

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

---

DANS L'AFFAIRE :

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

Dossier du Secrétariat  
n° CDA-USA-2000-1904-01

---

**DÉCISION DU GROUPE SPÉCIAL  
SUR L'EXAMEN DE LA DÉCISION DÉFINITIVE  
DU COMMISSAIRE DES DOUANES ET DU REVENU**

---

**Le 8 janvier 2003**

Devant : M. Brian E. McGill (président)  
M. le professeur David J. Mullan  
M. Mark R. Sandstrom  
M. le professeur Leon E. Trakman  
M<sup>me</sup> Shawna K. Vogel

**Audience :** le 9 septembre 2002, Ottawa (Ontario), Canada

**Comparutions :**

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

M. Dean A. Peroff

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

M. Lawrence L. Herman

Au nom de Tyco Healthcare Canada Inc.

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

Au nom du Commissaire des douanes  
et du revenu

M. Michael Ciavaglia  
M. Michael Roach

## Introduction

Il s'agit de la décision du groupe spécial binational chargé de l'examen de l'affaire Certains opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique (dossier du Secrétariat n° CDA-USA-2000-1904-01), en vertu de l'article 1904 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) et de la partie I.1 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI)<sup>1</sup>. La demande d'examen par le groupe spécial de la décision définitive rendue par le Commissaire des douanes et du revenu le 30 mars 2000, dans le cas n° AD/1234, a été déposée auprès du Secrétariat de l'ALÉNA, Section canadienne, par les avocats de Nycomed Amersham Canada Ltd. et Nycomed Inc. le 12 mai 2000 conformément à la partie II des *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'article 1904 de l'ALÉNA*. Une demande d'examen additionnelle a également été déposée par les avocats de Bracco Diagnostiques Canada, Inc. et Bracco Diagnostics, Inc.

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

---

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. S-15, modifiée (ci-après LMSI).

<sup>2</sup> Énoncé des motifs concernant une décision définitive de dumping à l'égard de certains opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique, 30 mars 2000 (ci-après l'Énoncé des motifs), p. 3.

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

## La norme de contrôle

### Introduction

Le droit canadien du contrôle judiciaire distingue trois normes possibles de contrôle : la décision correcte, et deux normes appelant la retenue, le caractère déraisonnable et le caractère manifestement déraisonnable de la décision<sup>3</sup>. La norme à appliquer est déterminée sur la base d'une « analyse pragmatique et fonctionnelle<sup>4</sup> ». Les principaux facteurs pris en compte dans cette analyse sont la nature de la question particulière sur laquelle porte la demande de contrôle, l'expertise du décideur, les indications données dans la loi (le cas échéant) et l'objet de la loi dans son ensemble<sup>5</sup>.

La Cour suprême a également jugé que le facteur critique dans la plupart des cas sera l'expertise<sup>6</sup>. Cet aspect de l'analyse suppose un examen de la qualification exigée par la loi et

---

<sup>3</sup> Ces normes ont été distinguées expressément pour la première fois dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

<sup>4</sup> Cette désignation a été employée pour la première fois dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088.

<sup>5</sup> Voir, p. ex., l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

<sup>6</sup> Voir les arrêts *Southam*, précité, note 3, à la p. 773; *Pushpanathan*, précité, aux p. 1006 et 1007, et *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, à la p. 115.

des attentes générales quant à l'expertise du décideur. Toutefois, outre cela, il appelle une évaluation de l'expertise du décideur relativement à la question particulière qui fait l'objet du contrôle par rapport à l'expertise du tribunal chargé du contrôle sur cette question<sup>7</sup>.

En ce qui concerne la nature de la question, les tribunaux distinguent dans certains contextes les questions de droit, les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait. Comme dans l'ensemble du droit, c'est la dernière catégorie qui est la plus difficile d'application. À cet égard, la Cour suprême du Canada a accepté que l'application du droit aux faits suppose la détermination des principes juridiques pertinents et leur application aux faits tels qu'ils ont été constatés. Le premier stade de cette démarche porte sur une question de droit, bien qu'elle se pose dans le processus d'intégration du fait et du droit<sup>8</sup>. Toutefois, la Cour a également mis en garde contre une qualification trop rapide d'une question se posant dans un tel contexte comme question relative à des principes juridiques. Si la question n'est « pas facilement isolable<sup>9</sup> » du contexte factuel, il faut la traiter en vue du contrôle comme une question mixte de droit et de fait<sup>10</sup>.

