

Annexe 12



**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS139/AB/R
WT/DS142/AB/R
31 mai 2000
(00-2170)

Original: anglais

**CANADA – CERTAINES MESURES AFFECTANT
L'INDUSTRIE AUTOMOBILE**

AB-2000-2

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction.....	1
II.	La mesure et son historique	3
III.	Arguments des participants et des participants tiers	7
	A. <i>Allégations d'erreur formulées par le Canada - Appelant</i>	7
	1. Article I:1 du GATT de 1994	7
	2. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	8
	3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS	8
	B. <i>Arguments des Communautés européennes - Intimé</i>	10
	1. Article I:1 du GATT de 1994	10
	2. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	10
	3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS	11
	C. <i>Arguments du Japon - Intimé</i>	12
	1. Article I:1 du GATT de 1994	12
	2. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	13
	3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS	14
	D. <i>Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes - Appelant</i>	14
	1. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i> – Allégations des Communautés européennes concernant les prescriptions en matière de VCA.....	14
	2. Article 3.1 b) de l' <i>Accord SMC</i>	15
	E. <i>Allégations d'erreur formulées par le Japon – Appelant</i>	16
	1. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	16
	2. Article 3.1 b) de l' <i>Accord SMC</i>	17
	F. <i>Arguments du Canada – Intimé</i>	19
	1. Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	19
	2. Article 3.1 b) de l' <i>Accord SMC</i>	20
	G. <i>Participants tiers</i>	21
	1. Corée.....	21
	2. États-Unis.....	23
IV.	Questions soulevées dans le présent appel.....	23
V.	Article I:1 du GATT de 1994.....	24

VI.	Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i>	31
	A. <i>Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"</i>	31
	B. <i>Question de savoir si la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation"</i>	34
VII.	Article 3.1 a) de l' <i>Accord SMC</i> – Allégation des Communautés européennes concernant les prescriptions en matière de VCA	40
VIII.	Article 3.1 b) de l' <i>Accord SMC</i>	42
	A. <i>Question de savoir si la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés</i>	43
	B. <i>Question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés</i>	51
IX.	Articles I:1 et II:1 de l' <i>AGCS</i>	56
	A. <i>Article I:1 de l'AGCS</i>	56
	B. <i>Article II:1 de l'AGCS</i>	63
X.	Constatations et conclusions	70

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**Canada – Certaines mesures affectant
l'industrie automobile**

Canada, *appellant/intimé*

Japon, *appellant/intimé*

Communautés européennes, *appellant/intimé*

Corée, *participant tiers*

États-Unis, *participant tiers*

AB-2000-2

Présents:

Ehlermann, Président de la section

Bacchus, membre

Feliciano, membre

I. Introduction

1. Le Canada, les Communautés européennes et le Japon font appel de certaines questions de droit et d'interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (le "rapport du Groupe spécial").¹ Le Groupe spécial a été établi pour examiner une plainte des Communautés européennes et du Japon concernant une mesure canadienne qui exempte de droits les importations de certains automobiles, autobus et autres véhicules commerciaux spécifiés ("véhicules automobiles"). Selon le Groupe spécial, la mesure canadienne comprend le Décret de 1998 sur le tarif des véhicules automobiles (le "MVTO de 1998") et des Décrets de remise spéciale (les "DRS") promulgués par le gouvernement canadien.² Les aspects pertinents de la mesure canadienne sont exposés dans la section II.

2. Le Groupe spécial a examiné les allégations des Communautés européennes et du Japon voulant que la mesure soit incompatible avec l'article I:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le "GATT de 1994")³; avec l'article III:4 du GATT de 1994; avec l'article 2 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (l'"Accord sur les MIC"); avec la prohibition des subventions à l'exportation au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord

¹ WT/DS139/R-WT/DS142/R, 11 février 2000.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.15 à 2.35.

³ Le Japon a prétendu que l'incompatibilité avec l'article I:1 du GATT de 1994 découlait du traitement accordé à tous les "véhicules automobiles", tandis que les Communautés européennes ont limité la portée de leur allégation au titre de cette disposition au traitement accordé aux "automobiles". Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.19, 6.9, 6.38 et 10.7.

sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC"); avec la prohibition, au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC, des subventions qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés; avec l'article II de l'Accord général sur le commerce des services (l'"AGCS")⁴; et avec l'article XVII de l'AGCS. Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 11 février 2000.

3. Le Groupe spécial a conclu: a) que le Canada agit de manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994; b) que l'incompatibilité avec l'article I:1 du GATT de 1994 n'est pas justifiée en vertu de l'article XXIV du GATT de 1994; c) que le Canada agit de manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 à la suite de l'application des prescriptions relatives à la valeur canadienne ajoutée; d) que les Communautés européennes et le Japon n'avaient pas démontré que le Canada agissait de manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 à la suite de l'application des prescriptions relatives au rapport production-ventes; e) que le Canada agit de manière incompatible avec l'article 3.1 a) de l'Accord SMC; f) que les Communautés européennes et le Japon n'avaient pas démontré que le Canada agissait de manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC; g) que le Canada agit de manière incompatible avec l'article II de l'AGCS; h) que l'incompatibilité avec l'article II de l'AGCS n'est pas justifiée en vertu de l'article V de l'AGCS; i) que le Japon n'avait pas démontré que l'exemption des droits d'importation accordée au titre de la mesure constituait un traitement moins favorable accordé aux fournisseurs japonais de services de commerce de gros de véhicules automobiles par rapport à celui qui est accordé aux fournisseurs canadiens de services similaires, au sens de l'article XVII de l'AGCS; et j) que le Canada agit de manière incompatible avec l'article XVII de l'AGCS en accordant aux services et aux fournisseurs de services des autres Membres un traitement moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, à la suite de l'application des prescriptions relatives à la valeur canadienne ajoutée.⁵

4. En ce qui concerne ses conclusions au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et des articles II et XVII de l'AGCS, le Groupe spécial a recommandé que l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") demande au Canada de rendre ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC. Ayant constaté que certaines prescriptions relatives au rapport

⁴ Le Japon a prétendu que l'incompatibilité avec l'article II:1 de l'AGCS découlait du traitement accordé à tous les "véhicules automobiles", tandis que les Communautés européennes ont limité la portée de leur allégation au titre de cette disposition au traitement accordé aux "automobiles". Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.19, 6.710, 6.716 et 10.7.

⁵ *Ibid.*, paragraphe 11.1.

production-ventes, imposées comme l'une des conditions régissant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation, sont incompatibles avec l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a recommandé que le Canada retire les subventions dans un délai de 90 jours, conformément à l'article 4.7 de l'*Accord SMC*.⁶

5. Le 2 mars 2000, le Canada a notifié à l'ORD qu'il avait l'intention d'en appeler de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord"), et il a déposé une déclaration d'appel, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "Procédures de travail"). Le 13 mars 2000, le Canada a déposé sa communication en tant qu'appelant.⁷ Le 17 mars 2000, les Communautés européennes et le Japon ont déposé chacun leur communication en tant qu'appelant.⁸ Le 27 mars 2000, le Canada⁹, les Communautés européennes et le Japon¹⁰ ont tous déposé leur communication en tant qu'intimé. Le même jour, la Corée et les États-Unis ont déposé chacun leur communication en tant que participant tiers.¹¹

6. L'audition de l'appel a eu lieu les 6 et 7 avril 2000. Au cours de l'audience, les participants et les participants tiers ont présenté des arguments oralement et répondu aux questions qui leur ont été posées par les membres de la section chargée de connaître de l'appel.

II. La mesure et son historique

7. La mesure canadienne¹² en cause dans le présent appel est le régime d'admission en franchise dont bénéficient les importations d'automobiles, d'autobus et de véhicules commerciaux spécifiés ("véhicules automobiles") effectuées par certains fabricants en vertu du Tarif des douanes¹³, du Décret

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 11.7.

⁷ Conformément à la règle 21(1) des *Procédures de travail*.

⁸ Conformément à la règle 23(1) des *Procédures de travail*.

⁹ Conformément à la règle 23(3) des *Procédures de travail*.

¹⁰ Conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

¹¹ Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

¹² Dans le présent rapport, nous désignons cette mesure soit par l'expression "exemption des droits d'importation", soit par le terme la "mesure".

¹³ L.C. (1997), ch. 36.

de 1998 sur le tarif des véhicules automobiles (le "MVTO de 1998")¹⁴ et des Décrets de remise spéciale (les "DRS").¹⁵ Les conditions régissant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation sont celles qui sont énoncées dans le MVTO de 1998, les DRS et certaines lettres d'engagement (les "lettres").¹⁶

8. Le MVTO de 1998 procède de l'Accord entre le gouvernement canadien et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les produits de l'industrie automobile (le "Pacte de l'automobile")¹⁷, qui a été mis en œuvre au Canada par le MVTO de 1965 et le Règlement sur le

¹⁴ En droit canadien, le MVTO de 1998 est un règlement promulgué par le Gouverneur général en conseil, sur recommandation du Ministre des finances, en vertu du Tarif des douanes (L.C. (1997), ch. 36, paragraphe 14(2) et article 16). Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 24.

¹⁵ Les DRS sont des règlements promulgués par le Gouverneur général en conseil, sur recommandation du Ministre des finances et du Ministre de l'industrie, en vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 23. *Ibid.*, note de bas de page 25.

¹⁶ Les lettres ont été préparées et présentées par les filiales canadiennes de quatre fabricants automobiles au Ministre de l'industrie du Canada en janvier 1965; chacun de ces fabricants s'engageait ainsi à accroître le montant de la valeur canadienne ajoutée en fonction d'un certain pourcentage de la croissance de sa part du marché. Les quatre sociétés en question étaient: General Motors du Canada Limitée, Ford Motor Company of Canada Limited, Chrysler Canada Ltd. et American Motors (Canada) Ltd. *Ibid.*, paragraphes 10.92 à 10.95 et 10.128.

¹⁷ Voir: 4 International Legal Materials, page 302. Le Pacte de l'automobile a été conclu en 1965. En vertu du paragraphe II a) du Pacte de l'automobile, le Canada a convenu d'exempter de droits d'importation les importations en provenance des États-Unis de certains produits énumérés à l'Annexe A du Pacte. Pour bénéficier de l'exemption des droits d'importation, une société devait remplir les trois conditions énoncées au paragraphe 2(5) de l'Annexe A: 1) elle devait avoir produit au Canada, au cours de l'"année de base", des véhicules automobiles de même catégorie que ceux qu'elle importait; 2) la valeur marchande nette de sa production au Canada par rapport à la valeur marchande nette des véhicules automobiles de cette catégorie vendus aux fins de consommation au Canada devait être "égale ou supérieure" à la proportion atteinte au cours de l'"année de base" et ne pouvait de toute façon être inférieure à un ratio de 75:100; et 3) la valeur canadienne ajoutée dans les véhicules automobiles produits au Canada par la société devait être "égale ou supérieure" à la valeur canadienne ajoutée des véhicules automobiles de cette catégorie au cours de l'"année de base". Conformément à l'article V du Pacte de l'automobile, le Canada a accordé à d'autres pays les avantages de cette exemption des droits d'importation, mais les États-Unis ne l'ont pas fait. Le Canada était également habilité, au titre du paragraphe 3 de l'Annexe A du Pacte de l'automobile, à désigner d'autres fabricants comme bénéficiaires de l'exemption des droits d'importation, même lorsque ces fabricants ne remplissaient pas les conditions énoncées dans le Pacte de l'automobile. L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique ("ALE"), qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1989, prévoyait à l'article 1001 le maintien du Pacte de l'automobile. (27 International Legal Materials, page 281). Toutefois, aux termes du paragraphe 1 de l'article 1002 et de l'Annexe 1002.1 de l'ALE, le gouvernement canadien ne pouvait plus désigner d'autres fabricants comme bénéficiaires de l'exemption des droits d'importation. L'application de l'ALE a été suspendue avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1994, de l'Accord de libre-échange nord-américain ("ALENA") qui, aux termes de l'Appendice 300-A.1, autorise le Canada à maintenir l'exemption des droits d'importation, sous réserve des conditions énoncées dans l'ALE. (32 International Legal Materials, page 605.)

numéro tarifaire 950. Ces instruments juridiques ont été remplacés par le MVTO de 1988 et ultérieurement par le MVTO de 1998. Le MVTO de 1998 est en vigueur aujourd'hui.¹⁸

9. Aux termes du MVTO de 1998, l'exemption des droits d'importation est offerte aux fabricants de véhicules automobiles à l'égard des importations en provenance "d'un pays bénéficiant du tarif de la nation la plus favorisée"¹⁹, si le fabricant remplit les trois conditions suivantes: 1) il doit avoir produit au Canada, au cours de l'"année de base", des véhicules automobiles de la catégorie importée; 2) la valeur marchande nette des véhicules *produits au Canada* doit représenter, par rapport à la valeur marchande nette de tous les véhicules de cette catégorie *vendus* pendant la période d'importation aux fins de consommation *au Canada*, une proportion "égale ou supérieure à celle" de l'"année de base" et elle ne doit en aucun cas être inférieure à 75:100 (les "prescriptions en matière de proportions"); et 3) le montant de la valeur canadienne ajoutée dans les véhicules automobiles produits au Canada par le fabricant doit être "égal ou supérieur" au montant de la valeur canadienne ajoutée dans la production locale de véhicules automobiles de cette catégorie au cours de l'"année de base" (les "prescriptions en matière de VCA").²⁰

10. Le Groupe spécial a constaté, *de facto*, qu'en moyenne les proportions prescrites aux bénéficiaires du MVTO de 1998 sont, "en règle générale", de 95:100 pour les automobiles et d'au moins 75:100 pour les autobus et les véhicules commerciaux spécifiés.²¹

11. Le MVTO de 1998 dispose que la valeur canadienne ajoutée par un fabricant donné doit être calculée en fonction du "total" de certains coûts de production qui sont énumérés, et qui sont définis en gros comme suit:

- le coût des parties produites au Canada et des matières d'origine canadienne qui sont incorporées aux véhicules automobiles;
- les frais de transport;

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.15.

¹⁹ MVTO de 1998, annexe, partie 1, article 2. Au paragraphe 10.160 de son rapport, le Groupe spécial a rappelé "que le Canada applique un droit NPF, au taux de 6,1 pour cent, aux véhicules automobiles originaires des pays non parties à l'ALENA.

²⁰ MVTO de 1998, annexe, partie 1, paragraphe 1(1), définition de "fabricant". La liste des bénéficiaires du MVTO de 1998 figure à l'annexe du Mémoire D-10-16-3, publié par le Ministère du revenu national le 10 avril 1995. Au total, 33 entreprises sont énumérées dans cette annexe, dont quatre en qualité de fabricants d'automobiles, sept en qualité de fabricants d'autobus et 27 en qualité de fabricants de véhicules commerciaux spécifiés. Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.21.

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.182.

- les coûts de main-d'œuvre engagés au Canada;
- les coûts indirects de production engagés au Canada;
- les frais d'administration et les frais généraux engagés au Canada qui sont imputables à la production de véhicules automobiles;
- la dépréciation des machines et du matériel d'usine permanent installés au Canada, qui est imputable à la production de véhicules automobiles; et
- une allocation du coût en capital pour les terrains et les bâtiments qui sont utilisés au Canada pour la production de véhicules automobiles.²²

12. Au moyen des DRS, le Canada a également désigné un certain nombre d'autres sociétés, mis à part celles qui remplissent les conditions requises au titre du MVTO de 1998, comme ayant droit d'importer des véhicules automobiles en franchise de droits.²³ En vertu de la Loi sur la gestion des finances publiques, le Canada a promulgué des DRS à l'intention de certaines sociétés qui ne remplissaient pas les conditions énoncées à l'origine dans le MVTO de 1965.²⁴ En vertu des DRS, ces sociétés sont habilitées à importer des véhicules automobiles en franchise de droits pour autant qu'elles remplissent certaines conditions. Plus précisément, les DRS prévoient la remise des droits perçus sur les importations de véhicules automobiles lorsque des conditions concernant certaines prescriptions en matière de rapport production-ventes et de VCA sont remplies.

13. En ce qui concerne les prescriptions qui sont effectivement prévues dans les DRS en matière de proportion et de VCA, chaque DRS établit des prescriptions spécifiques auxquelles doit satisfaire la société qui en est bénéficiaire. Pour ce qui est des prescriptions en matière de proportion, les DRS pris avant 1977 fixent à 75:100 le rapport production-ventes. Depuis lors, presque tous les DRS fixent des proportions de 100:100.²⁵ Quant à la VCA, les prescriptions établies aux termes des DRS vont de 40 pour cent à 60 pour cent. Les DRS qui ont été pris avant 1984 disposent qu'au cours d'une période initiale de un ou deux ans, la VCA doit correspondre à au moins 40 pour cent du coût de production. Après cette période initiale, elle devrait être au moins égale (en dollars) à celle des

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.26; MVTO de 1998, annexe, partie 1, paragraphe 1(1), définition de "valeur canadienne ajoutée", lettre a).

²³ Pacte de l'automobile, article 3 de l'Annexe A; rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.3. La liste des 63 entreprises qui bénéficient des DRS figure dans un mémorandum administratif du Ministère du revenu national du Canada; on y dénombre deux fabricants d'automobiles, cinq fabricants d'autobus et 59 fabricants de véhicules commerciaux spécifiés. Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.31.

²⁴ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 25.

²⁵ *Ibid.*, paragraphe 2.34.

12 derniers mois de la période initiale; cependant, la VCA ne doit en aucun cas être inférieure à 40 pour cent du coût de production. En ce qui concerne les DRS qui ont été pris après 1984, la VCA ne doit pas être inférieure à 40 pour cent de la valeur marchande des véhicules vendus au Canada, exception faite du fabricant CAMI Automotive Inc. ("CAMI"), pour qui le niveau de la VCA est fixé à 60 pour cent.²⁶

14. Conformément à ses obligations au titre de l'ALE, depuis 1989, le Canada n'a habilité aucun autre fabricant à bénéficier de l'exemption des droits d'importation au titre du MVTO de 1998 et il n'a pris aucun nouveau DRS. Par ailleurs, le MVTO de 1998 exclut expressément les véhicules importés par un fabricant qui n'était pas admissible avant le 1^{er} janvier 1988.²⁷ La liste des fabricants pouvant bénéficier de l'exemption des droits d'importation est donc une liste fermée.

III. Arguments des participants et des participants tiers

A. *Allégations d'erreur formulées par le Canada – Appelant*

1. Article I:1 du GATT de 1994

15. Le Canada prétend que le Groupe spécial a eu tort de constater que la mesure canadienne est incompatible avec les dispositions de l'article I:1 du GATT de 1994 concernant la nation la plus favorisée ("NPF"). Suivant ses termes, l'article I:1 interdit la discrimination consistant à accorder des avantages qui sont fondés sur l'origine des produits. De l'avis du Canada, la mesure canadienne en cause est dans ce sens "neutre quant à l'origine"²⁸ et donc compatible avec l'article I:1.

16. Le Canada soutient qu'aucun des rapports établis par des groupes spéciaux qui ont examiné précédemment la question du traitement NPF au titre de l'article I:1 n'étaye la thèse du Groupe spécial selon laquelle il y aurait violation *de facto* de l'article I:1. Les faits de la cause sont différents de ceux des causes antérieures. En l'espèce, les véhicules automobiles importés en franchise au Canada proviennent de nombreux pays et les conditions qu'il faut remplir pour obtenir l'exemption des droits d'importation n'ont rien à voir avec l'origine de ces véhicules.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.33.

²⁷ MVTO de 1998, annexe, partie I, article 3.

²⁸ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 163.

2. Article 3.1 a) de l'Accord SMC

a) *Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"*

17. Selon le Canada, la mesure canadienne n'entre pas dans le cadre de la définition de "subvention" à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Il fait valoir que le critère pertinent pour savoir si la mesure est une "subvention" consiste à appliquer le texte de l'article 1.1 de l'Accord SMC dans son contexte ainsi qu'à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC. Pour ce qui est du contexte, le sens de l'article 1.1 a) ii) est circonscrit par la note de bas de page 1 de l'Accord SMC. Cette note de bas de page démontre que la renonciation aux droits d'importation frappant un produit ne sera pas toujours considérée comme une "subvention". L'élément-clé pour déterminer si une mesure est une "subvention" est que le montant des droits auquel il a été renoncé ne peut dépasser le montant des droits exigibles. La mesure canadienne s'apparente à la situation exposée dans la note de bas de page 1 de l'Accord SMC. Comme l'exemption ne peut jamais être supérieure au montant des droits qui aurait été exigible, elle ne constitue pas une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

b) *Question de savoir si la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation"*

18. Le Canada prétend que la mesure n'est pas subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Le Groupe spécial n'a même pas cherché à démontrer qu'il y avait subordination "selon les termes de la loi applicable". Il a plutôt eu recours à des "faits" hypothétiques. En examinant ces "faits", il a cessé de faire porter son analyse sur la subordination "en droit" pour s'intéresser plutôt à la subordination "en fait".

19. Le Canada fait remarquer que le Groupe spécial a constaté que l'exemption des droits d'importation est subordonnée à l'exportation parce que cette exemption est subordonnée au respect de certains rapports production-ventes. Le Groupe spécial a classé ces rapports en deux catégories: les rapports inférieurs à un pour un et les rapports de un pour un ou plus. Le Canada soutient que ni l'une ni l'autre de ces deux catégories de ratios n'a pour effet de créer une subordination "en fait" à l'exportation.

3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS

a) *Article I:1 de l'AGCS*

20. Selon le Canada, le Groupe spécial a eu tort de constater que la portée de l'AGCS s'étend à la mesure en cause. Il fait valoir que la portée de l'AGCS est définie à l'article premier de cet accord, qui

dispose que l'Accord s'applique aux "mesures ... qui affectent le commerce des services". Le Canada prétend que la mesure en cause n'affecte pas le commerce des services. En l'occurrence, il affirme que la mesure n'affecte pas la fourniture des services de distribution et qu'elle n'affecte pas les fournisseurs de services de distribution de gros en leur qualité de fournisseurs de services. Certes, l'exemption des droits d'importation "peut affecter"²⁹ le coût des marchandises. Toutefois, l'effet, si effet il y a, qu'elle peut avoir sur la fourniture des services de distribution est si "tenu"³⁰ que la mesure fait manifestement partie de la catégorie de mesures qui devrait être examinée exclusivement au titre du GATT de 1994.

b) *Article II:1 de l'AGCS*

21. Le Canada fait remarquer que les plaignants ont allégué qu'il y avait discrimination *de jure* et *de facto* au titre de l'article II:1 de l'AGCS. Pour donner raison aux plaignants, le Groupe spécial était tenu de dire en quoi la mesure accorde un traitement moins favorable à certains services et fournisseurs de services et d'indiquer de quelle manière ce traitement moins favorable est accordé aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de certains Membres. De l'avis du Canada, l'analyse du Groupe spécial ne démontre ni l'un ni l'autre.

22. Selon le Canada, il semble que le Groupe spécial ait constaté qu'il y avait discrimination à l'égard des services et des fournisseurs de services de "tout autre Membre" parce que l'exemption des droits d'importation était accordée à *certain*s fabricants de *quelques* Membres, bien que l'admissibilité à ce traitement reposât sur des critères "neutres quant à l'origine".³¹ Cette constatation pose problème parce qu'elle sous-entend que l'on établira toujours une constatation de discrimination sauf si tous les fabricants de tous les Membres remplissent les critères régissant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation. Si l'on s'en tient au raisonnement du Groupe spécial, il y aurait discrimination chaque fois qu'un fabricant d'un Membre n'est pas au nombre des fournisseurs de services admissibles. En outre, le Canada indique que l'analyse par le Groupe spécial de l'article II:1 fait abstraction du fait que la nationalité des fabricants et des grossistes peut changer à la suite de décisions commerciales qui sont du domaine privé.

²⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 115.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, paragraphe 163.

B. *Arguments des Communautés européennes – Intimé*

1. Article I:1 du GATT de 1994

23. De l'avis des Communautés européennes, la façon dont le Groupe spécial a interprété l'article I:1 du GATT de 1994 est correcte. Bien que la mesure en cause dans la présente affaire s'applique aux importateurs et qu'elle soit à première vue neutre quant à l'origine, le Groupe spécial a néanmoins constaté qu'une telle mesure pouvait accorder *de facto* un avantage aux produits originaires de certains pays.

24. Les Communautés européennes font valoir que l'incompatibilité *de facto* avec l'article I:1 du GATT de 1994 doit être établie au cas par cas. Lorsque l'on examine une allégation de violation *de facto*, il est nécessaire de prendre en considération tous les faits pertinents et de n'inférer une incompatibilité qu'à partir de l'ensemble des faits. En l'occurrence, le Groupe spécial a constaté à juste titre que les faits pertinents démontrent qu'il existe une incompatibilité *de facto*.

2. Article 3.1 a) de l'Accord SMC

a) *Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"*

25. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure constitue une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. L'article 1.1 a) ii) assimile à une "contribution financière" la situation dans laquelle des recettes publiques "normalement exigibles" sont abandonnées. En l'espèce, le gouvernement canadien a établi un critère normatif relativement aux droits de douane, qui sont des recettes publiques. L'exemption des droits d'importation s'écarte de cette norme. Par conséquent, la mesure constitue des recettes publiques "normalement exigibles" qui ont été abandonnées et, par voie de conséquence, elle constitue une "contribution financière". Comme la mesure confère aussi un "avantage" au sens de l'article 1.1 b), il s'agit d'une "subvention".

b) *Question de savoir si la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation"*

26. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial a conclu à juste titre que les termes des instruments juridiques pertinents révèlent que les prescriptions relatives au rapport production-ventes font en sorte que la mesure est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation, ce qui est contraire à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Le critère relatif à l'incompatibilité *de jure* comprend à la fois les instruments juridiques qui prévoient une subordination *expresse* à l'exportation

et ceux qui prévoient une subordination *implicite* à l'exportation, c'est-à-dire lorsque l'obligation d'exporter découle nécessairement de l'application des conditions énoncées dans la loi. La présente affaire appartient à cette dernière catégorie.

27. De l'avis des Communautés européennes, les prescriptions relatives au rapport production-ventes de un pour un ou plus et celles inférieures à un pour un créent une subordination "en droit" à l'exportation. Lorsque les proportions prescrites sont de un pour un ou plus, le fabricant concerné ne peut pas vendre de véhicules automobiles admis au Canada au bénéfice de l'exemption des droits d'importation sauf s'il exporte des véhicules automobiles pour une valeur équivalente. Lorsque les proportions prescrites sont inférieures à un pour un, les Communautés européennes s'accordent à penser comme le Canada que le fabricant concerné est habilité à vendre pour une certaine valeur de véhicules automobiles importés sous le régime de l'exemption des droits d'importation sans exporter. Néanmoins, elles font remarquer que la valeur des importations effectuées sous le régime de l'exemption des droits d'importation augmentera d'un montant équivalent à la valeur des exportations si le fabricant exporte effectivement. Par conséquent, la mesure est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation en raison des prescriptions en matière de proportion, ce qui est contraire à l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS

a) *Article I:1 de l'AGCS*

28. Selon les Communautés européennes, la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure canadienne affecte le commerce des services au sens de l'article premier de l'AGCS est exacte. Bien qu'il soit vrai que la mesure dont il est question en l'occurrence puisse affecter aussi bien les marchandises que les services, cela ne signifie pas qu'elle ne peut être examinée au titre de l'AGCS. Les Communautés européennes soutiennent que le critère idoine au titre de l'article I:1 de l'AGCS est simplement la question de savoir si la mesure en cause affecte la fourniture des services et que l'examen par le Groupe spécial de la mesure au titre de l'article II de l'AGCS comporte implicitement une appréciation de la question de savoir si la mesure affecte le commerce des services au sens de l'article premier de l'AGCS.

b) *Article II:1 de l'AGCS*

29. De l'avis des Communautés européennes, l'article II de l'AGCS concerne aussi bien la discrimination *de facto* que la discrimination *de jure*. Lorsque l'on examine une allégation de discrimination *de facto*, toute incompatibilité doit être inférée de l'ensemble des faits entourant la

mesure. En l'occurrence, le Groupe spécial a bien examiné ces faits et ceux-ci étayent la constatation voulant qu'il existe une discrimination *de facto*.

30. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure canadienne accorde un traitement moins favorable aux services et aux fournisseurs de services de quelques Membres par rapport à celui qu'elle accorde aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires d'autres Membres. Elles font valoir que, contrairement à ce que prétend le Canada, l'intégration verticale de l'industrie automobile n'exclut pas la possibilité que les conditions de concurrence relatives à la fourniture de services de commerce de gros soient affectées par la mesure. La constatation du Groupe spécial selon laquelle l'intégration verticale n'exclut pas la concurrence potentielle dans la relation grossiste-fabricant ni la concurrence effective dans la relation grossiste-détaillant est exacte. Cette constatation est confirmée par le fait que la vaste majorité des fournisseurs de services qui bénéficient de l'exemption des droits d'importation au titre de la mesure sont des fournisseurs de services des États-Unis. Par ailleurs, depuis 1989, aucun autre fournisseur de services ne peut bénéficier de l'exemption des droits d'importation.

C. *Arguments du Japon – Intimé*

1. Article I:1 du GATT de 1994

31. Le Japon maintient que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure canadienne est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 est exacte. Le Groupe spécial a bien interprété l'article I:1 en analysant la question de savoir si la mesure canadienne accorde, *de facto*, un traitement moins favorable aux produits similaires de certains Membres de l'OMC. Il a tenu compte de la possibilité que la limitation à certains importateurs de l'exemption des droits d'importation prévue par la mesure n'aboutisse à une discrimination *de facto*.

32. De l'avis du Japon, les faits de la cause démontrent que la mesure constitue un "avantage" au sens de l'article I:1 du GATT de 1994, avantage dont peuvent bénéficier les importations de véhicules automobiles originaires de quelques pays, mais dont ne peuvent bénéficier les importations de véhicules automobiles similaires originaires de *tous* les Membres de l'OMC. Cette discrimination existe parce que l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation est restreinte à un groupe limité de fabricants ainsi qu'en raison des pratiques d'achat intra-entreprise dans ce secteur. Par conséquent, le Groupe spécial a conclu à juste titre que la mesure canadienne est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.

2. Article 3.1 a) de l'Accord SMC

a) *Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"*

33. Selon le Japon, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure constitue une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. Les constatations voulant que la mesure constitue une "contribution financière" parce qu'il a été renoncé à des recettes publiques "normalement exigibles" et qu'un "avantage" existe également étayent la conclusion du Groupe spécial selon laquelle une "subvention" existe.

b) *Question de savoir si la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation"*

34. Le Japon estime que la mesure est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. En raison des proportions prescrites, il existe un lien conditionnel évident entre l'exemption des droits d'importation et l'exportation. Le Japon fait valoir que lorsque la proportion prescrite est de un pour un en plus, il faut exporter pour pouvoir bénéficier de l'exemption des droits d'importation. Pour un fabricant, la seule façon "économiquement viable"³² de respecter les proportions prescrites lorsqu'il importe des véhicules automobiles est d'exporter des véhicules qu'il a produits au Canada. Lorsque la proportion prescrite est inférieure à un pour un, il lui faut là encore exporter, bien que le Japon reconnaisse que la "pression" exercée dans ce cas soit "moindre".³³ Le Japon a illustré ces arguments à l'aide de formules mathématiques.

35. Selon le Japon, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions en matière de proportion, en tant que condition régissant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation, sont subordonnées "en droit" aux résultats à l'exportation, est exacte, étant donné que cette subordination peut être établie selon les termes des instruments juridiques pertinents. Ces instruments créent un "concept"³⁴ en vertu duquel l'exemption des droits d'importation prévue par la mesure est subordonnée aux résultats à l'exportation. La mesure est donc subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.

³² Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 71.

³³ *Ibid.*, paragraphe 73.

³⁴ *Ibid.*, paragraphe 85.

3. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS

a) *Article I:1 de l'AGCS*

36. De l'avis du Japon, la démarche suivie par le Groupe spécial pour répondre à la question de savoir si l'application de la mesure affecte le commerce des services au sens de l'article premier de l'AGCS est correcte. Le Groupe spécial ne s'est pas trompé lorsqu'il a constaté sur le fond que la mesure affecte le commerce des services au sens de l'article premier de l'AGCS. L'acceptation du terme "affectent" employé à l'article premier est large. La mesure affecte le commerce des services parce qu'elle influe sur "le coût et/ou la rentabilité"³⁵ des services connexes de commerce de gros.

b) *Article II:1 de l'AGCS*

37. Le Japon prétend que la mesure est incompatible avec l'obligation NPF énoncée à l'article II de l'AGCS. La constatation du Groupe spécial à cet égard est exacte. Le Groupe spécial s'est appuyé en partie sur le fait que la mesure place certains fournisseurs de services dans une situation économique ou concurrentielle désavantageuse. Il a reconnu que deux éléments doivent être examinés en ce qui concerne la fourniture des services de gros: les services de gros fournis aux fabricants et les services de gros fournis aux détaillants. De l'avis du Japon, le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'au sens de l'article II de l'AGCS, l'exemption des droits d'importation n'est offerte qu'à certains fournisseurs de services de gros et qu'elle n'est donc pas offerte aux fournisseurs de services similaires de tous les Membres de l'OMC.

D. *Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes – Appelant*

1. Article 3.1 a) de l'Accord SMC – Allégations des Communautés européennes concernant les prescriptions en matière de VCA

38. Selon les Communautés européennes, le Groupe spécial n'a pas examiné l'allégation des Communautés européennes selon laquelle les prescriptions en matière de VCA sont assimilables à une prescription de résultats à l'exportation prohibée au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Les Communautés européennes ont allégué devant le Groupe spécial que les prescriptions en matière de VCA ont pour effet de subordonner la subvention "en droit" et, à titre subsidiaire, "en fait", à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ou, seule autre possibilité, aux résultats à l'exportation.³⁶ Par conséquent, les prescriptions en matière de VCA sont incompatibles

³⁵ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 113.

³⁶ Les allégations figurent dans le rapport du Groupe spécial, aux paragraphes 6.497 à 6.500, 6.620 et 6.690.

avec la prohibition énoncée à l'article 3.1 a). Le Groupe spécial a eu tort de ne pas examiner la condition alternative que représente la prescription de résultats à l'exportation. Les Communautés européennes demandent à l'Organe d'appel de constater que certaines des prescriptions en matière de VCA sont subordonnées aux résultats à l'exportation.

2. Article 3.1 b) de l'Accord SMC

- a) *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

39. Les Communautés européennes font valoir que l'article 3.1 b) de l'Accord SMC prohibe les subventions qui sont subordonnées au respect d'une condition ayant pour effet de "privilégier"³⁷ l'utilisation de produits nationaux plutôt que de produits importés. La constatation restrictive du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) ne prohibe que l'octroi de subventions qui "obligent" le bénéficiaire à "utiliser effectivement" des produits nationaux constitue une erreur de droit.³⁸ De l'avis des Communautés européennes, l'interprétation donnée par le Groupe spécial permettrait de tourner les dispositions de l'article 3.1 b). Par ailleurs, même lorsque l'on applique le critère retenu par le Groupe spécial, dans certaines circonstances, les prescriptions en matière de VCA imposent en droit l'utilisation effective de produits nationaux. La constatation du Groupe spécial est donc erronée.

