

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/AB/R
27 juin 2005

(05-2728)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

AB-2005-4

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction.....	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers	4
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant</i>	4
1.	Demande de consultations au titre de l'article 4:4 du Mémoire d'accord.....	4
2.	Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.....	5
3.	Examen des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner recueillis par l'USDOC.....	7
a)	<i>Le critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" retenu par le Groupe spécial</i>	7
b)	<i>Approche du Groupe spécial à l'égard des éléments de preuve</i>	8
c)	<i>Manquement à l'obligation incombant au Groupe spécial de se conformer à l'article 11 du Mémoire d'accord</i>	13
4.	Avantage et spécificité.....	16
B.	<i>Arguments de la Corée – Intimé</i>	16
1.	Demande de consultations au titre de l'article 4:4 du Mémoire d'accord.....	16
2.	Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.....	17
3.	Examen des éléments de preuve d'une action de charger ou ordonner recueillis par l'USDOC.....	19
a)	<i>Le critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" retenu par le Groupe spécial</i>	19
b)	<i>Approche du Groupe spécial concernant les éléments de preuve</i>	20
c)	<i>Manquement à l'obligation incombant au Groupe spécial de se conformer à l'article 11 du Mémoire d'accord</i>	24
4.	Avantage et spécificité.....	26
C.	<i>Allégation d'erreur formulée par la Corée – Autre appelant</i>	26
D.	<i>Arguments des États-Unis – Intimé</i>	28
E.	<i>Arguments des participants tiers</i>	29
1.	Chine.....	29
2.	Communautés européennes	30
3.	Japon.....	32
4.	Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu.....	34
III.	Questions soulevées dans le présent appel.....	34
IV.	Consultations.....	37
A.	<i>Introduction et contexte procédural pertinent</i>	37
B.	<i>Caractère suffisant de la déclaration d'appel des États-Unis</i>	40
C.	<i>La demande de consultations présentée par la Corée satisfait-elle aux prescriptions de l'article 4:4 du Mémoire d'accord?</i>	41
V.	Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.....	43
A.	<i>Introduction</i>	43
B.	<i>Article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC</i>	44

1.	Le sens des termes "chargent" et "ordonnent".....	44
2.	L'appel des États-Unis	51
3.	Appel incident de la Corée.....	53
VI.	Examen par le Groupe spécial des éléments de preuve utilisés par l'USDOC	55
A.	<i>Introduction</i>	55
B.	<i>La constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC</i>	57
C.	<i>Critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant"</i>	60
D.	<i>L'approche concernant les éléments de preuve adoptée par le Groupe spécial</i>	63
1.	Examen des éléments de preuve pris individuellement	64
2.	Examen de la totalité des éléments de preuve.....	69
E.	<i>Admissibilité des éléments de preuve</i>	73
F.	<i>Éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier</i>	77
G.	<i>Critère d'examen</i>	82
H.	<i>Conclusion du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC</i>	87
VII.	Avantage et spécificité	91
VIII.	Constatations et conclusions	94
ANNEXE I	Notification d'un appel des États-Unis présentée conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord) et à la règle 20 1) des <i>Procédures de travail pour l'examen en appel</i>	
ANNEXE II	Notification d'un autre appel de la Corée présenté conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord) et à la règle 23 1) des <i>Procédures de travail pour l'examen en appel</i>	
ANNEXE III	Demande de consultations présentée par la Corée	
ANNEXE IV	Demande de consultations présentée par la Corée, Addendum	
ANNEXE V	Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée	

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Carreaux en céramique</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures antidumping définitives à l'importation de carreaux de sol en céramique en provenance d'Italie</i> , WT/DS189/R, adopté le 5 novembre 2001, DSR 2001:XII, 6241
<i>Argentine – Chaussures (CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i> , WT/DS121/AB/R, adopté le 12 janvier 2000, DSR 2000:I, 515
<i>Argentine – Textiles et vêtements</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles</i> , WT/DS56/R, adopté le 22 avril 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R, DSR 1998:III, 1033
<i>Brésil – Lait en provenance de la CEE</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>Imposition de droits compensateurs provisoires et définitifs sur la poudre de lait et certains types de lait en provenance de la Communauté économique européenne ("Brésil - Lait en provenance de la CEE")</i> , adopté le 28 avril 1994, IBDD, S41/II/537
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, DSR 1999:III, 1377
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/R, adopté le 20 août 1999, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, DSR 1999:IV, 1443
<i>Canada – Produits laitiers</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers</i> , WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, adopté le 27 octobre 1999, DSR 1999:V, 2057
<i>Canada – Produits laitiers (article 21:5 – États-Unis et Nouvelle-Zélande)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord</i> , WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, adopté le 18 décembre 2001, DSR 2001:XIII, 6829
<i>Canada – Produits laitiers (article 21:5 – États-Unis et Nouvelle-Zélande II)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Deuxième recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord</i> , WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, adopté le 17 janvier 2003
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003
<i>CE – Subventions à l'exportation de sucre</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adopté le 19 mai 2005
<i>Égypte – Barres d'armature en acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Égypte – Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de la Turquie</i> , WT/DS211/R, adopté le 1 ^{er} octobre 2002.
<i>États-Unis – Acier laminé à chaud</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon</i> , WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, DSR 2001:X, 4697
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/R, adopté le 21 mars 2005
<i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée</i> , WT/DS296/R, 21 février 2005
<i>États-Unis – Fils de coton</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan</i> , WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001, DSR 2001:XII, 6027
<i>États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/AB/RW, adopté le 29 janvier 2002, DSR 2002:I, 55
<i>États-Unis – Gluten de froment</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001, DSR 2001:II, 717
<i>États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS212/AB/R, adopté le 8 janvier 2003
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
<i>États-Unis – Restrictions à l'exportation</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions</i> , WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001, DSR 2001:XI, 5767
<i>États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
<i>États-Unis – Viande d'agneau</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001, DSR 2001:IX, 4051
<i>Guatemala – Ciment II</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique</i> , WT/DS156/R, adopté le 17 novembre 2000, DSR 2000:XI, 5295
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001, DSR 2001:VII, 2701

TABLEAU DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviations	Définition
<i>Accord antidumping</i>	<i>Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
<i>Accord SMC</i>	<i>Accord sur les subventions et les mesures compensatoires</i>
Addendum	WT/DS296/1/Add.1, Addendum à la demande de consultations présentée par la Corée, WT/DS296/1
<i>Code des subventions du Tokyo Round</i>	<i>Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce</i>
<i>Convention de Vienne</i>	<i>Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679</i>
CRA	Corporate Restructuring Agreement – Accord des établissements financiers pour la promotion de la restructuration des entreprises (Accord sur la restructuration des entreprises)
CRPA	Corporate Restructuring Promotion Act – Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises
Direction of Credit Memorandum	Direction of Credit Memorandum, C-580-851, 31 March 2003, for <i>Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea</i> (pièce n° 8 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial)
DRAMS	Semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAMS) et modèles de mémoires contenant des DRAMS
FSC	Financial Supervisory Commission – Commission de surveillance financière
GATT de 1994	<i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
Hynix	Hynix Semiconductor, Inc.
KDB	Korea Development Bank – Banque coréenne de développement
KFB	Korea First Bank
Mémorandum d'accord	<i>Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends</i>
Mémorandum sur les questions et la décision	Issues and Decision Memorandum, C-580-851, 16 June 2003, for <i>Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea</i> , United States Federal Register, Vol. 68, No. 120 (23 June 2003), p. 37122 (pièce n° 5 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial)
Micron	Micron Technology, Inc.
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
<i>Procédures de travail</i>	<i>Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/5, 4 janvier 2005</i>
Projets d'article de la CDI	Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite élaborés par la Commission du droit international, rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, supplément n° 10 (A/56/10)</i> , chapitre IV.E.2

Abréviation	Définition
Rapport du Groupe spécial	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS296/R, 21 février 2005
Samsung	Samsung Electronics Co., Ltd
USDOC	United States Department of Commerce – Département du commerce des États-Unis
USITC	United States International Trade Commission – Commission du commerce international des États-Unis

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée

AB-2005-4

Présents:

Abi-Saab, Président de la section
Janow, membre
Taniguchi, membre

États-Unis, *appelant/intimé*
Corée, *autre appelant/intimé*

Chine, *participant tiers*
Communautés européennes, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu,
Kinmen et Matsu, *participant tiers*

I. Introduction

1. Les États-Unis et la Corée font tous deux appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée* (le "rapport du Groupe spécial").¹ Le Groupe spécial a été établi pour examiner une plainte de la Corée visant les États-Unis, concernant l'imposition de droits compensateurs sur les DRAMS et modèles de mémoires contenant des DRAMS² en provenance de Corée, à la suite d'une enquête du Département du commerce des États-Unis (l'"USDOC") et de la Commission du commerce international des États-Unis (l'"USITC").

2. L'enquête en matière de droits compensateurs a été ouverte en novembre 2002, en réponse à une demande déposée par Micron Technology, Inc. ("Micron").³ Les sociétés coréennes faisant l'objet de l'enquête étaient Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix") et Samsung Electronics Co. Ltd. ("Samsung").⁴ Les pouvoirs publics coréens ont participé à l'enquête en tant que partie intéressée.

¹ WT/DS296/R, 21 février 2005.

² Ci-après, ces produits seront désignés collectivement par le terme "DRAMS".

³ *Notice of Initiation of Countervailing Duty Investigation: Dynamic Random Access Semiconductors from the Republic of Korea*, United States Federal Register, vol. 67 No. 229, (27 November 2002) p. 70,927 (pièce n° 2 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial).

⁴ Le taux de subventionnement donnant lieu à des droits compensateurs déterminé pour Samsung était de 0,04 pour cent, ce qui est inférieur au niveau *de minimis* de 2 pour cent. Par conséquent, l'USDOC a fait une constatation négative de l'existence d'un subventionnement en ce qui concerne Samsung. (*Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Semiconductors from the Republic of Korea*,

L'USDOC a publié une détermination finale de l'existence d'une subvention le 23 juin 2003⁵, concluant qu'Hynix avait reçu des contributions financières des pouvoirs publics coréens du fait, entre autres choses, que les pouvoirs publics coréens ont chargé les créanciers d'Hynix de maintenir la viabilité financière d'Hynix ou leur ont ordonné de le faire.⁶ L'USDOC a déterminé que le taux de subventionnement donnant lieu à des droits compensateurs pour Hynix était de 44,29 pour cent.⁷

3. L'USITC a publié une détermination préliminaire de l'existence d'un dommage le 27 décembre 2002 et une détermination finale de l'existence d'un dommage le 11 août 2003.⁸ Dans sa détermination finale de l'existence d'un dommage, l'USITC a conclu que la branche de production de DRAMS des États-Unis avait subi un dommage important du fait des importations de DRAMS subventionnés en provenance de Corée. Sur la base de ces déterminations de l'existence d'une subvention et d'un dommage faites par l'USDOC et l'USITC, respectivement, l'USDOC a rendu une ordonnance en matière de droits compensateurs le 11 août 2003, appliquant à Hynix des droits compensateurs de 44,29 pour cent, qui seraient payés par les importateurs sous forme de dépôts en espèces en même temps qu'ils feraient normalement le dépôt des droits de douane estimés.⁹

4. Devant le Groupe spécial, la Corée a allégué que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1^{er}, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 et 32 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'*Accord SMC*), ainsi qu'au titre de l'article VI:3 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994").¹⁰

United States Federal Register, vol. 68, No. 120 (23 June 2003) p. 37122, at p. 37124 (pièce n° 5 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial)

⁵ *Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, *supra*, note de bas de page 4, modifiée en tant que *Notice of Amended Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea*, United States Federal Register, Vol. 68, No. 144 (28 July 2003), p. 44290 (pièce n° 6 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial).

⁶ Issues and Decision Memorandum, for *Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, *supra*, note de bas de page 4, daté du 16 juin 2003 (le "Mémorandum sur les questions et la décision"), pages 61 et 62 (pièce n° 5 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial).

⁷ *Notice of Amended Final Affirmative Countervailing Duty Determination*, *supra*, note de bas de page 5, p. 44290 at p. 44291.

⁸ *DRAMs and DRAM Modules from Korea*, Investigation No. 701-TA-431 (Preliminary), USITC Pub. 3569 (December 2002) (pièce n° 9 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial); *DRAMs and DRAM Modules from Korea*, Investigation No. 701-TA-431 (Final), USITC Pub. 3616 (August 2003) (pièce n° 10 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial).

⁹ *Notice of Countervailing Duty Order: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea*, United States, Federal Register, vol. 68, No. 154 (11 August 2003) p. 47546 (pièce n° 8 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial). Comme l'USDOC fait une constatation de l'existence d'un subventionnement *de minimis* en ce qui concerne Samsung, les importations de produits Samsung ont été exclues du champ de l'ordonnance en matière de droits compensateurs et n'ont donc pas été assujetties à de tels droits. (*Ibid.*)

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1.

5. Dans le rapport du Groupe spécial, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 21 février 2005, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

... la *détermination finale de l'existence d'une subvention* faite par l'[US]DOC, la *détermination finale de l'existence d'un dommage* faite par l'USITC et l'*ordonnance finale en matière de droits compensateurs* fondée sur ces déterminations, sont incompatibles avec les articles 1^{er}, 2 et 15.5 de l'*Accord SMC*. Nous concluons donc que les États-Unis agissent en violation de ces dispositions de l'*Accord SMC*.¹¹

6. Le Groupe spécial a rejeté les allégations de la Corée selon lesquelles les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec les articles 2¹², 12.6, 15.2, 15.4, et 15.5¹³ de l'*Accord SMC*.¹⁴ En outre, le Groupe spécial n'a "pas [jugé] nécessaire de traiter" certaines allégations additionnelles formulées par la Corée au titre des articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC*, ni les allégations formulées par la Corée au titre des articles 10, 14, 15.1, 19.4, 22.3 et 32.1 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du GATT de 1994.¹⁵ Au cours de son examen des allégations de la Corée, le Groupe spécial a également rejeté une demande des États-Unis voulant qu'il rejette les allégations de la Corée qui visaient l'ordonnance en matière de droits compensateurs parce que la demande de consultations présentée par la Corée ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article 4:4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord").¹⁶

7. Compte tenu de ses constatations, le Groupe spécial a recommandé que les États-Unis "rendent la *détermination finale de l'existence d'une subvention* de l'[US]DOC, la *détermination finale de l'existence d'un dommage* de l'[US]ITC et l'*ordonnance finale en matière de droits compensateurs* de l'[US]DOC conformes à l'*Accord SMC*".¹⁷

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.