Même dans le cas d'une question de droit ou relative à des principes juridiques, une norme de contrôle appelant la retenue est néanmoins souvent nécessaire. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas. Il peut être approprié de ne faire preuve d'aucune retenue ou que d'une retenue

---

<sup>7</sup> Voir, p. ex., les arrêts *Pushpanathan*, précité, note 5, à la p. 1007 et *Mattel*, précité, note, 6, aux pp. 115 et 116.

<sup>8</sup> Voir, p. ex., l'arrêt *Southam*, précité, note 3, aux p. 766 et 767.

<sup>9</sup> Voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, au par. 36.

<sup>10</sup> Voir, p. ex., l'arrêt *Mattel*, précité, note 6, aux p. 117 et 118.

moindre dans le cas d'une question de droit général ou d'une question qui transcende le régime législatif particulier et se pose dans le droit général par opposition à une question qui est rattachée au contexte et se situe dans le domaine particulier d'expertise du décideur<sup>11</sup>. À l'opposé, plus la disposition législative pertinente laisse de place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et à une élaboration de la signification de la disposition au cas par cas à la lumière de l'expérience concrète du décideur, plus le tribunal exerçant le contrôle doit faire preuve de retenue à l'égard de la décision prise sur ces questions<sup>12</sup>.

En droit canadien, l'indication la plus significative, dans le texte législatif, d'une obligation de retenue consiste dans la présence, dans le texte habilitant, d'une clause privative restreignant le pouvoir de contrôle des tribunaux judiciaires. Plus les clauses privatives sont fortes, plus il faut, en règle générale, faire preuve de retenue dans l'exercice du pouvoir de contrôle.<sup>13</sup>

### **Application de la norme de contrôle aux décisions**

#### **du Commissaire des douanes et du revenu du Canada**

Les décisions rendues par le Commissaire de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) dans le cadre de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI) ne sont pas protégées par une clause privative. Toutefois, selon une jurisprudence constante des groupes

---

<sup>11</sup> Voir encore l'arrêt *Mattel*, précité, note 6, par exemple, et également l'arrêt *Pushpanathan*, précité.

<sup>12</sup> À titre d'exemples, voir les arrêts *Southam*, précité, note 3, et *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557.

<sup>13</sup> Voir *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

spéciaux constitués en vertu du chapitre 19 de l'ALÉNA, les décisions du Commissaire appellent un degré significatif de retenue<sup>14</sup>.

La *LMSI* est un texte très technique. De plus, compte tenu de sa structure et de son objet d'ensemble, l'intention manifeste du législateur est que les parties pertinentes de la loi soient interprétées dans le cadre d'un organisme assurant un degré élevé d'expertise institutionnelle sur les questions commerciales. Cette loi se caractérise également par le fait que de nombreuses dispositions confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire. La plupart des décisions d'interprétation qui doivent être rendues dépendent essentiellement de notions du droit commercial, et non de questions de droit général ou de droit externe. Les faits sont presque toujours cruciaux et le processus d'application du droit aux faits est ordinairement à la fois complexe et dépendant d'une sensibilité aux questions acquise au cours d'une expérience continue du fonctionnement de la loi.

Il en découle que la norme de contrôle à appliquer est presque toujours une norme appelant la retenue. Sur les questions de fait, la norme est généralement celle du caractère manifestement déraisonnable ou, pour reprendre la formulation de la disposition législative

---

<sup>14</sup> Voir les affaires *Tapis produits sur machines à touffeter, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique* (1993), CDA-92-1904-01 (groupe spécial constitué en vertu du ch. 19); *Certains réfrigérateurs électriques avec compartiment de congélation dans la partie supérieure, lave-vaisselle électriques de type ménager et sécheuses au gaz ou électriques, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique et fabriqués par, ou au nom de, la White Consolidated Industries, Inc. et la Whirlpool Corporation, leurs sociétés affiliées, successeurs et ayants droit respectifs (dumping)* (2002), CDA-USA-2000-1904-03 (groupe spécial constitué en vertu du ch. 19); *La bière originaire des États-Unis d'Amérique et provenant de G. Heileman Brewing Company, Inc., Pabst Company et The Stroh Brewery Company pour utilisation ou consommation dans la province de la Colombie-Britannique* (1992), CDA-91-1904-01 (groupe spécial constitué en vertu du ch. 19), et sur la question de la signification du terme « exportateur », *Une décision définitive de dumping concernant le sucre raffiné tiré de la canne à sucre ou de la betterave sucrière sous forme de granules, de liquide et de poudre, originaire ou exporté des États-Unis d'Amérique* (1996), CDA-95-1904-04.

pertinente, si « [le Commissaire] a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose<sup>15</sup> ». Un degré similaire de retenue est réservé au processus d'application du droit aux faits. Quant aux questions de droit, la norme qui est généralement appliquée est celle du caractère déraisonnable et aucun des intimés n'a soutenu qu'en l'espèce le degré de retenue devrait être plus élevé.