40. Les Communautés européennes font remarquer que l'article 3.1 b) prohibe l'octroi de subventions qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, "soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions". Ces termes visent la situation dans laquelle une subvention est soumise simultanément à deux ou plusieurs "conditions cumulatives". Toutefois, les Communautés européennes prétendent que ces termes peuvent également s'appliquer à une subvention qui est soumise à deux ou plusieurs conditions "alternatives", c'est-à-dire lorsque le respect de l'une ou de plusieurs de ces conditions confère le droit d'obtenir la subvention.³⁹ Selon elles, l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés imposée par le biais des prescriptions en matière de VCA constitue une condition alternative concernant l'obtention de l'exemption des droits d'importation prévue par la mesure. Cette condition alternative est une condition "en droit" de l'obtention de l'exemption des droits d'importation et elle est donc incompatible avec l'article 3.1 b) de l'Accord SMC.

³⁷ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 23.

³⁸ *Ibid.*, paragraphe 28.

b). *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

41. À titre subsidiaire, les Communautés européennes prétendent que les prescriptions en matière de VCA constituent une subvention qui est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. En formulant cette allégation, les Communautés européennes soutiennent que la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) ne s'applique pas à la subordination "en fait" est erronée.

42. De l'avis des Communautés européennes, la constatation du Groupe spécial est erronée parce qu'elle repose uniquement sur un aspect du contexte de l'article 3.1 b) et qu'elle fait abstraction du sens ordinaire, d'autres aspects contextuels, de l'objet et du but ainsi que de l'historique de la rédaction de cette disposition. Le sens ordinaire de l'article 3.1 b) n'exclut pas la subordination "en fait". De plus, en ce qui concerne le contexte, il est utile de savoir que l'article 3.1 b) a été inséré dans l'*Accord SMC* afin de préciser et de renforcer les disciplines existantes du GATT de 1994 concernant les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale. Par ailleurs, l'objet et le but de l'article 3.1 b) est d'empêcher le recours aux subventions qui encouragent le remplacement des produits importés par des produits nationaux. Si l'on s'en tenait à l'interprétation du Groupe spécial, on pourrait se soustraire aux prohibitions établies à l'article 3.1 b).

E. *Allégations d'erreur formulées par le Japon – Appelant*

1. Article 3.1 a) de l'*Accord SMC*

a) *Question de savoir si la mesure est "subordonnée ... en fait ... aux résultats à l'exportation"*

43. Le Japon en appelle éventuellement de la décision du Groupe spécial de ne pas établir de constatation concernant la question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation, contrairement aux dispositions de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*. Dans l'éventualité où l'Organe d'appel infirmerait la constatation du Groupe spécial selon laquelle la subvention est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation, le Japon prétend que le Groupe spécial a mal appliqué le principe d'économie jurisprudentielle et que l'Organe d'appel devrait examiner la question de savoir si la subvention est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation.

³⁹ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 44.

44. Selon le Japon, le Groupe spécial a établi certaines constatations qui sont pertinentes quant à la question de savoir si l'exemption des droits d'importation est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation. L'examen par le Groupe spécial des prescriptions en matière de proportion démontre que les "faits" relatifs à ces prescriptions permettent d'aboutir à la conclusion que l'exemption des droits d'importation est subordonnée aux résultats à l'exportation.

2. Article 3.1 b) de l'Accord SMC

- a) *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

45. Le Japon prétend que la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, contrairement aux dispositions de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. Le sens ordinaire de cette disposition démontre qu'un "élément-clé" du critère juridique applicable est la question de savoir si l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés "aboutirait" à l'octroi ou au maintien d'une subvention.⁴⁰ Cette interprétation est étayée par l'objet et le but de l'Accord SMC dans son ensemble et de l'article 3.1 b) en particulier.

46. Le Japon maintient qu'en l'occurrence, le recours à la VCA est l'une de plusieurs conditions qui, lorsqu'elles sont remplies, permettent d'obtenir l'exemption des droits d'importation. L'une des façons de satisfaire aux prescriptions en matière de VCA est d'utiliser des parties et des matières d'origine nationale. Selon le Japon, il *n'a pas* été démontré qu'il est possible de satisfaire aux prescriptions en matière de VCA sans utiliser des pièces et des matières d'origine nationale. Le Groupe spécial a évoqué la possibilité *hypothétique* qu'il en soit ainsi, mais le Canada n'a pas fourni suffisamment d'éléments de preuve pour réfuter le fait que les prescriptions en matière de VCA exigent l'utilisation de parties et de matières d'origine nationale. La constatation du Groupe spécial selon laquelle une subvention n'est pas subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés lorsque celle-ci peut être obtenue par d'autres moyens, bien que l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés soit effectivement l'un des moyens d'obtenir la subvention, pose problème. Si cette constatation est confirmée, les Membres de l'OMC pourront se soustraire à leurs obligations au titre de l'article 3.1 b) en ajoutant d'autres conditions qui ne sont pas liées à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

⁴⁰ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 7.

- b) *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

47. Le Japon fait valoir que l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* prohibe aussi bien les subventions qui sont subordonnées "en droit" que les subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. La constatation du Groupe spécial qui restreint la portée de l'application de l'article 3.1 b) aux subventions qui sont subordonnées "en droit" est erronée. Le Groupe spécial a constaté que l'emploi des mots "en droit ou en fait" à l'alinéa a) de l'article 3.1 de l'*Accord SMC* et l'absence des mêmes mots à l'alinéa b) du même article signifient que les rédacteurs de l'article 3.1 b) entendaient limiter la portée de cette disposition à la subordination "en droit". De l'avis du Japon, le Groupe spécial n'a pas tenu compte dans son raisonnement du sens ordinaire des termes de l'article 3.1 b). L'article 3.1 b) prohibe les subventions "subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés". Ces termes ne limitent pas expressément la portée de l'application de l'article 3.1 b) à la subordination "en droit". Faute d'une limitation expresse, l'article 3.1 b) doit être interprété comme s'appliquant aussi bien à la subordination "en droit" qu'à la subordination "en fait". L'emploi des mots "en droit ou en fait" à l'article 3.1 a) vise selon toute vraisemblance à "arrimer"⁴¹ la note de bas de page 4 de l'*Accord SMC*, dans laquelle on explique ce qu'on entend par subventions subordonnées "en fait" aux résultats à l'exportation. En outre, la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) ne prohibe que les subventions qui sont subordonnées "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ne tient pas compte de l'objet et du but de l'*Accord sur l'OMC* dans son ensemble ni de ceux de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.

48. Selon le Japon, lorsque l'on détermine si une subvention est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, la question qui se pose est celle de savoir si l'ensemble des faits entourant l'octroi de la subvention est tel qu'"en fait", la subvention sera accordée si le bénéficiaire utilise des produits nationaux de préférence à des produits importés. En ce qui concerne la mesure en cause ici, les faits pertinents démontrent que les fabricants ne peuvent satisfaire aux prescriptions en matière de VCA s'ils n'achètent pas au moins une certaine proportion de parties et de composants d'origine canadienne.

⁴¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 29.

F. *Arguments du Canada – Intimé*

1. Article 3.1 a) de l'Accord SMC

a) *Question de savoir si la mesure "est subordonnée ... en fait ... aux résultats à l'exportation"*

49. Selon le Canada, le Groupe spécial a bien appliqué le principe d'économie jurisprudentielle lorsqu'il a décidé de ne pas examiner la question de savoir si la mesure était subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation, au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Puisque le Groupe spécial a constaté qu'il y avait subordination "en droit", il avait la faculté de ne pas pousser plus loin son analyse. Il s'agit d'une application légitime du principe d'économie jurisprudentielle, qui n'est pas remise en cause par le fait que le Canada se soit pourvu en appel. Toutefois, si l'Organe d'appel se rallie à l'opinion du Canada sur la question de la subordination "en droit", la question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation se posera alors.

50. En ce qui concerne le bien-fondé du recours formé par le Japon, le Canada s'en tient aux arguments qu'il a présentés au sujet de cette question dans sa communication en tant qu'appelant. Dans cette communication, le Canada a fait valoir qu'aucun élément de preuve ne démontre que la mesure est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation.⁴²

b) *Allégation des Communautés européennes concernant les prescriptions en matière de VCA*

51. Le Canada évoque l'argument des Communautés européennes selon lequel les prescriptions en matière de VCA, en tant que condition régissant l'obtention de l'exemption des droits d'importation, sont, à titre subsidiaire, subordonnées à l'exportation. Il fait valoir que les Communautés européennes n'ont relevé aucune erreur de droit dans la décision du Groupe spécial de ne pas établir de constatation concernant cette question. Par ailleurs, les prescriptions en matière de VCA ne donnent pas lieu à une subvention qui serait subordonnée aux résultats à l'exportation, ni "en droit", ni "en fait". Rien dans le texte de la mesure ne donne à penser que celle-ci est subordonnée aux résultats à l'exportation et il n'existe aucun élément de preuve factuel démontrant que l'octroi de la subvention est lié de quelque manière que ce soit à l'exportation, ce qui serait contraire à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC.

⁴²*Supra*, paragraphe 19.

2. Article 3.1 b) de l'Accord SMC

- a) *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

52. De l'avis du Canada, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure n'est pas subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC. Le Groupe spécial a interprété comme il se doit le terme "subordonnées". Par contre, les Communautés européennes et le Japon cherchent à élargir l'acception de ce terme au-delà de son sens ordinaire. Les deux plaignants font valoir que l'article 3.1 b) de l'Accord SMC prohibe toute condition qui "favorise" ou "privilégie" l'utilisation de produits nationaux. Le Canada rétorque que cette interprétation n'est pas étayée par le texte de l'article 3.1 b).

53. Le Canada soutient que l'argument des plaignants selon lequel l'article 3.1 b) prohibe les subventions qui peuvent être obtenues si l'une de plusieurs conditions alternatives est remplie est sans fondement. À son avis, la position des plaignants ne cadre pas avec le sens ordinaire du terme "subordonnées". Si l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés était l'une de plusieurs conditions alternatives régissant l'obtention d'une subvention, celle-ci ne serait pas "subordonnée", par définition, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, puisqu'elle pourrait être obtenue sans utiliser des produits nationaux de préférence à des produits importés.

- b) *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

54. Le Canada estime par ailleurs que l'article 3.1 b) ne s'applique pas aux mesures qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. La constatation du Groupe spécial concernant cette question est exacte. De l'avis du Canada, le contexte offert par l'article 3.1 a) est déterminant. Comme les mots "en droit ou en fait" figurent à l'article 3.1 a), le fait qu'ils ne figurent pas à l'article 3.1 b) indique que celui-ci ne s'applique pas à la subordination "en fait".

55. Au demeurant, le Canada soutient que le Japon et les Communautés européennes n'ont pas réussi à établir que la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Comme le démontrent les éléments de preuve que le Canada a communiqués au Groupe spécial, il n'est pas impossible de satisfaire aux prescriptions en matière de VCA sans utiliser de produits canadiens.

G. *Participants tiers*

1. Corée

a) *Article I:1 du GATT de 1994*

56. La Corée fait valoir que la mesure canadienne est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle traite de manière discriminatoire les produits similaires de différentes origines. Bien que la mesure n'impose pas, à première vue, des conditions concernant l'origine des produits en cause, dans la pratique, l'exemption des droits d'importation n'a pas été accordée pour les produits similaires originaires de tous les Membres de l'OMC. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial a constaté à juste titre que le fait que l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation soit limitée à certains importateurs, conjugué au fait que le commerce des produits de l'industrie automobile s'effectue souvent entre sociétés d'un même groupe, crée une discrimination *de facto* à l'encontre de produits similaires en provenance de certains Membres de l'OMC.

b) *Article 3.1 a) de l'Accord SMC*

i) Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"

57. Selon la Corée, la mesure est une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. Les droits de douane constituent des recettes publiques et l'acte consistant à exempter une société du paiement des droits de douane est une exception aux règles normales. Par conséquent, la mesure se solde par l'abandon de recettes publiques "normalement exigibles", au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Comme un avantage est ainsi conféré, la mesure est une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

ii) Question de savoir si la mesure est subordonnée en droit ...
aux résultats à l'exportation

58. La Corée soutient que, comme l'a constaté le Groupe spécial, la mesure est "subordonnée en droit" aux résultats à l'exportation, au sens de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, en raison de l'application des prescriptions en matière de proportion. Le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'exemption des droits d'importation est subordonnée aux résultats à l'exportation, quelles que soient les proportions prescrites. Lorsque les proportions prescrites sont de 100:100 au plus, l'exemption des droits d'importation ne peut être obtenue à moins que la société n'exporte. Lorsque les proportions prescrites sont inférieures à 100:100, la valeur des importations qui peuvent être effectuées au titre de la mesure est encore directement subordonnée à la valeur des exportations. Ce résultat découle des

termes mêmes des instruments juridiques pertinents. En conséquence, la mesure est "subordonnée en droit" aux résultats à l'exportation, au sens de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

c) *Article 3.1 b) de l'Accord SMC*

59. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial a fait fausse route en concluant que la mesure ne constitue pas une subvention qui est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*, par suite de l'application des prescriptions en matière de VCA. Les prescriptions en matière de VCA sont l'une de plusieurs conditions régissant l'obtention de l'exemption des droits d'importation. Les prescriptions en matière de VCA peuvent être respectées en utilisant soit des produits canadiens, soit des facteurs de production canadiens autres que des produits, ou encore une combinaison des deux. Puisque l'utilisation de produits canadiens constitue l'un des moyens de satisfaire aux prescriptions en matière de VCA, la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.

d) *Articles I:1 et II:1 de l'AGCS*

i) *Article I:1 de l'AGCS*

60. La Corée fait valoir que, conformément à l'article premier de l'AGCS, la portée de cet accord s'étend à la mesure canadienne. Les termes "qui affectent", employés à l'article I:1 de l'AGCS, ont un sens large. En l'espèce, bien que la mesure ne régisse pas directement la fourniture de services, elle n'en modifie pas moins les conditions de concurrence relatives à la fourniture de services de commerce de gros. Elle tombe donc sous le coup de l'AGCS.

ii) *Article II:1 de l'AGCS*

61. La Corée soutient que le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure est incompatible avec l'article II:1 de l'AGCS parce qu'elle n'accorde pas un traitement non moins favorable aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires des autres Membres de l'OMC. En raison de son effet sur les conditions de concurrence, la mesure établit une discrimination *de facto* qui repose sur l'origine du service ou du fournisseur de services. De fait, la liste fermée des fournisseurs de services comprend presque exclusivement des fournisseurs de services des États-Unis et du Canada. En conséquence, quelques fournisseurs de services pour les véhicules automobiles de quelques Membres peuvent obtenir l'exemption des droits d'importation, tandis que ceux d'autres Membres ne le peuvent pas; les fournisseurs de services de certains Membres sont donc traités de manière moins favorable que les fournisseurs de services d'autres Membres.

2. États-Unis

62. Dans leur communication, les États-Unis indiquent qu'ils "portent le plus grand intérêt aux incidences systémiques des questions qui sont soulevées dans le présent appel".⁴³ Cependant, ils n'ont pas présenté d'argument concernant les questions de fond qui sont en jeu. Cela explique pourquoi l'on ne trouvera pas dans la présente section du rapport un résumé des arguments des États-Unis.

IV. Questions soulevées dans le présent appel

63. Le présent appel porte sur les questions suivantes:

- a) la question de savoir si le Groupe spécial a eu tort de conclure que le Canada agit de manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 en accordant l'avantage du régime d'admission en franchise aux véhicules automobiles originaires de certains pays, en application du MVTO de 1998 et des DRS, sans étendre immédiatement et sans condition cet avantage aux produits similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC;
- b) la question de savoir si le Groupe spécial a eu tort de conclure que le Canada agit de manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* en accordant une subvention qui est subordonnée en droit aux résultats à l'exportation, en raison de l'application des prescriptions en matière de proportion, lesquelles constituent l'une des conditions déterminant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation pour les véhicules automobiles, conformément au MVTO de 1998 et aux DRS;
- c) la question de savoir si le Groupe spécial a eu tort de ne pas examiner l'allégation subsidiaire des Communautés européennes selon laquelle l'exemption des droits d'importation, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, lesquelles constituent l'une des conditions relatives à l'exemption des droits d'importation, constitue une subvention subordonnée aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*;
- d) la question de savoir si le Groupe spécial a eu tort de conclure que les Communautés européennes et le Japon n'avaient pas démontré que le Canada agissait de manière

⁴³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, page 1.

incompatible avec ses obligations au titre de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* en accordant une subvention qui est subordonnée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, lesquelles constituent l'une des conditions déterminant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation pour les véhicules automobiles, conformément au MVTO de 1998 et aux DRS;

- e) la question de savoir si le Groupe spécial a fait fausse route dans son interprétation de l'article premier de l'AGCS, et s'il a eu tort de conclure que le Canada agit de manière incompatible avec l'article II de l'AGCS en n'accordant pas immédiatement et sans condition aux services et aux fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires de tout autre pays, en ce qui concerne l'exemption des droits d'importation accordée à un nombre limité de fabricants/grossistes de véhicules automobiles, en application du MVTO de 1998 et des DRS.

V. Article I:1 du GATT de 1994

64. Le Canada en appelle de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il agit de manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 en accordant l'avantage d'un régime d'admission en franchise aux véhicules automobiles originaires de certains pays, en application du MVTO de 1998 et des DRS, sans étendre cet avantage immédiatement et sans condition aux véhicules automobiles similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC.⁴⁴

65. Le Canada prétend que le Groupe spécial a mal appliqué l'article I:1 à la mesure. À son avis, celui-ci a "simplement déterminé que la discrimination *de facto* était envisagée à l'article I:1 du GATT de 1994 et il a décidé d'examiner plusieurs éléments sans justifier en droit la portée de son examen".⁴⁵ Ces éléments comprenaient, selon le Canada, des données empiriques non pertinentes sur le marché des véhicules automobiles et les aspects historiques de la mesure.⁴⁶ Le Canada estime que

⁴⁴ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 1 et 2.

⁴⁵ *Ibid.*, paragraphe 20.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphe 21.

le Groupe spécial aurait plutôt dû fonder son examen sur une interprétation orthodoxe du texte de l'article I:1 ainsi que sur le droit et la pratique de l'OMC.⁴⁷

66. D'après le Canada, l'article I:1 n'interdit pas l'imposition de "conditions d'importation neutres quant à l'origine qui s'appliquent aux *sociétés* plutôt qu'aux *produits qu'elles importent*". Il soutient que les conditions sont neutres quant à l'origine lorsqu'elles "n'imposent pas de limitation quant à l'origine des produits qui peuvent être importés par ces sociétés".⁴⁸ Statuer autrement, selon lui, reviendrait à tenir les gouvernements responsables des décisions prises par des entités commerciales privées en matière d'approvisionnement et donc à soumettre les obligations entre États à des "situations éphémères" qui échappent au contrôle des pouvoirs publics.⁴⁹ De l'avis du Canada, le volume et la part des échanges de véhicules automobiles qui proviennent de pays étrangers donnés du fait de la mesure sont dénués de pertinence aux fins de l'article I:1.⁵⁰

67. La conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 repose sur deux éléments principaux. Premièrement, le Groupe spécial a observé que l'article I:1 s'applique à la discrimination *de facto* et qu'il peut viser des mesures qui limitent à certains importateurs seulement l'avantage conféré par l'exemption des droits d'importation.⁵¹ Deuxièmement, il a reconnu, de fait, que le commerce des produits de l'industrie automobile au Canada est "essentiellement, sinon exclusivement, un commerce "intra-entreprise"⁵². Le Groupe spécial a poursuivi son raisonnement en disant que:

... dans le contexte d'un commerce intra-entreprise, la limitation de la possibilité de bénéficier de l'exemption des droits d'importation à certains fabricants, y compris des filiales à 100 pour cent de sociétés implantées dans un très petit nombre de pays tiers, établit une discrimination quant à l'origine des produits qui bénéficient de l'exemption des droits.⁵³

⁴⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 23.

⁴⁸ *Ibid.*, paragraphe 27.

⁴⁹ *Ibid.*, paragraphes 38 et 51.

⁵⁰ *Ibid.*, paragraphes 31 et 32.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.38 et 10.40.

⁵² *Ibid.*, paragraphe 10.42.

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 10.45.

Le Groupe spécial a conclu que cette discrimination est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.⁵⁴

68. Pour étayer cette constatation, le Groupe spécial a examiné le nombre total et les parts de véhicules automobiles importés au Canada en provenance de divers pays et il a déduit que ces statistiques "ne permet[taient] pas de conclure que l'exemption des droits d'importation [était] accordée de façon égale aux produits similaires d'origine différente".⁵⁵ Il a également examiné le contexte historique de la mesure. Le Groupe spécial a constaté que l'exemption des droits d'importation

... découle d'un accord bilatéral conclu entre le Canada et les États-Unis en vue de régler un différend déjà ancien entre ces deux pays concernant le commerce des produits de l'industrie automobile. Cet accord visait notamment à assurer la rationalisation de la production sur le marché nord-américain. Du point de vue du Canada, cela impliquait l'octroi d'exemptions de droits d'importation pour encourager les sociétés américaines fabriquant des véhicules automobiles à accroître leurs opérations de production au Canada. Nous estimons donc qu'au départ, l'exemption des droits d'importation était censée bénéficier principalement à des importations en provenance de sources déterminées.⁵⁶

69. S'agissant de l'appel, la question dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'exemption des droits d'importation accordée par cette mesure est compatible avec les obligations du Canada au titre de l'article I:1 du GATT de 1994. Nous sommes confrontés à la tâche difficile d'interpréter certains aspects du principe de la "nation la plus favorisée" ("NPF"), qui a été pendant longtemps la pierre angulaire du GATT et qui est l'un des piliers du système commercial de l'OMC.

70. En examinant la mesure en cause, nous notons que l'exemption des droits d'importation est accordée par le Canada pour les importations de certains véhicules automobiles, mais non pour les importations de tous les véhicules automobiles. Nous observons tout d'abord que le Tarif des douanes du Canada dispose qu'un véhicule automobile qui entre au Canada est normalement frappé d'un taux de droit NPF de 6,1 pour cent.⁵⁷ C'est également le taux *ad valorem* consolidé qui figure dans la Liste

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.50.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 10.48.

⁵⁶ *Ibid.*, paragraphe 10.49.

⁵⁷ *Supra*, note de bas de page 19.

de concessions du Canada annexée à l'*Accord sur l'OMC*.⁵⁸ Le MVTO de 1998 et les DRS modifient ce taux en accordant une exemption des droits d'importation pour les véhicules automobiles importés par certains fabricants qui satisfont à certaines prescriptions en matière de proportion et de VCA.⁵⁹ Le MVTO de 1998 accorde l'exemption des droits d'importation sous la forme d'une "réduction du taux des droits de douane", le Tarif des douanes modifié prévoyant l'admission "en franchise".⁶⁰ Les DRS accordent l'exemption des droits d'importation sous la forme d'une "remise" intégrale des droits.⁶¹

71. Bien que la mesure n'impose à première vue aucune restriction formelle quant à l'*origine* du véhicule automobile importé, le Groupe spécial a constaté que, dans la pratique, les grands constructeurs automobiles au Canada importaient uniquement leurs propres marques et celles des sociétés apparentées.⁶² Ainsi, selon le Groupe spécial,

... General Motors (Canada) importe uniquement des véhicules de GM et ceux de ses sociétés affiliées; Ford (Canada) importe uniquement des véhicules de Ford et de ses sociétés affiliées; il en va de même pour Chrysler et pour Volvo. Toutes ces quatre sociétés ont rempli les conditions requises pour bénéficier de l'exemption des droits d'importation. Par contre, d'autres sociétés automobiles au Canada, comme Toyota, Nissan, Honda, Mazda, Subaru, Hyundai, Volkswagen et BMW, qui toutes importent aussi uniquement des véhicules de sociétés apparentées, ne bénéficient pas de l'exemption de droits.⁶³

72. Par conséquent, le Groupe spécial a estimé que, dans la pratique, un véhicule automobile importé au Canada se voit accorder l'"avantage" de l'exemption des droits d'importation uniquement s'il est originaire d'un pays parmi un petit nombre de pays dans lequel un exportateur de véhicules automobiles est affilié à un fabricant/importateur au Canada qui a été désigné comme ayant droit d'importer des véhicules automobiles en franchise en vertu du MVTO de 1998 ou d'un DRS.

⁵⁸ Liste V du Canada, chapitre 87, *Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, fait à Marrakech, le 15 avril 1994.

⁵⁹ Le régime d'exemption des droits d'importation est expliqué aux paragraphes 7 à 14 du présent rapport.

⁶⁰ MVTO de 1998, parties 1 et 2.

⁶¹ Voir, par exemple, le Décret de remise visant CAMI Automotive Inc., TR/89-26, article 3.

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.43.

⁶³ *Ibid.*

73. Depuis 1989, aucun fabricant ne bénéficiant pas déjà de l'exemption des droits d'importation sur les véhicules automobiles n'a été en mesure de remplir les conditions requises aux termes du MVTO de 1998⁶⁴ ou d'un DRS. La liste des fabricants pouvant bénéficier de l'exemption des droits d'importation a été close par le Canada en 1989, conformément à ses obligations au titre de l'ALE.⁶⁵

74. Donc, en résumé, bien que le Tarif des douanes du Canada prévoit qu'un véhicule automobile entrant au Canada est normalement frappé d'un taux de droit NPF de 6,1 pour cent, ce même véhicule automobile a l'"avantage" d'être admis au Canada en franchise lorsqu'il est importé par un fabricant visé par le MVTO de 1998 ou par les DRS.⁶⁶

75. Pour déterminer si cette mesure est compatible avec l'article I:1 du GATT de 1994, nous commençons notre analyse de la manière habituelle, c'est-à-dire en examinant les termes du traité. Les dispositions pertinentes de l'article I:1 se lisent ainsi:

Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de tous les autres Membres. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation ... (pas d'italique dans l'original)

76. L'applicabilité de certains éléments de l'article I:1 n'est pas contestée en l'espèce. Premièrement, les parties ne contestent pas que l'exemption des droits d'importation est un "avantage, [une] faveur, [un] privilège ou [une] immunité accordé par un Membre à un produit".⁶⁷ Deuxièmement, il n'est pas contesté que des véhicules automobiles, mais pas tous les véhicules automobiles, importés de certains Membres bénéficient de l'exemption des droits d'importation, et que des véhicules automobiles similaires, mais pas tous les véhicules automobiles similaires, importés de certains autres Membres n'en bénéficient pas.⁶⁸ Troisièmement, il n'a pas été fait appel de

⁶⁴ MVTO de 1998, annexe, partie I, article 3.

⁶⁵ *Supra*, note de bas de page 17 et paragraphe 14.

⁶⁶ En supposant, comme nous l'avons dit plus haut, que ce pays bénéficie du taux NPF au Canada.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.16.

⁶⁸ *Ibid.*, paragraphes 10.32, 10.33 et 10.36.

l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'expression "sans condition" renvoie aux avantages soumis à des conditions pour ce qui est "de la situation ou du comportement" des pays exportateurs.⁶⁹

77. Il reste une grande question litigieuse: l'exemption des droits d'importation accordée par la mesure aux véhicules automobiles originaires de quelques pays dans lesquels sont établies des filiales de certains fabricants désignés au titre de la mesure a-t-elle également été accordée aux véhicules automobiles similaires en provenance de tous les autres Membres, conformément à l'article I:1 du GATT de 1994?

78. En abordant cette question, nous observons dans un premier temps que les termes de l'article I:1 n'en restreignent pas la portée aux seules situations dans lesquelles le refus d'accorder un "avantage" aux produits similaires de tous les autres Membres ressort à *première vue* de la mesure ni à celles où il peut être démontré en s'appuyant sur les termes de la mesure. Ni l'expression "*de jure*" ni l'expression "*de facto*" ne figurent à l'article I:1. Néanmoins, nous observons que l'article I:1 ne vise pas uniquement la discrimination "en droit" ou *de jure*. Comme il a été confirmé dans plusieurs rapports de groupes spéciaux du GATT, l'article I:1 vise aussi la discrimination "de fait" ou *de facto*.⁷⁰ Comme le Groupe spécial, nous ne pouvons retenir l'argument du Canada selon lequel l'article I:1 ne s'applique pas aux mesures qui sont, à première vue, "neutres quant à l'origine".⁷¹

79. Nous notons dans un deuxième temps que l'article I:1 exige que "*tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre à un produit originaire ou à destination de tout autre pays s[oi]ent immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de tous les autres Membres*". (pas d'italique dans l'original) Les termes de

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.23.

⁷⁰ Nous relevons, cependant, que les mesures examinées dans ces rapports sont différentes de la mesure en cause dans la présente affaire. Deux de ces rapports portent sur des questions de produits "similaires": rapport du groupe spécial *Espagne – Régime tarifaire appliqué au café non torréfié*, L/5135, adopté le 11 juin 1981, IBDD, S28/108; rapport du groupe spécial *Canada/Japon – Droit de douane appliqué aux importations de bois d'œuvre d'épicéa, de pin et de sapin (EPS) coupé à dimensions*, L/6470, adopté le 19 juillet 1989, IBDD, S36/184. Dans la présente affaire, comme nous l'avons dit, personne ne conteste que les véhicules automobiles bénéficiant de l'exemption des droits d'importation sont des produits "similaires". Par ailleurs, deux autres rapports portent sur des mesures qui, à première vue, établissaient une discrimination strictement en fonction de l'"origine", de telle sorte que, quel que soit le moment, soit *tous* les produits d'une origine donnée se voyaient conférer un avantage, soit *aucun* produit d'une origine donnée n'en bénéficiait. Voir le rapport du groupe spécial *Allocations familiales belges*, G/32, adopté le 7 novembre 1952, IBDD, S1/63; rapport du groupe spécial *Communauté économique européenne - Importations de viande de bœuf en provenance du Canada*, L/5099, adopté le 10 mars 1981, IBDD, S28/97. En l'occurrence, les véhicules automobiles importés au Canada ne sont pas désavantagés dans le même sens.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.40.

l'article I:1 ne désignent pas *des* avantages accordés en ce qui "concerne" les sujets qui entrent dans le champ d'application de l'article, tel qu'il a été défini, mais "*tous avantages*"; accordés non pas à *des* produits, mais à "*un produit*", c'est-à-dire à n'importe quel produit; et non pas aux produits similaires en provenance *d'autres* Membres, mais aux produits similaires originaires ou à destination de "*tous les autres*" Membres.

80. Nous notons aussi la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, dans la pratique, un véhicule automobile importé au Canada se voit accorder l'"avantage" de l'exemption des droits d'importation uniquement s'il est originaire d'un pays parmi un petit nombre de pays dans lequel un exportateur de véhicules automobiles est affilié à un fabricant/importateur au Canada qui a été désigné comme ayant droit d'importer des véhicules automobiles en franchise en vertu du MVTO de 1998 ou d'un DRS.

81. Ainsi, aussi bien suivant le texte de la mesure que d'après les conclusions du Groupe spécial sur les modalités d'application de la mesure, il est évident pour nous qu'en ce qui "concerne les droits de douane ... perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation ...", le Canada a conféré un "avantage" à des produits en provenance de Membres qu'il n'a pas "étendu immédiatement et sans condition" aux produits "similaire[s] originaire[s] ou à destination du territoire de *tous les autres Membres*". (pas d'italique dans l'original) Et nous concluons que cela n'est pas compatible avec les obligations du Canada au titre de l'article I:1 du GATT de 1994.

82. Le contexte dans lequel l'article I:1 s'inscrit dans le GATT de 1994 étaye cette conclusion. Mis à part l'article I:1, le GATT de 1994 renferme plusieurs clauses de "type NPF" qui traitent de diverses questions.⁷² L'existence même de ces autres clauses démontre le caractère omniprésent du principe NPF de non-discrimination.

83. Les rédacteurs ont également prévu diverses exceptions au principe NPF dans le GATT de 1947 qui subsistent dans le GATT de 1994.⁷³ Le Canada a invoqué l'une de ces exceptions devant le Groupe spécial, concernant les unions douanières et les zones de libre-échange au titre de l'article XXIV. Cette justification a été rejetée par le Groupe spécial et le Canada n'en a pas appelé

⁷² Celles-ci portent sur des questions telles que les prescriptions intérieures concernant les mélanges (article III:7); les œuvres cinématographiques (article IV b)); les marchandises en transit (article V:2, 5 et 6); les marques d'origine (article IX:1); les restrictions quantitatives (article XIII:1); les mesures en faveur du développement économique (article XVIII:20); et les mesures concernant les produits pour lesquels se fait sentir une pénurie (article XX j)).

⁷³ Mentionnons à titre d'exemples les articles XX (exceptions générales), XXI (exceptions concernant la sécurité) et XXIV (unions douanières et zones de libre échange).

des constatations du Groupe spécial concernant l'article XXIV. Il n'a invoqué aucune autre disposition du GATT de 1994 ni aucun autre accord visé qui justifierait l'incompatibilité de l'exemption des droits d'importation avec l'article I:1 du GATT de 1994.

84. L'objet et le but de l'article I:1 étayent notre interprétation. Cet objet et ce but consistent à interdire la discrimination à l'égard de produits similaires originaires ou à destination de différents pays. La prohibition de la discrimination qui est faite à l'article I:1 sert aussi d'incitation lorsqu'il s'agit d'étendre à tous les autres Membres sur une base NPF les concessions négociées réciproquement.

85. La mesure maintenue par le Canada accorde l'exemption des droits d'importation à certains véhicules automobiles entrant au Canada en provenance de certains pays. Ces véhicules automobiles privilégiés sont importés par un nombre limité de fabricants désignés qui sont tenus de remplir certaines conditions en matière de résultats. Dans la pratique, cette mesure n'accorde pas immédiatement et sans condition la même exemption des droits d'importation aux véhicules automobiles similaires de *tous* les autres Membres, comme l'exige l'article I:1 du GATT de 1994. L'avantage lié à l'exemption des droits d'importation est accordé pour certains véhicules automobiles originaires de certains pays sans être accordé aux véhicules automobiles similaires en provenance de *tous* les autres Membres. En conséquence, nous constatons que cette mesure n'est pas compatible avec les obligations du Canada au titre de l'article I:1 du GATT de 1994.

86. Nous confirmons donc la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le Canada agit de manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 en accordant l'avantage lié à l'exemption des droits d'importation aux véhicules automobiles originaires de certains pays, en application du MVTO de 1998 et des DRS, avantage qui n'est pas étendu immédiatement et sans condition aux produits similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC.