¹² Le Groupe spécial a rejeté l'allégation de la Corée au titre de l'article 2 de l'*Accord SMC* dans la mesure où elle concernait la constatation de spécificité faite par l'USDOC relativement aux subventions alléguées octroyées par des organismes publics. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.208) En ce qui concerne les autres créanciers, cependant, le Groupe spécial a estimé comme la Corée que la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article 2.

¹³ Le Groupe spécial a rejeté l'allégation de la Corée selon laquelle les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC* parce que l'USITC "n'a pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations visées et le dommage". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2)

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.410 et 7.415.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.4.

8. Le 29 mars 2005, les États-Unis ont notifié à l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") leur intention de faire appel 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 Mémorandum d'accord, et ont déposé une déclaration d'appel¹⁸ conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*").¹⁹ Le 11 avril 2005, la Corée a notifié à l'ORD son intention de faire appel 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 Mémorandum d'accord, et a déposé une déclaration d'un autre appel²⁰ conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail*. Le 5 avril 2005, les États-Unis ont déposé une communication en tant qu'appelant.²¹ Le 13 avril 2005, la Corée a déposé une communication en tant qu'autre appelant.²² Le 25 avril 2005, la Corée et les États-Unis ont chacun déposé une communication en tant qu'intimé.²³ Le même jour, la Chine, les Communautés européennes, le Japon et le Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen et Matsu ont chacun déposé une communication en tant que participant tiers.²⁴

9. L'audience dans le cadre du présent appel a eu lieu le 11 mai 2005. Les participants et les participants tiers ont présenté des arguments par oral (excepté le Territoire douanier distinct de Taïwan, Penghu, Kinmen, et Matsu) et ont répondu aux questions posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant

1. Demande de consultations au titre de l'article 4:4 du Mémorandum d'accord

10. Les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la demande de consultations présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions de l'article 4:4 du Mémorandum d'accord. Selon les États-Unis, la demande de consultations présentée par la Corée ne contenait pas le fondement juridique de la plainte en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmier la constatation du Groupe spécial.

¹⁸ WT/DS296/5 (document joint en tant qu'annexe I au présent rapport).

¹⁹ WT/AB/WP/5, 4 janvier 2005.

²⁰ WT/DS296/6 (document joint en tant qu'annexe II au présent rapport).

²¹ Conformément à la règle 21 des *Procédures de travail*.

²² Conformément à la règle 23 3) des *Procédures de travail*.

²³ Conformément à la règle 22 et à la règle 23 4) des *Procédures de travail*.

11. Les États-Unis font valoir qu'il n'est "pas crédible"²⁵ d'affirmer qu'en mentionnant le fait qu'elle avait déposé une demande de consultations antérieure sur un ensemble de mesures alléguées, la Corée avait satisfait à l'obligation qui lui incombait de fournir une indication du fondement juridique de sa plainte en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs, fondement qui n'a été indiqué que dans la deuxième demande de consultations. Les États-Unis soutiennent par ailleurs que la Corée a mentionné de nombreuses dispositions dans sa première demande de consultations et qu'ils ne pouvaient pas être "censés deviner quelle(s) disposition(s) s'appliquai(en)t à l'ordonnance en matière de droits compensateurs".²⁶ De plus, les États-Unis maintiennent que la Corée a refusé d'indiquer la/les disposition(s) d'un accord visé avec laquelle/lesquelles l'ordonnance en matière de droits compensateurs était selon elle incompatible, même lorsque les États-Unis lui ont spécifiquement demandé de le faire après le dépôt de la deuxième demande de consultations. De l'avis des États-Unis "les prescriptions de l'article 4:4 sont minimales, [mais] il n'est pas possible d'en faire abstraction."²⁷

2. Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC

12. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a donné une interprétation inexacte des termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC²⁸ puis a appliqué cette interprétation erronée à son évaluation des éléments de preuve figurant dans le dossier. Selon les États-Unis, l'interprétation qu'a donnée le Groupe spécial des termes "chargent" et "ordonnent" est incompatible avec les sens ordinaires de ces termes. L'interprétation correcte de "chargent" et "ordonnent" aurait pris en considération les significations multiples de ces termes qu'on trouve dans les définitions qu'en donnent les dictionnaires. De l'avis des États-Unis, si le Groupe spécial avait examiné ces significations, il serait parvenu à une interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" prenant en compte tout l'éventail des actions des pouvoirs publics qui relèvent des sens ordinaires de ces termes, à savoir: des pouvoirs publics confiant à un organisme privé le soin d'exécuter une tâche; des pouvoirs publics donnant à un organisme privé la responsabilité d'exécuter une tâche; des pouvoirs publics donnant des informations ou des indications à un organisme privé quant à la manière

²⁴ Conformément à la règle 24 1) des *Procédures de travail*.

²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143.

²⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143.

²⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 144.

²⁸ L'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC dit qu'il existe une contribution financière lorsque:

les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics[.]

d'exécuter une tâche; des pouvoirs publics réglementant la conduite que doit suivre un organisme privé; ainsi que des pouvoirs publics déléguant à un organisme privé l'exécution d'une tâche ou lui commandant de l'exécuter. Cependant, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de ces définitions et a retenu comme définition des termes "chargent" et "ordonnent" les notions de "délégation" et "commandement"²⁹, respectivement. Les États-Unis allèguent que cette interprétation étroite ne rend pas compte des nombreux moyens par lesquels des pouvoirs publics peuvent accorder des subventions par l'intermédiaire d'organismes privés.

13. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas non plus suffisamment pris en considération le contexte des termes "chargent" et "ordonnent", parce que l'utilisation du terme "pratique" à l'article 1.1 a) 1) iv) suppose manifestement que l'action de charger ou ordonner ne peut pas se limiter à un programme officiel ou formel, mais doit aussi inclure des "pratiques" plus larges. Les États-Unis font valoir qu'il ressort clairement du contexte qu'il n'était pas dans l'intention des négociateurs que les pouvoirs publics puissent s'affranchir des disciplines relatives aux subventions en utilisant d'autres moyens – à savoir, des moyens qui ne diffèrent "pas véritablement"³⁰ de ceux qu'utilisent normalement les pouvoirs publics – pour accorder des subventions. De l'avis des États-Unis, les termes "pas véritablement" tels qu'ils sont employés à l'article 1.1 a) 1) iv) donnent à penser que les rédacteurs s'efforçaient d'éviter le contournement de l'obligation de ne pas accorder de subventions prohibées. Cette interprétation, selon les États-Unis, viendrait à l'appui d'une interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" qui donne pleinement effet à tout leur éventail de sens de façon à ne pas autoriser le subventionnement, sous quelque forme que ce soit, par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'organismes privés. Les États-Unis affirment par ailleurs que l'interprétation donnée par le Groupe spécial n'est pas étayée par l'objet et le but de l'*Accord SMC* parce que sa lecture de l'article 1.1 a) 1) iv) couvrirait un éventail indûment limité de subventions des pouvoirs publics mises en œuvre au moyen des actions d'organismes privés.

14. Enfin, les États-Unis soutiennent que l'interprétation étroite des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial est omniprésente dans le reste de son analyse. Les États-Unis attirent l'attention sur plusieurs des constatations du Groupe spécial comme exemples d'erreurs résultant de cette interprétation, y compris les analyses faites par le Groupe spécial du Décret n° 408 du Premier Ministre, les réunions entre les créanciers d'Hynix et les représentants des pouvoirs publics coréens et le prospectus de la banque Kookmin destiné à la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières. Prises ensemble, ces constatations affaiblissent la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle il y a incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv). Par

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.31.

conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial en ce qui concerne son interprétation des termes "chargent" et "ordonnent", ainsi que ses conclusions fondées sur cette interprétation.

3. Examen des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner recueillis par l'USDOC

a) *Le critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" retenu par le Groupe spécial*

15. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a appliqué à tort un critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" dans son examen de la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC et demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial exposant son critère en matière de preuve et les constatations ultérieures fondées sur l'application de ce critère.

16. Selon les États-Unis, rien dans l'*Accord SMC*, le Mémorandum d'accord ou l'un quelconque des autres accords visés ne permettait au Groupe spécial de constater que les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner "doivent être, dans tous les cas, probants et déterminants".³¹ Les États-Unis reconnaissent que les dispositions de divers accords visés énoncent un certain nombre de critères en matière de preuve, tels que des "éléments de preuve positifs"³², des "éléments de preuve pertinents"³³, ou des "éléments de preuve suffisants".³⁴ Les États-Unis rappellent aussi l'interprétation de l'expression "éléments de preuve positifs" donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* selon laquelle "[l]e terme "positifs" signifie [...] que les éléments de preuve doivent être de caractère affirmatif, objectif et vérifiable, et qu'ils doivent être crédibles."³⁵ Les États-Unis soutiennent, toutefois, que cette prescription ne se transforme pas en un critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant".

17. Se référant à la définition du terme "déterminant", les États-Unis font valoir qu'un critère d'éléments de preuve "déterminants" exigerait apparemment des éléments de preuve qui "forcent" ou

³⁰ Article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.35.

³² Article 3.1 de l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (l'*Accord antidumping*).

³³ Articles 3.5 et 5.2 de l'*Accord antidumping*, et articles 42 et 50:1 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'*Accord sur les ADPIC*).

³⁴ Articles 5.3, 5.6, 5.8, 10.7 et 12.1 de l'*Accord antidumping* et article 5:4 de l'*Accord sur les textiles et les vêtements* (l'*ATV*).

"obligent" un enquêteur à parvenir à une conclusion donnée, ou des éléments de preuve qui soient "accablants"³⁶ ou "irréfutables".³⁷ De l'avis des États-Unis, un tel critère ne peut pas être concilié avec la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*³⁸, selon laquelle le devoir d'un groupe spécial est de déterminer si l'autorité chargée de l'enquête a fourni une explication motivée et adéquate de la façon dont les éléments de preuve ont conduit à une conclusion donnée, plutôt que de déterminer si cette conclusion reposait sur des éléments de preuve probants et déterminants.

b) *Approche du Groupe spécial à l'égard des éléments de preuve*

i) Examen de la totalité des éléments de preuve

18. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en évaluant la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC sur la base de chaque élément de preuve pris isolément, sans examiner la totalité des éléments de preuve. De l'avis des États-Unis, cette approche conduisait nécessairement à une constatation de l'insuffisance des éléments de preuve sous-tendant la détermination de l'USDOC. Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial relatives aux éléments de preuve individuels, ainsi que les constatations qui ont découlé de l'approche erronée du Groupe spécial.³⁹

19. Les États-Unis font observer que le Groupe spécial a indiqué qu'il adopterait la même approche que celle de l'USDOC pour examiner les éléments de preuve, "[s'appuyant] sur la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis, sans accorder d'importance particulière à un ou à plusieurs facteurs de preuve".⁴⁰ Cependant, font valoir les États-Unis, le rapport du Groupe spécial révèle que le Groupe spécial a en fait évalué si chaque élément de preuve, *en lui-même et à lui seul*, démontrait l'existence d'une action de charger ou ordonner plutôt que d'évaluer si les éléments de

³⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 51 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 192).

³⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. 1, page 458).

³⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49.

³⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 54 (renvoyant au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 103).

³⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 73.

⁴⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 58 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45).

preuve dans leur ensemble venaient à l'appui de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner.⁴¹

20. En particulier, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a employé cette "approche fragmentaire"⁴² à plusieurs points dans son analyse de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Les États-Unis appellent l'attention sur l'examen des divers éléments de preuve utilisés par l'USDOC qu'a fait le Groupe spécial - y compris la Loi sur la supervision des fonds publics, le Décret n° 408 du Premier Ministre et le prospectus de la banque Kookmin destiné à la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières – comme exemples montrant que le Groupe spécial n'a pas pris en considération les éléments de preuve dans leur totalité.⁴³ Les États-Unis allèguent d'autre part que, même lorsque le Groupe spécial a prétendu examiner les éléments de preuve dans un contexte plus large, il les a "minimisés"⁴⁴, comme lorsqu'il n'a pas apprécié la pertinence du fait que les pouvoirs publics coréens détenaient ou contrôlaient les principaux créanciers d'Hynix.⁴⁵ Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial qui reposaient sur l'erreur du Groupe spécial consistant à examiner séparément les éléments de preuve étayant la détermination de l'existence d'une "action de charger" ou d'une "action d'ordonner" faite par l'USDOC.

ii) Éléments de preuve circonstanciels

21. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a effectivement exigé que chaque élément de preuve constitue un élément de preuve *direct* de l'existence d'une action de charger ou ordonner et a donc empêché de tirer des déductions légitimes des éléments de preuve circonstanciels et secondaires. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial sur lesquelles son cadre analytique "juridiquement erroné"⁴⁶ a eu des répercussions.

22. À titre d'exemple d'erreur du Groupe spécial, les États-Unis mentionnent son analyse de la coercition exercée par les pouvoirs publics coréens sur la banque Hana, dans laquelle le Groupe spécial a dit que "[u]ne autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas traité une simple référence à une note de bas de page dans un article comme preuve *suffisante* d'une question aussi importante que l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs

⁴¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 58.

⁴² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 65.

⁴³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 60 à 67.

⁴⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 69.

⁴⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 68.

⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 85.

publics".⁴⁷ Les États-Unis font valoir que cette assertion montre que le Groupe spécial n'a pas reconnu que la valeur d'un élément de preuve circonstanciel ne résidait pas dans son *caractère suffisant*, mais plutôt dans "les inférences engendrées, conjointement avec les autres éléments de preuve, concernant l'existence d'un fait ou d'un ensemble de faits donné".⁴⁸

23. Les États-Unis soutiennent qu'au lieu de "se fixer" sur la question de savoir si certains éléments de preuve pris individuellement étaient déterminants de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le Groupe spécial aurait dû déduire de la totalité des éléments de preuve circonstanciels que "les pouvoirs publics coréens avaient une pratique, un but et un processus établis pour charger les créanciers d'Hynix de faire quelque chose ou leur en donner l'ordre".⁴⁹ Ce faisant, il aurait dû accorder une attention spéciale à "la politique de soutien à Hynix suivie de longue date par les pouvoirs publics coréens; leur influence puissante sur les créanciers d'Hynix du fait de, entre autres choses, l'importance des intérêts qu'ils détenaient dans le secteur financier coréen; et l'absence totale de toute justification d'ordre commercial de l'aide apportée à Hynix".⁵⁰

24. Les États-Unis estiment que le traitement des éléments de preuve circonstanciels par le Groupe spécial diffère beaucoup de la façon dont des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont évalué de tels éléments de preuve. Outre les rapports des Groupes spéciaux *Argentine – Textiles et vêtements* et *Canada – Aéronefs*, les États-Unis appellent l'attention sur l'assertion de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* selon laquelle "les déductions tirées peuvent être des déductions de droit, par exemple, l'ensemble des faits dont l'existence a été constatée justifie la qualification de "subvention"". ⁵¹ Selon les États-Unis, les éléments de preuve circonstanciels sont particulièrement pertinents pour établir l'existence d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) iv). Les parties extérieures ont du mal à obtenir des éléments de preuve directs de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics parce que ces renseignements seront habituellement traités comme confidentiels par le gouvernement du pays exportateur ou les parties étrangères. C'est pourquoi, estiment les États-Unis, le fait que le Groupe spécial n'a pas apprécié les éléments de preuve circonstanciels sur lesquels s'est appuyé l'USDOC a effectivement établi une prescription en matière de preuve à laquelle il est "quasiment impossible" de

⁴⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129). (italique ajouté par les États-Unis)

⁴⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 76. (note de bas de page omise)

⁴⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 80.

⁵⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 79. (notes de bas de page omises)

⁵¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 82 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 198). (italique dans l'original)

satisfaire dans les affaires mettant en cause une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.⁵²

iii) Charge de la preuve

25. Les États-Unis font valoir que la manière dont le Groupe spécial a évalué les éléments de preuve en l'espèce a effectivement entraîné un déplacement indu de la charge de la preuve, qui est passée de la Corée aux États-Unis et, par conséquent, demandent à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations du Groupe spécial qui ont résulté de cette erreur. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a reconnu – conformément à des décisions antérieures rendues dans le cadre de l'OMC – que la charge de la preuve incombait à la Corée en tant que partie plaignante. Cependant, allèguent les États-Unis, le Groupe spécial a analysé les éléments de preuve séparément, a exigé que chaque élément de preuve soit "déterminant" et n'a pas tenu compte des déductions tirées des éléments de preuve circonstanciels, exigeant ainsi des États-Unis qu'ils produisent un document "irréfutable"⁵³ qui serait lui-même déterminant de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Comme le Groupe spécial n'a pas trouvé de preuve "irréfutable" de ce type, estiment les États-Unis, il a conclu que l'USDOC n'avait pas démontré l'existence d'une action de charger ou ordonner. Le fait d'exiger des États-Unis qu'ils justifient la détermination de l'USDOC par un élément de preuve "irréfutable" – au lieu d'exiger de la Corée qu'elle établisse comment les éléments de preuve ne pouvaient pas collectivement étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner – constituait un déplacement de la charge de la preuve, qui est passée de la Corée aux États-Unis.

iv) Justification *a posteriori*

26. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a à tort qualifié de justifications *a posteriori* l'utilisation par les États-Unis de certains éléments de preuve figurant dans le dossier au cours de la procédure du Groupe spécial et que par conséquent, il a fait erreur en refusant d'examiner ces éléments de preuve lorsqu'il a évalué la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations du Groupe spécial concernant la justification *a posteriori* ainsi que les conclusions qui ont résulté de ces constatations.

⁵² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 83.

⁵³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87.

27. Les États-Unis reconnaissent que certains groupes spéciaux ont rejeté des arguments et des raisonnements au motif qu'ils constituaient des justifications *a posteriori*.⁵⁴ Cependant, font valoir les États-Unis, dans ces affaires, les groupe spéciaux se sont opposés à l'introduction d'un nouveau *raisonnement*, tandis qu'en l'espèce, les États-Unis ont simplement communiqué au Groupe spécial des éléments de preuve additionnels à l'appui se rapportant au raisonnement qui avait *déjà été utilisé* dans la détermination publiée de l'USDOC. Concrètement, les États-Unis font observer que chacun de ces éléments de preuve – comme l'article dans le *Dong-A Daily*, intitulé "Gangster-Style' Solution for Hynix", que le Groupe spécial a refusé de prendre en considération⁵⁵ – se rapporte directement au raisonnement de l'USDOC concernant certaines inférences factuelles sous-tendant la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC, et ainsi ne constitue pas des justifications *a posteriori*.

28. À l'appui de cet argument, les États-Unis se réfèrent à l'article 22.5 de l'*Accord SMC*, qui dispose que la détermination publiée d'un organisme à la fin d'une enquête en matière de droits compensateurs "contiendra tous les renseignements pertinents ... sur les points de fait ou de droit et les raisons qui ont conduit à l'imposition de mesures finales". De l'avis des États-Unis, cette disposition définit ce qui doit figurer dans une détermination finale et, de par ses termes mêmes, ne prescrit pas à l'autorité chargée de l'enquête "de mentionner chaque élément de preuve figurant dans le dossier qui vient à l'appui des raisons pour lesquelles elle a imposé des mesures finales".⁵⁶ Par conséquent, soutiennent les États-Unis, rien dans l'*Accord SMC* n'autorise un groupe spécial à ne pas tenir compte d'éléments de preuve figurant dans le dossier, même lorsqu'ils ne sont pas mentionnés dans la détermination finale, à condition qu'ils ne soient pas introduits pour étayer un nouveau raisonnement. En adoptant une conclusion inverse, font valoir les États-Unis, le Groupe spécial a limité d'une manière inadmissible les éléments de preuve sur lesquels un Membre peut s'appuyer au titre de l'article 22.5 de l'*Accord SMC*, en violation des articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord.

29. D'autre part, les États-Unis appellent l'attention sur une décision rendue par un groupe spécial du GATT en application de l'article 2:15 de l'*Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (le *Code des subventions du Tokyo Round*), qui est "assez semblable" à l'article 22.5 de l'*Accord SMC*.⁵⁷ Dans

⁵⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 89 (renvoyant au rapport du Groupe spécial *Argentine – Carreaux en céramique*, paragraphe 6.27 et au rapport du Groupe spécial *Guatemala – Ciment II*, paragraphe 8.245).

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.88.

⁵⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 91.

⁵⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 92 (renvoyant au rapport du Groupe spécial du GATT *Brésil – Lait en provenance de la CEE*, paragraphes 286 et 287).

cette décision, il a été reconnu qu'il n'était pas interdit à un groupe spécial, en vertu de l'article 2:15, de prendre en considération des éléments de preuve non inclus dans une détermination publiée, à condition qu'il puisse être raisonnablement déduit que l'organisme s'était appuyé sur ces éléments de preuve. Les États-Unis font aussi référence au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel, dans le contexte de l'application de l'article 6.3 de l'*Accord SMC* par le Groupe spécial, a fait une constatation d'absence d'erreur lorsque le Groupe spécial n'avait pas mentionné chaque élément de preuve communiqué par les parties au différend parce qu'il avait jugé certains de ces éléments moins importants pour son raisonnement que d'autres.⁵⁸ De l'avis des États-Unis, un raisonnement semblable devrait s'appliquer en l'espèce de façon à ne pas exiger de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle mentionne chaque élément de preuve à l'appui tiré de son dossier.

30. Enfin, les États-Unis font valoir que l'USDOC en fait explicitement mentionné, dans son *Direction of Credit Memorandum*⁵⁹, certains des articles que le Groupe spécial a refusé de prendre en compte, comme des articles parus dans le *Korea Economic Daily*, *Euromoney* et le *Korea Times*. Les États-Unis font observer que le *Direction of Credit Memorandum* avait été cité en référence dans la détermination de l'USDOC à l'appui de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par ce dernier. Par conséquent, selon les États-Unis, le Groupe spécial a fait erreur en fondant son refus de prendre ces articles en considération sur le fait qu'ils n'avaient pas été mentionnés dans la détermination publiée de l'USDOC.

c) *Manquement à l'obligation incombant au Groupe spécial de se conformer à l'article 11 du Mémoire d'accord*

i) *Éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier*

31. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial s'est indûment appuyé sur des éléments de preuve qui ne figuraient pas dans le dossier dont disposait l'USDOC et que, ce faisant, il a entrepris un examen *de novo* inadmissible de la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial qui reposaient sur l'utilisation erronée d'éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier.

⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 93 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 446).

⁵⁹ *Direction of Credit Memorandum for Countervailing Duty Investigation: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea*, dated 31 March 2003 (pièce n° 8 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial).

32. Se référant au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, et au rapport du Groupe spécial *Égypte – Barres d'armature en acier*, les États-Unis estiment que l'utilisation d'éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier constitue un examen *de novo* et entraîne une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. De plus, les États-Unis s'appuient sur l'article 12.2 de l'*Accord SMC* dont la partie pertinente dispose qu'une "décision des autorités chargées de l'enquête ne pourra être fondée que sur les renseignements et arguments figurant au dossier de ces autorités".

33. Les États-Unis attirent l'attention, en particulier, sur les constatations du Groupe spécial exposées dans les paragraphes 7.63, 7.91 et 7.155 de son rapport. De l'avis des États-Unis, chacune de ces constatations reposait expressément sur la constatation du Groupe spécial selon laquelle certains créanciers d'Hynix avaient exercé leurs droits en matière de médiation relativement à la restructuration d'octobre 2001. Cependant, font valoir les États-Unis, il n'y avait pas d'éléments de preuve dans le dossier de l'USDOC indiquant que certains créanciers d'Hynix avaient effectivement entrepris une médiation, évitant ainsi les conditions de restructuration établies par les créanciers dominants dont le capital était détenu et contrôlé par les pouvoirs publics coréens. Selon les États-Unis, les seuls éléments de preuve d'une telle médiation ont été communiqués par la Corée au cours de la procédure du Groupe spécial, et non pas par une partie intéressée à l'USDOC au cours de l'enquête en matière de droits compensateurs.

34. En ce qui concerne la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'USDOC aurait dû être averti, à la lecture de l'article 29 5) de la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises (la "CRPA"), de la possibilité d'une médiation, les États-Unis soutiennent que, faute d'éléments de preuve dans le dossier provenant d'Hynix ou des pouvoirs publics coréens au sujet des "*organismes de médiation effectifs*", l'USDOC n'était pas en mesure d'examiner la manière dont une telle médiation aurait une incidence sur ses constatations.⁶⁰ De l'avis des États-Unis, une référence uniquement à la *possibilité* de médiation ne constitue pas un élément de preuve versé au dossier indiquant qu'il y a bel et bien eu médiation.

35. En outre, font valoir les États-Unis, l'USDOC, au cours de l'enquête, a posé des questions spécifiques concernant la CRPA et les différentes options offertes aux créanciers d'Hynix au moment de la restructuration d'octobre 2001. Nonobstant cette demande de renseignements, font observer les États-Unis, "ni Hynix, ni les pouvoirs publics coréens n'ont jamais mentionné quoi que ce soit au sujet d'une médiation".⁶¹ De plus, affirment les États-Unis, ni Hynix, ni les pouvoirs publics coréens n'ont

⁶⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 109. (italique dans l'original)

⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, note de bas de page 156 relative au paragraphe 108.

jamais mentionné dans leurs communications adressées à l'USDOC qu'une médiation avait effectivement eu lieu.

36. Les États-Unis ne souscrivent pas à la constatation du Groupe spécial selon laquelle il était indiqué dans le rapport d'audit concernant Hynix pour 2001 que les dispositions relatives à la médiation avaient été invoquées et selon laquelle cela aurait dû informer l'USDOC qu'une demande de médiation avait été déposée.⁶² De l'avis des États-Unis, dans l'extrait du rapport d'audit pour 2001 concernant Hynix mentionné, il n'était pas indiqué qu'il y avait eu médiation, mais seulement que certaines banques avaient "soulevé des objections"⁶³, sans préciser la relation, le cas échéant, entre le "fait de soulever des objections" et le recours à la médiation.

ii) Critère d'examen

37. Les États-Unis estiment que, en plus des différentes erreurs du Groupe spécial répertoriées ci-dessus⁶⁴, les effets cumulés de ces erreurs constituent aussi une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Les États-Unis affirment que c'est à juste titre que l'USDOC a examiné les éléments de preuve dans leur totalité, qu'il s'est appuyé sur des éléments de preuve circonstanciels et secondaires, et qu'il a tiré des déductions raisonnables de ces éléments de preuve. Lorsqu'il a examiné la détermination de l'USDOC, il appartenait au Groupe spécial de décider si l'USDOC avait correctement établi les faits et les avait évalués d'une manière impartiale et objective, et si l'USDOC, compte tenu de la totalité des éléments de preuve figurant dans le dossier, y compris les éléments de preuve circonstanciels, avait pu constater l'existence d'une action de charger ou ordonner. De l'avis des États-Unis, cependant, les différentes erreurs commises par le Groupe spécial l'ont amené à substituer un "nouveau cadre analytique" à celui qu'avait utilisé l'USDOC, à redéfinir la portée et la structure de l'analyse faite par l'USDOC et à réévaluer les éléments de preuve dont l'USDOC était saisi.⁶⁵ Ce faisant, font valoir les États-Unis, le Groupe spécial ne s'est pas conformé au critère d'examen approprié et a donc outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 11 du Mémoire d'accord. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel d'infirmes les conclusions du Groupe spécial qui découlent de son application incorrecte du critère d'examen.

⁶² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 111 (se référant au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.85 et 7.86).

⁶³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 111 (citant le rapport d'audit 2001 concernant Hynix, page 40 (pièce n° 125 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial)). Le Groupe spécial a aussi cité le rapport d'audit 2001 concernant Hynix au paragraphe 7.85 de son rapport.

⁶⁴ *Supra*, section II.A.3 a) à c) i).

⁶⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 119.

4. Avantage et spécificité

38. Les États-Unis font appel des constatations du Groupe spécial concernant la détermination relative à l'avantage et à la spécificité faite par l'USDOC. Ils font observer que le Groupe spécial a constaté que la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC était incompatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, et que sa détermination de spécificité était incompatible avec l'article 2de l'*Accord SMC* dans la mesure où elle se rapportait à des subventions alléguées octroyées par des créanciers que l'USDOC n'avait pas qualifiés d'organismes publics. Les États-Unis estiment que ces constatations reposent *uniquement* sur la conclusion erronée du Groupe spécial selon laquelle la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de certains créanciers d'Hynix faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial relatives à l'avantage et à la spécificité.