Par contre, le principal argument formulé par l'avocat de Bracco Diagnostics, Inc. et Bracco Diagnostiques Canada Inc. (Bracco) est qu'au moins pour l'une des décisions cruciales prises par le Commissaire en l'espèce, soit le point de savoir si Bristol-Meyers Squibb (BMS) est un « exportateur », la norme de contrôle devrait être celle de la décision correcte<sup>16</sup>. À cet égard, l'avocat de Bracco insiste sur deux arrêts récents de la Cour suprême du Canada, *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*<sup>17</sup> et *Housen c. Nikolaisen*<sup>18</sup>.

L'affaire *Mattel Canada Inc.* portait sur une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) rendue en vertu, non pas de la *LMSI*, mais de la *Loi sur les douanes*. De façon plus précise, le TCCE devait interpréter les termes « vente [de marchandises] pour exportation au Canada » (l'accent étant mis sur la signification du terme « vente de marchandises ») et

---

<sup>15</sup> *Loi sur la Cour fédérale*, al.18.1(4)d).

<sup>16</sup> À l'égard des conclusions qu'elle attaquait, Nycomed a soutenu que la norme de contrôle devait être celle de la décision manifestement déraisonnable. Voir Transc. dans l'affaire de Certains opacifiants iodés utilisés pour l'imagerie radiographique, originaires ou exportés des États-Unis d'Amérique, tenue lundi le 9 septembre 2002 aux pp. 96, 98 (Herman). (ci-après "Transcr.")

<sup>17</sup> Précité, note 6.

<sup>18</sup> Précité, note 9.

« condition de la vente des marchandises ». La Cour a statué que, puisqu'il s'agissait de questions de pure interprétation législative portant sur un concept « inhérent[] au droit commercial<sup>19</sup> », rien ne justifiait la retenue et la norme était celle de la décision correcte. Toutefois, la Cour a pris soin de préciser qu'elle n'établissait pas une règle générale pour toutes les questions de droit que doit trancher le TCCE dans le cadre de la législation douanière, et a fortiori dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la *LMSI*. Elle opposait ces décisions à celles qui portent sur « des mots techniques qui débordent complètement son [c'est-à-dire de la Cour d'appel] mandat habituel<sup>20</sup> », à l'égard desquelles la retenue était justifiée.

Il convient aussi de noter que, dans l'affaire *Mattel*, cette question se posait dans le cadre d'un appel formé en vertu de la loi à l'encontre de la décision du TCCE, et non d'une demande de contrôle judiciaire, qui est la voie par laquelle les décisions du Commissaire et du TCCE sont portées devant les tribunaux judiciaires ou un groupe spécial de l'ALÉNA selon la *LMSI*. Ce fait est important parce que la jurisprudence établit clairement que, de façon générale, le degré de retenue justifié est moindre dans le cas des appels (que dans celui du contrôle judiciaire)<sup>21</sup>.

Dans l'affaire *Housen*, il s'agissait d'un appel civil interjeté contre une décision d'un juge provincial dans une action pour négligence. Par conséquent, on peut s'interroger sur sa pertinence par rapport à des procédures portant sur le contrôle de décisions d'autorités administratives. Toutefois, l'avocat n'invoque pas l'arrêt *Housen* pour établir la proposition que

---

<sup>19</sup> Précité, note 6, à la p. 118.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Voir, p. ex., l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

la retenue n'est pas justifiée parce que le Commissaire tranchait des questions mixtes de droit et de fait. Il a plutôt invité le groupe spécial à reconnaître le principe énoncé par la Cour dans l'arrêt *Housen* selon lequel, dans le domaine des questions mixtes de droit et de fait, les décideurs (qu'ils soient des juges, des tribunaux administratifs ou des fonctionnaires) doivent commencer par déterminer les principes juridiques régissant l'application du droit aux faits. Sur les questions du contenu des principes juridiques dans l'application du droit aux faits, il n'y a guère de justification pour la retenue.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, dans certaines circonstances, les questions relatives à des principes juridiques peuvent être isolées du reste du processus de décision sur la question mixte de droit et de fait. Cependant, il est également clair que le tribunal qui effectue le contrôle ou qui entend l'appel ne doit procéder ainsi que lorsque le principe juridique est « facilement isolable<sup>22</sup> ». Et surtout, le fait qu'une question relative à des principes juridiques est facilement isolable n'entraîne pas nécessairement qu'il faille appliquer le critère de la décision correcte. Tout dépend de la question de savoir si cette question relative à des principes juridiques est une question qui, en fonction des autres facteurs qui doivent être pris en compte dans l'analyse « pragmatique et fonctionnelle », doit faire l'objet du contrôle selon la norme de la décision correcte plutôt que du caractère déraisonnable.