VI. Article 3.1 a) de l'Accord SMC

A. Question de savoir si la mesure constitue une "subvention"

87. Le Canada en appelle de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure est une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.⁷⁴ Selon lui, la mesure ne l'amène pas à renoncer à des "recettes publiques normalement exigibles", pour reprendre les termes de l'article 1.1.⁷⁵

⁷⁴ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 57.

⁷⁵ *Ibid.*, paragraphe 60.

Le Canada fait valoir que l'exemption des droits d'importation en cause ici ne peut être assimilée automatiquement à une exonération fiscale, comme celle qui était en cause dans l'affaire *États-Unis - Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"* ("*États-Unis - FSC*").⁷⁶ Pour le Canada, l'exemption des droits d'importation ne devrait être considérée comme une "subvention" que si elle est *supérieure* au montant des droits qui aurait été "exigible".⁷⁷ Il soutient, en outre, que la plupart des véhicules automobiles bénéficiant de l'exemption des droits d'importation auraient pu être importés au Canada en franchise dans le cadre de l'ALENA.⁷⁸

88. Le Groupe spécial a constaté que la mesure conduit à l'abandon de "recettes publiques normalement exigibles", au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, et qu'elle constitue donc une "contribution financière".⁷⁹ Pour le Groupe spécial, l'argument du Canada qui veut que "si une exemption des droits d'importation était nécessairement considérée comme un abandon de recettes, une subvention existerait chaque fois qu'un Membre de l'OMC accorde des préférences généralisées ou des ristournes de droits de douane"⁸⁰ est dénué de pertinence. Le Groupe spécial a dit que "ces exemples avancés par le Canada comportent des considérations factuelles et juridiques différentes de celles de la présente affaire".⁸¹ En outre, le Groupe spécial a constaté qu'un "avantage" est conféré par cette "contribution financière".⁸² Il a donc conclu qu'il y a "subvention" au sens de l'article 1.1.

89. Pour examiner cette conclusion dans le cadre du présent appel, nous nous penchons d'abord sur le libellé de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, qui dit, entre autres, qu'une "subvention" existe s'"il y a une contribution financière des pouvoirs publics ... et si un avantage est ainsi conféré". Une "contribution financière" est réputée exister, entre autres, lorsque "des recettes publiques *normalement exigibles* sont abandonnées ou ne sont pas perçues".⁸³ (pas d'italique dans l'original)

⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000; communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 69.

⁷⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 72.

⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 73.

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.163.

⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 10.162.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, paragraphe 10.165.

⁸³ Article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

90. Le fait que les droits d'importation sont des "recettes publiques" et que l'exemption des droits d'importation accordée par cette mesure confère un "avantage" aux bénéficiaires au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* n'est pas contesté. Le point qui est contesté est la question de savoir si "des recettes publiques *normalement exigibles sont abandonnées*", au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*. Dans le cadre de l'affaire *États-Unis – FSC*, nous avons dit ce qui suit au sujet de la mesure fiscale des États-Unis qui était en cause dans ce différend:

À notre avis, l'"abandon" de recettes "*normalement exigibles*" signifie que les pouvoirs publics se sont procurés moins de recettes qu'ils ne l'auraient fait dans une situation différente, c'est-à-dire "normalement". En outre, le terme "abandonnées" donne à penser que les pouvoirs publics ont renoncé à un droit de se procurer des recettes qu'ils auraient "normalement" pu se procurer. Cela ne peut pas, cependant, être un droit abstrait, car les pouvoirs publics pourraient, en théorie, imposer *toutes* les recettes. Il doit donc y avoir un point de référence normatif défini permettant de faire une comparaison entre les recettes que l'on s'est effectivement procurées et les recettes que l'on se serait "normalement" procurées. Par conséquent, nous sommes d'accord avec le Groupe spécial lorsqu'il dit que l'expression "normalement exigibles" suppose une comparaison entre les recettes exigibles en vertu de la mesure contestée et les recettes qui seraient exigibles dans une autre situation. Nous pensons aussi comme le Groupe spécial que les règles en matière d'imposition appliquées par le Membre en question doivent constituer la base de comparaison. (...) Ce qui est "normalement exigible" dépend donc des règles en matière d'imposition que chaque Membre choisit d'établir pour lui-même.⁸⁴

91. Les principes énoncés dans cette affaire s'appliquent également ici. Nous notons, une fois de plus, que le Canada a établi un taux de droit NPF de 6,1 pour cent qui s'applique normalement aux importations de véhicules automobiles.⁸⁵ Si ce n'était de l'exemption des droits d'importation, ce droit serait acquitté pour les importations de véhicules automobiles. Ainsi, en raison de la mesure en cause, le gouvernement du Canada a "renoncé à un droit de se procurer des recettes qu'il aurait "normalement pu se procurer", pour reprendre les termes que nous avons utilisés dans l'affaire *États-Unis – FSC*.⁸⁶ Plus précisément, avec l'exemption des droits d'importation, le Canada n'a pas tenu compte du "point de référence normatif défini" qu'il s'était lui-même fixé en ce qui concerne les droits d'importation applicables aux véhicules automobiles selon son taux NPF normal et, ce faisant, il a renoncé à des "recettes publiques normalement exigibles".

⁸⁴ *Supra*, note de bas de page 76, paragraphe 90.

⁸⁵ *Supra*, note de bas de page 19.

⁸⁶ *Supra*, note de bas de page 76, paragraphe 90.

92. Le Canada fait valoir que la mesure "s'apparente" à la situation exposée dans la note de bas de page 1 de l'*Accord SMC*, qui dispose que "l'exonération, en faveur d'un produit exporté, des droits ou taxes qui frappent le produit similaire lorsque celui-ci est destiné à la consommation intérieure, ou la remise de ces droits ou taxes à concurrence des montants dus ou versés, ne seront pas considérés comme une subvention". Nous ne partageons pas cet avis. La note de bas de page 1 de l'*Accord SMC* traite des exonérations ou des remises de droits ou de taxes en faveur des produits *exportés*. La mesure en cause s'applique, au contraire, aux *importations* de véhicules automobiles qui sont vendus aux fins de consommation au Canada. Pour cette raison, nous estimons que la note de bas de page 1 ne concerne pas l'exemption des droits d'importation en cause dans la présente affaire.

93. À notre avis, il n'est pas utile non plus de savoir que les véhicules automobiles bénéficiant de l'exemption des droits d'importation peuvent être admis en franchise au Canada s'ils sont importés en application des dispositions de l'ALENA. Le régime d'admission en franchise prévu par l'ALENA n'est pas en cause ici. La mesure en cause dans le présente affaire est l'exemption des droits d'importation accordée au titre du MVTO de 1998 et des DRS.

94. Pour les raisons qui précèdent, nous confirmons la constatation du Groupe spécial selon laquelle des "recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées" et selon laquelle la mesure constitue une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.⁸⁷

B. *Question de savoir si la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation"*

95. Le Canada en appelle de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure est une subvention qui est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation" au sens de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*. Il fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en interprétant mal la définition de "subordonnées" et il allègue que celui-ci n'a "même pas cherché à démontrer qu'il y avait subordination "selon les termes de la loi applicable" ...; le Groupe spécial aurait plutôt eu recours à des "faits" hypothétiques".⁸⁸ Le Canada soutient donc que le Groupe spécial a eu tort de constater que la mesure est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation parce que celui-ci a procédé à une

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.170.

⁸⁸ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 77.

analyse "hypothétique" de certains éléments factuels.⁸⁹ Par ailleurs, il affirme que les faits relatifs à la mesure ne démontrent pas qu'il y a subordination *de facto* aux résultats à l'exportation.⁹⁰

96. Le Groupe spécial a conclu que la subvention accordée par la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation" au sens de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.⁹¹ Pour effectuer son analyse, le Groupe spécial a examiné les prescriptions en matière de proportion, mais non les prescriptions en matière de VCA⁹², que comportent la mesure prévue par le MVTO de 1998 et les DRS. Il a constaté que "le MVTO de 1998 et les DRS montrent, à première vue, que l'exemption des droits d'importation est subordonnée aux résultats à l'exportation ...".⁹³

97. Les dispositions pertinentes de l'article 3.1 de l'*Accord SMC* se lisent ainsi:

Exception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées:

- a) subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation, y compris celles qui sont énumérées à titre d'exemple dans l'Annexe I;

...

(notes de bas de page omises)

98. Dans l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("*Canada - Aéronefs*"), nous avons dit que le mot-clé de l'article 3.1 a) est "subordonnées":

... la connotation ordinaire du terme "subordonné" est "conditionnel" ou "dépendant, pour exister, de quelque chose d'autre". Cette interprétation courante du terme "subordonné" est corroborée par le texte de l'article 3.1 a), qui établit un lien explicite entre la "subordination" et la "conditionnalité" en indiquant que la

⁸⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 78.

⁹⁰ *Ibid.*, paragraphe 80.

⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.201.

⁹² Le fait que le Groupe spécial n'a pas examiné l'allégation formulée par les Communautés européennes au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* concernant les prescriptions en matière de VCA est examiné dans la section VII du présent rapport.

⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.192.

subordination aux exportations peut être une *condition* exclusive ou une *condition* "parmi plusieurs autres".⁹⁴ (note de bas de page omise)

99. Bien que l'affaire *Canada – Aéronefs* portât sur une subvention qui était subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation, nous avons dit dans cette affaire que "le critère juridique exprimé par le terme "subordonnées" est le même pour la subordination *de jure* et *de facto*".⁹⁵ Par ailleurs, nous avons dit:

Il y a une différence, toutefois, en ce qui concerne les éléments de preuve pouvant être utilisés pour établir qu'une subvention est subordonnée aux exportations. L'existence d'une subordination *de jure* aux exportations est démontrée sur la base du libellé de la législation, de la réglementation ou d'un autre instrument juridique pertinent. Il est beaucoup plus difficile de prouver l'existence d'une subordination *de facto* aux exportations. Il n'y a pas un seul document juridique qui démontre, à première vue, qu'une subvention est "subordonnée ... en fait ... aux résultats à l'exportation". De ce fait, l'existence de ce rapport de subordination, entre la subvention et les résultats à l'exportation, doit être *déduite* de la configuration globale des faits constituant et entourant l'octroi de la subvention, dont aucun ne sera probablement à lui seul déterminant dans un cas donné.⁹⁶

(italique dans l'original; non souligné dans l'original)

100. Nous commençons par ce que nous avons dit précédemment. À notre avis, une subvention est subordonnée "en droit" aux résultats à l'exportation lorsque l'existence de cette condition peut être démontrée en s'appuyant sur les termes mêmes de la loi, du règlement ou de l'autre instrument juridique pertinent qui constitue la mesure. Le cas le plus simple – et donc peut-être rare de ce fait – est celui où l'obligation d'exporter est énoncée expressément en toutes lettres dans le texte de la loi, du règlement ou d'un autre instrument juridique. Toutefois, nous estimons qu'on peut également dire à juste titre qu'une subvention est subordonnée *de jure* à l'exportation lorsque l'obligation d'exporter figure clairement, quoique implicitement, dans l'instrument qui renferme la mesure. Par conséquent, pour qu'une subvention soit subordonnée *de jure* à l'exportation, il n'est pas toujours nécessaire qu'il soit indiqué *expressis verbis* dans l'instrument juridique sur lequel elle repose que celle-ci est offerte uniquement si la condition que constituent les résultats à l'exportation est remplie. Cette

⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 166.

⁹⁵ *Ibid.*, paragraphe 167.

⁹⁶ *Ibid.*

conditionnalité peut aussi découler nécessairement, par implication, des termes effectivement employés dans la mesure.

101. En l'occurrence, le principal instrument juridique dans lequel sont énoncées les prescriptions en matière de proportion est le MVTO de 1998. Le Groupe spécial a constaté que, en ce qui concerne les quatre fabricants automobiles qui bénéficient du MVTO, le MVTO de 1998 est le *seul* instrument juridique énonçant des prescriptions en matière de proportion.⁹⁷ Pour ce qui est des fabricants qui bénéficient des DRS, chaque DRS prescrit une proportion précise à l'intention de la société visée par le décret.⁹⁸

102. Le Groupe spécial a constaté, *de facto*, que:

... les proportions prescrites pour les bénéficiaires du MVTO de 1998 sont, "en règle générale", de 95:100 pour les automobiles, d'au moins 75:100 pour les véhicules commerciaux spécifiés et d'au moins 75:100 pour les autobus. En ce qui concerne, spécifiquement, les quatre fabricants de véhicules automobiles bénéficiaires du MVTO de 1998, le Canada a déclaré, en réponse à une question du Groupe spécial, que les proportions prescrites sont confidentielles. Il ajoute que ces proportions varient entre 80:100 et 90:100, la moyenne des quatre chiffres étant d'environ 95:100. Nous notons aussi que dans les DRS publiés avant 1997, la proportion minimale prescrite est de 75:100. Quant aux DRS publiés depuis 1997, presque tous indiquent une proportion prescrite de 100:100.⁹⁹ (notes de bas de page omises)

103. Comme le MVTO de 1998 est le principal instrument juridique dans lequel sont énoncées les prescriptions en matière de proportion qui, lorsqu'elles sont respectées, permettent à un fabricant de pouvoir bénéficier de l'exemption des droits d'importation, il est important de citer les aspects pertinents de la définition de "fabricant" qui figure dans ce règlement:

"fabricant" Fabricant de véhicules d'une catégorie qui ...:

...

b) a produit des véhicules de cette catégorie au Canada pendant la période de 12 mois se terminant le 31 juillet pendant laquelle l'importation est faite:

⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.193.

⁹⁸ *Ibid.*, paragraphe 10.182.

⁹⁹ *Ibid.* Nous relevons que le Groupe spécial a parlé de l'année "1997" plutôt que de l'année "1977" au paragraphe 10.182 de son rapport. Nous estimons qu'il s'agit simplement d'erreurs typographiques, comme cela est confirmé par le fait que le Groupe spécial a mentionné l'année "1977" au paragraphe 2.34 de son rapport.

i) d'une part, dont la valeur marchande nette représente, par rapport à la valeur marchande nette de tous les véhicules de cette catégorie vendus pendant cette période par le fabricant aux fins de consommation au Canada, une proportion égale ou supérieure à celle que représente la valeur marchande nette de tous les véhicules de cette catégorie produits au Canada par le fabricant dans l'année de base par rapport à la valeur marchande nette de tous les véhicules de cette catégorie vendus pendant l'année de base par le fabricant aux fins de consommation au Canada, et en aucun cas inférieure à 75 sur 100, (...).¹⁰⁰

104. Nous pensons comme le Groupe spécial que "[d]ans les cas où ce rapport est de 100:100, le seul moyen d'importer un véhicule en franchise est d'exporter, et le montant de l'exemption des droits autorisée dépend directement du montant des exportations effectuées".¹⁰¹ Comme le Groupe spécial, nous ne voyons pas comment le fabricant à qui on a prescrit un rapport production-ventes de 100:100 pourrait obtenir l'exemption des droits d'importation – tout en maintenant le rapport production-ventes qui lui a été prescrit – sans exporter. Un fabricant qui produit au Canada des véhicules automobiles dont la valeur marchande est de 100 et qui n'exporte pas doit vendre tous ces véhicules automobiles au Canada. Le rapport production-ventes de ce fabricant atteint 100:100, sans qu'il soit en mesure d'importer en franchise un seul véhicule automobile. Ce n'est que si ce fabricant exporte des véhicules automobiles produits au Canada qu'il est en droit d'importer des véhicules automobiles en franchise. La valeur des véhicules automobiles qui peuvent être importés en franchise correspond strictement à la valeur des véhicules automobiles qui sont exportés. À notre avis, comme un fabricant ne peut tout simplement pas obtenir l'exemption des droits d'importation à moins d'exporter des véhicules automobiles, l'exemption des droits d'importation dépend manifestement de l'exportation et elle est donc contraire aux dispositions de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

105. Lorsque les proportions prescrites sont inférieures à 100:100 (nous savons, par exemple, que les proportions prescrites aux quatre fabricants automobiles qui bénéficient du MVTO sont d'environ 95:100 en moyenne)¹⁰², le lien entre les exportations et la possibilité d'importer en franchise est moins direct. Lorsque la proportion prescrite est de 95:100, un fabricant qui produit au Canada des véhicules automobiles dont la valeur marchande est de 95 et qui n'exporte pas a néanmoins le droit d'importer en franchise des véhicules automobiles d'une valeur marchande de 5. Si ce fabricant double la valeur de sa production canadienne pour la porter à 190, l'"allocation" double elle aussi pour

¹⁰⁰ MVTO de 1998, annexe, partie 1, paragraphe I(1), définition de "fabricant".

¹⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.184.

¹⁰² *Ibid.*, paragraphe 10.182.

passer à 10: c'est-à-dire que l'"allocation" est directement proportionnelle à l'augmentation de la production. Le Groupe spécial a estimé que, jusqu'à concurrence de ce montant, l'exemption des droits d'importation n'est pas subordonnée aux résultats à l'exportation.¹⁰³ Toutefois, si un fabricant souhaite importer en franchise en sus de l'"allocation" qui lui a été accordée, celui-ci doit exporter des véhicules automobiles. Comme dans le cas d'une proportion prescrite de 100:100, la valeur des véhicules qui peuvent être importés en franchise par un fabricant à qui on a prescrit une proportion inférieure à 100:100 est strictement limitée et liée à la valeur des véhicules exportés pour tout montant qui dépasse cette "allocation" en franchise de droits. Le Groupe spécial a donc constaté qu'il existe une relation évidente de subordination entre l'exemption des droits d'importation et les résultats à l'exportation pour le montant qui dépasse l'"allocation" en franchise de droits.¹⁰⁴

106. Nous partageons l'avis du Groupe spécial. Quel que soit le ratio effectivement prescrit à un fabricant donné, le MVTO de 1998 et les DRS opèrent de telle manière en droit que plus un fabricant exporte de véhicules automobiles, plus il a le droit d'en importer en franchise.

107. Bien que nous n'examinions pas la question de savoir si la subvention en cause est subordonnée "en fait" aux résultats à l'exportation, nous notons que, dans la note de bas de page 4 relative à l'article 3.1 a), on a employé les mots "lié aux" comme synonymes de "subordonné" ou "conditionnel". Comme le critère juridique est le même pour la subordination à l'exportation *de facto* et pour la subordination à l'exportation *de jure*¹⁰⁵, nous estimons qu'un "lien", équivalant à une relation de subordination entre l'octroi de la subvention et l'exportation effective ou prévue, remplit le critère juridique inscrit dans le terme "subordonnées" à l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

108. À notre avis, même lorsque la proportion prescrite à un fabricant donné est inférieure à 100:100, il y a subordination "en droit" aux résultats à l'exportation parce que, en raison du fonctionnement du MVTO de 1998 et des DRS eux-mêmes, l'octroi de l'exemption des droits d'importation ou le droit de l'obtenir est lié à l'exportation de véhicules automobiles par les fabricants bénéficiaires. En raison même du fonctionnement de la mesure, plus un fabricant exporte de véhicules automobiles, plus il peut en importer en franchise. Autrement dit, il existe une relation manifeste de dépendance ou de conditionnalité entre l'octroi de l'exemption des droits d'importation et l'exportation de véhicules automobiles par les fabricants bénéficiaires. Par conséquent, nous

¹⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.188.

¹⁰⁴ *Ibid.*, paragraphe 10.191.

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Aéronefs*, *supra*, note de bas de page 94, paragraphe 167.

constatons que, même lorsque les proportions prescrites sont inférieures à 100:100, la mesure est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation".

109. Pour les raisons qui précèdent, nous confirmons la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure est une "subvention", au sens dans lequel ce terme est employé à l'article premier de l'*Accord SMC*, qui est "subordonnée en droit ... aux résultats à l'exportation", au sens de l'article 3.1 a) dudit accord. Par conséquent, nous confirmons également la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Canada agit de manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.¹⁰⁶

VII. Article 3.1 a) de l'*Accord SMC* – Allégation des Communautés européennes concernant les prescriptions en matière de VCA

110. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial a négligé d'examiner l'allégation des Communautés européennes selon laquelle les prescriptions en matière de VCA constituent une subvention subordonnée aux résultats à l'exportation, ce qui est contraire à l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*, et que cette omission constitue une erreur de droit.¹⁰⁷ Bien que les Communautés européennes n'indiquent pas précisément quelle est l'erreur de droit alléguée et qu'elles ne mentionnent aucune disposition de l'*Accord sur l'OMC* qui aurait été violée, il semble qu'elles allèguent que le Groupe spécial n'a pas agi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, notamment en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle.

111. L'examen du rapport du Groupe spécial révèle que celui-ci n'a fait aucune mention dans ses constatations de l'allégation *subsidaire* des Communautés européennes selon laquelle les prescriptions en matière de VCA auxquelles est conditionnée la mesure sont incompatibles avec l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.¹⁰⁸ Selon toute vraisemblance, le Groupe spécial a simplement oublié d'examiner cette allégation *subsidaire*. Par contre, il a examiné plusieurs allégations connexes formulées par les Communautés européennes. Il a constaté que les prescriptions en matière de VCA sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994¹⁰⁹ et avec l'article XVII de l'AGCS¹¹⁰, mais

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.201.

¹⁰⁷ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphes 62 à 64.

¹⁰⁸ *Ibid.*, paragraphe 64.

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.90.

¹¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 10.308.

qu'elles sont compatibles avec l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.¹¹¹ Le Groupe spécial a également constaté que la mesure est une subvention à l'exportation prohibée au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* en raison de la condition posée par les prescriptions en matière de proportion.¹¹²

112. Aux fins de l'examen de cette allégation d'erreur de droit formulée par les Communautés européennes, nous nous reportons aux obligations des groupes spéciaux énoncées en termes très généraux à l'article 11 du Mémoire d'accord. La partie pertinente de cette disposition se lit ainsi:

... un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et *formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.* (pas d'italique dans l'original)

113. Le mandat type d'un groupe spécial, énoncé à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, est rédigé en termes fort semblables. Un groupe spécial devrait faire "des constatations propres à aider l'ORD" à formuler des recommandations ou des décisions. Aux termes de l'article 7:2 du Mémoire d'accord, un groupe spécial doit "examiner les dispositions pertinentes de l'accord ou des accords visés par les parties au différend".

114. Toutefois, pour s'acquitter de ses fonctions au titre des articles 7 et 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial n'est pas tenu d'examiner *toutes* les allégations juridiques dont il est saisi. Il peut appliquer le principe d'économie jurisprudentielle. Dans l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, nous avons dit:

Rien dans [l'article 11 du Mémoire d'accord] ni dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante. Les précédents groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont souvent traité uniquement les points qu'ils jugeaient nécessaires pour régler la question opposant les parties, et ont refusé de statuer sur d'autres points. Ainsi, dans les cas où un groupe spécial a constaté qu'une mesure était incompatible avec une disposition particulière du GATT de 1947, d'une manière générale, il ne s'est pas demandé si la mesure était aussi incompatible avec d'autres dispositions du GATT

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.216 et 10.222.

¹¹² *Ibid.*, paragraphe 10.201.

qui auraient pu faire l'objet d'une allégation de violation formulée par une partie plaignante.¹¹³

115. Nous avons affiné cette notion dans notre rapport sur l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons* ("*Australie - Saumons*"), dans lequel nous avons dit:

Le principe d'économie jurisprudentielle doit être appliqué en gardant à l'esprit le but du système de règlement des différends. Ce but est de régler la question en cause et "d'arriver à une solution positive des différends". Ne régler que partiellement la question en cause ne représenterait pas une véritable économie jurisprudentielle. *Un groupe spécial doit examiner les allégations au sujet desquelles il est nécessaire d'établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le Membre pourra donner suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres".*¹¹⁴ (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

116. À notre avis, il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial se prononce sur l'allégation *subsidaire* concernant les prescriptions en matière de VCA qui a été formulée par les Communautés européennes au titre de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC* afin "d'arriver à une solution positive" du présent différend. Le Groupe spécial avait déjà constaté que les prescriptions en matière de VCA contrevenaient à la fois à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article XVII de l'AGCS. À notre avis, après avoir établi ces constatations, il pouvait à bon droit, en exerçant le pouvoir d'appréciation que comporte implicitement le principe d'économie jurisprudentielle, décider de ne pas examiner l'allégation *subsidaire* des Communautés européennes selon laquelle les prescriptions en matière de VCA sont incompatibles avec l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

117. Nous tenons à ajouter que, par souci de transparence et d'équité pour les parties, un groupe spécial devrait néanmoins dans tous les cas traiter expressément des allégations qu'il décline d'examiner et sur lesquelles il refuse de statuer pour des raisons d'économie jurisprudentielle. Il ne suffit pas de les passer sous silence.

VIII. Article 3.1 b) de l'*Accord SMC*

118. Les Communautés européennes et le Japon en appellent de la constatation du Groupe spécial selon laquelle ils n'ont pas réussi à démontrer que l'exemption des droits d'importation est une

¹¹³ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, pages 20 et 21.

¹¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, paragraphe 223.

subvention qui est "subordonnée ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés", au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*. Ils soutiennent que le Groupe spécial a eu tort de conclure que la mesure n'est pas subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.¹¹⁵ À titre subsidiaire, les Communautés européennes et le Japon allèguent que le Groupe spécial a eu tort de conclure que l'article 3.1 b) ne s'applique pas à la subordination "de fait" et soutiennent que l'exemption des droits d'importation est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.¹¹⁶ Nous examinons chacune de ces questions à tour de rôle.

A. *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

119. En faisant appel de la conclusion du Groupe spécial concernant la subordination "en droit", les Communautés européennes font valoir que l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* prohibe les subventions qui sont subordonnées à une condition ayant pour effet de "privilégier" l'utilisation de produits nationaux par rapport aux produits importés.¹¹⁷ De son côté, le Japon soutient que l'article 3.1 b) prohibe les subventions lorsque l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés "aboutirait" à l'octroi ou au maintien de la subvention.¹¹⁸ À leur avis, l'interprétation du Groupe spécial est incompatible avec l'objet et avec le but de l'article 3.1 b) et permettrait de tourner cette disposition.¹¹⁹ Par ailleurs, les Communautés européennes et le Japon soutiennent que, si l'on applique le critère retenu par le Groupe spécial, les prescriptions en matière de VCA exigent bel et bien en droit, dans certaines circonstances, l'"utilisation effective de produits nationaux".^{120,121} Enfin, selon les Communautés européennes et le Japon, l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, en raison des prescriptions en matière de VCA, est

¹¹⁵ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 5; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 2.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 23.

¹¹⁸ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 7.

¹¹⁹ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 25; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 8 et 14.

¹²⁰ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 28.

¹²¹ Voir la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 11.

"en droit" une condition "alternative" de l'obtention de l'exemption des droits d'importation et elle est donc incompatible avec l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.¹²²

120. Dans le cadre de son examen des prescriptions en matière de VCA au titre de l'article 3.1 b), le Groupe spécial a dit:

Comme nous l'avons noté dans la section de notre rapport concernant les allégations au titre de l'article 3.1 a) de l'Accord SMC, le terme "subordonné" est défini, notamment, comme signifiant "soumis à une condition, dépendant". C'est à la lumière de ce sens ordinaire du terme "subordonné" que nous devons examiner la question de savoir si, aux termes des prescriptions relatives à la VCA mentionnées plus haut, la possibilité d'obtenir l'exemption des droits d'importation est soumise à une condition concernant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ou dépend de cette utilisation.¹²³

121. Le Groupe spécial a constaté que

si, aux termes du MVTO de 1998 et des DRS, la possibilité d'obtenir l'exemption des droits d'importation est subordonnée au respect de certaines prescriptions relatives à la VCA, une prescription relative à la valeur ajoutée n'est en aucun cas synonyme d'une condition liée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. À cet égard, nous rappelons que la "VCA" est définie dans le MVTO de 1998 comme incluant, outre les parties et matières d'origine canadienne, d'autres éléments tels que les coûts directs de main-d'œuvre, les coûts indirects de production, les frais généraux et frais d'administration et l'amortissement. Ainsi, et selon les circonstances factuelles, un fabricant pourrait bien être disposé et apte à satisfaire à une prescription concernant la VCA sans utiliser un seul produit national. *Dans ces circonstances, il nous serait difficile de conclure que la possibilité d'obtenir l'exemption des droits d'importation est subordonnée en droit à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés au sens de l'Accord SMC, c'est-à-dire qu'elle est soumise à une condition concernant cette utilisation ou dépend de cette utilisation.*¹²⁴ (pas d'italique dans l'original)

¹²² Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphes 43 à 50; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 9 et 17.

¹²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.213.

¹²⁴ *Ibid.*, paragraphe 10.216.

122. L'article 3.1 b) dispose ce qui suit:

Exception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées:

- ...
- b) subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

Comme nous avons déjà constaté que l'exemption des droits d'importation constitue une "subvention" au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*, nous examinons maintenant la question de savoir si cette subvention est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

123. Lorsque nous avons examiné l'article 3.1 a) dans la section VI du présent rapport, nous avons rappelé que, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, nous avons dit que "la connotation ordinaire du terme "subordonné" est "conditionnel" ou "dépendant, pour exister, de[s]" résultats à l'exportation.¹²⁵ Ainsi, une subvention est prohibée au titre de l'article 3.1 a) si elle est "conditionnée" par les résultats à l'exportation, c'est-à-dire si elle "dépend, pour exister, des" résultats à l'exportation. En outre, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, nous avons dit que la subordination "en droit" est démontrée "sur la base du libellé de la législation, de la réglementation ou d'un autre instrument juridique pertinent".¹²⁶ (pas d'italique dans l'original) Comme nous l'avons déjà expliqué, cette conditionnalité peut découler nécessairement, par implication, des termes effectivement employés dans la mesure.¹²⁷ Nous estimons que ce critère juridique s'applique non seulement à la "subordination" visée par l'article 3.1 a), mais aussi à la "subordination" visée par l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.

124. Comme nous examinons une allégation de subordination "en droit" au titre de l'article 3.1 b), il est important de citer la définition de "valeur canadienne ajoutée" qui figure dans le principal instrument juridique, à savoir le MVTO de 1998:

¹²⁵ *Supra*, note de bas de page 94, paragraphe 166.

¹²⁶ *Ibid.*, paragraphe 167.

¹²⁷ *Supra*, paragraphe 100.

"Valeur canadienne ajoutée"

- a) Relativement aux véhicules d'une catégorie produits au Canada pendant une période de 12 mois se terminant le 31 juillet, *le total des coûts suivants* supportés par le fabricant pour la production de tous les véhicules de cette catégorie qui sont produits au Canada par lui pendant cette période ainsi que de la dépréciation et des allocations du coût en capital suivantes pour cette période:
- i) *le coût des parties produites au Canada et le coût des matières dans la mesure où elles sont d'origine canadienne*, qui sont incorporées aux véhicules à l'usine du fabricant située au Canada, à l'exclusion des parties produites au Canada et des matières dans la mesure où elles sont d'origine canadienne, exportées hors du Canada et par la suite importées au Canada comme parties ou matières,
 - ii) les frais de transport, y compris les frais d'assurance ...
 - iii) malgré le sous-alinéa i), le coût du fer, de l'acier et de l'aluminium coulés au Canada qui sont contenus dans les parties produites hors du Canada pour être incorporées aux véhicules ...
 - iv) la partie des coûts suivants raisonnablement imputable à la production des véhicules:
 - A) le coût de la main-d'œuvre directe au Canada utilisée à des fins de production,
 - B) le coût de la main-d'œuvre indirecte au Canada utilisée à des fins de production et à des fins autres que de production,
 - C) le coût des matières utilisées à des fins de production, mais non incorporées au produit définitif,
 - D) le coût du chauffage, de l'éclairage, de l'électricité et de l'eau,
 - E) les indemnités pour accidents de travail, les cotisations d'assurance-emploi, les primes d'assurance collective, les cotisations aux caisses de retraite et les dépenses semblables engagées à l'égard de la main-d'œuvre visée aux divisions A) et B),
 - F) les taxes sur les terrains et les bâtiments au Canada,
 - G) les primes d'assurance pour la protection contre l'incendie et autres risques ...
 - H) le loyer de l'usine payé au propriétaire véritable au Canada,
 - I) le coût des travaux d'entretien et de réparation effectués au Canada sur des bâtiments, des machines et du matériel utilisés à des fins de production,
 - J) le coût des outils, matrices, calibres, agencements et tout autre matériel semblable à caractère non permanent qui ont été fabriqués au Canada,
 - K) le coût des services d'ingénierie ainsi que des travaux d'expérimentation et de mise au point du produit exécutés au Canada,
 - L) les dépenses d'usine diverses,

- v) les frais d'administration et les frais généraux engagés au Canada et raisonnablement imputables à la production des véhicules,
- vi) la dépréciation ...
- vii) une allocation du coût en capital ...¹²⁸ (pas d'italique dans l'original)

Cette définition s'applique également aux DRS.

125. L'exemption des droits d'importation en cause dans le présent appel est subordonnée au respect de trois prescriptions: 1) présence en tant que fabricant au Canada, 2) les prescriptions en matière de proportion, et 3) les prescriptions en matière de VCA. Le Groupe spécial a constaté que chacune de ces prescriptions était une "condition" de l'obtention de l'exemption des droits d'importation.¹²⁹ Conformément à la mesure, un fabricant qui demande l'exemption des droits d'importation pendant une période donnée est tenu de divulguer au gouvernement canadien le *total* des coûts qui sont énumérés dans la définition de "valeur canadienne ajoutée" figurant dans le MVTO de 1998 et qui sont liés à la production de véhicules au Canada, de manière à démontrer qu'il a satisfait aux prescriptions en matière de VCA. L'un de ces coûts – en fait, le premier qui figure dans la liste – est le coût des parties et des matières d'origine canadienne qui sont incorporées aux véhicules automobiles à l'usine du fabricant située au Canada, c'est-à-dire des "produits nationaux".

126. La question précise qui se pose au titre de l'article 3.1 b) est celle de savoir si l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est une "condition" du respect des prescriptions en matière de VCA et, par conséquent, de l'obtention de l'exemption des droits d'importation.

127. Lorsqu'il a examiné cette question, le Groupe spécial s'est d'abord penché sur les prescriptions en matière de VCA qui figurent dans trois instruments juridiques distincts: le MVTO de 1998, les DRS et les lettres d'engagement.¹³⁰ En ce qui concerne le MVTO de 1998, le Groupe spécial n'a pas établi de constatations particulières concernant les pourcentages effectifs de VCA requise de chacun des fabricants bénéficiaires. Il a simplement noté qu'"il y a les prescriptions relatives à la VCA contenues dans le MVTO de 1998".¹³¹ Pour ce qui est des DRS, il a examiné les niveaux "habituels"

¹²⁸ MVTO de 1998, annexe, partie I, paragraphe 1(1), définition de "valeur canadienne ajoutée".

¹²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.4.

¹³⁰ *Ibid.*, paragraphes 10.203 à 10.206.