B. *Arguments de la Corée – Intimé*

1. Demande de consultations au titre de l'article 4:4 du Mémoire d'accord

39. La Corée estime que l'Organe d'appel n'est pas saisi à bon droit de l'appel des États-Unis concernant la demande de consultations parce que la déclaration d'appel des États-Unis ne précise pas suffisamment les erreurs alléguées de droit et d'interprétations du droit comme le prescrit la Règle 20 2) d) des *Procédures de travail*. La Corée fait valoir que l'alinéa i) de la Règle 20 2) d) deviendrait superflu, compte tenu des alinéas ii) et iii), s'il suffisait qu'un appelant cite simplement l'avis du groupe spécial et allègue son désaccord. Dans leur déclaration d'appel, les États-Unis n'ont pas donné "la moindre indication de ce qu'[ils] ... considèrent être l'erreur de droit".⁶⁶ La Corée demande donc à l'Organe d'appel de rejeter cette allégation des États-Unis.

40. À titre subsidiaire, la Corée fait valoir que l'allégation des États-Unis concernant l'article 4:4 du Mémoire d'accord devrait être rejetée parce que la demande de consultations présentée par la Corée était bien conforme aux prescriptions de ladite disposition. La Corée se réfère à sa demande de consultations datée du 30 juin 2003⁶⁷ et à l'"addendum" à cette demande, daté du 18 août 2003 (l'"addendum").⁶⁸ La Corée n'est pas d'accord avec les États-Unis qui affirment qu'elle n'a pas indiqué les dispositions juridiques avec lesquelles l'ordonnance en matière de droits compensateurs est, selon ce qu'elle allègue, incompatible. Elle estime qu'il ressortait clairement du document du 18 août 2003

⁶⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 230.

⁶⁷ WT/DS296/1 (document joint en tant qu'annexe III au présent rapport).

⁶⁸ WT/DS296/1/Add.1 (document joint en tant qu'annexe IV au présent rapport).

qu'il s'agissait d'un "addendum" à la demande de consultations du 30 juin 2003 et que, par conséquent, les violations alléguées dans l'addendum au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs étaient les mêmes que celles qui étaient énoncées dans la demande initiale. La Corée fait en outre valoir que l'ordonnance en matière de droits compensateurs est "subordonnée" aux déterminations finales de l'USDOC et de l'USITC et qu'il s'agit en fait d'une "fonction ministérielle sans initiative".⁶⁹ De l'avis de la Corée, il s'ensuit que le fondement juridique de la plainte concernant l'ordonnance en matière de droits compensateurs est identique au fondement juridique des plaintes concernant les déterminations correspondantes. Par conséquent, la Corée estime que sa demande de consultations et l'addendum répondaient aux prescriptions de l'article 4:4 du Mémoire d'accord, et elle demande à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis sur cette question.

2. Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC

41. La Corée conteste la mise en cause par les États-Unis de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC donnée par le Groupe spécial et estime donc que cette interprétation devrait être confirmée par l'Organe d'appel. La Corée, en particulier, fait valoir que l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial était conforme au sens ordinaire de ces termes. Elle rappelle que le Groupe spécial a estimé, comme le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, que l'"action de charger" et l'"action d'ordonner" comportent un élément de "délégation" ou de "commandement". La Corée soutient que les définitions des termes "chargent" et "ordonnent" proposées par les États-Unis ont été choisies d'une manière sélective et que, par ce choix, les États-Unis arrivent à une lecture trop large de ces termes. La Corée donne plusieurs exemples d'application des définitions avancées par les États-Unis, faisant valoir qu'ils montrent que ces définitions comprennent une série d'actions des pouvoirs publics plus étendue que ne le prévoit l'Accord SMC.

42. La Corée estime par ailleurs que le fait que le Groupe spécial a compris correctement le contexte des termes "chargent" et "ordonnent" étaye son interprétation. Elle rejette la lecture faite par les États-Unis du terme "pratique" figurant à l'article 1.1 a) 1) iv), qui implique que l'action de charger ou ordonner ne peut pas se limiter à un programme officiel mais peut inclure aussi des "pratiques" plus larges. La Corée fait valoir que "[l]e terme "pratiques" renvoie à *ce que* quelqu'un a été chargé ou s'est vu ordonner de faire, et non à la question de savoir *si* quelqu'un a ainsi été chargé ou s'est vu ordonner d'entreprendre des activités des pouvoirs publics de ces types."⁷⁰ De même, la Corée est en désaccord avec les États-Unis lorsqu'ils affirment qu'en faisant équivaloir les termes "chargent" et

⁶⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 242.

⁷⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 43. (italique dans l'original)

"ordonnent" et les termes "délégation" et "commandement", le Groupe spécial n'a pas tenu compte de "tout l'éventail des méthodes"⁷¹ par lesquelles des pouvoirs publics peuvent accorder une subvention. La Corée estime que, bien que l'éventail des *types* de transactions financières visées à l'article 1.1 a) 1) puisse être large, il s'agit d'une "question distincte" de celle de déterminer si de telles transactions peuvent être *imputées* aux pouvoirs publics du Membre en raison de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics visant un organisme privé.⁷²

43. La Corée convient avec les États-Unis que l'*Accord SMC* vise à soumettre à des disciplines les subventions accordées par les pouvoirs publics. De l'avis de la Corée, d'après l'interprétation des États-Unis, un Membre serait autorisé à frapper de mesures compensatoires les actions d'un *organisme privé* qui n'ont pas fait l'objet d'une action positive de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Cela "transformerait l'*Accord SMC*, qui est un accord favorisant la concurrence, en un instrument de protectionnisme flagrant".⁷³

44. La Corée répond aux différents exemples donnés par les États-Unis afin de démontrer que le Groupe spécial a appliqué son interprétation erronée des termes "chargent" et "ordonnent" aux faits de la cause. De l'avis de la Corée, les constatations du Groupe spécial auxquelles se réfèrent les États-Unis ne sont pas fondées sur une lecture incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iv); en fait, le Groupe spécial a constaté que l'USDOC s'était indûment appuyé sur les éléments de preuve pour tirer des conclusions qui n'en découlent pas logiquement. La Corée souligne par ailleurs que le Groupe spécial était d'accord avec les États-Unis sur les principales questions de droit relatives à l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) et qu'en fait, les États-Unis "tentent de faire appel de questions de fait sous le couvert d'allégations juridiques fallacieuses."⁷⁴ La Corée demande donc à l'Organe d'appel de confirmer les constatations du Groupe spécial dont les États-Unis allèguent qu'elles sont fondées sur l'interprétation erronée qu'il donne de l'article 1.1 a) 1) iv).

⁷¹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 48 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 37).

⁷² Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 50.

⁷³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 52.

⁷⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 53.

3. Examen des éléments de preuve d'une action de charger ou ordonner recueillis par l'USDOC

a) *Le critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" retenu par le Groupe spécial*

45. La Corée conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a créé, d'une manière inadmissible, une nouvelle règle de droit pour évaluer les éléments de preuve en exigeant qu'ils soient "probants et déterminants". La Corée estime que l'expression "probants et déterminants" n'est pas une nouvelle règle de droit, mais qu'elle décrit plutôt le type d'éléments de preuve circonstanciels qui suffiraient à établir l'existence d'une action de charger ou ordonner.

46. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial a traité la question de savoir si l'autorité chargée de l'enquête pouvait à bon droit fonder sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur des éléments de preuve circonstanciels ou s'il fallait des éléments de preuve directs pour étayer une telle constatation. La Corée fait observer que le Groupe spécial a constaté qu'un organisme pouvait appuyer sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur des éléments de preuve circonstanciels, et elle fait valoir que c'est dans ce contexte particulier qu'il faut comprendre les propos en question du Groupe spécial. La Corée soutient qu'il faut comprendre que le Groupe spécial a constaté que plus on s'éloignait des éléments de preuve directs, plus il importait que les éléments de preuve circonstanciels soient convaincants. En évaluant quel genre d'éléments de preuve pouvaient être considérés comme convaincants dans le contexte de la présente affaire, le Groupe spécial a exigé que les éléments de preuve soient "probants et déterminants". Par conséquent, estime la Corée, le Groupe spécial a employé ces termes simplement pour donner une description de la qualité ou de la nature des éléments de preuve requis dans les circonstances propres à la présente affaire, sans prétendre définir un nouveau critère en matière de preuve dans le cadre de l'Accord SMC.

47. En outre, la Corée allègue que les États-Unis déforment le critère en matière de preuve énoncé par le Groupe spécial en disant que lorsqu'il qualifie les éléments de preuve de "probants et déterminants", le Groupe spécial exige des éléments de preuve "accablants"⁷⁵ ou "irréfutables".⁷⁶ En se fondant sur les définitions que donnent les dictionnaires des termes "probative" (probant) et "compelling" (déterminant), ainsi que sur les synonymes du terme "compelling", la Corée conclut que des éléments de preuve peuvent être considérés comme "probants et déterminants" s'ils ont la "qualité

⁷⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 86 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49, citant eux-mêmes *The New Shorter Oxford English Dictionary supra*, note de bas de page 33, vol. 1, page 458).

⁷⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 86 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49).

de preuve et s'ils sont aptes à emporter la conviction de vérité".⁷⁷ La Corée estime que le Groupe spécial a suivi ce critère lorsqu'il a constaté qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que la Korea First Bank ("KFB") avait subi une coercition du fait de menaces verbales proférées, selon les allégations, par un fonctionnaire du Service de surveillance financière (le "FSS"), bien que le seul élément de preuve relatif à cette constatation ait consisté en un unique article de presse. Par conséquent, conclut la Corée, si le Groupe spécial doit être critiqué au sujet de son examen des éléments de preuve, c'est pour avoir "placé la barre trop bas".⁷⁸

b) *Approche du Groupe spécial concernant les éléments de preuve*

i) Examen de la totalité des éléments de preuve

48. La Corée conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a évalué les éléments de preuve de telle manière que chacun d'eux devait, *en lui-même et à lui seul*, démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner. Elle estime que, bien que le Groupe spécial ait effectivement examiné les éléments de preuve individuellement, il n'a pas dit que chacun d'eux devait démontrer, *en lui-même et à lui seul*, l'existence d'une action de charger ou ordonner. La Corée signale, au contraire, des cas dans lesquels le Groupe spécial a expressément dit qu'il avait examiné un élément de preuve "en conjonction avec" d'autres facteurs de preuve.⁷⁹

49. Au surplus, selon la Corée, si le Groupe spécial a constaté qu'un élément de preuve n'avait guère ou pas de valeur probante – dans le sens où il n'était pas la conclusion que l'USDOC en tirait, s'il était contredit ou s'il était inexact – il n'y aurait aucun intérêt à prendre en considération plusieurs de ces éléments ensemble. En d'autres termes, estime la Corée, "[c]'est une évidence mathématique que, quelle que soit la quantité de zéros et de nombres négatifs dont on fait la somme, celle-ci ne sera jamais un nombre positif."⁸⁰ La Corée allègue par ailleurs qu'en faisant valoir que le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve d'une manière incorrecte, les États-Unis essaient de présenter en appel de nouveaux arguments sur les faits spécifiques de la cause.

50. La Corée conteste les exemples de constatations du Groupe spécial cités par les États-Unis à l'appui de leur allégation. Elle estime qu'une lecture correcte du raisonnement du Groupe spécial n'indique pas que celui-ci a exigé que chaque élément de preuve établisse, *en lui-même et à lui seul*,

⁷⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 98 (citant Black's Law Dictionary, 7th edn, B.A. Garner (ed.) (West Group, 1999), p. 628).

⁷⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 109.

⁷⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 111 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.56 et renvoyant aux paragraphes 7.63, 7.168 et 7.177).

⁸⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 114.

l'existence d'une action de charger ou ordonner. Au contraire, selon la Corée, ces exemples montrent que le Groupe spécial a constaté que plusieurs éléments de preuve sur lesquels s'est appuyé l'USDOC n'étaient pas probants, c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas la conclusion de l'existence d'une action de charger ou ordonner qu'il essayait d'établir à partir de ces éléments. De l'avis de la Corée, l'appel des États-Unis se réduit à un désaccord avec le Groupe spécial sur la manière dont celui-ci a pesé les éléments de preuve, ce qui ne constitue pas un fondement admissible pour faire appel.

ii) Éléments de preuve circonstanciels

51. La Corée fait valoir que, contrairement à ce qu'estiment les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas effectivement exigé que chaque élément de preuve soit un élément de preuve *direct* de l'existence d'une action de charger ou ordonner. En conséquence, la Corée demande à l'Organe d'appel de confirmer les constatations contestées par les États-Unis au motif que le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des éléments de preuve circonstanciels de l'USDOC.

52. La Corée affirme que le Groupe spécial a bien, en fait, admis des éléments de preuve circonstanciels et secondaires. À l'appui de son argument, elle fait observer que le Groupe spécial a constaté l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB sur la base d'un seul article de presse, qui constituait un élément de preuve "à la fois secondaire et circonstanciel".⁸¹ Le Groupe spécial ayant examiné ces éléments de preuve dans son analyse, comme le demandaient les États-Unis, la Corée estime que l'appel des États-Unis est sans fondement.

53. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial n'a pas rejeté des éléments de preuve parce qu'ils étaient circonstanciels ou secondaires, mais parce que beaucoup d'entre eux étaient inexacts, illogiques ou simplement sans valeur probante. Par exemple, en réponse à l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'a pas correctement évalué les éléments de preuve concernant la coercition exercée par les pouvoirs publics sur la banque Hana, la Corée fait observer que le rapport du Groupe spécial n'indique pas que le motif pour constater l'insuffisance de cet élément de preuve était son caractère circonstanciel. De l'avis de la Corée, cet élément de preuve a plutôt été rejeté parce que le dossier montrait que l'USDOC n'avait pas lui-même examiné les éléments de preuve présentés au Groupe spécial, mais qu'il s'était appuyé sur une simple *mention* de cet élément de preuve dans une note de bas de page d'un autre document.