En résumé, pour arriver à persuader le groupe spécial qu'une question doit être examinée en fonction de la norme de la décision correcte, les avocats doivent établir, non seulement qu'il

---

<sup>22</sup> *Housen*, précité, note 9, au par. 36.

s'agit de questions relatives à des principes juridiques, mais aussi que c'est le type de question de droit qui ne fait pas appel à l'expertise du Commissaire ou qui porte sur un point à l'égard duquel le tribunal exerçant le contrôle possède une expertise égale ou supérieure.

### **La norme de contrôle applicable à la décision particulière attaquée par Bracco**

L'avocat de Bracco soutient que la décision du Commissaire selon laquelle BMS est un « exportateur » doit être révisée en fonction de la norme de la décision correcte. Le principal fondement de cet argument est que la décision quant à la signification du terme « exportateur » est une pure question de droit et, plus précisément, qu'elle dépend de la notion générale du « mandat » en *common law* canadienne. Toutefois, cet argument suppose en fait que la question juridique de savoir si une société par actions est un « exportateur » en vue de cette décision dépend du point de savoir si la société agit en son propre nom ou comme mandataire dans l'expédition ou l'organisation de l'expédition de marchandises au Canada. Or, la réponse à cette question ne relève pas du droit du mandat, mais dépend de l'interprétation d'une disposition technique de la *LMSI* qui se situe au cœur de la fonction générale du Commissaire de décider si une société a fait du dumping.

Aucune disposition de la *LMSI* ne prévoit expressément que la question de savoir si une société est un exportateur dépend de ce que cette société est un mandataire ou un mandant au sens de ces termes dans la *common law* ou le droit des contrats. En fait, le terme n'est pas défini dans la *LMSI*, ce qui donne un appui pour présumer que l'ADRC devait définir son contenu et sa signification par référence à l'objet global de la *LMSI* et à l'expertise concrète développée dans

l'administration de cette loi. Donc, le concept légal d'une relation qui réalise une fonction ou un objet particulier dans la *common law* du mandat, particulièrement dans un contexte contractuel, ne seront pas nécessairement pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer la signification du terme dans un régime législatif spécialisé comme la *LMSI*.

Ce n'est pas dire que la décision du Commissaire n'est d'aucune façon liée au droit du mandat. Il se peut que la décision sur le point de savoir qui est un « exportateur » dépende, en totalité ou en partie, du point de savoir si la société qui expédie les marchandises ou organise l'expédition de marchandises au Canada est un mandataire au sens de la *common law*. Toutefois, la question de savoir si c'est le cas est d'abord une question qui relève du Commissaire dans l'exercice de ses pouvoirs en fonction d'un texte complexe qui, à première vue, donne au Commissaire la latitude de juger quelles sont les caractéristiques appropriées d'un « exportateur » selon la *LMSI*.

Si le Commissaire décidait que le concept de *common law* du « mandat » était pertinent en vue de décider qui est un « exportateur », selon les principes établis dans les arrêts *Mattel* et *Housen*, l'identification qu'il ferait des principes de la relation mandant/mandataire en *common law* serait soumise au contrôle selon la norme de la décision correcte. Toutefois, cette question n'a pas été évoquée dans les motifs du Commissaire sur ce point et, donc, comme sur toutes les autres questions soulevées par *Bracco* et *Nycomed*, la norme de contrôle est celle du caractère raisonnable. Était-il déraisonnable pour le Commissaire de décider, en droit et en fait, que *BMS* était l'exportateur des marchandises en cause ou, plus précisément, pour reprendre les termes de

l'argumentation de l'avocat de Bracco, était-il déraisonnable pour le Commissaire de ne pas trancher cette question en totalité ou en partie en fonction de la *common law* du mandat?