¹³¹ *Ibid.*, paragraphe 10.204.

de VCA requis des sociétés bénéficiant d'un DRS qui avait été pris avant 1984 et de celles bénéficiant d'un DRS qui avait été pris à partir de 1984. S'agissant d'un fabricant, CAMI Automotive Inc. ("CAMI"), le Groupe spécial a dit que "la prescription [qui lui est] applicable ... dispose que la VCA totale des véhicules et parties d'équipements d'origine produits par ce fabricant au Canada au cours d'une année donnée doit être égale à au moins 60 pour cent de la valeur marchande des véhicules vendus au Canada la même année".¹³² En ce qui concerne les lettres d'engagement signées par General Motors, Ford, Chrysler et American Motors, le Groupe spécial a noté que ces lettres exigent un *accroissement* du montant de la VCA d'un montant égal à 60 pour cent de la croissance de leur marché en ce qui concerne les automobiles vendues aux fins de consommation au Canada et d'un montant égal à 50 pour cent de la croissance de leur marché pour ce qui est des véhicules commerciaux vendus aux fins de consommation au Canada, et qu'elles obligent les fabricants à accroître d'un montant spécifié la VCA annuelle avant la fin de l'année automobile 1968. Toutefois, le Groupe spécial *n'a pas* déterminé quel était le montant *effectif* de la VCA requis aux termes de ces lettres.¹³³ Il a ajouté, dans une note de bas de page, que "[l]e respect de[s] engagements [figurant dans les lettres] ne joue explicitement aucun rôle dans la détermination de l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation".¹³⁴ Apparemment, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions en matière de VCA figurant dans les lettres ne sont pas des "conditions" qui viennent s'ajouter à celles figurant dans le MVTO de 1998 pour les fabricants visés par le MVTO.

128. Le Groupe spécial s'est ensuite posé la question de savoir si l'exemption des droits d'importation est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Toutefois, dans le cadre de son examen, il n'a pas analysé la façon dont les prescriptions en matière de VCA énoncées dans le MVTO de 1998 et dans les DRS sont effectivement appliquées. Il a entrepris son analyse juridique en disant qu'"une prescription relative à la valeur ajoutée n'est en aucun cas synonyme d'une condition liée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés".¹³⁵ Il semble que le Groupe spécial soit parvenu à cette conclusion sans avoir étudié les prescriptions en matière de VCA applicables aux différents fabricants bénéficiaires. Bien qu'il ait expliqué quel *type* de coûts pouvaient entrer dans le calcul de la VCA requise, le Groupe spécial n'a établi aucune constatation concernant le *niveau effectif* de VCA requise

¹³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.205.

¹³³ *Ibid.*, paragraphe 10.206.

¹³⁴ *Ibid.*, note de bas de page 896.

¹³⁵ *Ibid.*, paragraphe 10.216.

de l'un ou l'autre des fabricants visés par le MVTO ou des différents fabricants visés par des DRS (à l'exception de CAMI). La déclaration du Groupe spécial selon laquelle les "prescriptions relatives à la valeur ajoutée ne sont pas synonymes" d'une condition liée à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés semble reposer sur des "prescriptions relatives à la valeur ajoutée" examinées *dans l'abstrait* par opposition aux prescriptions en matière de VCA auxquelles doivent effectivement satisfaire les fabricants bénéficiaires du MVTO et des DRS.

129. Le Groupe spécial a alors rappelé ce qui suit:

... nous rappelons que la "VCA" est définie dans le MVTO de 1998 comme incluant, outre les parties et matières d'origine canadienne, d'autres éléments tels que les coûts directs de main-d'œuvre, les coûts indirects de production, les frais généraux et frais d'administration et l'amortissement. *Ainsi, et selon les circonstances factuelles, un fabricant pourrait bien être disposé et apte à satisfaire à une prescription concernant la VCA sans utiliser un seul produit national.*¹³⁶ (pas d'italique dans l'original)

Là encore, le Groupe spécial en est arrivé à cette conclusion sans examiner les différentes prescriptions en matière de VCA qui figurent dans le MVTO de 1998 et dans les DRS. Il a simplement supposé que, "selon les circonstances factuelles", un fabricant "*pourrait bien être disposé et apte à satisfaire à une prescription concernant la VCA sans utiliser un seul produit national*". (pas d'italique dans l'original) Cependant, il n'a pas examiné minutieusement les prescriptions en matière de VCA effectivement imposées aux fabricants visés par le MVTO et les DRS pour voir s'il était effectivement possible de les respecter sans utiliser de produits nationaux.

130. Le raisonnement du Groupe spécial suppose qu'une prescription en matière de valeur ajoutée ne peut en aucun cas donner lieu à une constatation de subordination "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Nous ne sommes pas de cet avis. Nous observons que la définition de "valeur canadienne ajoutée" figurant dans le MVTO de 1998 *oblige* le fabricant à déclarer au gouvernement canadien le *total* de certains coûts entrant dans la production de véhicules automobiles, qui sont énumérés, et que le premier de ces éléments est le coût des parties et matières d'origine canadienne *utilisées* pour la production de véhicules automobiles dans son usine au Canada.¹³⁷ Il nous semble que la question de savoir si un fabricant donné est oui ou non en mesure de satisfaire à des prescriptions en matière de VCA sans utiliser des parties et des matières d'origine canadienne dans sa production dépend dans une très large mesure du *niveau* des prescriptions qui lui

¹³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.216.

¹³⁷ *Supra*, paragraphe 125.

sont applicables en matière de VCA. Par exemple, si le niveau des prescriptions en matière de VCA est très élevé, nous pouvons comprendre que l'utilisation de produits nationaux peut fort bien être une nécessité et qu'elle est donc, dans la pratique, une *condition* requise pour pouvoir bénéficier de l'exemption des droits d'importation. Par contre, si le niveau des prescriptions en matière de VCA est très faible, il serait beaucoup plus facile de satisfaire à ces prescriptions *sans* effectivement utiliser de produits nationaux; par exemple, si elles sont fixées à 40 pour cent, il pourrait être possible d'atteindre ce niveau simplement en prenant le total des autres éléments entrant dans le calcul de la valeur canadienne ajoutée, en particulier le coût de la main-d'œuvre. La multiplicité des *possibilités* qui s'offrent lorsqu'il s'agit de respecter des prescriptions en matière de VCA qui sont fixées à des niveaux faibles, peut, selon le niveau applicable à un fabricant donné, faire en sorte que l'utilisation de produits nationaux ne soit qu'un moyen *possible* (moyen auquel on pourrait, dans la réalité, ne pas avoir recours) de satisfaire aux prescriptions en matière de VCA.

131. À notre avis, l'examen par le Groupe spécial des prescriptions en matière de VCA applicables aux différents fabricants était insuffisant pour établir une détermination motivée sur la question de savoir s'il y a subordination "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. S'agissant des fabricants visés par le MVTO de 1998 et de la plupart des fabricants visés par les DRS, le Groupe spécial n'a pas établi de constatation pour déterminer les prescriptions effectives en matière de VCA et leurs modalités d'application aux différents fabricants. Sans ces renseignements de première importance, nous estimons que le Groupe spécial n'avait pas suffisamment de renseignements concernant la mesure pour se prononcer sur la question de savoir si les prescriptions en matière de VCA étaient subordonnées "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Nous rappelons que le Groupe spécial a bel et bien établi une constatation concernant le niveau des prescriptions en matière de VCA applicable à une société, à savoir CAMI. Il a dit que les prescriptions en matière de VCA applicables à CAMI correspondaient à 60 pour cent de la valeur marchande des véhicules vendus au Canada.¹³⁸ À ce niveau, il se peut bien que les prescriptions en matière de VCA fonctionnent comme une condition concernant l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Cependant, le Groupe spécial *n'a pas* examiné les modalités d'opération effectives de prescriptions en matière de VCA à un niveau de 60 pour cent.

132. Le fait que le Groupe spécial n'a pas dûment examiné les instruments juridiques en cause ici et leurs incidences sur les différents fabricants entache la conclusion selon laquelle les prescriptions

¹³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.205.

en matière de VCA n'ont pas pour effet de subordonner "en droit" l'exemption des droits d'importation à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Faute d'avoir examiné le fonctionnement des prescriptions en matière de VCA applicables aux différents fabricants, le Groupe spécial ne disposait tout simplement pas d'une base suffisamment solide pour asseoir sa constatation sur la question de la subordination "en droit". Par conséquent, nous concluons que le Groupe spécial a fait fausse route lorsqu'il a analysé la subordination "en droit".

133. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, nous avons dit que lorsque nous infirmions la constatation d'un groupe spécial, nous devons chercher à compléter l'analyse juridique du groupe spécial "pour autant qu'il est possible de le faire en s'appuyant sur les constatations de fait du Groupe spécial et/ou les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial".¹³⁹ En l'occurrence, comme nous l'avons dit, le Groupe spécial n'a pas établi précisément les niveaux des prescriptions en matière de VCA applicables aux différents fabricants. En outre, les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial sont insuffisants et ne nous permettent pas d'examiner cette question nous-mêmes. Il nous est donc impossible d'apprécier la question de savoir si l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est "en droit" une condition du respect des prescriptions en matière de VCA et, par conséquent, une condition de l'obtention de l'exemption des droits d'importation.

134. Cela étant, nous ne sommes pas en mesure de compléter l'analyse juridique nécessaire pour déterminer si l'exemption des droits d'importation, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, nous n'établissons aucune constatation et réservons notre jugement sur la question de savoir si l'exemption des droits d'importation en cause est subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.

B. *Question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés*

135. Dans le cadre de la procédure d'appel, les Communautés européennes et le Japon ont indiqué que si nous constatons que la mesure n'était pas subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, ils en appelleraient alors, à titre subsidiaire, de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* ne s'applique pas aux subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des

¹³⁹ *Supra*, note de bas de page 114, paragraphe 118.

produits importés.¹⁴⁰ Les Communautés européennes et le Japon soutiennent que l'article 3.1 b) s'applique aux subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés¹⁴¹ et estiment que l'exemption des droits d'importation est précisément une subvention prohibée.¹⁴²

136. Le Groupe spécial a examiné la question de savoir si l'article 3.1 b) s'applique aux subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés et il a constaté ce qui suit:

... nous rappelons que l'article 3.1 est, comme il ressort clairement de son texte introductif, la disposition qui énonce les subventions prohibées en vertu de l'Accord SMC. Les alinéas a) et b) font l'un et l'autre partie de l'article 3.1 et sont manifestement semblables. Il est difficile d'imaginer comment l'inclusion des mots "en droit ou en fait" à l'alinéa a) et l'absence de ces mots à l'alinéa b) pourraient être autre chose que l'expression de l'intention des rédacteurs. Nous rappelons aussi la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* selon laquelle l'"absence de référence a certainement un sens". Que deux dispositions juxtaposées et aussi semblables diffèrent l'une de l'autre sur un point aussi spécifique indique, à notre avis, que l'omission des mots "en droit ou en fait" à l'article 3.1 b) était délibérée et que *l'article 3.1 b) s'applique uniquement à la subordination de droit*.¹⁴³ (pas d'italiques dans l'original; note de bas de page omise)

137. En examinant cette question, le Groupe spécial semble avoir estimé que les termes de l'article 3.1 b) ne permettaient pas à eux seuls de répondre à cette question et il s'est donc tourné vers le contexte offert par l'article 3.1 a). À cet égard, il a tablé sur le fait qu'il y a, à l'article 3.1 a), un libellé explicite qui s'applique aux subventions qui sont subordonnées "en droit ou en fait", tandis qu'il n'y en a pas à l'article 3.1 b). De l'avis du Groupe spécial, l'absence d'une mention explicite dans la disposition de l'article 3.1 b) – qui est voisine de la première et qui lui est étroitement liée – indique que les rédacteurs voulaient que l'article 3.1 b) ne s'applique qu'aux subventions qui sont subordonnées "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

¹⁴⁰ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphes 53 et 54; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 19.

¹⁴¹ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphes 55 à 61; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 20 à 33.

¹⁴² Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 53; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 36 à 51.

¹⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.221.

138. À notre avis, l'analyse du Groupe spécial est incomplète. Comme nous l'avons dit, et comme le Groupe spécial l'a rappelé, "l'absence de référence a certainement un sens".¹⁴⁴ Pourtant, les silences peuvent avoir des significations différentes dans différents contextes et le silence n'est pas nécessairement opérant en soi. En outre, bien qu'il ait estimé à juste titre que l'article 3.1 a) offrait un contexte pertinent pour interpréter l'article 3.1 b), le Groupe spécial a négligé d'examiner d'autres éléments contextuels en ce qui concerne l'article 3.1 b) ainsi que l'objet et le but de l'*Accord SMC*.

139. Nous examinons d'abord le texte de l'article 3.1 b). Ce faisant, nous observons que le sens ordinaire du membre de phrase "subordonnées ... à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés" n'est pas concluant quant à la question de savoir si l'article 3.1 b) s'applique aussi bien aux subventions qui sont subordonnées "en droit" qu'aux subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. De la même manière que rien dans le libellé de l'article 3.1 b) n'*inclut* expressément les subventions qui sont subordonnées "en fait", rien non plus dans ce libellé n'*exclut* expressément les subventions qui sont subordonnées "en fait" du champ d'application de cette disposition. Comme le texte de cette disposition n'est pas concluant sur ce point, nous devons nous tourner vers d'autres moyens d'interprétation. Pour cela, nous cherchons des éclaircissements dans le contexte pertinent de cette disposition.

140. Bien que nous pensions comme le Groupe spécial que l'article 3.1 a) est le contexte pertinent, nous estimons que d'autres aspects contextuels devraient eux aussi être examinés. Premièrement, nous notons que l'article III:4 du GATT de 1994 porte lui aussi sur les mesures qui favorisent l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, bien qu'en des termes juridiques différents ayant une portée différente. Néanmoins, tant l'article III:4 du GATT de 1994 que l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC* s'appliquent à des mesures qui exigent l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. L'article III:4 du GATT de 1994 vise aussi bien l'incompatibilité *de jure* que l'incompatibilité *de facto*.¹⁴⁵ Il serait donc pour le moins étonnant qu'une disposition semblable de l'*Accord SMC* ne s'applique qu'aux situations impliquant une incompatibilité *de jure*.

¹⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R–WT/DS10/AB/R–WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, page 21.

¹⁴⁵ Voir, par exemple, le rapport du groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, L/833, IBDD, S/7/64, adopté le 23 octobre 1958, paragraphe 12.

141. Deuxièmement, nous rappelons les constatations que nous avons établies dans le cadre de l'affaire Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes ("Communautés européennes – Bananes") sur la question de savoir si l'article II de l'AGCS s'applique oui ou non aux affaires de discrimination de facto.¹⁴⁶ Dans cette affaire, le Groupe spécial avait constaté que l'article XVII de l'AGCS fournissait un contexte pertinent pour déterminer si l'article II de l'AGCS s'appliquait aussi bien à la discrimination de jure qu'à la discrimination de facto. S'agissant de cette question, nous avons dit:

L'article XVII de l'AGCS n'est que l'une des nombreuses dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui prescrivent l'obligation d'assurer un "traitement non moins favorable". La possibilité que les deux articles n'aient pas exactement le même sens n'implique *pas* que l'intention des rédacteurs de l'AGCS ait été que la règle visée à l'article II de l'AGCS soit une règle *de jure*, ou formelle. Si telle avait été leur intention, pourquoi l'article II ne le précise-t-il pas? L'obligation imposée par l'article II est absolue. Le sens ordinaire de cette disposition n'exclut pas la discrimination *de facto*.¹⁴⁷

Nous estimons que le même raisonnement s'applique ici. Le fait que les mots "en droit ou en fait" sont employés à l'article 3.1 a) alors qu'ils ne le sont pas à l'article 3.1 b) ne signifie pas nécessairement que l'article 3.1 b) ne vise que la subordination *de jure*.

142. Enfin, nous estimons que constater que l'article 3.1 b) ne vise que la subordination "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés serait contraire à l'objet et au but de l'*Accord SMC* parce qu'il serait ainsi trop facile pour les Membres de se soustraire à leurs obligations. Nous avons exprimé une préoccupation semblable au sujet de l'AGCS dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes* lorsque nous avons dit:

De plus, si l'article II n'était pas applicable à la discrimination *de facto*, il ne serait pas difficile - et, de fait, il serait beaucoup plus facile dans le cas du commerce des services que dans le cas du commerce des marchandises - d'imaginer des mesures discriminatoires visant à contourner le but fondamental de cet article.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, paragraphe 233.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Supra*, note de bas de page 146, paragraphe 233.

143. Pour toutes les raisons qui précèdent, nous estimons que le Groupe spécial a eu tort de constater que l'article 3.1 b) ne s'applique pas aux subventions qui sont subordonnées "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Par conséquent, nous infirmons la constatation générale du Groupe spécial selon laquelle "l'article 3.1 b) s'applique uniquement à la subordination en droit".¹⁴⁹

144. Après être parvenu à cette conclusion, nous devons maintenant nous demander si l'exemption des droits d'importation, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, constitue une subvention qui est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. Nous rappelons une fois de plus ce que nous avons dit dans le cadre de l'affaire *Australie – Saumons*, à savoir que, lorsque nous avons infirmé une constatation d'un groupe spécial, nous devrions tenter de compléter l'analyse juridique à laquelle il s'est livré, "pour autant qu'il est possible de le faire en s'appuyant sur les constatations de fait du Groupe spécial et/ou les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial".¹⁵⁰

145. Nous avons dit précédemment que l'analyse incomplète du fonctionnement des prescriptions en matière de VCA ne nous donne pas suffisamment d'éléments pour examiner les modalités de fonctionnement des prescriptions en matière de VCA. Par ailleurs, comme il a conclu que l'article 3.1 b) ne s'appliquait pas à la subordination "de fait", le Groupe spécial n'a pas examiné les allégations des Communautés européennes et du Japon au sujet de cette question. En conséquence, le Groupe spécial n'a établi *aucune* constatation de fait concernant le fonctionnement des prescriptions en matière de VCA. En outre, les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial sont insuffisants et ne nous permettent pas d'examiner nous-mêmes cette question. Il nous est impossible d'apprécier la question de savoir si l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés est "en fait" une condition du respect des prescriptions en matière de VCA et, par conséquent, une condition de l'obtention de l'exemption des droits d'importation.

146. Nous ne sommes donc pas en mesure de compléter l'analyse juridique nécessaire pour déterminer si l'exemption des droits d'importation, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés. En conséquence, nous n'établissons aucune constatation et réservons notre jugement quant à la question de savoir si l'exemption des droits d'importation en cause est

¹⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.221.

¹⁵⁰ *Supra*, note de bas de page 114, paragraphe 118.

subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*.

IX. Articles I:1 et II:1 de l'AGCS

147. Le Canada en appelle de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'exemption des droits d'importation est incompatible avec l'article II:1 de l'AGCS. Il fait appel premièrement de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure est une mesure "qui affecte le commerce des services", au sens de l'article I:1 de l'AGCS.¹⁵¹ Il en appelle ensuite de la constatation selon laquelle il n'accorde pas immédiatement et sans condition aux services et aux fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires de tout autre pays, contrairement à ses obligations au titre de l'article II:1 de l'AGCS.¹⁵²

A. Article I:1 de l'AGCS

148. Le Canada maintient que le Groupe spécial a eu tort de constater que l'exemption des droits d'importation tombe sous le coup de l'AGCS. À son avis, le Groupe spécial a conclu par erreur que la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'AGCS dépend de la question de savoir si cette mesure est compatible avec certains obligations de fond, comme celles inscrites à l'article II, et non de la question de savoir si la mesure ressortit à l'article premier de l'AGCS.¹⁵³

149. Le Groupe spécial a d'abord examiné la question générale de savoir si l'exemption des droits d'importation constitue une mesure "qui affecte le commerce des services", au sens de l'article premier de l'AGCS. Il s'est ensuite référé aux rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Communautés européennes – Bananes* pour suggérer que "l'expression "qui affectent" figurant à l'article premier de l'AGCS a un large champ d'application et que, par conséquent, aucune mesure n'[est] *a priori* exclue du champ d'application de l'AGCS".¹⁵⁴

¹⁵¹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 102.

¹⁵² *Ibid.*, paragraphe 145.

¹⁵³ *Ibid.*, paragraphe 102.

¹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.231.

150. Le Groupe spécial a établi la constatation suivante en dernière analyse:

On ne peut déterminer en termes abstraits la question de savoir si une mesure affecte le commerce des services, sans chercher à savoir si l'effet de cette mesure est compatible avec les obligations et les engagements du Membre au titre de l'AGCS. En l'espèce, la question de savoir si le MVTO de 1998 et les DRS sont des mesures qui affectent le commerce des services au sens de l'article premier de l'AGCS devrait être déterminée sur la base de la détermination du point de savoir si ces mesures constituent un traitement moins favorable pour les services et fournisseurs de services de certains Membres par comparaison avec ceux d'autres Membres (article II) et/ou pour les services et fournisseurs de services d'autres Membres par comparaison avec les services et fournisseurs nationaux (article XVII).¹⁵⁵

151. Dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, nous avons dit, à propos de l'article XX du GATT de 1994, qu'un groupe spécial ne peut pas ignorer "la structure et la logique fondamentales" d'une disposition lorsqu'il décide de l'ordre des étapes à suivre dans son analyse, au risque de parvenir à des conclusions erronées.¹⁵⁶ De même, en l'occurrence, la structure et la logique fondamentales de l'article I:1, par rapport au reste de l'AGCS, nous obligent à déterminer si la mesure est visée en fait par l'AGCS *avant* d'en apprécier la compatibilité avec une obligation de fond de l'AGCS.

152. Il est dit expressément à l'article II:1 de l'AGCS que celui-ci s'applique à "toutes les mesures couvertes par le présent accord". Ce rappel explicite du champ d'application de l'AGCS confirme qu'il faut constater que la mesure en cause est une mesure "qui affecte le commerce des services", au sens de l'article I:1, et qui est donc couverte par l'AGCS, *avant* de pouvoir logiquement examiner plus avant sa compatibilité avec l'article II. Nous constatons donc que le Groupe spécial aurait dû examiner, initialement, la question de savoir si la mesure tombe sous le coup de l'AGCS en se demandant si l'exemption des droits d'importation est une mesure "qui affecte le commerce des services", au sens de l'article premier. En négligeant de le faire, le Groupe spécial a commis une erreur d'interprétation.

153. Nous procédons à cette analyse initiale de l'article premier de l'AGCS. Les dispositions pertinentes de l'article I:1 de l'AGCS se lisent ainsi:

¹⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.234.

¹⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, paragraphe 119. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, page 24.

Article premier

Portée et définition

1. Le présent accord s'applique aux mesures des Membres *qui affectent le commerce des services.*
2. Aux fins du présent accord, *le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service:*
 - a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre;
 - b) sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre;
 - c) *par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre;*
 - d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout autre Membre.

(pas d'italique dans l'original)

154. On trouve à l'article XXVIII des définitions de certains termes employés dans l'AGCS. Nous nous référons en particulier aux définitions suivantes:

- a) le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme;
- b) la "fourniture d'un service" comprend la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service;
- c) les "mesures des Membres qui affectent le commerce des services" comprennent les mesures concernant
...
iii) la présence, y compris la présence commerciale, de personnes d'un Membre pour la fourniture d'un service sur le territoire d'un autre Membre;
- d) l'expression "présence commerciale" s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme
i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, (...)

...

sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service;

...

- f) l'expression "service d'un autre Membre" s'entend d'un service qui est fourni
- ...
- ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale ou à la présence de personnes physiques, par un fournisseur de services de cet autre Membre;
- g) l'expression "fournisseur de services" s'entend de toute personne qui fournit un service;
- ...

155. Compte tenu de ces dispositions conventionnelles, nous estimons qu'au moins deux questions juridiques clés doivent être examinées pour déterminer si la mesure est une mesure "qui affecte le commerce des services": premièrement, la question de savoir s'il y a "commerce de services" au sens de l'article I:2; et, deuxièmement, la question de savoir si la mesure en cause "affecte" le commerce de services en question au sens de l'article I:1.

156. Nous examinons d'abord la question de savoir s'il y a "commerce de services" en l'occurrence. Aux fins de l'AGCS, le "commerce des services" est défini à l'article I:2 comme étant la "fourniture d'un service" selon l'un des quatre modes de fourniture qui y sont énumérés. En cause ici est la fourniture d'un service selon le mode c) de l'article I:2, c'est-à-dire la fourniture d'un service "par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une *présence commerciale* sur le territoire de tout autre Membre". (pas d'italique dans l'original) Quant à la "présence commerciale", elle est définie à l'article XXVIII d) comme "tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale ...".

157. Les plaignants dans cette affaire allèguent que le "commerce des services" pertinent en l'espèce correspond aux "services de commerce de gros de véhicules automobiles", catégorie de services faisant partie de la Classification centrale de produits.¹⁵⁷ Le Canada ne conteste pas qu'il y a des fournisseurs de services des États-Unis, des Communautés européennes et du Japon qui sont établis au Canada et qui fournissent des services de commerce de gros de véhicules automobiles.¹⁵⁸ En conséquence, nous considérons que le "commerce de services" en cause ici correspond aux

¹⁵⁷ Classification centrale de produits (provisoire), Études statistiques des Nations Unies, Série M, n° 77, 1991, sous-classe 61111, page 167. Celle-ci a été remplacée en 1997 par la Classification centrale de produits (CPC), Version 1.0 (Études statistiques des Nations Unies, Série M, n° 77, 1999, sous-classe 61281, page 434), dans laquelle les services de commerce de gros de véhicules à moteur constituent toujours une catégorie de services.

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.237.

services de commerce de gros de véhicules automobiles qui sont fournis par des fournisseurs de services de certains Membres grâce à une présence commerciale au Canada.

158. Après avoir conclu qu'il y a, en fait, "commerce de services" en l'occurrence, nous examinons ensuite la question de savoir si la mesure en cause "affecte" le commerce des services. Dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, nous avons dit:

À notre avis, l'utilisation de l'expression "qui affectent" reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS. Le sens ordinaire de l'expression "qui affectent" implique qu'il s'agit de mesures qui ont "un effet sur", ce qui indique un vaste champ d'application. Cette interprétation est en outre renforcée par les conclusions de précédents groupes spéciaux selon lesquelles l'expression "qui affectent" dans le contexte de l'article III du GATT a une portée plus large que des expressions telles que "qui réglementent" ou "qui régissent".¹⁵⁹

159. Nous avons également constaté dans cette affaire que, bien que le GATT de 1994 et l'AGCS traitent de sujets différents, des mesures particulières "pourraient être considérées comme relevant à la fois du GATT de 1994 et de l'AGCS" et que ces mesures comprennent celles "qui impliquent un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière".¹⁶⁰ Nous avons également dit ce qui suit dans le cadre de cette affaire:

Quant à savoir si une certaine mesure affectant la fourniture d'un service lié à une marchandise particulière doit être examinée au regard du GATT de 1994 ou de l'AGCS, ou des deux, c'est une question qui ne peut être tranchée qu'au cas par cas.¹⁶¹

160. Cependant, lorsque la même mesure peut être examinée *à la fois* au titre du GATT de 1994 et de l'AGCS, l'orientation de l'examen et les aspects spécifiques de la mesure qui doivent être examinés au titre de chacun des accords seront différents parce que les deux accords traitent de sujets différents. Au titre de l'AGCS, comme nous l'avons dit dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, "l'accent est mis sur la façon dont la mesure affecte la fourniture du service ou les fournisseurs de services en cause".¹⁶²

¹⁵⁹ *Supra*, note de bas de page 146, paragraphe 220.

¹⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe 221.

¹⁶¹ *Ibid.*; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997, page 21.

¹⁶² *Supra*, note de bas de page 146, paragraphe 221.

161. Nous notons que le Canada prétend que l'exemption des droits d'importation n'est pas une mesure "qui affecte le commerce des services" au sens de l'article premier de l'AGCS, parce que c'est une mesure tarifaire qui affecte les *marchandises* elles-mêmes et non la fourniture de services de distribution.¹⁶³ Ainsi, le Canada soutient que la mesure en cause n'"affecte" pas le fournisseur de services en sa *qualité de fournisseurs de services* non plus que la *fourniture d'un service* par ce fournisseur.¹⁶⁴ Le Canada invoque notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Bananes* pour étayer l'argument voulant que l'exemption des droits d'importation relève exclusivement du GATT de 1994, puisqu'elle affecte le commerce des marchandises en tant que marchandises et qu'elle *n'implique pas un service concernant une marchandise particulière* ou un service *fourni en liaison avec une marchandise particulière*.¹⁶⁵

162. Néanmoins, le Groupe spécial a déterminé ce qui suit:

Comme les mesures mises en cause dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'exemption des droits d'importation accordée uniquement aux fabricants bénéficiaires influence les conditions de concurrence dans la fourniture de services de distribution, indépendamment de la question de savoir si elle a une influence directe sur la fourniture de ces services ou affecte indirectement cette fourniture. À notre avis, en conséquence, l'exemption des droits d'exportation relève de la troisième catégorie de mesures, définie par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III*, comme impliquant "un service concernant une marchandise particulière ou un service fourni en liaison avec une marchandise particulière", qui "pourrait être examinée au regard aussi bien du GATT de 1994 que de l'AGCS".¹⁶⁶

163. Dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, nous nous sommes ralliés à l'opinion du Groupe spécial selon laquelle "les opérateurs tels qu'ils sont définis dans les règlements pertinents des Communautés européennes sont, effectivement, des fournisseurs de "services de commerce de gros" conformément à la définition donnée dans le texte introductif de la section 6 de la CPC".¹⁶⁷ Bien que dans cette affaire, les opérateurs se livraient à certaines activités qui n'entraient pas, à vrai dire, dans le champ de la définition de "services offerts par le secteur de la distribution", qui figure dans le texte introductif de la section 6 de la Classification centrale de produits, nous avons conclu qu'"il ne

¹⁶³ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 115.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.239.

¹⁶⁷ *Supra*, note de bas de page 146, paragraphe 225.

fai[sait] aucun doute qu'ils exerç[ai]ent également d'autres activités comportant la distribution en gros des bananes qui relève de cette définition".¹⁶⁸ Concernant le fait que les opérateurs étaient intégrés verticalement avec les producteurs, les mûrisseurs et les détaillants, nous avons dit dans cette affaire que "même si une société [était] intégrée verticalement, et même si elle exerç[ait] d'autres fonctions liées à la production, à l'importation, à la distribution et à la transformation d'un produit, *dans la mesure où elle assur[ait] également la fourniture de "services de commerce de gros" et [était] donc affectée à ce titre par une mesure particulière d'un Membre pour ce qui est de la fourniture de ces "services de commerce de gros", ladite société [était] un fournisseur de services relevant de l'AGCS*".¹⁶⁹ (pas d'italique dans l'original)

164. En l'espèce, le Groupe spécial n'a examiné aucun élément de preuve concernant la fourniture des services de commerce de gros de véhicules automobiles sur le marché canadien et, par conséquent, il n'a établi aucune constatation de fait concernant la structure du marché des véhicules automobiles au Canada, pas plus qu'il n'a identifié les sociétés qui fournissent effectivement des services de commerce de gros de véhicules automobiles. Par conséquent, le Groupe spécial n'a jamais examiné non plus la question de savoir si l'exemption des droits d'importation affecte *les fournisseurs de services de commerce de gros en leur qualité de fournisseurs de services* ni la manière dont celle-ci les affecte. Au lieu de cela, il a simplement dit:

Comme les mesures mises en cause dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'exemption des droits d'importation accordée uniquement aux *fabricants bénéficiaires* influence les conditions de concurrence dans la fourniture de services de distribution, indépendamment de la question de savoir si elle a une influence directe sur la fourniture de ces services ou affecte indirectement cette fourniture.¹⁷⁰ (pas d'italique dans l'original)

165. À notre avis, cette déclaration du Groupe spécial n'est pas suffisante pour constater en droit que l'exemption des droits d'importation "affecte" les services de commerce de gros de véhicules automobiles *en tant que services*, ni pour constater qu'elle "affecte" les fournisseurs de services de commerce de gros *en leur qualité de fournisseurs de services*. Le Groupe spécial a omis d'analyser les éléments de preuve versés au dossier concernant la fourniture de services de commerce de gros de véhicules automobiles sur le marché canadien. Il n'a pas expliqué non plus quelles étaient, selon lui, les exigences découlant de l'emploi de l'expression "qui affectent" à l'article I:1. Après avoir

¹⁶⁸ *Supra*, note de bas de page 146, paragraphe 225.

¹⁶⁹ *Ibid.*, paragraphe 227.

¹⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.239.

interprété l'article I:1, le Groupe spécial aurait dû alors examiner tous les faits pertinents, y compris la question de savoir *qui* fournit des services de commerce de gros de véhicules automobiles grâce à une présence commerciale au Canada ainsi que les *modalités* de fourniture de ces services. Il ne suffit pas de faire des hypothèses. Enfin, le Groupe spécial aurait dû appliquer son interprétation de l'expression "qui affectent le commerce des services" aux faits qu'il aurait dû établir.

166. Les Communautés européennes et le Japon ont peut-être bien raison d'affirmer que la possibilité pour certains fabricants bénéficiaires des États-Unis établis au Canada d'obtenir l'exemption des droits d'importation alors que cette possibilité n'est pas offerte aux fabricants bénéficiaires d'Europe et du Japon établis au Canada a un effet sur les activités au Canada des fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles et qu'elle "affecte" donc ces fournisseurs de services de commerce de gros en leur qualité de fournisseurs de services. Il reste que le Groupe spécial n'a pas examiné cette question. Il s'est contenté de tirer sa conclusion, sans expliquer comment ni pourquoi il en était arrivé à cette conclusion. Cela n'est pas suffisant.

167. Pour les raisons exposées plus haut, nous estimons que le Groupe spécial a négligé d'examiner la question de savoir si la mesure est une mesure qui "affecte le commerce des services", comme il était appelé à le faire conformément à l'article I:1 de l'AGCS. Il n'a pas démontré que la mesure en cause affecte les services de commerce de gros de véhicules automobiles, en tant que services, ni qu'elle affecte les fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles, en leur *qualité de fournisseurs de services*. Néanmoins, nous poursuivons notre analyse des questions soulevées dans le cadre du présent appel au titre de l'article II:1 et examinons la question de savoir si, compte tenu des termes de cette disposition, la mesure accorde un traitement "non moins favorable" aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires des autres Membres.