54. La Corée estime que l'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve circonstanciels dans la présente affaire est compatible avec les décisions de groupes spéciaux antérieurs, en particulier avec le rapport du Groupe spécial *Argentine – Textiles et vêtements* et celui du Groupe

spécial *Canada – Aéronefs*, cités par les États-Unis à l'appui de leur appel. La Corée affirme que ces deux affaires défendent, pour l'essentiel, la même proposition, finalement acceptée par le Groupe spécial chargé du présent différend à la demande instante des États-Unis, à savoir qu'un Membre est autorisé à établir l'existence de certaines conditions sur la base d'éléments de preuve circonstanciels plutôt que directs. De l'avis de la Corée, le fait que le Groupe spécial a posé comme exigence le caractère "probant et déterminant" des éléments de preuve ne diminue en rien le droit des Membres de s'appuyer sur des éléments de preuve circonstanciels puisque cette exigence quant au caractère "probant et déterminant" des éléments de preuve "existe, que les éléments de preuve soient circonstanciels ou qu'ils soient directs."⁸²

iii) Charge de la preuve

55. La Corée estime que l'allégation des États-Unis – selon laquelle l'évaluation par le Groupe spécial de la détermination de l'USDOC a conduit à déplacer la charge de la preuve qui est passée de la Corée aux États-Unis – est "sans fondement" et devrait être rejetée par l'Organe d'appel.⁸³ La Corée est en désaccord avec les États-Unis lorsqu'ils affirment que le Groupe spécial a exigé des États-Unis qu'ils produisent une "preuve irréfutable".⁸⁴ Elle affirme que, plutôt que d'examiner si chaque élément de preuve pris isolément était déterminant de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le Groupe spécial a évalué si une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale aurait pu raisonnablement s'appuyer sur les éléments de preuve de l'USDOC "*en tant qu'éléments constitutifs d'une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner*".⁸⁵ La Corée fait valoir que le Groupe spécial a, en tout état de cause, constaté qu'il était inapproprié de s'appuyer sur de tels éléments de preuve parce que ceux-ci n'étaient habituellement pas pertinents pour l'inférence ou la conclusion qu'ils étaient censés étayer et que, par conséquent, ils n'étaient ni probants ni déterminants. De l'avis de la Corée, le refus du Groupe spécial d'admettre sans réserve les assertions des États-Unis quant à la pertinence de certains éléments de preuve ne constitue pas une attribution erronée de la charge de la preuve aux États-Unis.

⁸¹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 164. (souligné dans l'original)

⁸² Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 173.

⁸³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, tête de chapitre II.E.

⁸⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 176 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87).

⁸⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 175. (italique dans l'original)

iv) Justification *a posteriori*

56. La Corée estime que c'est à juste titre que le Groupe spécial a considéré les éléments de preuve soumis par les États-Unis comme des justifications *a posteriori*, et elle demande à l'Organe d'appel de confirmer les constatations du Groupe spécial par lesquelles celui-ci a refusé d'examiner ces éléments. Se référant à l'article 22.5 de l'*Accord SMC*, la Corée soutient que l'autorité chargée de l'enquête doit citer, dans sa détermination publiée, *chaque* élément de preuve versé au dossier qui vient à l'appui des raisons invoquées par l'organisme pour imposer des mesures finales. La Corée estime que l'argument des États-Unis selon lequel un groupe spécial doit accepter tout élément de preuve qui n'est pas présenté à l'appui d'un nouveau *raisonnement* n'est pas compatible avec les termes mêmes de l'article 22.5. Elle appelle l'attention, en particulier, sur la prescription voulant que la détermination publiée contienne "tous les renseignements pertinents" à l'appui de son opinion selon laquelle les éléments de preuve non mentionnés par l'organisme, dont on peut donc supposer qu'ils ne sont pas "pertinents", ne peuvent ensuite être invoqués par le Membre concerné dans une procédure de règlement des différends de l'OMC.

57. La Corée soutient que c'est sans fondement que les États-Unis invoquent la décision d'un groupe spécial du GATT puisque cette décision relevait du *Code des subventions du Tokyo Round*, qui diffère notablement de l'*Accord SMC* dans ses aspects pertinents. La Corée relève que, tandis que le *Code des subventions du Tokyo Round* obligeait l'autorité chargée de l'enquête à faire figurer, dans sa détermination publiée, "tous les points de fait et de droit"⁸⁶, l'*Accord SMC* prescrit de faire figurer "tous les renseignements pertinents".⁸⁷ La Corée soutient que cette différence de formulation laisse penser que, de quelque façon qu'ait pu être interprétée cette obligation dans le cadre du *Code des subventions du Tokyo Round*, les termes mêmes de l'*Accord SMC* prescrivent maintenant que *tous* les renseignements sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête pour établir sa détermination figurent dans la détermination publiée de l'organisme.

58. La Corée estime que l'utilisation par les États-Unis de la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Coton Upland* est pareillement "dénuée de pertinence".⁸⁸ Selon la Corée, dans la section de ce rapport de l'Organe d'appel citée par les États-Unis, l'Organe d'appel examine la question de savoir si un groupe spécial évaluant la compatibilité d'une mesure avec une disposition particulière doit "traiter"⁸⁹ chaque élément de preuve ou chaque argument présenté par les parties, ou

⁸⁶ Article 2:15 du *Code des subventions du Tokyo Round*.

⁸⁷ Article 22.5 de l'*Accord SMC*.

⁸⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 186.

⁸⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 186 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 446).

s'il suffit au lieu de cela qu'il explique le raisonnement qui sous-tend ses conclusions. Cette question, de l'avis de la Corée, n'a "rien à voir avec"⁹⁰ la prescription de l'article 22.5 de l'*Accord SMC* voulant que la détermination de l'organisme contienne "tous les renseignements pertinents".

59. En outre, la Corée est en désaccord avec les États-Unis lorsqu'ils affirment que les articles de journaux ou de magazines dont le Groupe spécial n'a pas tenu compte étaient mentionnés par l'USDOC dans le *Direction of Credit Memorandum*. Elle fait observer, premièrement, que certains des articles visés par cette question en appel ne sont pas mentionnés dans ledit document. En outre, ce *Direction of Credit Memorandum*, qui n'est, selon elle, qu'une liste de références ne contenant aucune *analyse* des éléments de preuve répertoriés, ne permet pas d'établir que l'USDOC a effectivement tenu compte de ces documents de sorte que les contradictions et les nuances que l'on y trouve aient pu être expliquées d'une manière raisonnable et adéquate par cet organisme. Enfin, la Corée affirme que la date du *Direction of Credit Memorandum*, qui est la même que celle de la *détermination préliminaire de l'existence de subventions* faite par l'USDOC⁹¹, et le fait que l'on ne trouve aucune référence aux documents étayant les arguments de *l'entreprise interrogée* font penser qu'il a été rédigé "à la dernière minute ... pour étayer une décision déjà prise sans le recours à ces articles".⁹²

c) *Manquement à l'obligation incombant au Groupe spécial de se conformer à l'article 11 du Mémoire d'accord*

i) Éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier

60. La Corée fait observer que le Groupe spécial n'a pas fondé ses constatations sur des renseignements ne figurant pas dans le dossier, et elle demande donc à l'Organe d'appel de confirmer les constatations respectives du Groupe spécial ainsi que ses conclusions dont les États-Unis soutiennent qu'elles résultaient de cette erreur alléguée. Les États-Unis fondent leur argument sur le principe que les éléments de preuve versés au dossier montrent seulement que les créanciers avaient la *possibilité* de solliciter une médiation relativement à la restructuration d'octobre 2001, et non pas, comme l'a constaté le Groupe spécial, que certains créanciers ont *exercé* leurs droits de médiation. Or, de l'avis de la Corée, l'analyse du Groupe spécial ne reposait pas sur le fait que certains créanciers avaient recouru à la médiation. Selon elle, le Groupe spécial a critiqué l'USDOC pour n'avoir pas poursuivi son enquête sur cette question, puisque l'article 29(5) de la CRPA, qui figurait dans le

⁹⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 186.

⁹¹ *Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination: Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea*, United States Federal Register, Vol. 68, No. 66 (7 April 2003), p. 16766 (pièce n° 4 de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial).

⁹² Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 193.

dossier, prévoyait expressément la possibilité d'une médiation pour déterminer les droits au rachat sur expertise.⁹³

61. La Corée conteste aussi l'argument des États-Unis selon lequel les éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir que certains créanciers d'Hynix ont *exercé* leurs droits de solliciter une médiation. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a établi un lien entre l'article 29(5) de la CRPA et d'autres éléments de preuve qui, pris ensemble, pouvaient étayer l'opinion du Groupe spécial selon laquelle il y avait bien eu médiation.⁹⁴ La Corée fait référence, en particulier, à l'analyse par le Groupe spécial du rapport d'audit concernant Hynix pour 2001, dans lequel il est dit que trois créanciers "ont soulevé des objections" au sujet des conditions de remboursement "sur la base de" la CRPA.⁹⁵ La Corée estime que c'est à juste titre que le Groupe spécial a vu dans ces propos l'indication que certains créanciers d'Hynix avaient eu recours à la médiation.

62. Enfin, la Corée soutient que les États-Unis ne reconnaissent pas que le Groupe spécial a signalé également des éléments de preuve contradictoires émanant de l'un des experts même de l'USDOC. Selon elle, le Groupe spécial a cité cet expert de l'USDOC, qui admettait que "certains créanciers avaient été en mesure d'agir d'une manière indépendante dans le cadre de la CRPA".⁹⁶ Du fait que l'USDOC n'a même pas pris en considération cette déclaration dans son explication, fait valoir la Corée, le Groupe spécial a conclu à juste titre que les éléments de preuve versés au dossier signalaient à l'USDOC que certains créanciers avaient eu recours à la médiation relativement à la restructuration d'octobre 2001.

63. La Corée conclut qu'il y avait des éléments de preuve dans le dossier indiquant qu'une médiation était intervenue en application du mandat prévu par la CRPA et que, par conséquent, le Groupe spécial n'avait pas fondé, d'une manière inadmissible, ses constatations sur des renseignements ne figurant pas dans le dossier, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

ii) Critère d'examen

64. La Corée conteste l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'effet cumulé des erreurs alléguées commises par le Groupe spécial dans l'examen des éléments de preuve constitue une

⁹³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 198.

⁹⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 200.

⁹⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 201 (citant le rapport d'audit concernant Hynix pour 2001, page 40, *supra*, note de bas de page 63; également cité dans le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.85). (italique ajouté par la Corée omis)

violation distincte de l'article 11 du Mémorandum d'accord. La Corée fait valoir que les États-Unis n'ajoutent aucun nouvel argument lorsqu'ils allèguent une violation distincte de l'article 11 du Mémorandum d'accord, mais qu'ils s'appuient sur leurs allégations antérieures concernant la totalité des éléments de preuve, les éléments de preuve circonstanciels et secondaires, la charge de la preuve, et l'utilisation alléguée d'éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier par le Groupe spécial.⁹⁷ Ayant déjà établi l'absence de fondement de ces allégations, la Corée demande à l'Organe d'appel de rejeter l'allégation additionnelle des États-Unis concernant l'application par le Groupe spécial du critère d'examen énoncé à l'article 11 du Mémorandum d'accord.

4. Avantage et spécificité

65. La Corée estime que le seul argument des États-Unis concernant l'avantage et la spécificité consiste à dire que le Groupe spécial a fondé ses conclusions sur ses constatations, erronées d'après les allégations, relatives à l'action de charger ou ordonner des pouvoirs publics.⁹⁸ Le Groupe spécial ayant constaté à bon droit que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC reposait sur des éléments de preuve insuffisants, la Corée soutient que l'Organe d'appel devrait rejeter les allégations des États-Unis relatives à l'avantage et à la spécificité.

C. *Allégation d'erreur formulée par la Corée – Autre appelant*

66. La Corée fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle un organisme privé, la KFB, a été chargé ou s'est vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de faire une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. La Corée soutient que cette constatation reposait sur l'interprétation erronée du Groupe spécial voulant qu'il puisse y avoir action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) lorsque l'action que l'organisme privé était censé "exécuter" – en l'occurrence la participation au Programme d'obligations accéléré – n'avait jamais eu lieu. La Corée soutient que la KFB n'a pas "exécuté" l'action qu'elle avait, selon les allégations, été chargée d'entreprendre et que, par conséquent, le Groupe spécial a constaté à tort qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale aurait pu constater qu'il y avait eu une action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB visant à ce qu'elle participe au Programme d'obligations accéléré.⁹⁹ La Corée affirme par ailleurs que son appel porte principalement sur l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv)

⁹⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 210 (citant le rapport du Groupe spécial, note 98 relative au paragraphe 7.87; citant lui-même le Mémorandum sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 55).

⁹⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 215.

⁹⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 226.

⁹⁹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphes 15 et 16.

donnée par le Groupe spécial et que, bien qu'elle soit en désaccord avec celui-ci sur sa constatation *factuelle* selon laquelle les pouvoirs publics coréens ont exercé une coercition sur la KFB, elle ne conteste pas cette constatation factuelle en appel.¹⁰⁰

67. D'après la Corée, l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) donnée par le Groupe spécial – à savoir qu'un organisme privé peut être chargé d'entreprendre une action même lorsque cette action ne se produit jamais – est erronée au regard du droit et de la logique. La Corée estime que les termes "chargent" et "ordonnent" ne peuvent être lus d'une manière isolée du reste de l'article 1.1 a) 1) iv), et notamment de la prescription voulant que l'organisme privé "exécute" l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) de cet article. La Corée fait observer qu'il est en outre prescrit, à l'article 1.1 a) 1) iv), que l'organisme privé exerce une "pratique" du type de celle des pouvoirs publics, et qu'une "pratique" est l'*application* d'un plan, et non pas seulement le plan lui-même.¹⁰¹ De l'avis de la Corée, lire les termes "chargent" et "ordonnent" sans tenir compte des termes qui suivent dans la même disposition "n'a aucun sens du point de vue linguistique ou logique".¹⁰²

68. La Corée trouve des éléments à l'appui de sa lecture de l'article 1.1 a) 1) iv) dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, qui a établi que seules les *actions* ou les *omissions* manifestes des pouvoirs publics pouvaient constituer une "mesure" susceptible d'être contestée dans une procédure de règlement des différends de l'OMC.¹⁰³ La Corée fait valoir qu'en l'absence d'une telle action ou omission – en l'espèce, la participation de la KFB au Programme d'obligations accéléré – rien ne justifie la constatation par le Groupe spécial de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

69. La Corée se réfère en outre à l'article 8 des projets d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État.¹⁰⁴ Elle explique que cet article, intitulé "*Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État*", prévoit que le comportement des personnes privées n'est attribué à un État que "si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement,

¹⁰⁰ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 4.