### **Rejet de la contestation par Bracco de la décision de l'ADRC**

Selon la plainte de Bracco, c'est à tort que l'ADRC a décidé que BMS était l'exportateur des marchandises en cause. Toutes les parties au présent examen par un groupe spécial conviennent que le terme « exportateur » n'est pas défini dans la *LMSI*. Bracco plaide que c'est à tort que l'ADRC a retenu BMS comme l'exportateur des marchandises en cause, plutôt que Bracco, et en particulier Bracco Diagnostics, Inc. (BDI). Bracco fait valoir (1) que l'exportateur est la personne qui possède et vend les marchandises en cause et détermine le prix auquel les marchandises sont vendues et (2) que l'ADRC a négligé le droit du mandat en décidant qui était l'exportateur. Bracco a également soutenu que le Guide *LMSI*, publié par l'ADRC, en particulier le paragraphe 4.5.13, « invoque le droit général du mandat » et appelle une analyse en fonction du droit du mandat<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Bracco cite des extraits du paragraphe 4.5.13.2, indiquant « que, aux fins de la *LMSI*, l'exportateur doit être l'un des principaux intervenants dans la transaction, c'est-à-dire qu'il doit avoir été propriétaire des marchandises à un moment ou à un autre ». En outre, ce paragraphe précise que « l'agent au dossier devrait toujours aller au-delà des documents écrits pour obtenir une idée claire des fonctions remplies par chaque partie à la transaction. Cette analyse permet habituellement de déterminer qui sont les divers intermédiaires et mandataires, qui ne sont pas reconnus comme principaux intervenants, et l'identité des véritables intervenants principaux, c.-à-d. le vendeur, l'exportateur et l'importateur, devient alors évidente. » Le Guide indique également ceci :

L'Agence est donc d'avis que les mandataires, les entreprises à façon, etc., ne sont habituellement pas des intervenants principaux et, par conséquent, ne sont pas considérés comme des exportateurs aux fins de la *LMSI*. À titre d'exemple, prenons le cas d'un fabricant de tuyaux des États-Unis qui vendrait des tuyaux filetés à un importateur au Canada. Il pourrait faire tarauder les tuyaux en sous-traitance par un atelier d'usinage indépendant aux États-Unis. Le producteur enverrait donc les tuyaux à l'atelier pour le taraudage avec instruction d'expédier ceux-ci à l'importateur une fois l'opération terminée. Dans un tel cas, l'application stricte du principe voulant que l'exportateur soit la personne qui confie la responsabilité des marchandises à un transporteur pour expédition

Au cours de l'audience devant le groupe spécial, l'avocat de Bracco a fait valoir que toute la relation entre BMS et BDI, les deux sociétés considérées comme des exportateurs possibles dans le pays d'exportation, doit être vue comme une relation de mandant et mandataire. À savoir, BDI était le mandant et BMS était le mandataire et tous les actes accomplis par BMS étaient ceux de son mandant, qui doit donc être l'exportateur.<sup>24</sup>

Le groupe spécial n'est pas persuadé qu'une analyse du droit du mandat soit nécessaire ou appropriée. En premier lieu, la *LMSI* ne prévoit pas expressément que la question de savoir si une société est l'exportateur dépend du point de savoir si cette société est un mandataire ou un mandant au sens de la *common law*. De plus, le groupe spécial ne convient pas que le Guide *LMSI* appelle l'analyse du mandat qui serait déterminante en l'espèce selon Bracco. Sans aucun doute, l'article 4.5.13 du Guide *LMSI* emploie les termes « intervenant principal », « principal intervenant dans la transaction » [le terme anglais « *principal* » employé dans ces expressions a aussi le sens de « mandant »], « intermédiaires et mandataires », ainsi que « mandataires, entreprises à façon ». Néanmoins, ces termes peuvent avoir une signification commerciale et leur emploi ne signifie pas nécessairement qu'il faut une relation stricte, au sens juridique, entre

---

vers le Canada donnerait à penser que l'atelier d'usinage est l'exportateur étant donné que le point d'expédition directe se trouve à cet endroit. Cependant, l'atelier d'usinage n'est pas (et n'a jamais été) propriétaire des marchandises et ne prend pas part à la vente des tuyaux. Il n'est donc pas raisonnable de déterminer que l'atelier d'usinage, qui ne fournit qu'un service de taraudage, soit l'exportateur. Par conséquent, l'Agence soutient que l'exportateur doit être ou avoir été l'un des principaux intervenants de la transaction avant l'expédition des marchandises vers le Canada. Il faut toutefois se rappeler que, même si l'exportateur doit avoir été propriétaire des marchandises à un moment donné, cela ne veut pas dire que le propriétaire des marchandises lorsque celles-ci sont expédiées au Canada est automatiquement l'exportateur.

<sup>24</sup> Voir Transc. aux pp. 15-20, 28-92 (Peroff).

mandant et mandataire. La définition des termes « intervenant principal » et « mandataire » tels qu'ils sont employés dans le Guide *LMSI* déborde le cadre de la présente décision, mais le groupe spécial ne pense pas que l'existence de ces termes dans le Guide *LMSI* impose à l'ADRC, pour déterminer qui est l'exportateur selon la *LMSI*, d'effectuer une analyse dont le résultat dépendrait seulement du droit du mandat. Donc, le groupe spécial conclut qu'il n'était pas déraisonnable pour l'ADRC de ne pas déterminer la question de savoir qui est l'« exportateur », en totalité ou en partie, en fonction de la *common law* du mandat.