B. *Article II:1 de l'AGCS*

168. Le Canada prétend que même si l'on statuait que l'AGCS s'applique à la mesure en cause, le Groupe spécial aurait néanmoins commis une erreur en constatant que cette mesure accorde un traitement moins favorable aux services et aux fournisseurs de services de tout autre Membre, au sens de l'article II:1.¹⁷¹ Il dit que ni les Communautés européennes, ni le Japon n'ont prétendu que l'exemption des droits d'importation établissait une discrimination "en droit"; ils ont plutôt prétendu que l'exemption des droits d'importation établissait une discrimination "de fait" en accordant dans la

¹⁷¹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 145.

pratique un traitement moins favorable à certains services et fournisseurs de services.¹⁷² De l'avis du Canada, le Groupe spécial "était tenu de dire en quoi les mesures accordent un traitement moins favorable à certains services et fournisseurs de services et d'indiquer de quelle manière ce traitement moins favorable est accordé, en fait ou en droit, aux services ou aux fournisseurs de services de certains Membres".¹⁷³

169. Pour examiner l'appel interjeté par le Canada au titre de l'article II:1 de l'AGCS, nous commençons par étudier le texte de cette disposition:

Article II

Traitement de la nation la plus favorisée

1. En ce qui concerne toutes les mesures couvertes par le présent accord, chaque Membre accordera immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

170. Le libellé de cette disposition indique que l'examen de la compatibilité d'une mesure avec l'article II:1 devrait être effectué en plusieurs étapes. Premièrement, comme nous l'avons vu, il faut une détermination initiale au titre de l'article I:1 établissant que la mesure est couverte par l'AGCS.¹⁷⁴ Cette détermination doit établir qu'il s'agit de "commerce des services" selon l'un des quatre modes de fourniture et qu'il s'agit aussi d'une mesure qui "affecte" le commerce des services. Nous avons déjà dit que le Groupe spécial avait négligé d'effectuer cette analyse.¹⁷⁵

171. Si la détermination initiale établit que la mesure *est* couverte par l'AGCS, l'étape suivante consiste à apprécier la compatibilité de la mesure avec les exigences de l'article II:1. Le texte de l'article II:1 nous oblige, essentiellement, à comparer le traitement accordé par un Membre aux "services et fournisseurs de services" de tout autre Membre à celui qu'il accorde aux services "similaires" et fournisseurs de services "similaires" de "tout autre pays". À partir de ces éléments juridiques essentiels, le Groupe spécial aurait d'abord dû donner son interprétation de l'article II:1. Il aurait dû ensuite établir des constatations de fait relatives au traitement des services de commerce de

¹⁷² Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 146.

¹⁷³ *Ibid.*, paragraphe 147.

¹⁷⁴ *Supra*, paragraphe 152.

¹⁷⁵ *Supra*, paragraphe 167.

gros et des fournisseurs de services de véhicules automobiles de différents Membres ayant une présence commerciale au Canada. Enfin, il aurait dû appliquer son interprétation de l'article II:1 aux faits tels qu'il les avait établis.

172. Le Groupe spécial n'a rien fait de tout cela. Il ne s'est pas interrogé sur la façon dont est structuré le marché des services de commerce de gros de véhicules automobiles au Canada. Il n'a pas expliqué non plus comment la mesure en cause se traduisait par un traitement moins favorable. Au lieu de cela, il a spéculé sur la "possibilité" de certaines relations.¹⁷⁶ En réponse à l'argument du Canada selon lequel il n'y a pas de concurrence entre les fournisseurs de services au niveau de gros en raison de l'intégration verticale et des accords de distribution exclusive dans l'industrie automobile, le Groupe spécial a dit que l'intégration verticale

... n'exclut ni la concurrence potentielle dans la relation grossiste-fabricant, ni la concurrence effective dans la relation grossiste-détaillant. Même si, en raison de la structure actuelle du marché, les fournisseurs de services de commerce de gros achètent leurs véhicules auprès des mêmes fabricants, aucune mesure gouvernementale n'empêche un distributeur grossiste, même intégré verticalement, de s'adresser à différents fabricants pour acheter des véhicules automobiles.¹⁷⁷

173. Se fondant sur cette analyse spéculative, le Groupe spécial a ensuite établi les "constatations" suivantes:

Nous **constatons** en conséquence que les arrangements d'intégration verticale et de distribution exclusive entre fabricants et grossistes dans l'industrie automobile *n'excluent pas la possibilité* qu'un traitement moins favorable *puisse être accordé* à des fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles. Nous **constatons** aussi que les arrangements d'intégration verticale et de distribution exclusive *n'empêchent pas une concurrence potentielle* entre grossistes pour les achats de véhicules auprès des fabricants ni une concurrence effective entre les marques pour les ventes aux détaillants.¹⁷⁸ (pas d'italique dans l'original)

174. Nous considérons que ces "constatations" du Groupe spécial sont pure spéculation. Comme nous l'avons dit plus haut, le Groupe spécial n'a pas donné une interprétation de l'article II:1; il n'a pas

¹⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.253 et 10.254.

¹⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 10.253.

¹⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 10.254.

non plus appliqué son interprétation à des constatations de fait. Il n'a fait état d'aucun élément de preuve définissant les liens entre fabricants et fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles sur le marché canadien. En outre, il n'a pas examiné, dans le concret, la structure de la concurrence sur le marché des services de commerce de gros de véhicules automobiles au Canada. Son raisonnement semble reposer uniquement sur l'argument du Canada selon lequel l'industrie automobile est caractérisée par l'intégration verticale de la production et de la distribution ainsi que par des accords de distribution exclusive.¹⁷⁹ Le Groupe spécial n'a pas examiné la question de savoir si l'exemption des droits d'importation affecte les grossistes apparentés à des fabricants qui en bénéficient ni comment cette exemption les affecte par rapport aux grossistes apparentés à des fabricants qui n'en bénéficient pas. Pour les raisons qui précèdent, nous infirmons les "constatations" que le Groupe spécial a établies au paragraphe 10.254 de son rapport.

175. Le Groupe spécial a également examiné deux arguments additionnels des plaignants. Les Communautés européennes et le Japon ont soutenu devant le Groupe spécial que, bien que les critères d'admissibilité à l'exemption des droits d'importation ne fussent pas expressément fondés sur la nationalité, l'exemption des droits d'importation constituait une discrimination *de facto* au regard de l'article II de l'AGCS car tous ou presque tous les fournisseurs de services des autres Membres qui bénéficiaient de l'exemption étaient des États-Unis.¹⁸⁰ Le Canada a contesté ce point en faisant valoir qu'au moins deux fabricants bénéficiaires étaient originaires des Communautés européennes (Volvo Canada Ltd. et DaimlerChrysler Canada Inc.). Le Canada a également soutenu devant le Groupe spécial que CAMI était une coentreprise à parts égales entre des personnes morales du Japon et des États-Unis. Les Communautés européennes et le Japon ont allégué devant le Groupe spécial que l'exemption des droits d'importation entraînait également une discrimination *de jure* au regard de l'article II parce que, à leur avis, l'existence d'une liste fermée de fabricants bénéficiaires constituait un traitement formellement différent.¹⁸¹

176. Après avoir constaté que Daimler Chrysler Canada Inc. et Volvo Canada Ltd. sont deux personnes morales des États-Unis et décidé qu'il n'existait aucun élément de preuve lui permettant de déterminer quelle personne morale "contrôlait" CAMI, le Groupe spécial a dit:

¹⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.253.

¹⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 10.255.

¹⁸¹ *Ibid.*

Bien qu'aucun des critères régissant l'octroi de l'exemption des droits d'importation ne soit expressément fondé sur la nationalité, en raison de la prescription relative à la présence en tant que fabricant, qui se réfère à la période allant du 1^{er} août 1963 au 31 juillet 1964 dans le MVTO de 1998, seuls trois fournisseurs de services des États-Unis (Chrysler Canada Ltd., General Motors du Canada Ltée et Ford Motor Company of Canada Ltd.) et un fournisseur de services de Suède (Volvo Canada Ltd.) ont pu remplir les conditions requises pour l'exemption des droits d'importation. Il a été noté plus haut que Volvo Canada Ltd. est récemment passée sous le contrôle d'une personne morale des États-Unis (Ford Motor Co.). Les DRS ont été utilisés pour élargir la catégorie des fabricants bénéficiaires en autorisant deux autres fabricants/vendeurs en gros d'automobiles (Intermeccanica of Canada et CAMI, coentreprise détenue à parts égales par Suzuki Motor Co. (Japon) et General Motors Corp. (États-Unis)) et plusieurs fabricants/vendeurs en gros d'autobus et de véhicules commerciaux spécifiés à remplir les conditions requises pour l'exemption des droits d'importation.¹⁸² (note de bas de page omise)

177. Après avoir déterminé "à" quels Membres ressortissent les fabricants bénéficiaires, le Groupe spécial n'a pas expliqué la pertinence de ces constatations au regard de son analyse au titre de l'article II:1. En particulier, il n'a pas établi de lien précis entre ces "fabricants bénéficiaires" et les fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles, qui sont les entités pertinentes au regard de l'article II:1.

178. Le Groupe spécial conclut ainsi:

À notre avis, l'exemption des droits d'importation, telle qu'elle est prévue dans le MVTO de 1998 et les DRS, entraîne l'application d'un traitement moins favorable aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre au sens de l'article II:1 de l'AGCS, car cet avantage est accordé à un groupe limité et identifiable de fabricants/vendeurs en gros de véhicules automobiles de quelques Membres, choisis sur la base de critères tels que la présence en tant que fabricant au cours d'une année de base donnée. Nous notons aussi que les prescriptions relatives à la présence en tant que fabricant qui figurent dans le MVTO de 1998 et les DRS empêchent explicitement les fournisseurs de services de commerce de gros de véhicules automobiles qui ne fabriquent pas de véhicules au Canada de remplir les conditions requises pour l'exemption des droits d'importation. En outre, du fait qu'en 1989, le gouvernement canadien a cessé d'accorder des DRS, la liste des bénéficiaires de l'exemption des droits d'importation est une liste fermée. En conséquence, les fabricants/vendeurs en gros de véhicules

¹⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.261.

automobiles de quelques Membres peuvent importer des véhicules en franchise au Canada, tandis que les fabricants/vendeurs en gros d'autres Membres sont explicitement empêchés d'importer des véhicules en franchise au Canada.¹⁸³

179. Le Groupe spécial a constaté en dernière analyse, en s'appuyant sur ce raisonnement, qu'"en ce qui concerne l'exemption des droits d'importation, accordées à un nombre limité de fabricants/vendeurs en gros de véhicules automobiles, le Canada n'a pas accordé immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays".¹⁸⁴ Partant de là, il a constaté que l'exemption des droits d'importation est incompatible avec les exigences de l'article II:1 de l'AGCS.¹⁸⁵

180. Ici, le Groupe spécial a aggravé l'erreur qu'il avait commise précédemment en constatant que l'exemption des droits d'importation dont bénéficient certains *fabricants* de véhicules automobiles "est accordée à un groupe limité et identifiable" de *fabricants/vendeurs en gros* de véhicules automobiles. Il semble dire ici que l'exemption des droits d'importation est accordée à certains *grossistes* d'un nombre limité de Membres et non aux *grossistes* d'autres Membres. Par ailleurs, le Groupe spécial dit que, en raison de la liste fermée, les *vendeurs en gros* de véhicules automobiles d'un nombre limité de Membres peuvent importer des véhicules en franchise au Canada, tandis que les *vendeurs en gros* d'autres Membres sont explicitement empêchés d'importer des véhicules en franchise au Canada.¹⁸⁶

181. Manifestement, le Groupe spécial confond ici l'*application* de l'exemption des droits d'importation aux *fabricants* avec son *effet* éventuel sur les *grossistes*. À notre avis, le Groupe spécial a examiné cette mesure sous l'angle du "commerce des marchandises" et a simplement extrapolé aux fournisseurs de services de gros de véhicules automobiles son analyse de la façon dont l'exemption des droits d'importation affecte les fabricants. Il a présumé, sans avoir analysé l'effet de la mesure sur les *grossistes en tant que fournisseurs de services*, que l'exemption des droits d'importation, accordée à un nombre limité de fabricants, affectait *ipso facto* les conditions de concurrence entre *grossistes en leur qualité de fournisseurs de services*. Comme nous l'avons dit précédemment à propos de la question de savoir si la mesure en cause "affecte le commerce des services", le Groupe spécial n'a pas

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.262.

¹⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 10.264.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, paragraphe 10.262.

montré comment l'exemption des droits d'importation accordée à certains *fabricants*, mais non à d'autres *fabricants*, affectait la fourniture de *services de commerce de gros* et les *fournisseurs de services de commerce de gros* de véhicules automobiles. Pour parvenir à ses conclusions concernant l'article II:1 de l'AGCS, le Groupe spécial n'a ni apprécié les faits pertinents – nous ne voyons aucune analyse d'aucun élément de preuve concernant la fourniture des *services de commerce de gros* de véhicules automobiles – ni interprété l'article II de l'AGCS pour appliquer cette interprétation aux faits qu'il avait constatés.

182. Pour les raisons qui précèdent, nous infirmons la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'exemption des droits d'importation accordée en application du MVTO de 1998 et des DRS est incompatible avec les exigences de l'article II:1 de l'AGCS¹⁸⁷ ainsi que les constatations ayant conduit à cette conclusion.

183. En tirant cette conclusion, nous ne laissons pas entendre que l'exemption des droits d'importation *n'affecte pas* les services de commerce de gros de véhicules automobiles au Canada. Nous ne concluons pas non plus que le Canada accorde un traitement non moins favorable aux services et aux fournisseurs de services d'un autre Membre que celui qu'il accorde aux services similaires et aux fournisseurs de services similaires d'un autre pays, conformément à l'article II:1 de l'AGCS. Nous ne tirons pas pareille conclusion. Nous voulons seulement dire que le Groupe spécial, dans cette affaire, a négligé d'étayer sa conclusion voulant que l'exemption des droits d'importation soit incompatible avec l'article II:1 de l'AGCS. C'est pourquoi nous n'avons d'autre choix que d'infirmer les constatations et les conclusions du Groupe spécial concernant l'article II:1 de l'AGCS.

184. En aboutissant à cette conclusion, nous sommes conscients de l'importance de l'AGCS en tant que nouvel accord commercial multilatéral visé par l'*Accord sur l'OMC*. Le présent appel n'est que la deuxième affaire dans laquelle il nous est demandé d'examiner les constatations d'un groupe spécial concernant des dispositions de l'AGCS. Vu la complexité de la question du commerce des services ainsi que la nouveauté des obligations au titre de l'AGCS, nous estimons que les allégations formulées au titre de l'AGCS méritent d'être analysées attentivement et sérieusement. Nous aurons certainement l'occasion un jour, dans le cadre d'une autre affaire, d'interpréter l'article II de l'AGCS.

¹⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.264.

X. Constatations et conclusions

185. Pour les motifs exposés dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) confirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le Canada agit de manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 en accordant l'avantage d'un régime d'admission en franchise aux véhicules automobiles originaires de certains pays, en application du MVTO de 1998 et des DRS, avantage qui n'est pas accordé immédiatement et sans condition aux produits similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC;
- b) confirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le Canada agit de manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 3:1 a) de l'*Accord SMC* en accordant une subvention qui est subordonnée en droit aux résultats à l'exportation, en raison de l'application des prescriptions en matière de proportion, qui constituent l'une des conditions déterminant l'admissibilité à l'exemption des droits d'importation pour les véhicules automobiles, conformément au MVTO de 1998 et aux DRS;
- c) constate que le Groupe spécial a appliqué à bon escient le principe d'économie jurisprudentielle en refusant d'examiner l'allégation subsidiaire des Communautés européennes selon laquelle la mesure, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, qui constituent l'une des conditions régissant l'exemption des droits d'importation, est une subvention subordonnée aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*;
- d) n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion et réserve donc son jugement sur la question de savoir si l'exemption des droits d'importation est oui ou non, en raison de l'application des prescriptions en matière de VCA, subordonnée "en droit" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b) de l'*Accord SMC*; infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 3.1 b) ne s'applique pas à la subordination "de fait"; et n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion et réserve donc son jugement sur la question de savoir si la mesure est subordonnée "en fait" à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés, au sens de l'article 3.1 b)) de l'*Accord SMC*, en raison de l'insuffisance des constatations de fait et des faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial;

- e) constate que le Groupe spécial a négligé d'examiner la question de savoir si la mesure est une mesure qui "affecte le commerce des services", comme il était tenu de le faire au titre de l'article I:1 de l'AGCS; infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'exemption des droits d'importation accordée en application du MVTO de 1998 et des DRS est incompatible avec les exigences de l'article II:1 de l'AGCS; et infirme également les constatations ayant amené le Groupe spécial à tirer cette conclusion concernant l'article II:1.

186. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande au Canada de rendre la mesure dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial tel qu'il est modifié par le présent rapport, qu'elle est incompatible avec les obligations du Canada au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, de l'article XVII de l'AGCS et de l'alinéa a) de l'article 3.1 de l'*Accord SMC*, conformément à ses obligations au titre de ces accords.

Texte original signé à Genève le 18 mai 2000 par:

Claus-Dieter Ehlermann
Président de la section

James Bacchus
Membre

Florentino Feliciano
Membre

**WORLD TRADE
ORGANIZATION**

WT/DS139/AB/R
WT/DS142/AB/R
31 May 2000
(00-2170)

Original: English

**CANADA – CERTAIN MEASURES AFFECTING
THE AUTOMOTIVE INDUSTRY**

AB-2000-2

Report of the Appellate Body

I.	Introduction	1
II.	The Measure and Its Background	3
III.	Arguments of the Participants and Third Participants.....	6
A.	<i>Claims of Error by Canada – Appellant</i>	6
1.	Article I:1 of the GATT 1994	6
2.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	7
3.	Article I:1 and Article II:1 of the GATS.....	8
B.	<i>Arguments by the European Communities – Appellee</i>	9
1.	Article I:1 of the GATT 1994	9
2.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	9
3.	Article I:1 and Article II:1 of the GATS.....	10
C.	<i>Arguments by Japan – Appellee</i>	11
1.	Article I:1 of the GATT 1994	11
2.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	11
3.	Article I:1 and Article II:1 of the GATS.....	12
D.	<i>Claims of Error by the European Communities – Appellant</i>	13
1.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i> – European Communities' Claim Regarding CVA Requirements	13
2.	Article 3.1(b) of the <i>SCM Agreement</i>	13
E.	<i>Claims of Error by Japan – Appellant</i>	14
1.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	14
2.	Article 3.1(b) of the <i>SCM Agreement</i>	15
F.	<i>Arguments by Canada – Appellee</i>	16
1.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	16
2.	Article 3.1(b) of the <i>SCM Agreement</i>	17
G.	<i>Third Participants</i>	18
1.	Korea.....	18
2.	United States.....	20
IV.	Issues Raised in this Appeal.....	20
V.	Article I:1 of the GATT 1994	21

VI.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i>	27
	A. <i>Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"</i>	27
	B. <i>Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"</i>	30
VII.	Article 3.1(a) of the <i>SCM Agreement</i> - European Communities' Claim Regarding CVA Requirements	35
VIII.	Article 3.1(b) of the <i>SCM Agreement</i>	37
	A. <i>Whether the Measure is Contingent "in Law" Upon the Use of Domestic over Imported Goods</i>	37
	B. <i>Whether the Measure is Contingent "in Fact" Upon the Use of Domestic over Imported Goods</i>	44
IX.	Article I:1 and Article II:1 of the GATS.....	48
	A. <i>Article I:1 of the GATS</i>	48
	B. <i>Article II:1 of the GATS</i>	55
X.	Findings and Conclusions	60

WORLD TRADE ORGANIZATION
APPELLATE BODY

**Canada – Certain Measures Affecting the
Automotive Industry**

Canada, *Appellant/Appellee*

Japan, *Appellant/Appellee*

European Communities, *Appellant/Appellee*

Korea, *Third Participant*

United States, *Third Participant*

AB-2000-2

Present:

Ehlermann, Presiding Member

Bacchus, Member

Feliciano, Member

I. Introduction

1. Canada, the European Communities and Japan appeal certain issues of law and legal interpretations in the Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry* (the "Panel Report").¹ The Panel was established to consider a complaint by the European Communities and Japan with respect to a Canadian measure which provides a duty exemption for the importation of certain automobiles, buses and other specified commercial vehicles ("motor vehicles"). According to the Panel, the Canadian measure consists of the Motor Vehicles Tariff Order, 1998 (the "MVTO 1998") and Special Remission Orders (the "SROs") promulgated by the Government of Canada.² Pertinent aspects of the Canadian measure are described in Section II below.

2. The Panel considered claims by the European Communities and Japan that the measure is inconsistent with Article I:1 of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (the "GATT 1994")³; with Article III:4 of the GATT 1994; with Article 2 of the *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (the "TRIMs Agreement"); with the prohibition on export subsidies under Article 3.1(a) of the *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (the "SCM Agreement"); with the prohibition on subsidies contingent on the use of domestic over imported goods under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*; with Article II of the General Agreement on Trade in Services

¹WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 February 2000.

²Panel Report, paras. 2.15-2.35.

³Japan argued that the inconsistency with Article I:1 of the GATT 1994 resulted from the treatment of all "motor vehicles", whereas the European Communities restricted its claim under this provision to the treatment of "automobiles". Panel Report, paras. 5.19, 6.9, 6.38 and 10.7.

(the "GATS")⁴; and with Article XVII of the GATS. The Panel Report was circulated to the Members of the World Trade Organization (the "WTO") on 11 February 2000.

3. The Panel concluded as follows: (a) that Canada acts inconsistently with Article I:1 of the GATT 1994; (b) that the inconsistency with Article I:1 of the GATT 1994 is not justified under Article XXIV of the GATT 1994; (c) that Canada acts inconsistently with Article III:4 of the GATT 1994, as a result of the application of the Canadian value added requirements; (d) that the European Communities and Japan failed to demonstrate that Canada acts inconsistently with Article III:4 of the GATT 1994, as a result of the application of the production-to-sales ratio requirements; (e) that Canada acts inconsistently with Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*; (f) that the European Communities and Japan failed to demonstrate that Canada acts inconsistently with its obligations under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*; (g) that Canada acts inconsistently with Article II of the GATS; (h) that the inconsistency with Article II of the GATS is not justified by Article V of the GATS; (i) that Japan failed to demonstrate that the import duty exemption under the measure constitutes treatment less favourable accorded to Japanese suppliers of wholesale trade services of motor vehicles than that accorded to like Canadian service suppliers, within the meaning of Article XVII of the GATS; and (j) that Canada acts inconsistently with Article XVII of the GATS by according treatment less favourable to services and service suppliers of other Members than it accords to its own like services and service suppliers, as a result of the application of the Canadian value added requirements.⁵

4. With respect to its conclusions under Articles I:1 and III:4 of the GATT 1994, and Articles II and XVII of the GATS, the Panel recommended that the Dispute Settlement Body (the "DSB") request Canada to bring its measure into conformity with its obligations under the *WTO Agreement*. Having found that certain production-to-sales ratio requirements, imposed as one of the conditions for determining eligibility for the import duty exemption, are inconsistent with Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*, the Panel recommended that Canada withdraw the subsidies within 90 days pursuant to Article 4.7 of the *SCM Agreement*.⁶

⁴Japan argued that the inconsistency with Article II:1 of the GATS resulted from the treatment of all "motor vehicles", whereas the European Communities restricted its claim under this provision to the treatment of "automobiles". Panel Report, paras. 5.19, 6.710, 6.716 and 10.7.

⁵*Ibid.*, para. 11.1.

⁶*Ibid.*, para. 11.7.

5. On 2 March 2000, Canada notified the DSB of its intention to appeal certain issues of law covered in the Panel Report and certain legal interpretations developed by the Panel, pursuant to paragraph 4 of Article 16 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (the "DSU"), and filed a Notice of Appeal pursuant to Rule 20 of the *Working Procedures for Appellate Review* (the "*Working Procedures*"). On 13 March 2000, Canada filed its appellant's submission.⁷ On 17 March 2000, the European Communities and Japan each filed its own appellant's submission.⁸ On 27 March 2000, Canada⁹, the European Communities and Japan¹⁰ all filed appellees' submissions. On the same day, Korea and the United States each filed a third participant's submission.¹¹

6. The oral hearing in the appeal was held on 6 and 7 April 2000. In the oral hearing, the participants and third participants presented oral arguments and responded to questions put to them by the Members of the Division hearing the appeal.

II. The Measure and Its Background

7. The Canadian measure¹² at issue in this appeal is duty-free treatment provided to imports of automobiles, buses and specified commercial vehicles ("motor vehicles") by certain manufacturers under the Customs Tariff¹³, the Motor Vehicles Tariff Order, 1998 (the "MVTO 1998")¹⁴ and the Special Remission Orders (the "SROs").¹⁵ The conditions under which eligibility for the import duty exemption is determined are set out in the MVTO 1998, the SROs and certain Letters of Undertaking (the "Letters").¹⁶

⁷Pursuant to Rule 21(1) of the *Working Procedures*.

⁸Pursuant to Rule 23(1) of the *Working Procedures*.

⁹Pursuant to Rule 23(3) of the *Working Procedures*.

¹⁰Pursuant to Rule 22 of the *Working Procedures*.

¹¹Pursuant to Rule 24 of the *Working Procedures*.

¹²In this Report, we refer to this measure as either the "import duty exemption" or the "measure".

¹³S.C. 1997, c. 36.

¹⁴Under Canadian law, the MVTO 1998 is a regulation promulgated by the Governor-General-in-Council, on the recommendation of the Minister of Finance, under the authority of the Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, subsections 14(2) and 16. See Panel Report, footnote 24.

¹⁵The SROs are regulations promulgated by the Governor-General-in-Council, on the recommendation of the Minister of Finance and the Minister of Industry, under the authority of the Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 23. *Ibid.*, footnote 25.

¹⁶The Letters were prepared and submitted by the Canadian subsidiaries of four automobile manufacturers to the Canadian Minister of Industry in January 1965 and commit these manufacturers to increase the amount of Canadian value added used by a specified percentage of each manufacturer's market share growth. These four companies were: General Motors of Canada, Ltd., Ford Motors Co. of Canada, Ltd., Chrysler Canada, Ltd., and American Motors (Canada) Ltd. *Ibid.*, paras. 10.92-10.95 and 10.128.

8. The MVTO 1998 has its origins in the Agreement Concerning Automotive Products Between the Government of Canada and the Government of the United States of America (the "Auto Pact")¹⁷, which was implemented domestically in Canada by the MVTO 1965 and the Tariff Item 950 Regulations. These legal instruments were replaced by the MVTO 1988 and later by the MVTO 1998. The MVTO 1998 is in effect today.¹⁸

9. Under the MVTO 1998, the import duty exemption is available to manufacturers of motor vehicles on imports "from any country entitled to the Most-Favoured-Nation Tariff"¹⁹, if the manufacturer meets the following three conditions: (1) it must have produced in Canada, during the designated "base year", motor vehicles of the class imported; (2) the ratio of the net sales value of the vehicles *produced in Canada* to the net sales value of all vehicles of that class *sold* for consumption *in Canada* in the period of importation must be "equal to or higher than" the ratio in the "base year", and the ratio shall not in any case be lower than 75:100 (the "ratio requirements"); and (3) the amount of Canadian value added in the manufacturer's local production of motor vehicles must be "equal to or greater than" the amount of Canadian value added in the local production of motor vehicles of that class during the "base year" (the "CVA requirements").²⁰

¹⁷See 4 International Legal Materials, p. 302. The Auto Pact was concluded in 1965. Under Article II(a) of the Auto Pact, Canada agreed to accord an import duty exemption to imports from the United States of certain products listed in Annex A of the Auto Pact. In order to receive the import duty exemption, a company had to meet three conditions set out in paragraph 2(5) of Annex A: (1) it must have produced in Canada, during the "base year", motor vehicles of the class it was importing; (2) the ratio of the net sales value of its production in Canada to the net sales value of motor vehicles of that class sold for consumption in Canada must have been "equal to or higher than" the ratio during the "base year", and could in no case be lower than 75:100; and (3) the Canadian value added in the company's local production in Canada of motor vehicles must have been "equal to or greater than" Canadian value added in motor vehicles of that class during the "base year". Pursuant to Article V of the Auto Pact, Canada extended the benefits of this import duty exemption to other countries, but the United States did not. Canada also was allowed, under paragraph 3 of Annex A of the Auto Pact, to designate additional manufacturers as beneficiaries of the import duty exemption, even though the manufacturers did not meet the Auto Pact conditions. The Canada-United States Free Trade Agreement (the "CUSFTA"), which entered into force on 1 January 1989, provides, in Article 1001, for the continued administration of the Auto Pact. 27 International Legal Materials, p. 281. However, pursuant to Article 1002.1 and the Annex to Article 1002.1 of the CUSFTA, the Government of Canada could no longer designate additional manufacturers who would benefit from the import duty exemption. The CUSFTA was suspended with the 1 January 1994 entry into force of the North American Free Trade Agreement (the "NAFTA"), which, under Appendix 300-A.1, allows Canada to maintain the import duty exemption subject to the conditions stipulated in the CUSFTA. 32 International Legal Materials, p. 605.

¹⁸Panel Report, para. 2.15.

¹⁹MVTO 1998, Schedule, Part 1, para. 2. In para. 10.160 of the Panel Report, the Panel recalled "that Canada applies an MFN duty on motor vehicles originating in non-NAFTA countries at the rate of 6.1 per cent."

²⁰*Ibid.*, para. 1(1), definition of "manufacturer". A list of beneficiaries of the MVTO 1998 is contained in the Appendix to Memorandum D-10-16-3, issued by the Ministry of National Revenue on 10 April 1995. This Appendix lists a total of 33 firms, of which four are identified as automobile manufacturers, seven as bus manufacturers, and 27 as manufacturers of specified commercial vehicles. Panel Report, para. 2.21.

10. The Panel found that, as a matter of fact, the average ratio requirements applicable to the MVTO 1998 beneficiaries are "as a general rule" 95:100 for automobiles, and "at least" 75:100 for buses and specified commercial vehicles.²¹

11. The MVTO 1998 states that the CVA used by a particular manufacturer shall be calculated based on the "aggregate" of certain listed costs of production, which are, broadly speaking:

- the cost of parts produced in Canada and of materials of Canadian origin that are incorporated in the motor vehicles;
- transportation costs;
- labour costs incurred in Canada;
- manufacturing overhead expenses incurred in Canada;
- general and administrative expenses incurred in Canada that are attributable to the production of motor vehicles;
- depreciation in respect of machinery and permanent plant equipment located in Canada that is attributable to the production of motor vehicles; and
- a capital cost allowance for land and buildings in Canada that are used in the production of motor vehicles.²²

12. Through the SROs, Canada has also designated certain other companies, in addition to those qualifying under the MVTO 1998, as eligible to import motor vehicles duty-free.²³ Canada promulgated the SROs under the authority of the Financial Administration Act for certain companies that had not met the original conditions of the MVTO 1965.²⁴ The SROs entitle motor vehicles imported by these companies to receive the import duty exemption as long as they meet certain designated conditions. Specifically, the SROs provide for the remission of duties on imports of motor vehicles where conditions relating to certain specified production-to-sales ratio requirements and CVA requirements are fulfilled.

²¹Panel Report, para. 10.182.

²²*Ibid.*, para. 2.26; MVTO 1998, Schedule, Part 1, para. 1(1), definition of "Canadian value added", letter (a).

²³Auto Pact, para. 3 of Annex A; Panel Report, para. 2.3. An administrative memorandum of Revenue Canada lists 63 firms as beneficiaries under the SROs, of which two are identified as automobile manufacturers, five as bus manufacturers, and 59 as manufacturers of specified commercial vehicles. Panel Report, para. 2.31.

²⁴Panel Report, footnote 25.

13. With respect to the actual ratio and CVA requirements under the SROs, each SRO sets out specific ratio and CVA requirements to be met by the company receiving the SRO. For ratio requirements, the SROs issued before 1977 set the production-to-sales ratios at 75:100. Since then, almost all SROs have set ratios at 100:100.²⁵ For CVA, requirements under the SROs range from 40 to 60 per cent, as follows: SROs issued before 1984 stipulate that, during an initial period of one or two years, the CVA must be at least 40 per cent of the cost of production. After that initial period, the CVA should be at least the same (in dollar terms) as in the last 12 months of the initial period; however, the CVA must not, in any case, be less than 40 per cent of the cost of production. For SROs issued after 1984, the CVA shall be no less than 40 per cent of the cost of sales of vehicles sold in Canada, with the exception of the manufacturer CAMI Automotive Inc. ("CAMI"), for which the CVA level is set at 60 per cent.²⁶

14. In accordance with its obligations under the CUSFTA, since 1989, Canada has not designated any additional manufacturers to be eligible for the import duty exemption under the MVTO 1998, nor has Canada promulgated any new SROs. Also, the MVTO 1998 specifically excludes vehicles imported by a manufacturer which did not qualify before 1 January 1988.²⁷ Thus, the list of manufacturers eligible for the import duty exemption is closed.

III. Arguments of the Participants and Third Participants

A. *Claims of Error by Canada – Appellant*

I. Article I:1 of the GATT 1994

15. Canada argues that the Panel erred in finding that the Canadian measure is inconsistent with the most-favoured-nation ("MFN") provisions of Article I:1 of the GATT 1994. By its terms, Article I:1 prohibits discrimination in the according of advantages based on the origin of products. In Canada's view, the Canadian measure at issue is "origin-neutral"²⁸ in this sense, and is therefore consistent with Article I:1.

²⁵Panel Report, para. 2.34.

²⁶*Ibid.*, para. 2.33.

²⁷MVTO 1998, Schedule, Part 1, para. 3.

²⁸Canada's appellant's submission, para. 163.

16. Canada submits that none of the previous panel reports addressing the issue of MFN treatment under Article I:1 supports the Panel's concept of a *de facto* violation of Article I:1. The facts of the present case are different from those in previous cases. In this case, motor vehicles imported duty-free into Canada come from numerous countries, and the conditions for receiving the import duty exemption have nothing to do with the origin of those vehicles.

2. Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*

(a) *Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"*

17. According to Canada, the Canadian measure does not fall within the definition of "subsidy" in Article 1.1 of the *SCM Agreement*. Canada argues that the appropriate test for whether the measure is a "subsidy" is to apply the text of Article 1.1 of the *SCM Agreement*, in its context, and in the light of the object and purpose of the *WTO Agreement*. With respect to context, the meaning of Article 1.1(a)(ii) is circumscribed by footnote 1 of the *SCM Agreement*. This footnote demonstrates that the waiver of import duties for a product will not always be deemed to be a "subsidy". The key element in determining whether a measure is a "subsidy" is that the amount of the duty waived cannot be in excess of the duty amount accrued. The Canadian measure is analogous to the situation described in footnote 1 of the *SCM Agreement*. As there can never be a duty exemption in excess of the amount of the duty that would have accrued, the duty exemption is not a "subsidy" under Article 1.1 of the *SCM Agreement*.

(b) *Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"*

18. Canada argues that the measure is not contingent "in law" upon export performance under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. The Panel did not even attempt to demonstrate contingency "on the basis of the words of the relevant legislation". Rather, the Panel resorted to hypothetical "facts". By examining these "facts", the Panel shifted its analysis away from contingency "in law" to contingency "in fact".

19. Canada notes that the Panel found that the import duty exemption is contingent upon exportation because the exemption is conditional on meeting certain production-to-sales ratios. The Panel grouped these ratios into two categories: ratios below one to one, and ratios of one to one or higher. Canada argues that neither of these two categories of ratios results in export contingency "in fact".

