document 63 du dossier administratif, à la page 6.

Il n'est nullement donné à entendre dans cette réponse qu'Ivaco conteste la détermination préliminaire de ne pas procéder au cumul à titre de changement de méthodologie inapproprié. Effectivement, elle ne conteste même pas le bien-fondé de la décision préliminaire sur le cumul. Ivaco mentionne plutôt simplement cette décision préliminaire et introduit de ce fait un autre argument. Étant donné qu'Ivaco n'a pas contesté directement la détermination préliminaire du département du Commerce au sujet du cumul, il est compréhensible que la question n'ait pas été traitée de manière explicite dans la détermination finale de celui-ci. Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, il n'y a pas lieu de dire que le département du Commerce n'a pas respecté ses obligations procédurales inhérentes à un changement de méthodologie. IRM a été informée de cette décision préliminaire et a eu la possibilité de la contester quant au fond ou de reprocher au département du Commerce d'avoir modifié sa méthodologie de façon inappropriée ou de ne pas avoir suivi ses précédents ou ses pratiques antérieures, que ce soit de manière générale ou dans les circonstances particulières des examens administratifs visant Ivaco et ses filiales.

En ce qui a trait à la justification de fond que le département du Commerce invoque au soutien de son changement de méthodologie ou du fait qu'il n'a pas suivi ses précédents ou ses pratiques antérieures (si tel était le cas), eu égard à l'ensemble des circonstances, cette question est correctement évaluée au regard des commentaires formulés à ce sujet dans la détermination préliminaire. Même si elle n'est pas présentée à titre de justification de l'écart par rapport au précédent ou à la pratique ou de justification d'un changement de méthodologie, la question qui se pose est de savoir si cette partie de la détermination préliminaire fournissait une explication raisonnable et raisonnée à l'appui de la position que le département du Commerce s'apprêtait à prendre.

De l'avis du groupe spécial, la réponse à cette question est affirmative.

Indépendamment de la question de savoir si le département du Commerce avait autorisé le cumul dans le passé, l'organisme était manifestement d'avis maintenant, du moins provisoirement, que le cumul ne convenait pas dans une situation semblable à celle qui a été exposée en l'espèce. C'est bien ce qui ressort du dernier paragraphe de cette partie du *mémoire sur le niveau commercial* joint à l'*avis relatif aux résultats préliminaires* :

[TRADUCTION]

La très grande majorité des ventes d'IRM à Sivaco Ontario constituent des transferts de matériaux au sein de la même entité (Ivaco), lesquels matériaux font subséquemment l'objet de traitements supplémentaires et, dans le cas de ces ventes, ainsi que pour les quelques ventes de fils machine que Sivaco Ontario n'a pas traités, les fonctions exécutées par IRM pour le compte de Sivaco Ontario ont lieu avant les ventes de celle-ci à ses clients et ne profitent pas aux clients de Sivaco Ontario.

Mémoire sur le niveau commercial (préliminaire), aux pages 7 et 8. Dans le cadre de cette évaluation de la situation et de la justification du cumul, le mémoire fait également état de la mesure dans laquelle Ivaco elle-même a minimisé l'importance de ses fonctions de vente dans le cas des produits destinés à Sivaco Ontario. *Id.*

Même s'il est fort possible qu'il s'agisse d'une évaluation nouvelle ou différente ou d'une autre façon d'évaluer la situation factuelle en ce qui a trait à la question du cumul, cette évaluation est explicite, détaillée et raisonnée. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le groupe spécial conclut que le département du Commerce a rempli l'obligation qu'il avait de fournir une explication raisonnée au soutien d'un changement de pratique ou de méthodologie ou de l'omission de suivre un précédent. Il suffisait également de la part du département du Commerce d'informer Ivaco de la preuve qu'elle devait présenter afin de le convaincre de ne pas utiliser cette méthodologie dans sa détermination finale.

En conséquence, la plaignante ne peut contester la détermination finale au motif que le département du Commerce n'a pas rempli les obligations de fond et de procédure applicables à un changement important apporté à la méthodologie d'un organisme et la « nouvelle » approche a par ailleurs droit à la déférence exigée par l'arrêt *Chevron*, c'est-à-dire qu'elle peut être révisée avec succès uniquement si elle n'est pas étayée par une preuve substantielle ou qu'elle n'est pas conforme à une interprétation raisonnable de la loi, selon les commentaires formulés plus haut.

VII. CONCLUSION

Pour les motifs exposés dans les sections précédentes dans la présente décision, le groupe spécial confirme en partie et renvoie en partie la détermination finale concernant l'examen administratif dont il est saisi en l'espèce.

ORDONNANCE

Après examiné l'ensemble des documents et procédures aux présentes, le groupe spécial ORDONNE que les résultats définitifs dans lesquels l'organisme d'enquête a conclu que les ventes de la plaignante avaient été faites au même niveau commercial soient confirmés; il ORDONNE également à l'organisme d'enquête de fournir lors du renvoi une explication détaillée, relativement au critère d'examen de la décision « contraire à la loi par ailleurs », au sujet de l'interprétation qui sous-tend sa pratique d'accorder lors des enquêtes initiales des réductions compensatoires dans le cas des ventes n'ayant pas fait l'objet d'un dumping et de refuser ce type de réduction lors des examens administratifs. L'organisme d'enquête fournira cette explication dans les 45 jours suivant la date de publication de la décision et de l'ordonnance du présent groupe spécial.

ORDONNANCE

RENDUE LE 11 MAI 2012

ORIGINAL SIGNÉ PAR :

Lisa Koteen Gerchick
Lisa Koteen Gerchick, présidente

Cynthia Lichtenstein
Cynthia Lichtenstein

John Magnus
John Magnus

David Mullan
David Mullan

Robert Paterson
Robert Paterson