¹⁰¹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 20.

¹⁰² Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 18.

¹⁰³ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 21 (renvoyant au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 81).

¹⁰⁴ Commission du droit international "Projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite", rapport de la CDI sur les travaux de sa cinquante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, chapitre IV.E.2 (les "projets d'articles de la CDI").

agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État".¹⁰⁵ La Corée trouve "frappante" la similitude (en anglais) des termes employés pour désigner l'adoption du comportement ("*carrying out*" *the conduct*)*, et estime que la prescription voulant que le comportement ait eu lieu pour que la responsabilité de l'État puisse être établie est une question de "sens commun".¹⁰⁶ Par conséquent, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient chargé la KFB de participer au Programme d'obligations accéléré ou lui avaient ordonné de le faire.

* "carry out" correspond à "exécuter" dans l'article 1.1 a) 1) iv). Voir le paragraphe 67. (NdT)

D. *Arguments des États-Unis – Intimé*

70. Les États-Unis estiment que c'est à juste titre que le Groupe spécial a constaté, en se fondant sur les articles de presse faisant état de menaces des pouvoirs publics coréens à l'égard de la KFB, qu'il était raisonnable que l'USDOC conclue à l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics visant la KFB.

71. Les États-Unis font valoir que la Corée a mal compris l'analyse et les constatations du Groupe spécial. À leur avis, le Groupe spécial a traité la coercition et les menaces des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix comme des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner en général, plutôt que se rapportant spécifiquement au Programme d'obligations accéléré. Les États-Unis affirment que le Groupe spécial a expressément précisé, dans la note 136 relative au paragraphe 7.117 de son rapport, qu'il examinerait aussi, dans une partie ultérieure de ce rapport, "[l]a question de la valeur probante de la coercition exercée sur la KFB pour ce qui est de l'action de charger ou ordonner alléguée à l'égard des autres créanciers privés."¹⁰⁷ Ainsi, selon les États-Unis, l'action dont a été chargée la KFB ou qui lui a été ordonnée, comprise correctement, est sa participation au sauvetage d'Hynix en général, action qui a bien été "exécut[ée]".

72. Les États-Unis jugent axiomatique l'argument de la Corée selon lequel "un acte d'un organisme privé ne peut être imputé aux pouvoirs publics que s'il y a un acte de l'organisme à imputer".¹⁰⁸ Selon les États-Unis, ce n'est pas l'existence de tels actes d'organismes privés qui était

¹⁰⁵ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 25 (citant les projets d'articles de la CDI, *supra*, note de bas de page 96, article 8). (italique ajouté par la Corée omis)

¹⁰⁶ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 26.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, note 136 relative au paragraphe 117 (mentionné dans la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 5)

¹⁰⁸ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 6.

contestée devant le Groupe spécial, comme celui-ci l'a lui-même reconnu dans la note de bas de page 42 relative au paragraphe 7.27 de son rapport. À leur avis, la Corée "confond"¹⁰⁹ la question de "[l'action de] charge[r] ou ordonne[r]", visée dans la première partie de l'article 1.1 a) 1) iv) avec celle de savoir si l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) a été "exécut[ée]" par l'organisme privé, comme le prescrit la suite de l'article 1.1 a) 1) iv). Les États-Unis demandent par conséquent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de la KFB faite par le Groupe spécial.

E. *Arguments des participants tiers*

1. Chine

73. La Chine souscrit à l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial ainsi qu'au critère du caractère "probant et déterminant" qu'il a adopté. En ce qui concerne l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent", la Chine soutient que, d'après l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹¹⁰ (la "*Convention de Vienne*"), le décideur commence l'interprétation par le sens ordinaire, mais n'arrête pas là son enquête. Considérant, au-delà des termes "chargent" et "ordonnent", le reste de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, la Chine estime que le terme "ordonnent", lorsqu'il est suivi d'un verbe à l'infinitif, ne peut être interprété que comme signifiant "donner un ordre ou un commandement formel de".¹¹¹

74. En outre, de l'avis de la Chine, rien, dans l'article 31 de la *Convention de Vienne* ou dans la jurisprudence de l'OMC, n'étaye l'opinion, implicitement avancée par les États-Unis, selon laquelle en déterminant le sens ordinaire d'un certain terme, il faudrait tenir compte de *tous* les sens possibles cités dans un dictionnaire. Une compréhension juste des termes "chargent" et "ordonnent" révèle qu'ils n'incluent pas des "concepts vagues"¹¹² tels que les sens suggérés par les États-Unis.

75. La Chine ne partage pas l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a énoncé et adopté un nouveau critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant". La Chine soutient que le Groupe spécial a adopté et appliqué le critère d'examen général fondé sur l'article 11 du Mémoire d'accord, comme l'a spécifié l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*. La Chine estime que, bien que le Groupe spécial ait bien mentionné que "les éléments de

¹⁰⁹ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 7.

¹¹⁰ Faite le 23 mai 1969 à Vienne, 1155 RTNU 331; 8 International Legal Materials 679.

¹¹¹ Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 5 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.28).

¹¹² Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphes 13, 14, 16 et 20.

preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner [devaient] être, dans tous les cas, probants et déterminants"¹¹³, cela ne constitue pas un critère en matière de preuve "spécial" puisque les propos du Groupe spécial énonçant son intention d'appliquer ce critère n'ont qu'un "caractère général".¹¹⁴

2. Communautés européennes

76. Les Communautés européennes estiment, comme les États-Unis, que le Groupe spécial i) a donné une interprétation erronée des termes "chargent" et "ordonnent" employée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*; ii) a appliqué un critère d'examen erroné; iii) a indûment renversé la charge de la preuve; et iv) a refusé à tort d'examiner certains éléments de preuve des États-Unis au motif qu'il s'agissait d'une justification *a posteriori*. En ce qui concerne l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent", les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a reformulé ces termes d'une manière restrictive, notamment en limitant leurs sens à celui "d'action[s] positive[s]" de "délégation" et de "commandement", comme exposé dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*. Le Groupe spécial a ensuite appliqué cette interprétation reformulée aux faits de la présente cause. Les Communautés européennes soutiennent que cela constitue une erreur de droit puisque les circonstances factuelles de la présente affaire diffèrent fondamentalement de celles de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*.

77. Les Communautés européennes sont d'accord avec les États-Unis pour dire que le Groupe spécial, en appliquant la formulation restrictive et très spécifique de ce rapport du groupe spécial, a rejeté à tort certains des sens ordinaires des termes "chargent" et "ordonnent" que le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* avait reconnus. Elles soutiennent en particulier que les pouvoirs publics peuvent charger un ou plusieurs organismes privés d'exécuter non seulement une tâche spécifique – telle que le versement de crédits à une entreprise donnée – mais aussi d'exécuter une tâche plus générale – telle qu'un objectif de politique publique.¹¹⁵ Les Communautés européennes soutiennent que, bien que le Groupe spécial ait reconnu que laisser un pouvoir discrétionnaire à un organisme privé n'était pas nécessairement en contradiction avec le fait de le charger ou de lui ordonner de faire quelque chose, il n'a pas pleinement évalué ce point dans son analyse des faits de la cause.

78. Les Communautés européennes estiment, comme les États-Unis, que les conclusions de l'USDOC étaient raisonnables et que le Groupe spécial a entrepris un examen *de novo* de la

¹¹³ Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 25 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.35).

¹¹⁴ Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 25.

¹¹⁵ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 10.

détermination de l'USDOC, ce qui n'est pas admissible. Elles estiment qu'en n'examinant les faits et les éléments de preuve qu'isolément, sans évaluer le poids des différents faits pris dans leur ensemble, le Groupe spécial a effectivement appliqué une "approche méthodologique différente" de celle qu'avait adoptée l'autorité chargée de l'enquête.¹¹⁶ Les Communautés européennes soutiennent que la seule tâche du Groupe spécial était de déterminer si la conclusion de l'USDOC concernant l'action de "charger" ou "ordonner" était "si extravagante, si déraisonnable, si dénuée d'objectivité"¹¹⁷ qu'elle ne laissait au Groupe spécial d'autre choix que de se prononcer contre l'autorité chargée de l'enquête. Au lieu de cela, le Groupe spécial a examiné si certains faits, à eux seuls, étaient décisifs quant à la question de l'existence d'une action de charger ou ordonner et, constatant qu'ils ne l'étaient pas, ne les a pas inclus dans son évaluation de l'ensemble des faits en question pris collectivement. Ce faisant, estiment les Communautés européennes, le Groupe spécial a mené sa propre évaluation, indépendante, de l'action de charger ou ordonner exercée par les pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix.

79. En outre, les Communautés européennes estiment, comme les États-Unis, que le Groupe spécial a effectivement déplacé la charge de la preuve de la Corée aux États-Unis de par son examen erroné des éléments de preuve de l'USDOC. À cet égard, elles sont d'accord avec eux pour dire que le critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant" n'a aucun fondement dans l'*Accord SMC* ni dans aucun autre accord visé, et qu'un tel critère impose pour l'essentiel à l'autorité chargée de l'enquête de produire une "preuve irréfutable".¹¹⁸ Elles soulignent par ailleurs l'importance des éléments de preuve circonstanciels dans les enquêtes en matière de subventions, et le fait que l'approche du Groupe spécial limite indûment la faculté des autorités chargées de l'enquête de s'appuyer sur de tels éléments de preuve. Elles affirment que c'est à la Corée, en tant que partie plaignante, qu'il incombait d'établir des éléments *prima facie* et qu'à ce titre, si certains événements – telles les réunions avec des représentants des pouvoirs publics coréens – n'avaient pas de rapport avec une action de charger ou ordonner, la Corée aurait dû être tenue de produire certains éléments de preuve à décharge, qui ne pouvaient être qu'en sa possession.¹¹⁹

80. Enfin, les Communautés européennes estiment, comme les États-Unis, qu'il est approprié qu'un Membre communique des détails et des éléments de preuve additionnels concernant les éléments sur lesquels se fondent ses constatations, pour autant qu'il ne cherche pas à modifier le raisonnement exposé dans la décision de l'organisme. De l'avis des Communautés européennes, la

¹¹⁶ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 20.

¹¹⁷ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 19.

¹¹⁸ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 23.

¹¹⁹ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 25.

présentation d'éléments de preuve figurant dans le dossier sur lesquels s'est appuyé l'organisme mais que celui-ci n'a pas mentionnés dans sa décision ne consiste pas à introduire un nouveau raisonnement parce que ces éléments de preuve ne sont qu'une partie additionnelle d'une constatation de fait ou de droit *déjà énoncée* dans la décision de l'organisme.¹²⁰

3. Japon

81. Le Japon convient avec les États-Unis que le Groupe spécial i) a fait erreur dans son interprétation et son application des termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*; ii) a appliqué un critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant", qui est erroné; iii) a indûment évalué la valeur probante de chaque élément de preuve séparément; et iv) a fait erreur en ne prenant pas en considération des éléments de preuve qui n'étaient pas spécifiquement mentionnés dans la détermination de l'USDOC.

82. En ce qui concerne l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent", le Japon estime que le Groupe spécial n'a pas fondé son analyse sur l'éventail complet des sens de ces termes, mais les a interprétés d'une manière trop étroite, dans le sens de "délégation" et "commandement" seulement. Selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas reconnu que les termes "chargent" et "ordonnent" "englob[aient] toute une série d'actes", y compris "une proposition des pouvoirs publics faite à une personne pour qu'elle fasse *quelque chose*".¹²¹

83. En ce qui concerne le critère d'examen, le Japon estime, comme les États-Unis, que le Groupe spécial a fait erreur en exigeant que les éléments de preuve soient "probants et déterminants". Il soutient que rien, que ce soit dans l'*Accord SMC* ou dans le Mémoire d'accord, ne constitue un fondement juridique justifiant le critère du Groupe spécial. En fait, fait valoir le Japon, le critère en matière de preuve approprié au cas d'espèce se trouve à l'article 11 du Mémoire d'accord, qui prescrit aux groupes spéciaux de déterminer uniquement si "une évaluation objective des éléments de preuve versés au dossier permet raisonnablement d'arriver à la conclusion formulée par l'autorité".¹²² L'utilisation de tout autre critère pour l'examen des éléments de preuve d'une autorité chargée de l'enquête, de l'avis du Japon, constitue une erreur de droit.

84. Le Japon soutient, par ailleurs, que le Groupe spécial a considéré à tort que chaque élément de preuve, *en lui même et à lui seul*, devait prouver l'existence d'une action de charger ou ordonner. Le Japon note que le Groupe spécial a reconnu, à juste titre, que l'USDOC s'était appuyé sur la totalité

¹²⁰ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 26.

¹²¹ Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 5. (italique dans l'original)

¹²² Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 9.

des éléments de preuve dont il disposait pour déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner. En revanche, il a fait erreur en considérant ultérieurement qu'il "devait examiner l'évaluation de la valeur probante de chaque facteur de preuve pris séparément faite par [l'US]DOC".¹²³ Sa tâche, en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, consistait simplement, estime le Japon, à déterminer si la conclusion de l'USDOC était étayée par les éléments de preuve versés au dossier *pris dans leur ensemble*. Examiner les éléments de preuve dans leur totalité est particulièrement important dans les affaires, tel le présent différend, où les éléments de preuve sont, par nature, circonstanciels, parce qu'"[u]n élément de preuve circonstanciel pris individuellement montre un aspect limité de l'ensemble de la situation".¹²⁴ Selon le Japon, le fait que le Groupe spécial n'a pas évalué les éléments de preuve dans leur totalité a entraîné plusieurs constatations qui sont incompatibles avec l'article 11 du Mémoire d'accord et l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.