3. Article I:1 and Article II:1 of the GATS

(a) *Article I:1 of the GATS*

20. According to Canada, the Panel erred in finding that the scope of the GATS extends to the measure at issue. Canada argues that the scope of the GATS is established in Article I of that Agreement, which states that the Agreement applies to "measures...affecting trade in services." Canada submits that the measure at issue does not affect trade in services. In this case, Canada contends, the measure does not affect the supply of distribution services and does not affect wholesale distribution service suppliers in their capacity as service suppliers. It is true that the import duty exemption "may affect"²⁹ the cost of the goods. However, any effect this may have on the supply of distribution services is so "tenuous"³⁰ that the measure clearly falls within the category of measures that should be scrutinized exclusively under the GATT 1994.

(b) *Article II:1 of the GATS*

21. Canada submits that the complainants have claimed both *de jure* and *de facto* discrimination under Article II:1 of the GATS. To find for the complainants, the Panel was required to set out the basis on which the measure accords less favourable treatment to certain services and service suppliers, and to show how this less favourable treatment is accorded to the like services or service suppliers of certain Members. In Canada's view, the Panel's analysis does not demonstrate either of these.

22. Canada argues that it appears the Panel found discrimination against services and service suppliers of "any other Member" on the basis that the import duty exemption was granted to *certain* manufacturers of *some* Members, even though the qualification for this treatment was based on "origin-neutral"³¹ criteria. This finding is problematic because it implies that unless all manufacturers of all Members satisfy the criteria applied for eligibility for the import duty exemption, discrimination will always be found. Under the Panel's reasoning, there would be discrimination whenever a manufacturer of a Member was not represented among the qualifying service suppliers. Furthermore, Canada states that the Panel's analysis of Article II:1 ignores the fact that the nationality of the manufacturers/wholesalers can be modified by private commercial decisions.

²⁹Canada's appellant's submission, para. 115.

³⁰*Ibid.*

³¹*Ibid.*, para. 163.

B. *Arguments by the European Communities – Appellee*

1. Article I:1 of the GATT 1994

23. In the view of the European Communities, the Panel's interpretation of Article I:1 of the GATT 1994 is correct. Although the measure at issue in this case applies to importers and is, on its face, origin-neutral, the Panel found that, nevertheless, such a measure could accord a *de facto* advantage to products originating in certain countries.

24. The European Communities argues that *de facto* inconsistency with Article I:1 of the GATT 1994 must be established on a case-by-case basis. When examining a claim of *de facto* violation, it is necessary to take into account all relevant facts, and infer inconsistency from the total configuration of the facts. In this case, the Panel correctly found that the relevant facts establish that *de facto* inconsistency exists.

2. Article 3.1(a) of the SCM Agreement

(a) *Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"*

25. The European Communities considers that the Panel was correct in finding that the measure constitutes a "subsidy" within the meaning of Article 1.1 of the *SCM Agreement*. Article 1.1(a)(ii) considers as a "financial contribution" the situation in which government revenue that is "otherwise due" is foregone. In this case, the Canadian government established a normative benchmark for its customs duties, which constitute government revenue. The import duty exemption is a departure from this norm. Therefore, the measure constitutes government revenue "otherwise due" that has been foregone and, consequently, is a "financial contribution". As the measure also confers a "benefit" under Article 1.1(b), it is a "subsidy".

(b) *Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"*

26. The European Communities argues that the Panel correctly concluded that the words of the relevant legal instruments demonstrate that the production-to-sales ratio requirements make the measure contingent "in law" upon export performance, in contravention of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. The standard for *de jure* inconsistency encompasses both legal instruments that provide for *express* export contingency, as well as *implicit* export contingency, that is, where the requirement to export is a necessary consequence arising from the operation of conditions stated in the law. The present case falls into the latter category.

27. In the view of the European Communities, production-to-sales ratio requirements of both one to one or greater, and of less than one to one, result in export contingency "in law". Where the ratio requirements are one to one or greater, the manufacturer concerned cannot sell any value of motor vehicles brought into Canada under the import duty exemption unless it exports an equivalent value. Where the ratio requirements are less than one to one, the European Communities agrees with Canada that the manufacturer concerned is entitled to sell a certain value of motor vehicles imported under the import duty exemption without exporting. However, the European Communities points out that, if the manufacturer does export, the value of imports made under the import duty exemption will increase by an amount equal to the value of the exports. Therefore, the measure is contingent "in law" upon export performance as a result of the ratio requirements, in contravention of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

3. Article I:1 and Article II:1 of the GATS

(a) *Article I:1 of the GATS*

28. According to the European Communities, the Panel's finding that the Canadian measure affects trade in services under Article I of the GATS was correct. While it is true that the measure in this case can affect both goods and services, this does not mean that the measure cannot be examined under the GATS. The European Communities maintains that the proper test under Article I:1 of the GATS is simply whether the measure at issue affects the supply of services and that the Panel's examination of the measure under Article II of the GATS implicitly included an assessment of whether the measure affects trade in services under Article I of the GATS.

(b) *Article II:1 of the GATS*

29. In the view of the European Communities, Article II of the GATS applies to *de facto* as well as *de jure* discrimination. When examining a claim of *de facto* discrimination, any inconsistency must be inferred from the total configuration of the facts surrounding the measure. In this case, the Panel properly examined these facts, and these facts support its finding that *de facto* discrimination exists.

30. The European Communities submits that the Panel correctly found that the Canadian measure accords less favourable treatment to services and service suppliers of some Members than it accords to like services and service suppliers of other Members. The European Communities argues that, contrary to Canada's claim, vertical integration in the automotive industry does not preclude the

possibility that competitive conditions for the provision of wholesale trade services would be affected by the measure. The Panel's finding that vertical integration did not exclude potential competition in wholesaler-manufacturer relationships nor actual competition in wholesaler-retailer relationships was correct. This finding is confirmed by the fact that the vast majority of the service suppliers receiving the import duty exemption under the measure are from the United States. Furthermore, eligibility for the import duty exemption has been closed, since 1989, to any additional service suppliers.

C. *Arguments by Japan – Appellee*

1. Article I:1 of the GATT 1994

31. Japan maintains that the Panel's finding that the Canadian measure is inconsistent with Article I:1 of the GATT 1994 was correct. The Panel interpreted Article I:1 properly through an analysis of whether the Canadian measure accorded, *de facto*, less favourable treatment to like products of certain WTO Members. The Panel took into account the possibility that the limitation of the import duty exemption under the measure to certain importers resulted in *de facto* discrimination.

32. In Japan's view, the facts of this case demonstrate that the measure is an "advantage" under Article I:1 of the GATT 1994 that is available for imports of motor vehicles originating in some countries, but is not available with respect to imports of like motor vehicles originating in *all* WTO Members. This discrimination arises because eligibility for the import duty exemption is restricted to a limited group of manufacturers, as well as because of the intra-firm purchasing practices of the industry. Accordingly, the Panel properly concluded that the Canadian measure was inconsistent with Article I:1 of the GATT 1994.

2. Article 3.1(a) of the SCM Agreement

(a) *Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"*

33. According to Japan, the Panel correctly found that the measure constitutes a "subsidy" within the meaning of Article 1.1 of the *SCM Agreement*. The findings that the measure constitutes a "financial contribution" because government revenue "otherwise due" has been foregone, and that a "benefit" also exists, support the Panel's conclusion that a "subsidy" exists.

(b) *Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"*

34. Japan considers that the measure is contingent "in law" upon export performance under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. As a result of the ratio requirements, there is a clear relationship of conditionality between the import duty exemption and exportation. Japan argues that where the ratio requirement is set at one to one or higher, there is a requirement to export in order to receive the import duty exemption. The only "economically viable"³² way for a manufacturer to comply with the ratio requirements when it imports motor vehicles is to export vehicles that it has produced in Canada. Where the ratio requirement is less than one to one, the requirement to export also arises, even though, Japan concedes, the "pressure" to export is of a "lesser degree"³³ in this situation. Japan has provided mathematical expressions of these arguments.

35. According to Japan, the Panel's finding that the ratio requirements, as a condition for receiving the import duty exemption, are contingent "in law" upon export performance was correct, since contingency can be established based on the words of the relevant legal instruments. Those instruments create a "construct"³⁴ under which the import duty exemption under the measure is contingent upon export performance. Therefore, the measure is contingent "in law" upon export performance under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

3. Article I:1 and Article II:1 of the GATS

(a) *Article I:1 of the GATS*

36. In Japan's view, the Panel's approach in determining whether the application of the measure affects trade in services within the meaning of Article I of the GATS is correct. The Panel did not err in its substantive finding that the measure affects trade in services under Article I of the GATS. The term "affecting" in Article I has a broad reach. The measure affects trade in services, as it has an effect on the "cost and/or profitability"³⁵ of the related wholesale trade services.

(b) *Article II:1 of the GATS*

37. Japan argues that the measure is inconsistent with the MFN obligation in Article II of the GATS. The Panel's finding in this regard is correct. The Panel relied, in part, on the fact that the measure put some service providers at an economic or competitive disadvantage. The Panel

³²Japan's appellee's submission, para. 71.

³³*Ibid.*, para. 73.

³⁴*Ibid.*, para. 85.

³⁵*Ibid.*, para. 113.

recognized that two elements of the provision of wholesale services must be examined: wholesale services provided to manufacturers, and wholesale services provided to retailers. In Japan's view, the Panel made the correct finding under Article II of the GATS, that the import duty exemption is only available to certain wholesale service suppliers, and is therefore not made available to like service suppliers of all WTO Members.

D. *Claims of Error by the European Communities – Appellant*

1. Article 3.1(a) of the SCM Agreement – European Communities' Claim Regarding CVA Requirements

38. According to the European Communities, the Panel failed to address the European Communities' claim that the CVA requirements operate as an export performance condition prohibited by Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. The European Communities claimed before the Panel that the CVA requirements make the subsidy contingent "in law" and, alternatively, "in fact" upon the use of domestic over imported goods or, as the sole alternative, upon export performance.³⁶ Therefore, the CVA requirements are inconsistent with the prohibition of Article 3.1(a). The Panel's failure to address the alternative condition of export performance was an error. The European Communities requests the Appellate Body to find that certain of the CVA requirements are contingent upon export performance.

2. Article 3.1(b) of the SCM Agreement

(a) *Whether the Measure is Contingent "in Law" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

39. The European Communities argues that Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* prohibits subsidies contingent upon a condition that "gives preference"³⁷ to the use of domestic over imported goods. The Panel's narrow finding that Article 3.1(b) only prohibits the granting of subsidies that "require" the beneficiary to "actually use" domestic goods constitutes legal error.³⁸ In the European Communities' view, the Panel's interpretation would allow circumvention of Article 3.1(b). Furthermore, even applying the test used by the Panel, the CVA requirements do in certain circumstances require the actual use of domestic goods as a matter of law. Therefore, the Panel's finding is in error.

³⁶The claims can be found in the Panel Report, at paras. 6.497-6.500, 6.620 and 6.690.

³⁷European Communities' appellant's submission, para. 23.

³⁸*Ibid.*, para. 28.

40. The European Communities notes that Article 3.1(b) prohibits the granting of subsidies that are contingent upon the use of domestic over imported goods "whether solely or as one of several conditions". These terms cover the situation where a subsidy is simultaneously subject to two or more "cumulative conditions". However, the European Communities argues that these terms may also apply where a subsidy is subject to two or more "alternative" conditions, where compliance with any one or more of them gives a right to obtain the subsidy.³⁹ According to the European Communities, the use of domestic over imported goods through the CVA requirements is an alternative condition for receiving the import duty exemption under the measure. This alternative condition is a condition "in law" for receiving the import duty exemption, and is, therefore, inconsistent with Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

(b) *Whether the Measure is Contingent "in Fact" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

41. In the alternative, the European Communities argues that the CVA requirements constitute a subsidy contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. In making this claim, the European Communities contends that the Panel's finding that Article 3.1(b) does not apply to "in fact" contingency is erroneous.

42. In the European Communities' view, the Panel's finding was in error as it relied solely on one aspect of the context of Article 3.1(b), while ignoring the ordinary meaning, other contextual aspects, the object and purpose, and the drafting history of the provision. The ordinary meaning of Article 3.1(b) does not exclude contingency "in fact". Also, it is relevant as context that Article 3.1(b) was inserted into the *SCM Agreement* to clarify and reinforce existing GATT 1994 disciplines with respect to local content requirements. Furthermore, the object and purpose of Article 3.1(b) is to prevent the use of subsidies which promote the substitution of domestic for imported goods. If the Panel's interpretation were followed, the prohibitions in Article 3.1(b) could be circumvented.

E. *Claims of Error by Japan – Appellant*

1. Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*

(a) *Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"*

43. Japan conditionally appeals the Panel's decision not to make a finding with respect to whether the measure is "in fact" contingent upon export performance in contravention of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. In the event the Appellate Body overturns the Panel's finding that the subsidy is

³⁹European Communities' appellant's submission, para. 44.

contingent "in law" upon export performance, Japan submits that the Panel's use of judicial economy was in error, and the issue of whether the subsidy is contingent "in fact" upon export performance should be considered by the Appellate Body.

44. According to Japan, the Panel made certain findings relevant to the issue of whether the import duty exemption is contingent "in fact" upon export performance. The Panel's examination of the ratio requirements demonstrates that the "facts" of those requirements lead to the conclusion that the import duty exemption is contingent upon export performance.

2. Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*

(a) *Whether the Measure is Contingent "in Law" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

45. Japan argues that the measure is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods, in contravention of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*. The plain language of this provision demonstrates that a "key component" of the applicable legal standard is whether the use of domestic over imported goods "would lead to" the granting or maintenance of a subsidy.⁴⁰ This interpretation is supported by the object and purpose of the *SCM Agreement* as a whole and of Article 3.1(b) in particular.

46. Japan submits that, in this case, the use of CVA is one of several conditions that, if fulfilled, results in the receipt of the import duty exemption. One way to meet the CVA requirements is to use domestic parts and materials. According to Japan, it has *not* been demonstrated that the CVA requirements can be met without using domestic parts and materials. The Panel has referred to the *hypothetical* possibility to do so, but Canada has not provided sufficient evidence to rebut the fact that the CVA requirements mandate the use of domestic parts and materials. The Panel's finding that a subsidy is not contingent on the use of domestic over imported goods if it can be obtained through other means, although the use of domestic over imported goods is one way actually to obtain the subsidy, is problematic. If this finding is upheld, it will be possible for WTO Members to escape their Article 3.1(b) obligations by including additional conditions that are unrelated to the use of domestic over imported goods.

⁴⁰Japan's appellant's submission, para. 7.

(b) *Whether the Measure is Contingent "in Fact" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

47. Japan argues that Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* prohibits both subsidies contingent "in law" and subsidies contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. The Panel's finding restricting the scope of application of Article 3.1(b) to subsidies contingent "in law" was erroneous. The Panel found that the inclusion of the words "in law or in fact" in paragraph (a) of Article 3.1 of the *SCM Agreement* and the absence of the same words in paragraph (b) of the same Article means that the drafters of Article 3.1(b) intended to limit that provision to contingency "in law". In Japan's view, the Panel's reasoning ignores the ordinary meaning of the words of Article 3.1(b). Article 3.1(b) prohibits subsidies "contingent ... upon the use of domestic over imported goods." These words do not expressly limit the scope of coverage of Article 3.1(b) to contingency "in law". In the absence of an express limitation, Article 3.1(b) must be interpreted to apply to both contingency "in law" and "in fact". The inclusion of the words "in law or in fact" in Article 3.1(a) is most likely intended to "anchor"⁴¹ footnote 4 of the *SCM Agreement*, which sets forth an explanation of subsidies contingent "in fact" upon export performance. In addition, the Panel's finding that Article 3.1(b) prohibits only subsidies contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods does not take into account the object and purpose of the *WTO Agreement* as a whole and of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

48. According to Japan, when determining whether a subsidy is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods, the issue is whether the configuration of the facts surrounding the granting of the subsidy is such that, "in fact", the subsidy will be granted if the recipient used domestic over imported goods. In the case of the measure at issue here, the relevant facts establish that it is impossible for manufacturers to satisfy the CVA requirements without purchasing at least a certain proportion of Canadian parts and components.

F. *Arguments by Canada – Appellee*

1. Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*

(a) *Whether the Measure is "Contingent...in Fact...upon Export Performance"*

49. According to Canada, the Panel correctly applied the principle of judicial economy when it declined to examine whether the measure was contingent "in fact" upon export performance under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. Since the Panel found that contingency "in law" existed, the

⁴¹Japan's appellant's submission, para. 29.

Panel was entitled to stop its analysis there. This is a legitimate application of judicial economy, which Canada's appeal does not change. However, if the Appellate Body agrees with Canada's contention on the issue of contingency "in law", the question of whether the measure is contingent "in fact" upon export performance will become an issue.

50. With regard to the substance of Japan's appeal, Canada relies on the arguments made in its appellant's submission on this issue. In that submission, Canada argued that there is no evidence to demonstrate that the measure is "in fact" contingent upon export performance.⁴²

(b) *European Communities' Claim Regarding CVA Requirements*

51. Canada refers to the argument of the European Communities that the CVA requirements, as a condition for receiving the import duty exemption, are, in the alternative, contingent upon exportation. Canada contends that the European Communities has not identified any error of law in the Panel's decision not to make a finding on this issue. Furthermore, the CVA requirements do not result in a subsidy which is contingent upon export performance, either "in law" or "in fact". Nothing in the text of the measure suggests that the measure is contingent upon export performance, nor is there any factual evidence to show that the granting of the subsidy was in any way tied to exportation, in contravention of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

2. Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*

(a) *Whether the Measure is Contingent "in Law" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

52. In Canada's view, the Panel was correct in finding that the measure is not contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*. The Panel's interpretation of the word "contingent" was appropriate. By contrast, the European Communities and Japan seek to expand the scope of this term beyond its ordinary meaning. Both complainants argue that Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* prohibits any condition that "favours", or gives "preference" to, the use of domestic goods. Canada responds that there is no basis for such an interpretation in the text of Article 3.1(b).

53. Canada submits that the argument by the complainants that Article 3.1(b) prohibits subsidies that may be received if one of several alternative conditions is fulfilled is without merit. In Canada's view, the complainant's position is at odds with the ordinary meaning of "contingent". If the use of domestic over imported goods were one of several alternative conditions for receiving a subsidy, that

⁴²*Supra*, para. 19.

subsidy would, by definition, not be "contingent" upon the use of domestic over imported goods, since it could be received without using domestic over imported goods.

(b) *Whether the Measure is Contingent "in Fact" upon the Use of Domestic over Imported Goods*

54. Canada considers, moreover, that Article 3.1(b) does not extend to measures that are "in fact" contingent upon the use of domestic over imported goods. The Panel's finding on this issue was correct. In Canada's view, the context provided by Article 3.1(a) is determinative. As the words "in law or in fact" are included in Article 3.1(a), the fact that they are not found in Article 3.1(b) indicates that Article 3.1(b) does not apply to contingency "in fact".

55. In any event, Canada argues, Japan and the European Communities have failed to establish that the measure is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. As evidence provided by Canada to the Panel demonstrates, it is not impossible to meet the CVA requirements without using Canadian goods.

G. *Third Participants*

I. Korea

(a) *Article I:1 of the GATT 1994*

56. Korea argues that the Canadian measure is inconsistent with Article I:1 of the GATT 1994 because it discriminates with respect to the treatment of like products of different origins. Although the measure does not, on its face, impose conditions relating to the origin of the products at issue, in practice the import duty exemption has not been accorded to like products originating in all WTO Members. In Korea's view, the Panel properly found that the limitation on eligibility for the import duty exemption to certain importers, in combination with the "intra-firm" character of trade in automotive products, results in *de facto* discrimination against like products from certain WTO Members.

(b) *Article 3.1(a) of the SCM Agreement*

(i) *Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"*

57. According to Korea, the measure is a "subsidy" within the meaning of Article 1.1 of the *SCM Agreement*. Customs duties constitute government revenue, and the act of exempting payment of customs duties is an exception to the normal rules. Accordingly, the measure results in government

revenue foregone which is "otherwise due", under Article 1.1(a)(1)(ii). Since a benefit is conferred as a result, the measure is a "subsidy" within the meaning of Article 1.1 of the *SCM Agreement*.

(ii) Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"

58. Korea contends that, as found by the Panel, the measure is contingent "in law" upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* as a result of the operation of the ratio requirements. The Panel was correct in its finding that the import duty exemption is contingent upon export performance, regardless of the specific ratio requirements. When the ratio requirements are 100:100 or higher, the import duty exemption cannot be received unless the company exports. When the ratio requirements are less than 100:100, the value of the imports which can be made under the measure is still directly contingent upon the value of exports. This conclusion results from the words of the relevant legal instruments themselves. Therefore, the measure is contingent "in law" upon export performance, under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

(c) *Article 3.1(b) of the SCM Agreement*

59. In Korea's view, the Panel erred in its conclusion that the measure does not constitute a subsidy that is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods under the terms of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*, as a result of the operation of the CVA requirements. The CVA requirements are one of several conditions for receiving the import duty exemption. The CVA requirements themselves may be satisfied by the use of Canadian goods, Canadian inputs other than goods, or some combination of the two. Since the use of Canadian goods is one of the means by which to meet the CVA requirements, the measure is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods, within the meaning of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

(d) *Article I:1 and Article II:1 of the GATS*

(i) *Article I:1 of the GATS*

60. Korea argues that, under Article I of the GATS, the scope of the GATS extends to the Canadian measure. The term "affecting" in Article I:1 of the GATS has a broad reach. In this case, although the measure does not directly govern the supply of services, it nevertheless modifies conditions of competition in the supply of wholesale trade services. It therefore falls within the scope of the GATS.

(ii) Article II:1 of the GATS

61. Korea submits that the Panel was correct in finding that the measure is inconsistent with Article II:1 of the GATS because it does not accord treatment no less favourable to like services and service suppliers of other WTO Members. Through its effect on the conditions of competition, the measure results in *de facto* discrimination based on the origin of the service or service supplier. In fact, the closed category of service suppliers is comprised almost exclusively of service suppliers of the United States and Canada. As a result, some motor vehicle service suppliers of some Members can receive the import duty exemption, while those of other Members cannot, and, consequently, service suppliers of certain Members receive less favourable treatment than service suppliers of other Members.

2. United States

62. In its submission, the United States notes that it "has a strong interest in the systemic implications of the issues presented in this appeal."⁴³ However, the United States does not make specific arguments on the substantive issues involved. As a result, no arguments made by the United States are summarized in this Section of the Report.

IV. Issues Raised in this Appeal

63. This appeal raises the following issues:

- (a) whether the Panel erred in concluding that Canada acts inconsistently with Article I:1 of the GATT 1994 by according the advantage of duty-free treatment to motor vehicles originating in certain countries, pursuant to the MVTO 1998 and the SROs, which advantage is not accorded immediately and unconditionally to like products originating in the territories of all other WTO Members;
- (b) whether the Panel erred in concluding that Canada acts inconsistently with its obligations under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* by granting a subsidy which is contingent in law upon export performance, as a result of the application of the ratio requirements as one of the conditions determining eligibility for the import duty exemption for motor vehicles under the MVTO 1998 and the SROs;

⁴³United States' appellant's submission, p.1.

- (c) whether the Panel erred in failing to address the European Communities' alternative claim that the import duty exemption, as a result of the application of the CVA requirements as one of the conditions for the import duty exemption, is a subsidy contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*;
- (d) whether the Panel erred in concluding that the European Communities and Japan have failed to demonstrate that Canada acts inconsistently with its obligations under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* by granting a subsidy which is contingent upon the use of domestic over imported goods, as a result of the application of the CVA requirements as one of the conditions determining eligibility for the import duty exemption for motor vehicles under the MVTO 1998 and the SROs; and
- (e) whether the Panel erred in its interpretative approach with respect to Article I of the GATS; and in concluding that Canada acts inconsistently with Article II of the GATS by failing to accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country, with respect to the granting of the import duty exemption to a limited number of manufacturers/wholesalers of motor vehicles pursuant to the MVTO 1998 and the SROs.

V. Article I:1 of the GATT 1994

64. Canada appeals the Panel's conclusion that Canada acts inconsistently with Article I:1 of the GATT 1994 by according the advantage of duty-free treatment to motor vehicles originating in certain countries, pursuant to the MVTO 1998 and the SROs, without according that advantage immediately and unconditionally to like motor vehicles originating in the territories of all other WTO Members.⁴⁴

65. Canada argues that the Panel erred in the way it applied Article I:1 to the measure. In Canada's view, the Panel "simply determined that Article I:1 of the GATT 1994 contemplated *de facto* discrimination and proceeded to consider several factors without providing any legal justification for the scope of its inquiry."⁴⁵ These factors included, for Canada, irrelevant empirical data about the market for motor vehicles and the historical aspects of the measure.⁴⁶ Instead, Canada

⁴⁴Canada's appellant's submission, paras. 1-2.

⁴⁵*Ibid.*, para. 20.

⁴⁶*Ibid.*, para. 21.

considers that the Panel should have based its inquiry on a proper interpretation of the language of Article I:1, and on WTO law and practice.⁴⁷

66. As Canada sees it, Article I:1 does not prohibit the imposition of "origin-neutral terms and conditions on importation that apply to *companies* as opposed to the *products they import*." Canada contends that terms are origin-neutral if they "do not impose limitations with respect to the origin of products that may be imported by those companies."⁴⁸ To find otherwise, asserts Canada, would be to hold governments responsible for the sourcing decisions of private commercial entities, and thereby base state-to-state obligations on "ephemeral conditions" outside government control.⁴⁹ The level and proportion of trade in motor vehicles from particular foreign sources resulting from the measure, in the view of Canada, is irrelevant for the purposes of Article I:1.⁵⁰

67. The Panel's conclusion that the measure is inconsistent with Article I:1 of the GATT 1994 was based on two main elements. First, the Panel noted that Article I:1 applies to *de facto* discrimination, and can include measures that limit the benefit of the import duty exemption to certain importers only.⁵¹ Second, the Panel recognized, as a finding of fact, the "predominantly, if not exclusively, 'intra-firm' character" of trade in automotive products in Canada.⁵² The Panel then reasoned that:

...in a context of intra-firm trade, the limitation of the availability of the import duty exemption to certain manufacturers, including fully-owned subsidiaries of firms based in a very limited number of third countries, discriminates as to the origin of products which will benefit from the import duty exemption.⁵³

The Panel concluded that this discrimination is inconsistent with Article I:1 of the GATT 1994.⁵⁴

⁴⁷Canada's appellant's submission, para. 23.

⁴⁸*Ibid.*, para. 27.

⁴⁹*Ibid.*, paras. 38 and 51.

⁵⁰*Ibid.*, paras. 31-32.

⁵¹Panel Report, paras. 10.38 and 10.40.

⁵²*Ibid.*, para. 10.42.

⁵³*Ibid.*, para. 10.45.

⁵⁴*Ibid.*, para. 10.50.

68. In support of this finding, the Panel examined the total number and proportions of motor vehicles imported into Canada from various countries, and deduced that these statistics did "not warrant a conclusion that the import duty exemption is accorded on equal terms to like products of different origin."⁵⁵ The Panel also examined the historical context of the measure. The Panel found that the import duty exemption:

...stems from a bilateral agreement between Canada and the United States designed to resolve a long-standing trade dispute between Canada and the United States over trade in automotive products. This agreement was designed *inter alia* to achieve rationalization of production in the North-American market. From the perspective of Canada this involved the granting of import duty exemptions as an encouragement to US owned motor vehicle manufacturers to expand their production operations in Canada. We therefore consider that at the outset the import duty exemption was expected to benefit mainly imports from particular sources.⁵⁶

69. On appeal, the issue before us is whether the import duty exemption accorded by this measure is consistent with Canada's obligations under Article I:1 of the GATT 1994. We are confronted with the daunting task of interpreting certain aspects of the "most-favoured-nation" ("MFN") principle that has long been a cornerstone of the GATT and is one of the pillars of the WTO trading system.

70. In examining the measure in issue, we note that the import duty exemption is afforded by Canada to imports of some, but not all, motor vehicles. We observe, first of all, that the Canadian Customs Tariff provides that a motor vehicle normally enters Canada at an MFN tariff rate of 6.1 per cent.⁵⁷ This is also the bound *ad valorem* rate in Canada's WTO Schedule of Concessions.⁵⁸ The MVTO 1998 and the SROs modify this rate by providing the import duty exemption for motor vehicles imported by certain manufacturers meeting certain ratio requirements and CVA requirements.⁵⁹ The MVTO 1998 accords the import duty exemption in the form of a "reduced rate of customs duty", established in the amended Canadian Customs Tariff as "free".⁶⁰ The SROs accord the import duty exemption in the form of a full duty "remission".⁶¹

⁵⁵Panel Report, para. 10.48.

⁵⁶*Ibid.*, para. 10.49.

⁵⁷*Supra*, footnote 19.

⁵⁸Schedule V of Canada, Chapter 87, *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, done at Marrakesh, 15 April 1994.

⁵⁹The operation of the import duty exemption is explained in paras. 7-14 of this Report.

⁶⁰MVTO 1998, Parts 1 and 2.

⁶¹See, e.g., CAMI Automotive Inc. Remission Order, SI/89-26, para. 3.

71. Although the measure on its face imposes no formal restriction on the *origin* of the imported motor vehicle, the Panel found that, in practice, major automotive firms in Canada import only their own make of motor vehicle and those of related companies.⁶² Thus, according to the Panel,

...General Motors in Canada imports only GM motor vehicles and those of its affiliates; Ford in Canada imports only Ford motor vehicles and those of its affiliates; the same is true of Chrysler and of Volvo. These four companies all have qualified as beneficiaries of the import duty exemption. In contrast, other motor vehicle companies in Canada, such as Toyota, Nissan, Honda, Mazda, Subaru, Hyundai, Volkswagen and BMW, all of which also import motor vehicles only from related companies, do not benefit from the import duty exemption.⁶³

72. Therefore, the Panel considered that, in practice, a motor vehicle imported into Canada is granted the "advantage" of the import duty exemption only if it originates in one of a small number of countries in which an exporter of motor vehicles is affiliated with a manufacturer/importer in Canada that has been designated as eligible to import motor vehicles duty-free under the MVTO 1998 or under an SRO.

73. Since 1989, no manufacturer not already benefiting from the import duty exemption on motor vehicles has been able to qualify under the MVTO 1998⁶⁴ or under an SRO. The list of manufacturers eligible for the import duty exemption was closed by Canada in 1989 in fulfilment of Canada's obligations under the CUSFTA.⁶⁵

74. Thus, in sum, while the Canadian Customs Tariff normally allows a motor vehicle to enter Canada at the MFN duty rate of 6.1 per cent, the same motor vehicle has the "advantage" of entering Canada duty-free when imported by a designated manufacturer under the MVTO 1998 or under the SROs.⁶⁶

75. In determining whether this measure is consistent with Article I:1 of the GATT 1994, we begin our analysis, as always, by examining the words of the treaty. Article I:1 states, in pertinent part:

⁶²Panel Report, para. 10.43.

⁶³*Ibid.*

⁶⁴MVTO 1998, Schedule, Part 1, para. 3.

⁶⁵*Supra*, footnote 17 and para. 14.

⁶⁶Assuming, as above, that that country benefits from Canada's MFN rate.

With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation...*any* advantage, favour, privilege or immunity granted by any Member to *any* product originating in or destined for any other country shall be accorded *immediately and unconditionally* to the *like product* originating in or destined for the territories of *all other Members*. (emphasis added)

76. The applicability of certain elements of Article I:1 is not in dispute in this case. First, the parties do not dispute that the import duty exemption is an "advantage, favour, privilege or immunity granted by any Member to any product".⁶⁷ Second, it is not disputed that some, but not all, motor vehicles imported from certain Members are accorded the import duty exemption, while some, but not all, like motor vehicles imported from certain other Members are not.⁶⁸ Third, the Panel's interpretation that the term "unconditionally" refers to advantages conditioned on the "situation or conduct" of exporting countries has not been appealed.⁶⁹

77. One main issue remains in dispute: has the import duty exemption, accorded by the measure to motor vehicles originating in some countries, in which affiliates of certain designated manufacturers under the measure are present, also been accorded to like motor vehicles from all other Members, in accordance with Article I:1 of the GATT 1994?

78. In approaching this question, we observe first that the words of Article I:1 do not restrict its scope only to cases in which the failure to accord an "advantage" to like products of all other Members appears *on the face* of the measure, or can be demonstrated on the basis of the words of the measure. Neither the words "*de jure*" nor "*de facto*" appear in Article I:1. Nevertheless, we observe that Article I:1 does not cover only "in law", or *de jure*, discrimination. As several GATT panel reports confirmed, Article I:1 covers also "in fact", or *de facto*, discrimination.⁷⁰ Like the Panel, we

⁶⁷Panel Report, para. 10.16.

⁶⁸*Ibid.*, paras. 10.32-10.33 and 10.36.

⁶⁹*Ibid.*, para. 10.23.

⁷⁰We note, though, that the measures examined in those reports differed from the measure in this case. Two of those reports dealt with "like" product issues: panel report, *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, L/5135, adopted 11 June 1981, BISD 28S/102; panel report, *Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber*, L/6470, adopted 19 July 1989, BISD 36S/167. In this case, as we have noted, there is no dispute that the motor vehicles subject to the import duty exemption are "like" products. Furthermore, two other reports dealt with measures which, on their face, discriminated on a strict "origin" basis, so that, at any given time, either *every* product, or *no* product, of a particular origin was accorded an advantage. See panel report, *Belgian Family Allowances*, G/32, adopted 7 November 1952, BISD 1S/59; panel report, *European Economic Community – Imports of Beef from Canada*, L/5099, adopted 10 March 1981, BISD 28S/92. In this case, motor vehicles imported into Canada are not disadvantaged in that same sense.

cannot accept Canada's argument that Article I:1 does not apply to measures which, on their face, are "origin-neutral".⁷¹

79. We note next that Article I:1 requires that "*any advantage*, favour, privilege or immunity granted by any Member to *any product* originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of *all other Members*." (emphasis added) The words of Article I:1 refer not to *some* advantages granted "with respect to" the subjects that fall within the defined scope of the Article, but to "*any advantage*"; not to *some* products, but to "*any product*"; and not to like products from *some* other Members, but to like products originating in or destined for "*all other*" Members.

80. We note also the Panel's conclusion that, in practice, a motor vehicle imported into Canada is granted the "advantage" of the import duty exemption only if it originates in one of a small number of countries in which an exporter of motor vehicles is affiliated with a manufacturer/importer in Canada that has been designated as eligible to import motor vehicles duty-free under the MVTO 1998 or under an SRO.

81. Thus, from both the text of the measure and the Panel's conclusions about the practical operation of the measure, it is apparent to us that "[w]ith respect to customs duties...imposed on or in connection with importation..." Canada has granted an "advantage" to some products from some Members that Canada has not "accorded immediately and unconditionally" to "like" products "originating in or destined for the territories of *all other Members*." (emphasis added) And this, we conclude, is not consistent with Canada's obligations under Article I:1 of the GATT 1994.