Les arrangements et les accords entre BMS et les sociétés Bracco en vue de la fabrication et de la vente des marchandises en cause étaient complexes. Dans son mémoire, Bracco donne certains détails sur les rôles de BMS et des sociétés Bracco par rapport à la fabrication et à la vente des marchandises en cause. Au cours de l'audience devant le groupe spécial, l'avocat de Bracco a fait des commentaires approfondis sur le sujet, en décrivant l'achat des matières premières, la fourniture des services de fabrication et l'étiquetage des produits, ainsi que le transport, le paiement et la rémunération entre BMS et les sociétés Bracco. En outre, il a traité des discussions avec les clients, du transfert de propriété, de l'identification des parties dans les documents de douane et des décisions de fixation de prix.<sup>25</sup>

Au cours de son enquête, l'ADRC est en mesure d'examiner tous les éléments de preuve concernant l'achat et la propriété des matières premières, les services de fabrication, l'étiquetage des produits, le transport, le paiement et la rémunération entre BMS et les sociétés Bracco, de

---

<sup>25</sup> Voir Transc. aux pp. 30-92 (Peroff).

même que les discussions avec les clients, le transfert de propriété, la facturation et les déclarations dans les documents de douane. Il appert que l'ADRC a évalué la preuve de façon approfondie. Le fondement de la conclusion de l'ADRC attaquée devant le groupe spécial est exposé dans l'Énoncé des motifs et trois lettres confidentielles transmises par l'ADRC à BMS et aux sociétés Bracco, datées du 31 mars 2000. Dans les lettres confidentielles, l'ADRC a exposé ses motifs et, en particulier, a tiré des conclusions sur le point de savoir qui a commandé les matières premières, qui a produit les marchandises, qui les a étiquetées et emballées et qui les a transportées. Le groupe spécial conclut que, sur le fondement des motifs exposés dans l'Énoncé des motifs et, en particulier, des lettres confidentielles et des conclusions formulées dans ces lettres, l'ADRC n'a pas été déraisonnable en décidant en fait et en droit que BMS était l'exportateur des marchandises en cause<sup>26</sup>.

### **Renvoi des calculs de marge pour Nycomed/Searle**

L'ADRC a conclu que Searle Ltd. était le fabricant et l'exportateur des opacifiants en cause commercialisés par le groupe Nycomed. Nycomed ne conteste pas la détermination du prix à l'exportation faite par l'ADRC selon une méthode de valeur reconstituée par laquelle le prix a été recalculé pour obtenir le prix départ usine de Searle en vertu de l'alinéa 25(1)c) de la *LMSI*.

---

<sup>26</sup> Dans le cadre de son argument voulant que le Commissaire n'aurait pas motivé suffisamment sa décision, l'avocat de Bracco a affirmé que le groupe spécial devait se limiter à considérer l'Énoncé des motifs publié par l'ADRC le 30 mars 2000. Plus précisément, il a soutenu que le groupe spécial ne pouvait pas considérer les lettres confidentielles transmises au même moment à son client et aux autres sociétés touchées comme une partie des motifs. Nous rejetons cette position. L'Énoncé des motifs est un document public. Les lettres confidentielles ont développé ces motifs en fonction de renseignements de nature exclusive. Ces renseignements ne pouvaient être

Nycomed conteste le calcul de la valeur normale effectué par l'ADRC. L'ADRC a calculé la valeur normale par prescription ministérielle en vertu de l'article 29 de la *LMSI*. L'ADRC a eu recours à l'article 29 parce qu'elle a déterminé que la valeur normale ne pouvait être établie conformément à l'article 15 ou à l'article 19. Précisément, l'ADRC a indiqué que Searle « produit les marchandises et les vend uniquement à Nycomed Imaging, AS, en Norvège<sup>27</sup> ». L'ADRC a conclu : « Comme Searle Ltd. ne faisait pas de ventes intérieures de marchandises similaires, ses valeurs normales n'ont pas pu être déterminées en vertu de l'article 15... ». De même, l'ADRC a également indiqué qu'elle ne pouvait non plus suivre la méthode prévue à l'alinéa 19b) parce que « l'exportateur, Searle Ltd., ne vend pas ces produits sur son marché national...<sup>28</sup> ».