85. Le Japon fait aussi valoir que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant certains éléments de preuve présentés par les États-Unis au motif que l'USDOC ne les avait pas explicitement mentionnés dans sa détermination publiée de l'existence d'une subvention. Le Japon soutient que ni l'article 11 du Mémoire d'accord, ni aucune autre disposition du Mémoire d'accord ou de l'*Accord SMC* ne fait obligation à l'autorité d'analyser dans sa détermination "chacune des raisons et chacun des faits" sur lesquels elle a fondé sa conclusion, ni n'empêche un Membre de présenter à un groupe spécial des éléments de preuve auxquels la détermination de l'autorité chargée de l'enquête ne faisait pas explicitement référence.¹²⁵ Le Japon trouve des éléments à l'appui de son opinion dans les décisions rendues par l'Organe d'appel dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H* et l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*, qui ont expliqué que l'obligation faite aux groupes spéciaux, aux termes de l'article 17.6 i) de l'*Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ("*l'Accord antidumping*"), d'examiner l'établissement des faits par l'organisme, n'empêchait pas le Membre défendeur de s'appuyer, devant le Groupe spécial, sur des faits qui ne ressortaient pas de la détermination publiée. Le Japon estime que, puisque les groupes spéciaux sont de la même façon tenus d'examiner les faits en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, la justification de ces décisions vaut également dans la présente affaire pour permettre aux États-Unis de s'appuyer sur les éléments de preuve indûment rejetés par le Groupe spécial.

¹²³ Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 12 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45).

¹²⁴ Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 14.

¹²⁵ Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 25.

4. Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu

86. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial des termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* et estime que, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas appliqué à tort un critère en matière de preuve spécial. Il soutient que l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" suggérée par les États-Unis "fait disparaître les distinctions" entre, d'une part, une subvention relevant des dispositions de l'*Accord SMC* et, d'autre part, le "pouvoir discrétionnaire général en matière administrative"¹²⁶ qu'ont les Membres pour l'adoption de pratiques compatibles avec les règles de l'OMC afin de réglementer ou d'influencer leurs branches de production ou leurs marchés nationaux. L'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial, en revanche, permet de différencier les actions des pouvoirs publics visées à l'article 1.1 a) 1) iv) de leurs interventions plus courantes sur les marchés.

87. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu est en désaccord avec les États-Unis lorsqu'ils allèguent que le Groupe spécial a appliqué à tort un critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant". Soulignant la description que le Groupe spécial a lui-même donnée de ce qu'il entendait par l'expression "probants et déterminants" – à savoir que les éléments de preuve "démontrent" l'existence d'une action de charger ou ordonner¹²⁷ – le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu soutient que l'application de ce critère par le Groupe spécial n'impose pas d'obligation supplémentaire aux autorités chargées de l'enquête. À son avis, les qualificatifs employés par le Groupe spécial entrent dans le cadre du pouvoir discrétionnaire dont il jouit pour juger les faits et ne sont que "le prolongement de l'article 11 du Mémoire d'accord".¹²⁸ Il affirme que, bien que le Groupe spécial eût pu préciser davantage sa conception du critère du caractère "probant et déterminant", il approuve ce critère et demande à l'Organe d'appel de tenir compte de son point de vue dans l'éventualité où "il ressentirait le besoin de préciser ce critère".¹²⁹

III. Questions soulevées dans le présent appel

88. Les questions suivantes sont soulevées dans le présent appel:

¹²⁶ Communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 3.

¹²⁷ Communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 6 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.35 et 7.46).

¹²⁸ Communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 7.

¹²⁹ Communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 8.

- a) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la demande de consultations présentée par la Corée ne manquait pas d'indiquer le fondement juridique de la plainte relativement à l'ordonnance en matière de droits compensateurs du Département du commerce des États-Unis (l'"USDOC"), comme le prescrit l'article 4:4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord");
- b) en ce qui concerne la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC:
- i) si le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'"Accord SMC"), en particulier:
- A) en constatant que, pour constituer une action de charger ou ordonner, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), "l'action des pouvoirs publics doit comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner)"; et
- B) en constatant que les éléments de preuve étaient "suffisant[]s pour qu'une autorité chargée de l'enquête, objective et impartiale, constate à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la KFB", nonobstant le fait que la Korea First Bank ("KFB") n'a pas exécuté l'activité que les pouvoirs publics coréens, selon les allégations, l'ont chargée d'accomplir ou qu'ils lui ont ordonné d'accomplir;
- ii) si le Groupe spécial a fait erreur dans son examen de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* faite par l'USDOC, en particulier:
- A) en constatant que les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner doivent être "probants et déterminants";
- B) en n'examinant pas les éléments de preuve utilisés par l'USDOC dans leur totalité, et au lieu de cela, en exigeant que les éléments de preuve pris individuellement, en eux-mêmes et à eux seuls, établissent

l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix Semiconductors, Inc. ("Hynix");

- C) en refusant de prendre en considération certains éléments de preuve figurant dans le dossier de l'enquête correspondante mais qui n'avaient pas été mentionnés par l'USDOC dans sa détermination publiée;
 - D) en ne se conformant pas à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que "les dispositions en matière de médiation [de la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises ("CRPA")] avaient effectivement été invoquées par trois créanciers concernant la restructuration d'octobre 2001", en l'absence d'éléments de preuve à l'appui dans le dossier de l'enquête correspondante; et
 - E) n'impliquant pas le critère d'examen approprié et, par conséquent, en ne se conformant pas à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord; et, en conséquence;
- iii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de certains créanciers d'Hynix faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;
- c) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 b) et de l'*Accord SMC*; et
 - d) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la détermination de spécificité faite par l'USDOC, dans la mesure où elle se rapporte à des subventions accordées en vertu d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de certains créanciers d'Hynix, est incompatible avec l'article 2 de l'*Accord SMC*.

IV. Consultations

A. Introduction et contexte procédural pertinent

89. Nous commençons par l'assertion des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en ne rejetant pas les allégations de la Corée visant l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC au motif que la Corée n'avait pas indiqué, dans sa demande de consultations, le fondement juridique de sa plainte visant cette mesure, comme l'exige l'article 4:4 du Mémorandum d'accord.

90. Avant d'examiner l'appel des États-Unis, nous exposons l'historique procédural pertinent du différend. La Corée a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis, pour la première fois, le 30 juin 2003.¹³⁰ Dans sa demande de consultations, la Corée a fait référence aux déterminations préliminaire et finale de l'existence de subventions faites par l'USDOC et à la détermination préliminaire de l'existence d'un dommage faite par la Commission du commerce international des États-Unis (l'"USITC"). La demande indiquait aussi les dispositions de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994") et de l'*Accord SMC* avec lesquelles la Corée estimait que "ces déterminations" étaient incompatibles.¹³¹ Les consultations ont eu lieu le 20 août 2003.¹³²

91. Le 18 août 2003, la Corée a présenté un addendum à sa demande de consultations (l'"addendum"), où il était dit ce qui suit:

En référence au document WT/DS296/1 ... distribué le 8 juillet 2003 [la demande de consultations initiale], les autorités de mon pays m'ont chargé de demander l'ouverture de nouvelles consultations avec le gouvernement des États-Unis ... au sujet de la détermination finale de l'existence d'un dommage grave [de l'USITC], ... et de l'ordonnance en matière de droits compensateurs définitifs [de l'USDOC] ... Ces actions se rapportent l'une et l'autre aux mêmes mesures de base mises en cause dans notre demande de consultations précédente.¹³³

¹³⁰ WT/DS/296/1 (document joint au présent rapport en tant qu'annexe III).

¹³¹ La demande fait référence aux articles 1^{er}, 2, 10, 11, 12, 14, 17, 22 et 32.1 de l'*Accord SMC* et aux articles VI:3 et X:3 du GATT de 1994.

¹³² Selon les États-Unis, les consultations "se sont limitées aux déterminations préliminaire et finale [de l'US]DOC". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 134)

¹³³ WT/DS296/1/Add.1 (document joint au présent rapport en tant qu'annexe IV), page 1.

Ces propos étaient suivis d'une liste de dispositions avec lesquelles la Corée considérait que "ces déterminations" étaient incompatibles.¹³⁴ Une autre série de consultations a eu lieu le 1^{er} octobre 2003, et avait été précédée d'un échange de correspondance entre la Corée et les États-Unis indiquant qu'ils étaient en désaccord au sujet de la conformité de la demande de consultations présentée par la Corée avec l'article 4:4 du Mémoire d'accord.¹³⁵ La Corée a présenté une demande d'établissement d'un groupe spécial le 19 novembre 2003.¹³⁶ La demande indiquait l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC et disait qu'elle "était le résultat" de la détermination finale en matière de droits compensateurs de l'USDOC et de la détermination finale de l'existence d'un dommage important de l'USITC. Les États-Unis se sont opposés à l'établissement d'un groupe spécial au motif que les parties n'avaient pas tenu de consultations au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs.¹³⁷ Le Groupe spécial a été établi le 23 janvier 2004.¹³⁸

92. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de rejeter les allégations de la Corée au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC.¹³⁹ Selon les États-Unis, la Corée ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'article 4:4 du Mémoire d'accord parce qu'elle n'a fourni

¹³⁴ Dans chaque point de la liste était indiqué un paragraphe de l'article 15 de l'*Accord SMC* avec lequel ces déterminations étaient, selon les allégations, incompatibles.

¹³⁵ Dans la lettre par laquelle ils acceptaient d'autres consultations, les États-Unis ont noté que la Corée, selon les allégations, n'avait pas indiqué le fondement juridique de sa plainte en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC. (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 136 (faisant référence à la pièce intitulée Letter from the Ambassador and Permanent Representative of the United States to the WTO to the Ambassador and Permanent Representative of the Republic of Korea to the WTO, dated 28 August 2003 (pièce n° 2 des États-Unis, présentée par les États-Unis au Groupe spécial))). La Corée a répondu par une lettre expliquant que les fondements de sa plainte "se trouv[ai]ent dans [ses] deux demandes de consultations", et que "au regard du droit des États-Unis, l'ordonnance en matière de droits compensateurs ne [pouvait] pas être imposée sans qu'il y ait des déterminations positives à la fois" de l'USDOC et de l'USITC. (Letter from the Ambassador and Permanent Representative of the Republic of Korea to the WTO to the Ambassador and Permanent Representative of the United States to the WTO, dated 8 September 2003 (pièce n° 3 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial)). Selon les États-Unis, au cours des consultations, "les parties ont convenu de leur désaccord au sujet de la conformité de la demande de consultations de la Corée avec l'article 4:4 du Mémoire d'accord" et "les États-Unis ont refusé d'engager des discussions au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs." (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 137)

¹³⁶ WT/DS296/2 (document joint au présent rapport en tant qu'annexe V).

¹³⁷ Les États-Unis font observer que "[à] la réunion de l'[ORD] à laquelle la demande de la Corée a été examinée pour la première fois, les États-Unis se sont opposés à l'établissement d'un groupe spécial au motif que la Corée, dans la demande, cherchait à couvrir des questions sur lesquelles les parties ne s'étaient pas consultées" et "ont exposé le manquement par la Corée à l'obligation de se conformer à l'article 4:4 du Mémoire d'accord et l'absence de consultations qui en a résulté au sujet de l'ordonnance [en matière de droits compensateurs de l'USDOC]". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 138 (faisant référence au document WT/DSB/M/159, paragraphes 32 à 38 (pièce n° 5 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial)))

¹³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.5.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.410.

"aucune indication du fondement juridique de sa plainte" en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs.¹⁴⁰ Le Groupe spécial n'a pas partagé cet avis, relevant que la deuxième demande de consultations présentée par la Corée faisait référence à sa première demande de consultations.¹⁴¹ Cette référence, de l'avis du Groupe spécial, "suffi[sait] pour que la deuxième demande soit lue à la lumière de la première demande" et, par conséquent, "en plus des dispositions de l'*Accord SMC* énoncées (d'une manière non exhaustive) dans la deuxième demande de consultations présentée par la Corée, les allégations contenues dans le document en question devraient également être lues à la lumière des dispositions de l'*Accord SMC* et du GATT de 1994" exposées dans la demande initiale.¹⁴² Le Groupe spécial a conclu que "toutes ces dispositions donnent "une indication [suffisante] du fondement juridique de la plainte" au sens de l'article 4:4 du Mémoire d'accord".¹⁴³

93. Les États-Unis font appel de cette constatation du Groupe spécial. Selon les États-Unis, il n'est pas crédible d'affirmer qu'en faisant simplement référence au fait qu'elle avait déposé une demande de consultations précédente sur un ensemble de mesures alléguées, la Corée a satisfait à l'obligation qui lui incombait d'indiquer le fondement juridique de sa plainte en ce qui concerne une mesure différente".¹⁴⁴ Ils ajoutent que, comme la Corée avait cité de nombreuses dispositions dans sa première demande de consultations, les États-Unis ne pouvaient pas être censés "deviner quelle(s) disposition(s) s'appliquai(en)t à l'ordonnance en matière de droits compensateurs".¹⁴⁵ "Au minimum", expliquent les États-Unis, l'article 4:4 exige "une indication d'au moins une disposition avec laquelle une mesure est considérée comme étant incompatible".¹⁴⁶ Pour ces raisons, estiment les États-Unis, le Groupe spécial aurait dû rejeter les allégations de la Corée au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs.

94. La Corée demande à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis en ce qui concerne cette question au motif que la déclaration d'appel ne satisfaisait pas aux prescriptions de la règle 20 2) d) des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*").¹⁴⁷ De l'avis de la Corée, la déclaration d'appel des États-Unis n'identifie pas les "erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes dans le rapport du Groupe spécial et les interprétations du droit données

¹⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.410.

¹⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.414.

¹⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.415.

¹⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.415. (note de bas de page omise)

¹⁴⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143.

¹⁴⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143.

¹⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 144.

par celui-ci", comme l'exige la règle 20 2) d) i); au lieu de cela, la déclaration d'appel "reprend une version [des États-Unis] de ce qu'a dit le Groupe spécial et indique que les [États-Unis] ne sont pas d'accord".¹⁴⁸ En tout état de cause, affirme la Corée, c'est à bon droit que le Groupe spécial n'a pas donné suite à la demande des États-Unis visant à ce qu'il rejette l'allégation de la Corée au sujet de l'ordonnance en matière de droits compensateurs. La Corée explique que "[c]omme l'ordonnance en matière de droits compensateurs est entièrement subordonnée aux déterminations administratives et est en fait une fonction ministérielle sans initiative, il s'ensuit que les allégations juridiques des déterminations correspondantes sont identiques aux allégations juridiques en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs".¹⁴⁹

B. *Caractère suffisant de la déclaration d'appel des États-Unis*

95. Avant de passer à l'allégation des États-Unis relative à la demande de consultations présentée par la Corée, nous traitons l'assertion de la Corée selon laquelle la déclaration d'appel des États-Unis ne satisfait pas aux prescriptions de la règle 20 2) d) des *Procédures de travail* en ce qui concerne cette allégation. La partie pertinente de la règle 20 2) dispose ce qui suit:

Une déclaration d'appel comprendra ...