82. The context of Article I:1 within the GATT 1994 supports this conclusion. Apart from Article I:1, several "MFN-type" clauses dealing with varied matters are contained in the GATT 1994.⁷² The very existence of these other clauses demonstrates the pervasive character of the MFN principle of non-discrimination.

83. The drafters also wrote various exceptions to the MFN principle into the GATT 1947 which remain in the GATT 1994.⁷³ Canada invoked one such exception before the Panel, relating to

⁷¹Panel Report, para. 10.40.

⁷²These relate to such matters as internal mixing requirements (Article III:7); cinema films (Article IV(b)); transit of goods (Article V:2, 5, 6); marks of origin (Article IX:1); quantitative restrictions (Article XIII:1); measures to assist economic development (Article XVIII:20); and measures for goods in short supply (Article XX(j)).

⁷³Such as in Articles XX (general exceptions), XXI (security exceptions) and XXIV (customs unions and free trade areas).

customs unions and free trade areas under Article XXIV. This justification was rejected by the Panel, and the Panel's findings on Article XXIV were not appealed by Canada. Canada has invoked no other provision of the GATT 1994, or of any other covered agreement, that would justify the inconsistency of the import duty exemption with Article I:1 of the GATT 1994.

84. The object and purpose of Article I:1 supports our interpretation. That object and purpose is to prohibit discrimination among like products originating in or destined for different countries. The prohibition of discrimination in Article I:1 also serves as an incentive for concessions, negotiated reciprocally, to be extended to all other Members on an MFN basis.

85. The measure maintained by Canada accords the import duty exemption to certain motor vehicles entering Canada from certain countries. These privileged motor vehicles are imported by a limited number of designated manufacturers who are required to meet certain performance conditions. In practice, this measure does not accord the same import duty exemption immediately and unconditionally to like motor vehicles of *all* other Members, as required under Article I:1 of the GATT 1994. The advantage of the import duty exemption is accorded to some motor vehicles originating in certain countries without being accorded to like motor vehicles from *all* other Members. Accordingly, we find that this measure is not consistent with Canada's obligations under Article I:1 of the GATT 1994.

86. We, therefore, uphold the Panel's conclusion that Canada acts inconsistently with Article I:1 of the GATT 1994 by according the advantage of the import duty exemption to motor vehicles originating in certain countries, pursuant to the MVTO 1998 and the SROs, which advantage is not accorded immediately and unconditionally to like products originating in the territories of all other WTO Members.

VI. Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*

A. *Whether the Measure Constitutes a "Subsidy"*

87. Canada appeals the Panel's finding that the measure is a "subsidy" within the meaning of Article 1.1 of the *SCM Agreement*.⁷⁴ For Canada, the measure does not, in the language of Article 1.1, forego "government revenue that is otherwise due".⁷⁵ Canada argues that the import duty exemption at issue here cannot be equated mechanically with a tax exemption, such as the one at issue

⁷⁴Canada's appellant's submission, para. 57.

⁷⁵*Ibid.*, para. 60.

in *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations"* ("*United States – FSC* ").⁷⁶ For Canada, the import duty exemption should be considered a "subsidy" only if it provides an exemption from duties *in excess* of those that would have "accrued".⁷⁷ Canada maintains, as well, that most motor vehicles benefiting from the import duty exemption could have been imported into Canada duty-free under the NAFTA.⁷⁸

88. The Panel found that the measure results, within the terms of Article 1.1 of the *SCM Agreement*, in "government revenue" foregone that is "otherwise due", and therefore constitutes a "financial contribution".⁷⁹ For the Panel, Canada's argument that "if an import duty exemption were necessarily treated as revenue foregone, a subsidy would exist every time generalised preferences or duty drawbacks were granted by a WTO Member"⁸⁰ is inapposite. The Panel stated that "these examples advanced by Canada involve factual and legal considerations distinct from those in the case at hand".⁸¹ In addition, the Panel found that a "benefit" is conferred by this "financial contribution".⁸² The Panel therefore concluded that there is a "subsidy" within the meaning of Article 1.1.

89. In considering this conclusion on appeal, we look first at the wording of Article 1.1 of the *SCM Agreement*, which states, *inter alia*, that a "subsidy" exists if "there is a financial contribution by a government... and a benefit is thereby conferred". A "financial contribution" is deemed to exist, *inter alia*, where "government revenue that is *otherwise due* is foregone or not collected".⁸³ (emphasis added)

90. It is not in dispute that import duties are "government revenue", and that the import duty exemption afforded by this measure confers a "benefit" upon its recipients under Article 1.1(b) of the *SCM Agreement*. What is in dispute is whether "government revenue that is *otherwise due is foregone*" in the sense of Article 1.1(a)(1)(ii) of the *SCM Agreement*. In *United States – FSC*, we said the following about the United States tax measure at issue there:

⁷⁶Appellate Body Report, WT/DS108/AB/R, adopted 20 March 2000; Canada's appellant's submission, para. 69.

⁷⁷Canada's appellant's submission, para. 72.

⁷⁸*Ibid.*, para. 73.

⁷⁹Panel Report, para. 10.163.

⁸⁰*Ibid.*, para. 10.162.

⁸¹*Ibid.*

⁸²*Ibid.*, para. 10.165.

⁸³Article 1.1(a)(1)(ii) of the *SCM Agreement*.

In our view, the "*foregoing*" of revenue "*otherwise due*" implies that less revenue has been raised by the government than would have been raised in a different situation, or, that is, "*otherwise*". Moreover, the word "*foregone*" suggests that the government has given up an entitlement to raise revenue that it could "*otherwise*" have raised. This cannot, however, be an entitlement in the abstract, because governments, in theory, could tax *all* revenues. There must, therefore, be some defined, normative benchmark against which a comparison can be made between the revenue actually raised and the revenue that would have been raised "*otherwise*". We, therefore, agree with the Panel that the term "*otherwise due*" implies some kind of comparison between the revenues due under the contested measure and revenues that would be due in some other situation. We also agree with the Panel that the basis of comparison must be the tax rules applied by the Member in question. ... What is "*otherwise due*", therefore, depends on the rules of taxation that each Member, by its own choice, establishes for itself.⁸⁴

91. The principles stated in that case also apply here. We note, once more, that Canada has established a normal MFN duty rate for imports of motor vehicles of 6.1 per cent.⁸⁵ Absent the import duty exemption, this duty would be paid on imports of motor vehicles. Thus, through the measure in dispute, the Government of Canada has, in the words of *United States – FSC*, "given up an entitlement to raise revenue that it could 'otherwise' have raised."⁸⁶ More specifically, through the import duty exemption, Canada has ignored the "defined, normative benchmark" that it established for itself for import duties on motor vehicles under its normal MFN rate and, in so doing, has foregone "government revenue that is otherwise due".

92. Canada argues that the measure is "analogous" to the situation described in footnote 1 to the *SCM Agreement*, which provides that "the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy." We do not share Canada's view. Footnote 1 to the *SCM Agreement* deals with duty and tax exemptions or remissions for *exported* products. The measure at issue applies, in contrast, to *imports* of motor vehicles which are sold for consumption in Canada. For this reason, we do not consider that footnote 1 bears upon the import duty exemption at issue in this case.

⁸⁴*Supra*, footnote 76, para. 90.

⁸⁵*Supra*, footnote 19.

⁸⁶*Supra*, footnote 76, para. 90.

93. In our view, it is also not relevant that motor vehicles benefiting from the import duty exemption may enter Canada duty-free if imported under the provisions of the NAFTA. Duty-free treatment under the NAFTA is not at issue in this case. The measure at issue in this case is the import duty exemption set out in the MVTO 1998 and the SROs.

94. For these reasons, we uphold the Panel's finding that "government revenue that is otherwise due is foregone" and that the measure constitutes a "subsidy" under Article 1.1 of the *SCM Agreement*.⁸⁷

B. *Whether the Measure is "Contingent...in Law...upon Export Performance"*

95. Canada appeals the Panel's finding that the measure is a subsidy which is "contingent...in law...upon export performance" within the meaning of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*. Canada argues that the Panel erred in law by misinterpreting the definition of "contingent", and alleges that the Panel did not "even attempt to demonstrate contingency 'on the basis of the words of the relevant legislation...'; instead, it resorted to hypothetical 'facts'."⁸⁸ Thus, Canada maintains that the Panel erroneously found the measure contingent "in law" upon export performance because it conducted a "hypothetical" analysis of certain factual elements.⁸⁹ Canada submits, furthermore, that the facts relating to the measure do not demonstrate that it is *de facto* contingent upon export performance.⁹⁰

96. The Panel concluded that the subsidy provided by the measure is "contingent...in law...upon export performance" within the meaning of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.⁹¹ In its analysis, the Panel examined the ratio requirements, but not the CVA requirements⁹², of the measure under the MVTO 1998 and the SROs. The Panel found that "the MVTO 1998 and the SROs demonstrate, on their face, that the import duty exemption is contingent upon export performance..."⁹³

⁸⁷Panel Report, para. 10.170.

⁸⁸Canada's appellant's submission, para. 77.

⁸⁹*Ibid.*, para. 78.

⁹⁰*Ibid.*, para. 80.

⁹¹Panel Report, para. 10.201.

⁹²The Panel's failure to examine the European Communities' claim relating to the CVA requirements under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* is dealt with in Section VII of this Report.

⁹³Panel Report, para. 10.192.

97. Article 3.1 of the *SCM Agreement* provides, in pertinent part:

Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited:

- (a) subsidies contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I;

...
(footnotes omitted)

98. In *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft* ("Canada – Aircraft"), we noted that the key word in Article 3.1(a) is "contingent":

...the ordinary connotation of "contingent" is "conditional" or "dependent for its existence on something else". This common understanding of the word "contingent" is borne out by the text of Article 3.1(a), which makes an explicit link between "contingency" and "conditionality" in stating that export contingency can be the sole or "one of several other *conditions*".⁹⁴ (footnote omitted)

99. Although in *Canada – Aircraft* we were dealing with a subsidy that was contingent "in fact" upon export performance, we stated in that case that "the legal standard expressed by the word 'contingent' is the same for both *de jure* or *de facto* contingency."⁹⁵ We stated, furthermore, that:

There is a difference, however, in what evidence may be employed to prove that a subsidy is export contingent. *De jure* export contingency is demonstrated on the basis of the words of the relevant legislation, regulation or other legal instrument. Proving *de facto* export contingency is a much more difficult task. There is no single legal document which will demonstrate, on its face, that a subsidy is "contingent...in fact...upon export performance". Instead, the existence of this relationship of contingency, between the subsidy and export performance, must be *inferred* from the total configuration of the facts constituting and surrounding the granting of the subsidy, none of which on its own is likely to be decisive in any given case.⁹⁶

(emphasis in italics in the original; emphasis in underlining added)

100. We start with what we have held previously. In our view, a subsidy is contingent "in law" upon export performance when the existence of that condition can be demonstrated on the basis of the very words of the relevant legislation, regulation or other legal instrument constituting the measure.

⁹⁴ Appellate Body Report, WT/DS70/AB/R, adopted 20 August 1999, para. 166.

⁹⁵ *Ibid.*, para. 167.

⁹⁶ *Ibid.*

The simplest, and hence, perhaps, the uncommon, case is one in which the condition of exportation is set out expressly, in so many words, on the face of the law, regulation or other legal instrument. We believe, however, that a subsidy is also properly held to be *de jure* export contingent where the condition to export is clearly, though implicitly, in the instrument comprising the measure. Thus, for a subsidy to be *de jure* export contingent, the underlying legal instrument does not always have to provide *expressis verbis* that the subsidy is available only upon fulfillment of the condition of export performance. Such conditionality can also be derived by necessary implication from the words actually used in the measure.

101. In this case, the key legal instrument setting out the ratio requirements is the MVTO 1998. The Panel found that, for the four MVTO automobile manufacturer beneficiaries, the MVTO 1998 is the *only* legal instrument setting out the ratio requirements.⁹⁷ For the manufacturers that are beneficiaries under the SROs, each SRO specifies a precise ratio requirement for the company for which it is issued.⁹⁸

102. The Panel found, as a matter of fact, that:

...the ratio requirements applicable to the MVTO 1998 beneficiaries are, "as a general rule", 95:100 for automobiles, at least 75:100 for SCVs and at least 75:100 for buses. With respect, specifically, to the four automobile manufacturer beneficiaries under the MVTO 1998, Canada has stated, in response to a question from the Panel, that the amounts of the ratio requirements are confidential. Canada adds that they range from the low-80s:100 to the high-90s:100, and the average of the four amounts is approximately 95:100. We further note that the SROs issued prior to 1997 set the minimum ratio requirement at 75:100. Regarding the SROs issued since 1997, almost all such SROs have the ratio requirement set at 100:100.⁹⁹ (footnotes omitted)

103. As the MVTO 1998 is the key legal instrument setting out the ratio requirements, compliance with which enables a manufacturer to qualify for the import duty exemption, it is important to quote the relevant aspects of the definition of "manufacturer" in that regulation:

⁹⁷Panel Report, para. 10.193.

⁹⁸*Ibid.*, para. 10.182.

⁹⁹*Ibid.* We note that the Panel referred to "1997" rather than "1977" in para. 10.182 of the Panel Report. We believe this reference is simply a clerical error, as confirmed by the Panel's reference to "1977" in para. 2.34 of its Report.

"[M]anufacturer" means a manufacturer of a class of vehicles who

...

(b) produced vehicles of a class in Canada in the 12-month period ending on July 31 in which the importation is made where

(i) the ratio of the net sales value of the vehicles produced to the net sales value of all vehicles of that class sold for consumption in Canada by the manufacturer in that period is equal to or higher than the ratio of the net sales value of all vehicles of that class produced in Canada by the manufacturer in the base year to the net sales value of all vehicles of that class sold for consumption in Canada by the manufacturer in the base year, and is not in any case lower than 75 to 100...¹⁰⁰

104. We agree with the Panel that "[i]n cases where the production-to-sales ratio is 100:100, the only way to import any motor vehicles duty-free is to export, and the amount of import duty exemption allowed is directly dependent upon the amount of exports achieved."¹⁰¹ Like the Panel, we fail to see how a manufacturer with a production-to-sales ratio of 100:100 could obtain access to the import duty exemption – and still maintain its required production-to-sales ratio – without exporting. A manufacturer producing motor vehicles in Canada with a sales value of 100 that does not export must sell all those motor vehicles in Canada. That manufacturer's production-to-sales ratio becomes 100:100, but without the benefit of importing duty-free one single motor vehicle. Only if that manufacturer exports motor vehicles produced in Canada does it become entitled to import motor vehicles free of duty. The value of motor vehicles which can be imported duty-free is strictly limited to the value of motor vehicles exported. In our view, as the import duty exemption is simply not available to a manufacturer unless it exports motor vehicles, the import duty exemption is clearly conditional, or dependent upon, exportation and, therefore, is contrary to Article 3.1(a) of the SCM Agreement.

105. Where the ratio requirements are set at less than 100:100 (for example, we know that the four MVTO automobile manufacturer beneficiaries have, on average, ratio requirements of approximately 95:100)¹⁰², the relationship between exports and the ability to import duty-free is less straightforward. With a ratio requirement of 95:100, a manufacturer producing motor vehicles in Canada with a sales value of 95 that does not export is nevertheless entitled to import, duty-free, additional motor vehicles with a sales value of 5. If that manufacturer doubles its Canadian production to 190, then the amount of the duty-free "allowance" also doubles, to 10; that is, the

¹⁰⁰MVTO 1998, Schedule, Part 1, para. 1(1), definition of "manufacturer".

¹⁰¹Panel Report, para. 10.184.

¹⁰²*Ibid.*, para. 10.182.

"allowance" increases in direct proportion to the increase in production. The Panel considered that, up to this amount, the import duty exemption is not contingent upon export performance.¹⁰³ However, should a manufacturer wish to import on a duty-free basis any motor vehicles above its "allowance", that manufacturer must export motor vehicles. As in the case of a 100:100 ratio requirement, for a manufacturer with a ratio requirement less than 100:100, for any amount above this duty-free "allowance", the value of vehicles which can be imported duty-free is strictly limited, and tied to, the value of vehicles exported. The Panel found that for the amount exceeding the duty-free "allowance" there is, therefore, a clear relationship of contingency between the import duty exemption and export performance.¹⁰⁴

106. We share the Panel's view. Regardless of the actual ratio specified for a particular manufacturer, the MVTO 1998 and the SROs operate, as a matter of law, in such a manner that the more motor vehicles a manufacturer exports, the more motor vehicles that manufacturer is entitled to import duty-free.

107. Although we are not examining whether the subsidy in this case is contingent "in fact" upon export performance, we note that footnote 4 to Article 3.1(a) uses the words "tied to" as a synonym for "contingent" or "conditional". As the legal standard is the same for *de facto* and *de jure* export contingency¹⁰⁵, we believe that a "tie", amounting to the relationship of contingency, between the granting of the subsidy and actual or anticipated exportation meets the legal standard of "contingent" in Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

108. Even where the ratio requirement for a particular manufacturer is set at less than 100:100, in our view, there is contingency "in law" upon export performance because, as a result of the operation of the MVTO 1998 and the SROs themselves, the granting of, or the entitlement to, the import duty exemption is tied to the exportation of motor vehicles by the manufacturer beneficiaries. By the very operation of the measure, the more motor vehicles that a manufacturer exports, the more motor vehicles it can import duty-free. In other words, a clear relationship of dependency or conditionality exists between the granting of the import duty exemption and the exportation of motor vehicles by manufacturer beneficiaries. We find, therefore, that, even when the ratio requirements are less than 100:100, the measure is "contingent... in law... upon export performance".

¹⁰³Panel Report, para. 10.188.

¹⁰⁴*Ibid.*, para. 10.191.

¹⁰⁵Appellate Body Report, *Canada – Aircraft*, *supra*, footnote 94, para. 167.

109. For these reasons, we uphold the Panel's conclusion that the measure is a "subsidy" as that term is used in Article 1 of the *SCM Agreement* which is "contingent...in law...upon export performance" within the meaning of Article 3.1(a) of the same Agreement. Accordingly, we also uphold the Panel's finding that Canada acts inconsistently with its obligations under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.¹⁰⁶

VII. Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* - European Communities' Claim Regarding CVA Requirements

110. The European Communities argues that the Panel failed to examine the claim of the European Communities that the CVA requirements constitute a subsidy contingent upon export performance in contravention of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*, and that this failure constitutes a legal error.¹⁰⁷ Although the European Communities does not specify the precise legal error it is alleging, and does not refer to any provision in the *WTO Agreement* that has been infringed, it would appear that the European Communities is alleging that the Panel did not act in accordance with Article 11 of the DSU, in particular, in applying the principle of judicial economy.

111. An examination of the Panel Report reveals that the Panel made no mention in its findings of the European Communities' *alternative* claim that the CVA requirements condition of the measure is inconsistent with Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.¹⁰⁸ To all appearances, the Panel simply overlooked this *alternative* claim. Instead, the Panel dealt with several related claims of the European Communities. The Panel found that the CVA requirements are inconsistent with Article III:4 of the GATT 1994¹⁰⁹ and Article XVII of the GATS¹¹⁰, but are consistent with Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.¹¹¹ The Panel also found that the measure is a prohibited export subsidy under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* because of the condition of the ratio requirements.¹¹²

112. In assessing this allegation of legal error made by the European Communities, we refer to the obligations of panels set out in very general terms in Article 11 of the DSU. This provision reads, in relevant part:

¹⁰⁶Panel Report, para. 10.201.

¹⁰⁷European Communities' appellant's submission, paras. 62-64.

¹⁰⁸*Ibid.*, para. 64.

¹⁰⁹Panel Report, para. 10.90.

¹¹⁰*Ibid.*, para. 10.308.

¹¹¹*Ibid.*, paras. 10.216 and 10.222.

¹¹²*Ibid.*, para. 10.201.

...a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and *make such other findings as will assist the DSB* in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements. (emphasis added)

113. The standard terms of reference of a panel, set out in Article 7.1 of the DSU, speak in very similar terms. A panel should make "such findings as will assist the DSB" in making recommendations or rulings. Under Article 7.2 of the DSU, a panel "shall address the relevant provisions in any covered agreement or agreements cited by the parties to the dispute."

114. In discharging its functions under Articles 7 and 11 of the DSU, a panel is not, however, required to examine *all* legal claims made before it. A panel may exercise judicial economy. In *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, we said:

Nothing in [Article 11 of the DSU] or in previous GATT practice requires a panel to examine all legal claims made by the complaining party. Previous GATT 1947 and WTO panels have frequently addressed only those issues that such panels considered necessary for the resolution of the matter between the parties, and have declined to decide other issues. Thus, if a panel found that a measure was inconsistent with a particular provision of the GATT 1947, it generally did not go on to examine whether the measure was also inconsistent with other GATT provisions that a complaining party may have argued were violated.¹¹³

115. We refined this notion in *Australia – Measures Affecting the Importation of Salmon* ("*Australia – Salmon*"), where we said:

The principle of judicial economy has to be applied keeping in mind the aim of the dispute settlement system. This aim is to resolve the matter at issue and "to secure a positive solution to a dispute". To provide only a partial resolution of the matter at issue would be false judicial economy. *A panel has to address those claims on which a finding is necessary in order to enable the DSB to make sufficiently precise recommendations and rulings so as to allow for prompt compliance by a Member with those recommendations and rulings* "in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members."¹¹⁴ (emphasis added; footnote omitted)

¹¹³Appellate Body Report, WT/DS33/AB/R, adopted 23 May 1997, p. 18.

¹¹⁴Appellate Body Report, WT/DS18/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 223.

116. In our view, it was not necessary for the Panel to make a determination on the European Communities' *alternative* claim relating to the CVA requirements under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* in order "to secure a positive solution" to this dispute. The Panel had already found that the CVA requirements violated both Article III:4 of the GATT 1994 and Article XVII of the GATS. Having made these findings, the Panel, in our view, exercising the discretion implicit in the principle of judicial economy, could properly decide not to examine the *alternative* claim of the European Communities that the CVA requirements are inconsistent with Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*.

117. We are bound to add that, for purposes of transparency and fairness to the parties, a panel should, however, in all cases, address expressly those claims which it declines to examine and rule upon for reasons of judicial economy. Silence does not suffice for these purposes.

VIII. Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*

118. The European Communities and Japan appeal the Panel's finding that they failed to demonstrate that the import duty exemption is a subsidy which is "contingent...upon the use of domestic over imported goods" under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*. They maintain that the Panel erred in concluding that the measure is not contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods.¹¹⁵ In the alternative, the European Communities and Japan claim that the Panel erred in concluding that Article 3.1(b) does not extend to contingency "in fact", and they assert that the import duty exemption is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods.¹¹⁶ We address each of these issues in turn.

A. *Whether the Measure is Contingent "in Law" Upon the Use of Domestic over Imported Goods*

119. In appealing the Panel's conclusion regarding contingency "in law", the European Communities argues that Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* prohibits subsidies contingent upon a condition that "gives preference to" the use of domestic over imported goods.¹¹⁷ On the other hand, Japan submits that Article 3.1(b) prohibits subsidies where the use of domestic over imported goods "would lead to" the granting or maintaining of the subsidy.¹¹⁸ In their view, the Panel's interpretation is incompatible with the object and purpose of Article 3.1(b), and would allow circumvention of this

¹¹⁵European Communities' appellant's submission, para. 5; Japan's appellant's submission, para. 2.

¹¹⁶*Ibid.*

¹¹⁷European Communities' appellant's submission, para. 23.

¹¹⁸Japan's appellant's submission, para. 7.

provision.¹¹⁹ Furthermore, the European Communities and Japan argue that, applying the test used by the Panel, the CVA requirements, in certain circumstances, do require the "actual use of domestic goods"¹²⁰ as a matter of law.¹²¹ Finally, according to the European Communities and Japan, the use of domestic over imported goods as a result of the CVA requirements is an "alternative" condition "in law" for receiving the import duty exemption, and is, therefore, inconsistent with Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.¹²²

120. In examining the CVA requirements under Article 3.1(b), the Panel stated:

As we noted in the section of our report relating to claims under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*, the word "contingent" has been defined, *inter alia*, as "conditional, dependent". It is in light of this ordinary meaning of the word "contingent" that we must examine whether, under the CVA requirements outlined above, access to the import duty exemption is conditional or dependent upon the use of domestic over imported goods.¹²³

121. The Panel found that:

...while under the MVTO 1998 and SROs access to the import duty exemption is contingent upon satisfying certain CVA requirements, a value-added requirement is in no sense synonymous with a condition to use domestic over imported goods. In this regard, we recall that the definition of "CVA" in the MVTO 1998 includes, in addition to parts and materials of Canadian origin, such other elements as direct labour costs, manufacturing overheads, general and administrative expenses and depreciation. Thus, and depending upon the factual circumstances, a manufacturer might well be willing and able to satisfy a CVA requirement without using any domestic goods whatsoever. *Under these circumstances, it would be difficult for us to conclude that access to the import duty exemption is contingent, i.e. conditional or dependent, in law on the use of domestic over imported goods within the meaning of the SCM Agreement.*¹²⁴ (emphasis added)

¹¹⁹European Communities' appellant's submission, para. 25; Japan's appellant's submission, paras. 8 and 14.

¹²⁰European Communities' appellant's submission, para. 28.

¹²¹See Japan's appellant's submission, para. 11.

¹²²European Communities' appellant's submission, paras. 43-50; Japan's appellant's submission, paras. 9 and 17.

¹²³Panel Report, para. 10.213.

¹²⁴*Ibid.*, para. 10.216.

122. Article 3.1(b) provides as follows:

Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited:

...

- (b) subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods.

As we have already found that the import duty exemption constitutes a "subsidy" within the meaning of Article 1 of the *SCM Agreement*, we turn to whether this subsidy is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods.

123. In our discussion of Article 3.1(a) in Section VI of this Report, we recalled that in *Canada – Aircraft* we stated that "the ordinary connotation of 'contingent' is 'conditional' or 'dependent for its existence on something else'."¹²⁵ Thus, a subsidy is prohibited under Article 3.1(a) if it is "conditional" upon export performance, that is, if it is "dependent for its existence on" export performance. In addition, in *Canada – Aircraft*, we stated that contingency "in law" is demonstrated "on the basis of the *words* of the relevant legislation, regulation or other legal instrument."¹²⁶ (emphasis added) As we have already explained, such conditionality can be derived by necessary implication from the words actually used in the measure.¹²⁷ We believe that this legal standard applies not only to "contingency" under Article 3.1(a), but also to "contingency" under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

124. As we are considering a claim of "in law" contingency under Article 3.1(b), it is important to quote the definition of "Canadian value added" set out in the key legal instrument, the MVTO 1998:

"Canadian value added" means

- (a) in relation to a class of vehicles produced in Canada in any 12-month period ending on July 31, *the aggregate of the following costs* to the manufacturer of producing all vehicles of that class that are produced in Canada by the manufacturer in that period and the following depreciation and capital cost allowances for that period, *namely,*

¹²⁵*Supra*, footnote 94, para. 166.

¹²⁶*Ibid.*, para. 167.

¹²⁷*Supra*, para. 100.

- (i) *the cost of parts produced in Canada, and the cost of materials to the extent that they are of Canadian origin*, that are incorporated in vehicles in the factory of the manufacturer in Canada, but not including parts produced in Canada, or materials to the extent that they are of Canadian origin, that have been exported from Canada and subsequently imported into Canada as parts or materials,
- (ii) transportation costs, including insurance charges,...
- (iii) notwithstanding subparagraph (i), the cost of the iron, steel and aluminum content of parts produced outside Canada for incorporation in the vehicles, if the iron, steel or aluminum was poured in Canada,...
- (iv) the part of the following costs that is reasonably attributable to the production of the vehicles, namely,
 - (A) wages paid for direct production labour in Canada,
 - (B) wages paid for indirect production and non-production labour in Canada,
 - (C) the cost of materials used in the production operation but not incorporated in the final product,
 - (D) the cost of heating, lighting, power and water,
 - (E) worker's compensation, employment insurance and group insurance premiums, pension contributions and similar expenses incurred in respect of labour referred to in clauses (A) and (B),
 - (F) taxes on land and buildings in Canada,
 - (G) fire and other insurance premiums,...
 - (H) rent for factory premises paid to the beneficial owner in Canada,
 - (I) the cost of maintenance and repair work executed in Canada on buildings, machinery and equipment used for production purposes,
 - (J) the cost of tools, dies, jigs, fixtures and other similar equipment of a non-permanent nature that have been manufactured in Canada,
 - (K) the cost of engineering services, experimental work and product development work executed in Canada, and
 - (L) miscellaneous factory expenses,
- (v) administrative and general expenses incurred in Canada that are reasonably attributable to the production of the vehicles,
- (vi) depreciation..., *and*
- (vii) a capital cost allowance...¹²⁸ (emphasis added)

This definition also applies to the SROs.

¹²⁸MVTO 1998, Schedule, Part I, para. 1(1), definition of "Canadian value added".

125. The import duty exemption at issue in this appeal is contingent on the satisfaction of three requirements: (1) manufacturing presence in Canada, (2) the ratio requirements, and (3) the CVA requirements. The Panel found that each of these requirements was a "condition" for receiving the import duty exemption.¹²⁹ Under the measure, a manufacturer applying for the import duty exemption in a particular period is required to disclose to the Government of Canada the *aggregate* of the costs, listed in the definition of "Canadian value added" in the MVTO 1998, of producing vehicles in Canada, so as to demonstrate that the manufacturer has satisfied the CVA requirements. One of these costs – indeed, the first one listed – is Canadian parts and materials incorporated in motor vehicles in the factory of the manufacturer in Canada, that is, "domestic goods".

126. The precise issue under Article 3.1(b) is whether the *use* of domestic over imported goods is a "condition" for satisfying the CVA requirements, and, therefore, for receiving the import duty exemption.

127. In examining this issue, the Panel first set out the CVA requirements, as contained in three separate legal instruments: the MVTO 1998, the SROs, and the Letters of Undertaking.¹³⁰ With respect to the MVTO 1998, the Panel did not make any specific findings regarding the actual percentages of CVA required for individual manufacturer beneficiaries. The Panel simply noted that "there are the CVA requirements under the MVTO 1998 itself".¹³¹ For the SROs, the Panel discussed "typical" levels of CVA required for companies operating under SROs issued before 1984 and those issued from 1984 onwards. For one manufacturer, CAMI Automotive Inc. ("CAMI"), the Panel stated that it "must meet a requirement that the total CVA of its vehicles and original equipment manufacturing parts produced in Canada in a given year must be at least 60 per cent of the cost of sales of vehicles sold in Canada in the same year."¹³² With regard to the Letters of Undertaking signed by General Motors, Ford, Chrysler and American Motors, the Panel noted that these Letters require an *increase* in the amount of CVA by an amount equal to 60 per cent of the growth in their market for automobiles sold for consumption in Canada and by an amount equal to 50 per cent of the growth in their market for commercial vehicles sold for consumption in Canada, and include a requirement to achieve a stipulated increase in the annual CVA by the end of model year 1968. However, the Panel did *not* determine what the *actual* amount of CVA required is under those Letters.¹³³ The Panel added, in a footnote, that "[c]ompliance with [the Letters] is not explicitly a

¹²⁹Panel Report, para. 10.4.

¹³⁰*Ibid.*, paras. 10.203-10.206.

¹³¹*Ibid.*, para. 10.204.

¹³²*Ibid.*, para. 10.205.

¹³³*Ibid.*, para. 10.206.

factor in determining the eligibility for the import duty exemption."¹³⁴ Apparently, the Panel found that the CVA requirements in the Letters are not "conditions" additional to those in the MVTO 1998 for the MVTO manufacturers.

128. The Panel then examined whether the import duty exemption is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods. In its examination, however, the Panel did not conduct an analysis of how the CVA requirements under the MVTO 1998 and the SROs actually work. The Panel began its legal analysis by stating that "a value-added requirement is in no sense synonymous with a condition to use domestic over imported goods."¹³⁵ The Panel apparently reached this conclusion without any inquiry into the specific CVA requirements for specific manufacturer beneficiaries. Although the Panel did explain what *types* of costs could be used to satisfy the CVA requirements, the Panel did not, for any MVTO manufacturer or for particular SRO manufacturers (with the exception of CAMI), make any findings as to the *actual level* of CVA required. The Panel's statement that "value-added requirements" are "not synonymous" with a condition to use domestic over imported goods seems to have been based on "value-added requirements" considered *in the abstract* as opposed to the actual CVA requirements for the MVTO and SRO manufacturer beneficiaries.

129. The Panel then recalled the following:

...we recall that the definition of "CVA" in the MVTO 1998 includes, in addition to parts and materials of Canadian origin, such other elements as direct labour costs, manufacturing overheads, general and administrative expenses and depreciation. *Thus, and depending upon the factual circumstances, a manufacturer might well be willing and able to satisfy a CVA requirement without using any domestic goods whatsoever.*¹³⁶ (emphasis added)

Once again, the Panel reached its conclusion here without examining the specific CVA requirements in the MVTO 1998 and the SROs. The Panel simply speculated that "depending upon the factual circumstances", a manufacturer "*might well be willing and able to satisfy a CVA requirement without using any domestic goods whatsoever*". (emphasis added) The Panel did not, however, scrutinize the actual CVA requirements for MVTO and SRO manufacturers to see whether they could indeed be satisfied without using domestic goods.

¹³⁴Panel Report, footnote 896.

¹³⁵*Ibid.*, para. 10.216.

¹³⁶*Ibid.*

130. The Panel's reasoning implies that under no circumstances could *any* value-added requirement result in a finding of contingency "in law" upon the use of domestic over imported goods. We do not agree. We noted that the definition of "Canadian value added" in the MVTO 1998 *requires* a manufacturer to report to the Government of Canada the *aggregate* of certain listed costs of its production of motor vehicles, and that the first such cost item specified is the cost of Canadian parts and materials *used* in the production of motor vehicles in its factory in Canada.¹³⁷ It seems to us that whether or not a particular manufacturer is able to satisfy its specific CVA requirements without using any Canadian parts and materials in its production depends very much on the *level* of the applicable CVA requirements. For example, if the level of the CVA requirements is very high, we can see that the use of domestic goods may well be a necessity and thus be, in practice, required as a *condition* for eligibility for the import duty exemption. By contrast, if the level of the CVA requirements is very low, it would be much easier to satisfy those requirements *without* actually using domestic goods; for example, where the CVA requirements are set at 40 per cent, it might be possible to satisfy that level simply with the aggregate of other elements of Canadian value added, in particular, labour costs. The multiplicity of *possibilities* for compliance with the CVA requirements, when these requirements are set at low levels, may, depending on the specific level applicable to a particular manufacturer, make the use of domestic goods only one *possible* means (means which might not, in fact, be utilized) of satisfying the CVA requirements.