La plaignante Nycomed a interprété les affirmations de l'ADRC ci-haut mentionnées comme se rapportant au lieu de l'opération entre Searle et Nycomed et a soutenu, devant le groupe spécial, que l'ADRC a commis une erreur manifeste au sujet de l'emplacement de l'achat. Nycomed a indiqué des éléments de preuve précis dans le dossier établissant que le transfert de propriété des marchandises entre Searle et Nycomed s'est effectué FAB usine de Searle à Porto Rico<sup>29</sup>. Aussi, Nycomed prétend-elle que Searle avait des ventes intérieures, c'est-à-dire des ventes aux États-Unis<sup>30</sup>. L'ADRC a défendu sa conclusion comme se rapportant à

---

rendus publics sans compromettre le droit du répondant à la protection contre leur divulgation. Dans ces circonstances, les motifs de la décision comprennent les deux documents.

<sup>27</sup> Énoncé des motifs, p. 12.

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> L'article 3.4 du Contrat d'approvisionnement prévoit : [TRADUCTION] « Les produits seront expédiés FAB entrepôt du fournisseur. »

<sup>30</sup> L'ADRC a considéré Porto Rico comme faisant partie des États-Unis d'Amérique.

l'emplacement de la vente entre Searle et Nycomed<sup>31</sup>, mais n'a pu expliquer la conclusion de fait de l'ADRC sur le point de vente. L'ADRC a plutôt indiqué dans ses mémoires et son argumentation que, même si le groupe spécial ne concluait pas que ces ventes constituent des ventes sur le marché national, il y a un certain nombre d'autres arguments qui justifient la conclusion, de sorte que le renvoi n'est pas nécessaire.

L'ADRC a soutenu que l'emplacement de l'opération n'était pas pertinent, les ventes ne pouvant être prises en compte parce qu'elles avaient été effectuées « en dehors du cours normal des affaires<sup>32</sup> ». À l'audience devant le groupe spécial, l'avocat de l'ADRC a produit un document faisant partie du dossier qui traitait des ventes intervenues entre Searle et Nycomed, mais sans exprimer la conclusion que les ventes étaient en dehors du cours ordinaire des affaires<sup>33</sup> ». Quoiqu'il en soit, l'Énoncé des motifs, document essentiel de la décision<sup>34</sup>, n'aborde pas la question du cours ordinaire des affaires. De plus, il ne conviendrait pas que le groupe spécial accepte d'autres justifications proposées après le fait pour la décision attaquée de l'ADRC. L'ADRC est tenue d'exposer clairement ses conclusions juridiques et d'en expliquer le

---

<sup>31</sup> L'avocat a soutenu que le fondement de la décision était [TRADUCTION] qu'« il faut qu'il y ait une vente en vue de l'utilisation dans le pays exportateur, sur le marché national. Il ne s'agissait pas de ventes intérieures ». Transcr., p. 177 (Roach).

<sup>32</sup> L'alinéa 16(2)a) de la *LMSI* prévoit : « Dans le calcul de la valeur normale de marchandises visée à l'article 15, il n'est pas tenu compte des ventes de marchandises ... qui suivent : a) celles effectuées... par un vendeur qui, au même moment ou à peu près, ne vendait pas, dans le cours ordinaire des affaires ..., des marchandises similaires à des personnes, autres que l'acheteur ... »

<sup>33</sup> Le document fourni au groupe spécial était intitulé [TRADUCTION] « NOTE AU DOSSIER ».

<sup>34</sup> L'avocat de l'ADRC a déclaré lors de l'audience devant le groupe spécial : [TRADUCTION] « . . . tout dépend de l'Énoncé des motifs », Transcr., p. 167 (Ciavaglia); voir aussi Transcr., p. 137 (l'avocat accepte le principe que [TRADUCTION] « tout dépend de l'Énoncé des motifs »). Le groupe spécial ne va pas aussi loin. Plus tôt dans la présente opinion, le groupe spécial a accepté le raisonnement exposé dans les lettres confidentielles envoyées aux participants à l'enquête comme une explication de la décision de l'ADRC au sujet de Bracco dont il pouvait prendre connaissance. Voir la note 26.

fondement. En outre, l'ADRC a l'obligation d'établir des documents de décision qui permettent l'examen par un groupe spécial. Le renvoi est indiqué pour permettre à l'ADRC d'exposer clairement et de justifier sa conclusion que Searle n'avait pas effectué de ventes intérieures de la marchandise en cause.

D'un point de vue strict, l'examen par le groupe spécial de la décision de l'ADRC pourrait s'arrêter ici. L'ADRC doit justifier pourquoi elle met de côté les articles 15 et 19 de la *LMSI* avant d'appliquer l'article 29<sup>35</sup>. Néanmoins, par souci d'économie des ressources, le groupe spécial traite également des calculs effectués par l'ADRC conformément à l'article 29.

Malgré le fait qu'elle avait retenu Searle comme l'exportateur, l'ADRC a désigné Nycomed comme l'exportateur en vue des calculs selon l'article 29 de la *LMSI*<sup>36</sup>. Ainsi, l'ADRC a indiqué qu'elle a désigné Nycomed comme l'exportateur pour l'objectif « limité » d'établir la valeur normale que l'ADRC a établie sur une base départ entrepôt de Memphis (et non départ usine de Searle). Nycomed conteste ce point de comparaison parce qu'il se situe en aval dans la chaîne de distribution par rapport à la détermination du prix à l'exportation (c.-à-d. le prix départ usine de Searle). L'ADRC a fait valoir au groupe spécial : [TRADUCTION] « Une fois que le Commissaire a décidé que Nycomed Inc. était substituée comme exportateur pour le calcul de la valeur normale, les différences dans le circuit commercial n'importent plus<sup>37</sup>. »

---

<sup>35</sup> Le pouvoir prévu à l'article 29, appelé la prescription ministérielle, est exercé lorsque l'ADRC est d'avis qu'elle ne dispose pas de renseignements permettant de calculer la valeur normale conformément à l'article 15 ou à l'alinéa 19*b*).

<sup>36</sup> Selon le paragraphe 16(1) de la *LMSI*, il est possible que d'autres vendeurs soient réputés être l'exportateur en vue du calcul de la valeur normale.

<sup>37</sup> Transcr., p. 198 (Roach).

Le groupe spécial estime que l'Énoncé des motifs ne décrit pas de manière adéquate le processus décisionnel de l'ADRC et n'indique pas de manière adéquate les éléments de preuve sur lesquels se fondent les conclusions de l'ADRC<sup>38</sup>. Par conséquent, dans le contexte du renvoi ordonné par les présentes, si l'ADRC décide encore d'appliquer l'article 29 pour établir la valeur normale, elle devra définir explicitement les rectifications apportées au prix de départ de la valeur normale pour permettre la comparaison avec le prix à l'exportation<sup>39</sup>. De plus, si les marges de dumping ne résultent que de l'administration de la *LMSI* et non de différences dans la distribution<sup>40</sup>, l'ADRC devra indiquer si son interprétation du cadre établi par la *LMSI* pour l'établissement de la valeur normale aboutit à une comparaison qui est compatible avec l'obligation imposée par la *LMSI* d'effectuer la comparaison avec un niveau comparable du circuit de distribution<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Nous notons que l'avocat de Tyco a dit à l'audience qu'il ne savait pas trop quelles déductions avaient été faites (transcr., pp. 264 et 265), mais a indiqué que les déductions auraient dû [TRADUCTION] « remonter au point où [Nycomed] a pris livraison des marchandises ». Transcr., p. 266 (Kubrick). Ainsi qu'il a été exposé plus tôt, les conclusions de l'ADRC au sujet du lieu de prise de possession des marchandises par Nycomed ne sont pas claires, mais le dossier semble indiquer que le transfert s'est effectué à Porto Rico. S'il y a eu transfert de possession à Porto Rico, ce fait entrerait en conflit avec l'utilisation de Memphis comme le lieu d'acquisition.

<sup>39</sup> Nous notons que l'article 15 de la *LMSI* indique que la valeur normale doit être rectifiée pour « traduire, en ce qui a trait à la comparaison [des prix], les différences existant notamment en matière de conditions de vente et de taxation ». Nycomed est fermement convaincue que les données nécessaires pour faire les rectifications appropriées en vue de favoriser une juste comparaison se trouvent dans le dossier.

<sup>40</sup> L'Énoncé des motifs indique : « Les marchandises vendues à Nycomed Imaging, AS, sont expédiées directement de Porto Rico vers les marchés du Canada, des États-Unis et de l'Amérique latine. »

<sup>41</sup> Bien que le processus de décision de l'ADRC soit régi par la *LMSI*, l'ADRC devra également préciser dans sa décision sur le renvoi si elle estime que son interprétation de la loi est compatible avec les dispositions de l'Accord de l'OMC régissant les comparaisons de la valeur normale et du prix à l'exportation.

## Conclusion

Le groupe spécial ordonne à l'Agence des douanes et du revenu du Canada de rendre une décision sur renvoi conforme aux conclusions de la présente opinion. La décision sur renvoi doit être rendue dans un délai de 45 jours.

Original signé par :

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

David J. Mullan  
David J. Mullan

Mark R. Sandstrom  
Mark R. Sandstrom

Leon E. Trakman  
Leon E. Trakman

Shawna K. Vogel  
Shawna K. Vogel

Délivré le 8 janvier 2003.