131. In our view, the Panel's examination of the CVA requirements for specific manufacturers was insufficient for a reasoned determination of whether contingency "in law" on the use of domestic over imported goods exists. For the MVTO 1998 manufacturers and most SRO manufacturers, the Panel did not make findings as to what the actual CVA requirements are and how they operate for individual manufacturers. Without this vital information, we do not believe the Panel knew enough about the measure to determine whether the CVA requirements were contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods. We recall that the Panel did make a finding as to the level of the CVA requirements for one company, CAMI. The Panel stated that the CVA requirements for CAMI are 60 per cent of the cost of sales of vehicles sold in Canada.¹³⁸ At this level, it may well be that the CVA requirements operate as a condition for using domestic over imported goods. However, the Panel did *not* examine how the CVA requirements would actually operate at a level of 60 per cent.

¹³⁷*Supra*, para. 125.

¹³⁸Panel Report, para. 10.205.

132. The Panel's failure to examine fully the legal instruments at issue here and their implications for individual manufacturers vitiates its conclusion that the CVA requirements do not make the import duty exemption contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods. In the absence of an examination of the operation of the applicable CVA requirements for individual manufacturers, the Panel simply did not have a sufficient basis for its finding on the issue of "in law" contingency. Thus, we conclude that the Panel erred in conducting its "in law" contingency analysis.

133. In *Australia – Salmon*, we stated that where we have reversed a finding of a panel, we should attempt to complete a panel's legal analysis "to the extent possible on the basis of the factual findings of the Panel and/or of undisputed facts in the Panel record".¹³⁹ Here, as we have stated, the Panel did not identify the precise levels of the CVA requirements applicable to specific manufacturers. In addition, there are not sufficient undisputed facts in the Panel record that would enable us to examine this issue ourselves. As a result, it is impossible for us to assess whether the use of domestic over imported goods is a condition "in law" for satisfying the CVA requirements, and, therefore, is a condition for receiving the import duty exemption.

134. In light of these considerations, we are unable to complete the legal analysis necessary to determine whether the import duty exemption, through the application of the CVA requirements, is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods. Therefore, we make no finding and reserve our judgment on whether the import duty exemption at issue is contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods within the meaning of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

B. *Whether the Measure is Contingent "in Fact" Upon the Use of Domestic over Imported Goods*

135. On appeal, the European Communities and Japan have maintained that if we find that the measure is not contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods, then they appeal, in the alternative, the Panel's finding that Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* does not apply to subsidies contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods.¹⁴⁰ The European Communities and Japan contend that Article 3.1(b) applies to subsidies contingent "in fact" upon the

¹³⁹*Supra*, footnote 114, para. 118.

¹⁴⁰European Communities' appellant's submission, paras. 53-54; Japan's appellant's submission, para. 19.

use of domestic over imported goods¹⁴¹, and argue that the import duty exemption is precisely such a prohibited subsidy.¹⁴²

136. The Panel examined the issue of whether Article 3.1(b) extends to subsidies contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods, and found as follows:

...we recall that Article 3.1 is, as clearly indicated by its chapeau, the provision that sets out the subsidies prohibited under the SCM Agreement. Paragraphs (a) and (b) are both part of Article 3.1 and manifestly similar. It is hard to imagine how the inclusion of the words "in law or in fact" in paragraph (a) and the absence of such words in paragraph (b) could be but a reflection of the intention of the drafters. We further recall that the Appellate Body has held in *Japan – Alcoholic Beverages* that "omission must have some meaning". That two provisions so alike and juxtaposed together should differ from each other in such specific respect signals, in our view, that the omission of the words "in law or in fact" from Article 3.1(b) was deliberate and that *Article 3.1(b) extends only to contingency in law*.¹⁴³ (emphasis added; footnote omitted)

137. In examining this issue, the Panel appears to have taken the view that the terms of Article 3.1(b), on their own, do not answer the question, and, therefore, it turned to the context provided by Article 3.1(a). In this respect, the Panel relied on the fact that, in Article 3.1(a), there is explicit language applying to subsidies contingent "in law or in fact" while in Article 3.1(b) there is not. In the view of the Panel, the absence of such an explicit reference in the adjacent and closely-related provision of Article 3.1(b) indicates that the drafters intended Article 3.1(b) to apply only to those subsidies which are contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods.

138. In our view, the Panel's analysis was incomplete. As we have said, and as the Panel recalled, "omission must have some meaning."¹⁴⁴ Yet omissions in different contexts may have different meanings, and omission, in and of itself, is not necessarily dispositive. Moreover, while the Panel rightly looked to Article 3.1(a) as relevant context in interpreting Article 3.1(b), the Panel failed to examine other contextual elements for Article 3.1(b) and to consider the object and purpose of the *SCM Agreement*.

¹⁴¹European Communities' appellant's submission, paras. 55-61; Japan's appellant's submission, paras. 20-33.

¹⁴²European Communities' appellant's submission, para. 53; Japan's appellant's submission, paras. 36-51.

¹⁴³Panel Report, para. 10.221.

¹⁴⁴Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, p. 18.

139. We look first to the text of Article 3.1(b). In doing so, we observe that the ordinary meaning of the phrase "contingent...upon the use of domestic over imported goods" is not conclusive as to whether Article 3.1(b) covers both subsidies contingent "in law" and subsidies contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. Just as there is nothing in the language of Article 3.1(b) that specifically *includes* subsidies contingent "in fact", so, too, is there nothing in that language that specifically *excludes* subsidies contingent "in fact" from the scope of coverage of this provision. As the text of the provision is not conclusive on this point, we must turn to additional means of interpretation. Accordingly, we look for guidance to the relevant context of the provision.

140. Although we agree with the Panel that Article 3.1(a) is relevant context, we believe that other contextual aspects should also be examined. First, we note that Article III:4 of the GATT 1994 also addresses measures that favour the use of domestic over imported goods, albeit with different legal terms and with a different scope. Nevertheless, both Article III:4 of the GATT 1994 and Article 3.1(b) of the *SCM Agreement* apply to measures that require the use of domestic goods over imports. Article III:4 of the GATT 1994 covers both *de jure* and *de facto* inconsistency.¹⁴⁵ Thus, it would be most surprising if a similar provision in the *SCM Agreement* applied only to situations involving *de jure* inconsistency.

141. Second, we recall our findings in *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* ("European Communities – Bananas") on whether or not Article II of the GATS covers cases of *de facto* discrimination.¹⁴⁶ In that case, the Panel found that Article XVII of the GATS provides relevant context for determining whether Article II of the GATS applies to both *de jure* and *de facto* discrimination. On this issue, we said:

Article XVII of the GATS is merely one of many provisions in the *WTO Agreement* that require the obligation of providing "treatment no less favourable". The possibility that the two Articles may not have exactly the same meaning does *not* imply that the intention of the drafters of the GATS was that a *de jure*, or formal, standard should apply in Article II of the GATS. If that were the intention, why does Article II not say as much? The obligation imposed by Article II is unqualified. The ordinary meaning of this provision does not exclude *de facto* discrimination.¹⁴⁷

¹⁴⁵See, e.g., panel report, *Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery*, L/833, BISD 7S/60, adopted 23 October 1958, para. 12.

¹⁴⁶Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997, para. 233.

¹⁴⁷*Ibid.*

We believe the same reasoning is applicable here. The fact that Article 3.1(a) refers to "in law or in fact", while those words are absent from Article 3.1(b), does not necessarily mean that Article 3.1(b) extends only to *de jure* contingency.

142. Finally, we believe that a finding that Article 3.1(b) extends only to contingency "in law" upon the use of domestic over imported goods would be contrary to the object and purpose of the *SCM Agreement* because it would make circumvention of obligations by Members too easy. We expressed a similar concern with respect to the GATS in *European Communities – Bananas* when we said:

Moreover, if Article II was not applicable to *de facto* discrimination, it would not be difficult -- and, indeed, it would be a good deal easier in the case of trade in services, than in the case of trade in goods -- to devise discriminatory measures aimed at circumventing the basic purpose of that Article.¹⁴⁸

143. For all these reasons, we believe that the Panel erred in finding that Article 3.1(b) does not extend to subsidies contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. We, therefore, reverse the Panel's broad conclusion that "Article 3.1(b) extends only to contingency in law."¹⁴⁹

144. Having reached this conclusion, we must now consider whether the import duty exemption, as a result of the application of the CVA requirements, constitutes a subsidy contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. We recall once more our statement in *Australia – Salmon* that, where we have reversed a finding of a panel, we should attempt to complete a panel's legal analysis "to the extent possible on the basis of the factual findings of the Panel and/or of undisputed facts in the Panel record".¹⁵⁰

145. We stated earlier that the Panel's incomplete analysis of the operation of the CVA requirements leaves us with an insufficient basis on which to examine how the CVA requirements function. Furthermore, as the Panel concluded that Article 3.1(b) did not extend to contingency "in fact", the Panel did not examine the claims of the European Communities and Japan on this issue. As a result the Panel made *no* factual findings relating to the operation of the CVA requirements. In addition, there are not sufficient undisputed facts in the Panel record that would enable us to examine this issue ourselves. It is impossible for us to assess whether the use of domestic over imported goods

¹⁴⁸*Supra*, footnote 146, para. 233.

¹⁴⁹Panel Report, para. 10.221.

¹⁵⁰*Supra*, footnote 114, para. 118.

is "in fact" a condition for satisfying the CVA requirements, and, therefore, is a condition for receiving the import duty exemption.

146. We are thus unable to complete the legal analysis necessary to determine whether the import duty exemption, through the application of the CVA requirements, is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods. Accordingly, we make no finding and reserve our judgment on whether the import duty exemption at issue is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods within the meaning of Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*.

IX. Article I:1 and Article II:1 of the GATS

147. Canada appeals the Panel's conclusion that the import duty exemption is inconsistent with Article II:1 of the GATS. Canada first appeals the Panel's finding that the measure is one "affecting trade in services" within the scope of Article I:1 of the GATS.¹⁵¹ It then appeals the finding that Canada does not accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country contrary to its obligations under Article II:1 of the GATS.¹⁵²

A. Article I:1 of the GATS

148. Canada maintains that the Panel erred in finding that the import duty exemption falls within the scope of the GATS. In the view of Canada, the Panel mistakenly concluded that whether a measure is within the scope of the GATS is determined by whether that measure is consistent with certain substantive obligations, such as Article II, and not by whether the measure falls within Article I of the GATS.¹⁵³

149. The Panel first examined the general issue of whether the import duty exemption constitutes a measure "affecting trade in services" within the meaning of Article I of the GATS. The Panel then referred to the reports of the panel and the Appellate Body in *European Communities – Bananas* for the proposition that "the term 'affecting' in Article I of the GATS has a broad scope of application and that accordingly no measures are *a priori* excluded from the scope of application of the GATS."¹⁵⁴

¹⁵¹Canada's appellant's submission, para. 102.

¹⁵²*Ibid.*, para. 145.

¹⁵³*Ibid.*, para. 102.

¹⁵⁴Panel Report, para. 10.231.

150. The Panel ultimately found that:

[t]he determination of whether a measure affects trade in services cannot be done in abstract terms in isolation from examining whether the effect of such a measure is consistent with the Member's obligations and commitments under the GATS. In this case, the determination of whether the MVTO 1998 and SROs are measures affecting trade in services within the meaning of Article I of the GATS should be done on the basis of the determination of whether these measures constitute less favourable treatment for the services and service suppliers of some Members as compared to those of others (Article II) and/or for services and service suppliers of other Members as compared to domestic ones (Article XVII).¹⁵⁵

151. In *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, we said, in the context of Article XX of the GATT 1994, that a panel may not ignore the "fundamental structure and logic" of a provision in deciding the proper sequence of steps in its analysis, save at the peril of reaching flawed results.¹⁵⁶ Similarly, here, the fundamental structure and logic of Article I:1, in relation to the rest of the GATS, require that determination of whether a measure is, in fact, covered by the GATS must be made *before* the consistency of that measure with any substantive obligation of the GATS can be assessed.

152. Article II:1 of the GATS states expressly that it applies only to "any measure covered by this Agreement". This explicit reference to the scope of the GATS confirms that the measure at issue must be found to be a measure "affecting trade in services" within the meaning of Article I:1, and thus covered by the GATS, *before* any further examination of consistency with Article II can logically be made. We find, therefore, that the Panel should have inquired, as a threshold question, into whether the measure is within the scope of the GATS by examining whether the import duty exemption is a measure "affecting trade in services" within the meaning of Article I. In failing to do so, the Panel erred in its interpretative approach.

¹⁵⁵Panel Report, para. 10.234.

¹⁵⁶Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para. 119. See also Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, p. 22.

153. We proceed to the threshold analysis of Article I of the GATS. Article I:1 of the GATS states, in pertinent part:

Article I

Scope and Definition

1. This Agreement applies to measures by Members *affecting trade in services*.
2. For the purposes of this Agreement, *trade in services* is defined as *the supply of a service*:
 - (a) from the territory of one Member into the territory of any other Member;
 - (b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;
 - (c) *by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member*;
 - (d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.
(emphasis added)

154. Article XXVIII defines certain terms used in the GATS. We refer, in particular, to the following:

- (a) "measure" means any measure by a Member, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action, or any other form;
- (b) "supply of a service" includes the production, distribution, marketing, sale and delivery of a service;
- (c) "measures by Members affecting trade in services" include measures in respect of
 - ...
 - (iii) the presence, including commercial presence, of persons of a Member for the supply of a service in the territory of another Member;
- (d) "commercial presence" means any type of business or professional establishment, including through
 - (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person,...

...
within the territory of a Member for the purpose of supplying a service;
...

- (f) "service of another Member" means a service which is supplied,
- ...
- (ii) in the case of the supply of a service through commercial presence or through the presence of natural persons, by a service supplier of that other Member;
- (g) "service supplier" means any person that supplies a service;
- ...

155. With these treaty provisions in mind, we believe that at least two key legal issues must be examined to determine whether a measure is one "affecting trade in services": first, whether there is "trade in services" in the sense of Article I:2; and, second, whether the measure in issue "affects" such trade in services within the meaning of Article I:1.

156. We look first at whether there is "trade in services" in this case. For the purposes of the GATS, "trade in services" is defined in Article I:2 as the "supply of a service" in any one of four listed modes of supply. At issue here is the supply of a service under mode (c) of Article I:2, that is, the supply of a service "by a service supplier of one Member, through *commercial presence* in the territory of any other Member". (emphasis added) "Commercial presence" is, in turn, defined in Article XXVIII(d) as "any type of business or professional establishment, including through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person...".

157. The complainants in this case allege that the "trade in services" here relevant is "wholesale trade services of motor vehicles", which is a category of services recognized in the Central Product Classification.¹⁵⁷ Canada does not dispute that there are service suppliers of the United States, the European Communities and Japan which are established in Canada and which provide wholesale trade services of motor vehicles.¹⁵⁸ Accordingly, we hold that the "trade in services" here in issue is wholesale trade services of motor vehicles supplied by service suppliers of certain Members through commercial presence in Canada.

¹⁵⁷Provisional Central Product Classification, United Nations Statistical Papers, Series M, No. 77, 1991, Subclass 61111, p. 189. This was replaced in 1997 by the Central Product Classification (CPC) Version 1.0 (United Nations Statistical Papers, Series M, No. 77, 1998, Subclass 61281, p. 363), which continues to recognize wholesale trade services of motor vehicles as a category of services.

¹⁵⁸Panel Report, para. 10.237.

158. Having concluded that there is, in fact, "trade in services" in this case, we consider next whether the measure at issue "affects" trade in services. In *European Communities – Bananas*, we said:

In our view, the use of the term "affecting" reflects the intent of the drafters to give a broad reach to the GATS. The ordinary meaning of the word "affecting" implies a measure that has "an effect on", which indicates a broad scope of application. This interpretation is further reinforced by the conclusions of previous panels that the term "affecting" in the context of Article III of the GATT is wider in scope than such terms as "regulating" or "governing".¹⁵⁹

159. We also found in that case that, although the subject matter of the GATT 1994 and that of the GATS are different, particular measures "could be found to fall within the scope of both the GATT 1994 and the GATS", and that such measures include those "that involve a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a particular good."¹⁶⁰ We further stated, in that case, that:

Whether a certain measure affecting the supply of a service related to a particular good is scrutinized under the GATT 1994 or the GATS, or both, is a matter that can only be determined on a case-by-case basis.¹⁶¹

160. In cases where the same measure can be scrutinized under *both* the GATT 1994 and the GATS, however, the focus of the inquiry, and the specific aspects of the measure to be scrutinized, under each agreement, will be different because the subjects of the two agreements are different. Under the GATS, as we stated in *European Communities – Bananas*, "the focus is on how the measure affects the supply of the service or the service suppliers involved."¹⁶²

161. We note that Canada argues that the import duty exemption is not a measure "affecting trade in services" within the meaning of Article I of the GATS, because it is a tariff measure that affects the *goods* themselves and not the supply of distribution services.¹⁶³ As such, Canada maintains, the measure at issue does not "affect" a service supplier in its *capacity as a service supplier* and in its *supply of a service*.¹⁶⁴ Canada relies on our report in *European Communities – Bananas* to support

¹⁵⁹*Supra*, footnote 146, para. 220.

¹⁶⁰*Ibid.*, para. 221.

¹⁶¹*Ibid.*; see also Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adopted 30 July 1997, p. 19.

¹⁶²*Supra*, footnote 146, para. 221.

¹⁶³Canada's appellant's submission, para. 115.

¹⁶⁴*Ibid.*

its argument that the import duty exemption falls exclusively within the scope of the GATT 1994, as it affects trade in goods as goods, and does *not* involve a service *relating to a particular good* or a service *supplied in conjunction with a particular good*.¹⁶⁵

162. The Panel, however, determined that:

Like the measures at issue in the *EC – Bananas III* case, the import duty exemption granted only to manufacturer beneficiaries bears upon conditions of competition in the supply of distribution services, regardless of whether it directly governs or indirectly affects the supply of such services. In our view, therefore, the import duty exemption falls in the third category of measures, identified by the Appellate Body in *EC – Bananas III*, as involving "a service relating to a particular good or a service supplied in conjunction with a particular good", which "could be scrutinized under both the GATT 1994 and the GATS".¹⁶⁶

163. In *European Communities – Bananas*, we agreed with the panel that "the operators as defined under the relevant regulations of the European Communities are, indeed, suppliers of 'wholesale trade services' within the definition set out in the Headnote to Section 6 of the CPC."¹⁶⁷ Although the operators in that case were engaged in certain activities that were not, strictly speaking, within the definition of "distributive trade services" in the Headnote to Section 6 of the Central Product Classification, we concluded there that "there is no question that they are also engaged in other activities involving the wholesale distribution of bananas that are within that definition."¹⁶⁸ With respect to the fact that the operators were vertically integrated with producers, ripeners and retailers, we stated, in that case, that "even if a company is vertically-integrated, and even if it performs other functions related to the production, importation, distribution and processing of a product, *to the extent that it is also engaged in providing 'wholesale trade services'* and is therefore *affected in that capacity* by a particular measure of a Member *in its supply of those 'wholesale trade services'*, that company *is a service supplier* within the scope of the GATS."¹⁶⁹ (emphasis added)

164. In this case, the Panel did not examine any evidence relating to the provision of wholesale trade services of motor vehicles within the Canadian market and, as a result, did not make any factual findings as to the structure of the market for motor vehicles in Canada, nor as to which companies actually provide wholesale trade services of motor vehicles. As a result, the Panel also never

¹⁶⁵Canada's appellant's submission, para. 115.

¹⁶⁶Panel Report, para. 10.239.

¹⁶⁷*Supra*, footnote 146, para. 225.

¹⁶⁸*Ibid.*

¹⁶⁹*Ibid.*, para. 227.

examined whether or how the import duty exemption affects *wholesale trade service suppliers in their capacity as service suppliers*. Rather, the Panel simply stated:

Like the measures at issue in the *EC – Bananas III* case, the import duty exemption granted only to *manufacturer beneficiaries* bears upon conditions of competition in the supply of distribution services, regardless of whether it directly governs or indirectly affects the supply of such services.¹⁷⁰ (emphasis added)

165. We do not consider this statement of the Panel to be a sufficient basis for a legal finding that the import duty exemption "affects" wholesale trade services of motor vehicles *as services*, or wholesale trade service suppliers *in their capacity as service suppliers*. The Panel failed to analyze the evidence on the record relating to the provision of wholesale trade services of motor vehicles in the Canadian market. It also failed to articulate what it understood Article I:1 to require by the use of the term "affecting". Having interpreted Article I:1, the Panel should then have examined all the relevant facts, including *who* supplies wholesale trade services of motor vehicles through commercial presence in Canada, and *how* such services are supplied. It is not enough to make assumptions. Finally, the Panel should have applied its interpretation of "affecting trade in services" to the facts it should have found.

166. The European Communities and Japan may well be correct in their assertions that the availability of the import duty exemption to certain manufacturer beneficiaries of the United States established in Canada, and the corresponding unavailability of this exemption to manufacturer beneficiaries of Europe and of Japan established in Canada, has an effect on the operations in Canada of wholesale trade service suppliers of motor vehicles and, therefore, "affects" those wholesale trade service suppliers in their capacity as service suppliers. However, the Panel did not examine this issue. The Panel merely asserted its conclusion, without explaining how or why it came to its conclusion. This is not good enough.

167. For these reasons, we believe that the Panel has failed to examine whether the measure is one "affecting trade in services" as required under Article I:1 of the GATS. The Panel did not show that the measure at issue affects wholesale trade services of motor vehicles, as services, or wholesale trade service suppliers of motor vehicles, in their *capacity as service suppliers*. Nonetheless, we continue our analysis of the issues raised on appeal under Article II:1, and examine whether, in the terms of that provision, the measure accords treatment "no less favourable" to like services and service suppliers of other Members.

¹⁷⁰Panel Report, para. 10.239.

B. *Article II:1 of the GATS*

168. Canada argues that even if the GATS was held applicable to the measure at issue, the Panel is still in error in finding that this measure accords less favourable treatment to services and service suppliers of any other Member under Article II:1.¹⁷¹ Canada states that neither the European Communities nor Japan contended that the import duty exemption discriminates "in law"; rather, they argue that the import duty exemption discriminates "in fact" by according less favourable treatment in practice to certain services and service suppliers.¹⁷² In Canada's view, the Panel "was required to set out the basis on which the measures accord less favourable treatment to certain services and service suppliers and to show how such less favourable treatment is accorded, either in fact or in law, to the services or service suppliers of certain Members."¹⁷³

169. In examining Canada's appeal under Article II:1 of the GATS, we begin with the text of that provision:

Article II

Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

170. The wording of this provision suggests that analysis of the consistency of a measure with Article II:1 should proceed in several steps. First, as we have seen, a threshold determination must be made under Article I:1 that the measure is covered by the GATS.¹⁷⁴ This determination requires that there be "trade in services" in one of the four modes of supply, and that there be also a measure which "affects" this trade in services. We have already held that the Panel failed to undertake this analysis.¹⁷⁵

¹⁷¹Canada's appellant's submission, para. 145.

¹⁷²*Ibid.*, para. 146.

¹⁷³*Ibid.*, para. 147.

¹⁷⁴*Supra*, para. 152.

¹⁷⁵*Supra*, para. 167.

171. If the threshold determination is that the measure *is* covered by the GATS, appraisal of the consistency of the measure with the requirements of Article II:1 is the next step. The text of Article II:1 requires, in essence, that treatment by one Member of "services and services suppliers" of any other Member be compared with treatment of "like" services and service suppliers of "any other country". Based on these core legal elements, the Panel should first have rendered its interpretation of Article II:1. It should then have made factual findings as to treatment of wholesale trade services and service suppliers of motor vehicles of different Members commercially present in Canada. Finally, the Panel should have applied its interpretation of Article II:1 to the facts as it found them.

172. The Panel did none of this. The Panel did not inquire into how the market for wholesale trade services of motor vehicles in Canada is structured. Nor did it explain how less favourable treatment resulted from the measure at issue. Instead, it engaged in speculation about the "possibility" of certain relationships.¹⁷⁶ In response to Canada's argument that there is no competition between service suppliers at the wholesale level because of vertical integration and exclusive distribution arrangements in the motor vehicle industry, the Panel stated that vertical integration:

...neither rules out potential competition in the wholesaler-manufacturer relationship, nor actual competition in the wholesaler-retailer relationship. Although due to the existing structure of the market, wholesale trade service suppliers procure their vehicles from the same manufacturers, no government measure prevents even a vertically integrated wholesale distributor from approaching different manufacturers for the procurement of motor vehicles.¹⁷⁷

173. Based on this speculative analysis, the Panel proceeded to make the following "findings":

We therefore **find** that vertical integration and exclusive distribution arrangements between manufacturers and wholesalers in the motor vehicle industry *do not rule out the possibility* that treatment less favourable *may be granted* to suppliers of wholesale trade services for motor vehicles. We also **find** that vertical integration and exclusive distribution arrangements *do not preclude potential competition* among wholesalers for the procurement of vehicles from manufacturers and actual inter-brand competition for sales to retailers.¹⁷⁸ (emphasis in italics added)

¹⁷⁶Panel Report, paras. 10.253-10.254.

¹⁷⁷*Ibid.*, para. 10.253.

¹⁷⁸*Ibid.*, para. 10.254.

174. We consider these "findings" of the Panel to be pure speculation. As we stated above, the Panel did not provide an interpretation of Article II:1; nor did it apply its interpretation to findings of fact. The Panel did not identify any evidence defining the relationship between manufacturers and wholesale trade service suppliers of motor vehicles in the Canadian market. Furthermore, the Panel did not examine, *in concreto*, the structure of competition in the wholesale trade services market for motor vehicles in Canada. Its reasoning seems to be based solely on Canada's argument that the motor vehicle industry is characterized by vertical integration of production and distribution as well as exclusive distribution arrangements.¹⁷⁹ The Panel failed to conduct an analysis of whether and how the import duty exemption affects wholesalers related to manufacturers which benefit from the import duty exemption, as compared with wholesalers related to manufacturers which do not benefit from the import duty exemption. For these reasons, we reverse the Panel's "findings" in paragraph 10.254 of the Panel Report.

175. The Panel also considered two additional arguments of the complainants. The European Communities and Japan argued before the Panel that, although the criteria for eligibility for the import duty exemption are not expressly based on nationality, the import duty exemption constitutes *de facto* discrimination under Article II of the GATS as all, or almost all, service suppliers of other Members which benefit from the exemption are of the United States.¹⁸⁰ Canada disputed this point and argued that at least two manufacturer beneficiaries are of European Communities' origin (Volvo Canada Ltd. and DaimlerChrysler Canada Inc.). Canada also maintained, before the Panel, that CAMI is a 50/50 joint venture between juridical persons of Japan and of the United States. The European Communities and Japan alleged, before the Panel, that the import duty exemption also results in *de jure* discrimination under Article II, because, in their view, the existence of the closed list of manufacturer beneficiaries constitutes formally different treatment.¹⁸¹

176. After finding that DaimlerChrysler Canada Inc. and Volvo Canada Ltd. are both juridical persons of the United States, and deciding that there is no evidence which would allow it to determine which juridical person "controls" CAMI, the Panel stated:

¹⁷⁹Panel Report, para. 10.253.

¹⁸⁰*Ibid.*, para. 10.255.

¹⁸¹*Ibid.*

Although none of the criteria for granting the import duty exemption is expressly based on nationality, the manufacturing presence requirement, referring to the period 1 August 1963 – 31 July 1964 in the MVTO 1998, has allowed only three service suppliers of the United States (Chrysler Canada Ltd., General Motors of Canada Ltd. and Ford Motor Company of Canada Ltd.) and one service supplier of Sweden (Volvo Canada Ltd.) to qualify for the import duty exemption. It was noted above that Volvo Canada Ltd. recently passed under the control of a juridical person of the United States (Ford Motor Co.). SROs have been used to expand the category of manufacturer beneficiaries by allowing two other manufacturers/wholesalers of automobiles (Intermeccanica of Canada and CAMI, a 50/50 joint venture between Suzuki Motor Co. of Japan and General Motors Corp. of the United States) and several manufacturers/wholesalers of buses and specified commercial vehicles to qualify for the import duty exemption.¹⁸² (footnote omitted)

177. Having determined which manufacturer beneficiaries are "of" which Members, the Panel does not go on to explain the relevance of these findings to its analysis under Article II:1. In particular, the Panel does not clearly link these "manufacturer beneficiaries" to the suppliers of wholesale trade services of motor vehicles, which are the relevant entities under Article II:1.

178. The Panel concludes as follows:

In our view, the import duty exemption, as provided in the MVTO 1998 and SROs, results in less favourable treatment accorded to services and service suppliers of any other Member within the meaning of Article II:1 of the GATS, as such benefit is granted to a limited and identifiable group of manufacturers/wholesalers of motor vehicles of some Members, selected on the basis of criteria such as the manufacturing presence in a given base year. We also note that the manufacturing presence requirements in the MVTO 1998 and in the SROs explicitly exclude suppliers of wholesale trade services of motor vehicles, which do not manufacture vehicles in Canada, from qualifying for the import duty exemption. In addition, the fact that in 1989 the Government of Canada stopped granting SROs makes the list of the beneficiaries of the import duty exemption a closed one. As a result, manufacturers/wholesalers of motor vehicles of some Members can import vehicles into Canada duty-free, while manufacturers/wholesalers of other Members are explicitly prevented from importing vehicles duty free into Canada.¹⁸³

179. The Panel ultimately found, on the basis of this reasoning, that "with respect to the import duty exemption, granted to a limited number of manufacturers/wholesalers of motor vehicles, Canada has failed to accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other

¹⁸²Panel Report, para. 10.261.

¹⁸³*Ibid.*, para. 10.262.

Member treatment no less favourable than it accords to like services and service suppliers of any other country."¹⁸⁴ On this basis, the Panel found that the import duty exemption is inconsistent with the requirements of Article II:1 of the GATS.¹⁸⁵

180. Here, the Panel has compounded its earlier error in finding that the import duty exemption which benefits certain *manufacturers* of motor vehicles "is granted to a limited and identifiable group" of *manufacturer/wholesalers* of motor vehicles. The Panel appears to be saying here that the import duty exemption is granted to certain *wholesalers* of a limited number of Members, and not to *wholesalers* of other Members. Furthermore, the Panel states that, as a result of the closed list, *wholesalers* of motor vehicles of a limited number of Members can import vehicles into Canada duty-free, while *wholesalers* of other Members are explicitly prevented from importing vehicles duty-free into Canada.¹⁸⁶

181. Clearly, here the Panel is confusing the *application* of the import duty exemption to *manufacturers* with its possible *effect* on *wholesalers*. In our view, the Panel has conducted a "goods" analysis of this measure, and has simply extrapolated its analysis of how the import duty exemption affects manufacturers to wholesale trade service suppliers of motor vehicles. The Panel surmised, without analyzing the effect of the measure on *wholesalers as service suppliers*, that the import duty exemption, granted to a limited number of manufacturers, *ipso facto* affects conditions of competition among *wholesalers in their capacity as service suppliers*. As we stated earlier in respect of whether the measure at issue "affects trade in services", the Panel failed to demonstrate how the import duty exemption granted to certain *manufacturers*, but not to other *manufacturers*, affects the supply of *wholesale trade services* and *the suppliers of wholesale trade services* of motor vehicles. In reaching its conclusions under Article II:1 of the GATS, the Panel has neither assessed the relevant facts – we see no analysis of any evidence relating to the supply of *wholesale trade services* of motor vehicles – nor has it interpreted Article II of the GATS and applied that interpretation to the facts it found.

182. For these reasons, we reverse the Panel's conclusion that the import duty exemption accorded pursuant to the MVTO 1998 and the SROs is inconsistent with the requirements of Article II:1 of the GATS¹⁸⁷, and its findings leading to that conclusion.

¹⁸⁴Panel Report, para. 10.264.

¹⁸⁵*Ibid.*

¹⁸⁶*Ibid.*, para. 10.262.

¹⁸⁷*Ibid.*, para. 10.264.

183. In coming to this conclusion, we do not suggest that the import duty exemption does *not* affect wholesale trade services of motor vehicles in Canada. Nor do we conclude that Canada accords no less favourable treatment to services and service suppliers of any Member than that which it accords to like services and service suppliers of another country consistently with Article II:1 of the GATS. We make no such conclusion. We mean only to say that the Panel, in this case, failed to substantiate its conclusion that the import duty exemption is inconsistent with Article II:1 of the GATS. As such, we have no choice but to reverse the findings and conclusions of the Panel relating to Article II:1 of the GATS.

184. In reaching this conclusion, we are mindful of the importance of the GATS as a new multilateral trade agreement covered by the *WTO Agreement*. This appeal is only the second case in which we have been asked to review a panel's findings on provisions of the GATS. Given the complexity of the subject-matter of trade in services, as well as the newness of the obligations under the GATS, we believe that claims made under the GATS deserve close attention and serious analysis. We leave interpretation of Article II of the GATS to another case and another day.

X. Findings and Conclusions

185. For the reasons set out in this Report, the Appellate Body:

- (a) upholds the Panel's conclusion that Canada acts inconsistently with Article I:1 of the GATT 1994 by granting the advantage of duty-free treatment to motor vehicles originating in certain countries, pursuant to the MVTO 1998 and the SROs, which advantage is not accorded immediately and unconditionally to like products originating in the territories of all other WTO Members;
- (b) upholds the Panel's conclusion that Canada acts inconsistently with its obligations under Article 3.1(a) of the *SCM Agreement* by granting a subsidy which is contingent in law upon export performance, as a result of the application of the ratio requirements as one of the conditions for determining eligibility for the import duty exemption on motor vehicles under the MVTO 1998 and the SROs;
- (c) finds that the Panel's failure to address the European Communities' alternative claim that the measure, as a result of the application of the CVA requirements as one of the conditions for the import duty exemption, is a subsidy contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of the *SCM Agreement*, was a proper exercise of judicial economy;

- (d) is unable to come to a conclusion, and hence reserves judgment, on whether or not the import duty exemption is, as a result of the application of the CVA requirements, contingent "in law" upon the use of domestic over imported goods under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*; reverses the Panel's conclusion that Article 3.1(b) does not extend to contingency "in fact"; and is unable to come to a conclusion, and hence reserves judgment, on whether or not the measure is contingent "in fact" upon the use of domestic over imported goods under Article 3.1(b) of the *SCM Agreement*, as a result of insufficient factual findings and undisputed facts in the Panel record;
- (e) finds that the Panel has failed to examine whether the measure is one "affecting trade in services" as required under Article I:1 of the GATS; reverses the Panel's conclusion that the import duty exemption accorded pursuant to the MVTO 1998 and the SROs is inconsistent with the requirements of Article II:1 of the GATS; and also reverses the Panel's findings leading to its conclusion on Article II:1.

186. The Appellate Body recommends that the DSB request that Canada bring its measure found in this Report, and in the Panel Report as modified by this Report, to be inconsistent with Canada's obligations under Articles I:1 and III:4 of the GATT 1994, Article XVII of the GATS and paragraph (a) of Article 3.1 of the *SCM Agreement* into conformity with its obligations in those agreements.

Signed in the original at Geneva this 18th day of May 2000 by:

Claus-Dieter Ehlermann
Presiding Member

James Bacchus
Member

Florentino Feliciano
Member