- d) un bref exposé de la nature de l'appel, y compris:
 - i) l'identification des erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci;
 - ii) une liste de la (des) disposition(s) juridique(s) des accords visés dans l'interprétation ou l'application de laquelle (desquelles) il est allégué que le groupe spécial a fait erreur; et
 - iii) sans préjudice de la capacité de l'appelant de mentionner d'autres paragraphes du rapport du groupe spécial dans le contexte de son appel, une liste indicative des paragraphes du rapport du groupe spécial contenant les erreurs alléguées.

96. Dans leur déclaration d'appel, les États-Unis indiquent qu'ils sollicitent l'examen de:

... la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle, en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs [de l'US]DOC, la demande de consultations présentée par la Corée donne

¹⁴⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 228.

¹⁴⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 230.

¹⁴⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 242.

une indication suffisante du fondement juridique de la plainte au sens de l'article 4:4 du Mémorandum d'accord. Cette conclusion est erronée et repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et des interprétations du droit connexes erronées.¹⁰

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.414 et 7.415.

97. La Corée allègue que la déclaration d'appel des États-Unis n'identifie pas les erreurs alléguées dans les questions de droit couvertes dans le rapport du Groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci. Nous ne partageons pas cet avis. Même si c'est à juste titre que la Corée fait observer que la déclaration d'appel des États-Unis ne fait que reprendre la constatation du Groupe spécial¹⁵⁰, il est dit néanmoins dans la déclaration d'appel que l'erreur alléguée du Groupe spécial est la constatation selon laquelle la demande de consultations présentée par la Corée donne une indication suffisante du fondement juridique de la plainte; elle mentionne que l'article 4:4 du Mémorandum d'accord est la disposition juridique pertinente, et elle indique les paragraphes du rapport du Groupe spécial où figure cette constatation. Ainsi, la déclaration d'appel des États-Unis informe correctement la Corée de la "nature de l'appel" pour lui permettre de connaître les arguments auxquels elle doit répondre.¹⁵¹ À notre avis, cela suffit, en l'espèce, aux fins de la règle 20 2) d) des *Procédures de travail*.

C. *La demande de consultations présentée par la Corée satisfait-elle aux prescriptions de l'article 4:4 du Mémorandum d'accord?*

98. Ayant écarté l'objection de la Corée concernant la déclaration d'appel des États-Unis, nous examinons l'allégation des États-Unis en appel. Les prescriptions qui s'appliquent à une demande de consultations sont énoncées à l'article 4:4 du Mémorandum d'accord, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

Toute demande de consultations sera déposée par écrit et motivée; elle comprendra une indication des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte.

99. Comme on l'a fait observer plus haut¹⁵², la demande de consultations initiale présentée par la Corée ne faisait pas référence à l'ordonnance en matière de droits compensateurs, qui n'existait pas au

¹⁵⁰ Le Groupe spécial a constaté que "toutes ces dispositions [mentionnées dans la demande de consultations présentée par la Corée et dans l'addendum] donnent une "indication [suffisante] du fondement juridique de la plainte" au sens de l'article 4:4 du *Mémorandum d'accord*". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.415) (note de bas de page omise)

¹⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des CE*, paragraphe 62; Rapport de l'Organe d'appel *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphe 344.

moment où la demande a été présentée. Dans l'addendum à sa demande de consultations, la Corée a demandé l'ouverture de "nouvelles consultations" au sujet de la détermination finale de l'existence d'un dommage faite par l'USITC et de l'ordonnance en matière de droits compensateurs rendue par l'USDOC. L'addendum faisait référence à la demande de consultations initiale et indiquait expressément que la détermination positive finale de l'existence d'un dommage faite par l'USITC et l'ordonnance en matière de droits compensateurs "se rapport[ai]ent l'une et l'autre aux mêmes mesures de base mises en cause dans notre demande de consultations précédente".¹⁵³ Les États-Unis considèrent que ces termes ne permettent pas de conclure que les allégations formulées dans la demande de consultations initiale s'appliquent aussi à l'ordonnance en matière de droits compensateurs, qui n'est mentionnée que dans l'addendum.

100. Nous ne partageons pas cet avis. L'addendum fait expressément référence à la demande de consultations initiale. Il est clair que l'addendum était censé être lu conjointement avec la demande de consultations initiale; de fait, c'est là la nature même d'un addendum. En outre, nous rappelons que la Corée explique que, au regard du droit des États-Unis, "l'ordonnance en matière de droits compensateurs est entièrement subordonnée aux déterminations administratives et est en fait une fonction ministérielle sans initiative".¹⁵⁴ Selon la Corée, "il s'ensuit que les allégations juridiques des déterminations correspondantes sont identiques aux allégations juridiques en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs."¹⁵⁵ À l'audience, les États-Unis ont confirmé qu'il s'agissait d'une description exacte d'une ordonnance en matière de droits compensateurs au regard du droit des États-Unis. Dans ces conditions, il aurait dû être manifeste que les allégations d'incompatibilité, exposées par la Corée dans la demande de consultations initiale et dans l'addendum relativement à la détermination de l'existence de subventions faites par l'USDOC et à la détermination de l'existence d'un dommage faite par l'USITC, s'appliquaient aussi à l'ordonnance en matière de droits compensateurs. On ne peut pas non plus dire que les États-Unis étaient censés "deviner quelle(s) disposition(s) s'appliquai(en)t à l'ordonnance en matière de droits compensateurs."¹⁵⁶ En conséquence, nous constatons qu'il était raisonnable pour le Groupe spécial de conclure que "toutes" les dispositions figurant dans la demande de consultations initiale de la Corée et dans l'addendum

¹⁵² *Supra*, paragraphe 90.

¹⁵³ WT/DS296/1/Add.1 (document joint au présent rapport en tant qu'annexe IV), page 1.

¹⁵⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 242.

¹⁵⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 242.

¹⁵⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143.

donnent, en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC, une indication suffisante du fondement juridique de la plainte au sens de l'article 4:4.¹⁵⁷

101. Pour ces raisons, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.415 de son rapport, selon laquelle la demande de consultations présentée par la Corée ne manquait pas d'indiquer le fondement juridique de la plainte relativement à l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC, comme l'exige l'article 4:4 du Mémorandum d'accord.

V. Interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC

A. Introduction

102. Nous examinons ensuite les affirmations des États-Unis et de la Corée selon lesquelles le Groupe spécial a donné une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.

103. Au cours de son analyse de l'allégation de la Corée, au titre de l'article 1.1 a) 1) iv), le Groupe spécial a dit qu'il "pens[ait] comme le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, qu'[i]l résult[ait] du sens ordinaire des deux mots "charger" et "ordonner" que l'action des pouvoirs publics [devait] comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner)."¹⁵⁸

104. Les États-Unis affirment que l'interprétation que donne le Groupe spécial des termes "chargent" et "ordonnent" est erronée parce qu'elle ne "tient pas compte de tout l'éventail des actions des pouvoirs publics qui relèvent des sens ordinaires de ce[s] terme[s]".¹⁵⁹ En réponse, la Corée fait valoir que l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial est "appropriée" et, par conséquent, devrait être confirmée par l'Organe d'appel.¹⁶⁰

105. La contestation de la Corée se rapporte à un aspect différent de l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) donnée par le Groupe spécial. En particulier, la Corée fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle certains éléments de preuve sur lesquels s'est appuyé

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.415.

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.31 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.29).

¹⁵⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 24. Les Communautés européennes et le Japon appuient la position des États-Unis. (Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 3; communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 2)

¹⁶⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, titre II A. La Chine et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu affirment aussi que l'appel des États-Unis devrait être rejeté. (Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 20; communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 3)

l'USDOC étaient "suffisant[s] pour qu'une autorité chargée de l'enquête, objective et impartiale, constate à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB".¹⁶¹ Selon la Corée, cette constatation est une conséquence de l'interprétation incorrecte donnée par le Groupe spécial, selon laquelle une constatation positive de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) est possible, même si l'acte que l'organisme privé, selon les allégations, a été chargé d'exécuter, ou qu'on lui a ordonné d'exécuter, n'a jamais été accompli.¹⁶² Les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'USDOC avait une base factuelle suffisante pour conclure qu'il y avait action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de la KFB.¹⁶³

B. *Article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC*

1. Le sens des termes "chargent" et "ordonnent"

106. L'article 1.1 énonce les conditions dans lesquelles une "subvention" sera réputée exister aux fins de l'*Accord SMC*, à savoir, lorsque i) il y a une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public", et ii) "... un avantage est ainsi conféré".¹⁶⁴ Cette partie de l'appel porte sur l'élément de la définition d'une "subvention" qu'est la "contribution financière".¹⁶⁵ Aux termes de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public dans les cas où:

- i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);
- ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);

¹⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117. (note de bas de page omise)

¹⁶² Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 4.

¹⁶³ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 9.

¹⁶⁴ Nous faisons observer que, conformément à l'article 1.1 a) 2) et 1.1 b) de l'*Accord SMC*, une subvention sera aussi réputée exister s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994" et si "un avantage est ainsi conféré". La présente affaire ne soulève pas la question des subventions accordées sous forme de soutien des revenus ou des prix.

¹⁶⁵ Nous examinons l'appel des États-Unis de la constatation du Groupe spécial relative à l'"avantage" dans la section VII du présent rapport.

- iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;
- iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics [...] (note de bas de page omise)

107. Il est clairement dit à l'article 1.1 a) 1) qu'une "contribution financière" des pouvoirs publics ou d'un organisme public est un élément essentiel d'une "subvention" au sens de l'*Accord SMC*. Il n'est pas possible de constater qu'un produit est subventionné au titre de l'article 1.1 a) 1), ni de le frapper de droits compensateurs, en l'absence d'une contribution financière. De plus, les situations faisant intervenir un comportement d'ordre exclusivement privé – à savoir un comportement qui n'est aucunement imputable à des pouvoirs publics ou à un organisme public – ne peut pas constituer une "contribution financière" aux fins de déterminer l'existence d'une subvention au regard de l'*Accord SMC*.

108. Les alinéas i) à iv) de l'article 1.1 a) 1) exposent les situations dans lesquelles il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public. Les situations répertoriées aux alinéas i) à iii) renvoient à une contribution financière qui est accordée *directement* par les pouvoirs publics au moyen du transfert direct de fonds, de l'abandon de recettes, de la fourniture de biens ou de services, ou de l'achat de biens.¹⁶⁶ En vertu de l'alinéa iv), une contribution financière peut aussi être accordée *indirectement* par des pouvoirs publics lorsqu'ils "font des versements à un mécanisme de financement", ou, comme allégué en l'espèce, lorsque des pouvoirs publics "chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics". Ainsi, aux alinéas i) à iii), sont identifiés les types d'actions qui, lorsqu'elles sont entreprises par des organismes privés qui ont été "chargés" de les exécuter par les pouvoirs publics ou que ceux-ci leur ont "ordonné" d'exécuter, relèvent de l'alinéa iv). Autrement dit, l'alinéa iv) couvre les situations dans lesquelles un organisme privé est utilisé comme mandataire par les pouvoirs publics pour exécuter une des fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii). Considérés sous ce jour, les termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'alinéa iv) désignent les cas dans lesquels un comportement d'ordre apparemment privé peut être

¹⁶⁶ À l'instar de l'*Accord SMC*, nous utilisons l'expression "pouvoirs publics" pour désigner "des pouvoirs publics ou tout organisme public du ressort territorial d'un Membre", sauf indication contraire.

imputable à des pouvoirs publics aux fins de déterminer s'il y a eu une contribution financière au sens de l'*Accord SMC*.

109. Sans perdre de vue ces considérations, nous passons à l'examen des sens des termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'article 1.1 a) 1) iv). Nous rappelons que le Groupe spécial a dit qu'il "pens[ait] comme le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* qu'[i]l résult[ait] du sens ordinaire des deux mots "charger" et "ordonner" que l'action des pouvoirs publics [devait] comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner)."¹⁶⁷ Ce faisant, le Groupe spécial a en fait remplacé les termes "chargent" et "ordonnent" par deux autres termes, "délégation" et "commandement", dont il n'a pas défini le champ, et n'est pas allé plus loin pour préciser le sens de l'un quelconque de ces termes.¹⁶⁸ Les États-Unis affirment que le Groupe spécial "n'a pas donné tout leur sens et tout leur effet aux termes du traité en cause".¹⁶⁹ Ils soulignent que les définitions que donnent les dictionnaires du terme "entrust" (charger) incluent "[i]nvest with a trust; give (a person, etc.) the responsibility for a task ... [c]ommit the ... execution of (a task) to a person" (confier quelque chose; donner (à une personne, etc.) la responsabilité d'une tâche ... confier l'exécution de (une tâche) à une personne).¹⁷⁰ Les États-Unis relèvent aussi que les définitions que donnent les dictionnaires du terme "direct" (ordonner) incluent "[c]ause to move in or take a specified direction; turn towards a specified destination or target" (amener à prendre une direction spécifiée; se tourner vers une destination ou une cible spécifiée); "[g]ive authoritative instructions to; to ordain, order (a person) *to do*, (a thing) *to be done*; order the performance of" (donner des instructions impératives à; ordonner (à une personne) *de faire*, (une chose) *à faire*; ordonner l'accomplissement de) et "[r]egulate the course of; guide with advice" (régir la ligne de conduite de; orienter par des conseils).¹⁷¹ Les États-Unis voudraient donc que nous adoptions une interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" qui inclue toutes les définitions que donnent les dictionnaires de ces termes.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.31 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.29).

¹⁶⁸ L'analyse qu'a ensuite faite le Groupe spécial du contexte et de l'objet et du but des termes "chargent" et "ordonnent" portait principalement sur le point de savoir si l'article 1.1 a) 1) iv) prescrit que l'action des pouvoirs publics constituant, selon les allégations, une action de charger ou ordonner soit explicite. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.36 à 7.41)

¹⁶⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 28.

¹⁷⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 19 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra*, note de base de page 36, Vol. 1, p. 831).

¹⁷¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 20 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra*, note de base de page 36, Vol. 1, p. 679). (italique dans l'original)

110. Le terme "chargent" connote l'action consistant à donner à quelqu'un la responsabilité d'une tâche ou d'un objet.¹⁷² Dans le contexte de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1), les pouvoirs publics donnent à un organisme privé la responsabilité "d'exécuter" une des fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1). Comme le reconnaissent les États-Unis¹⁷³, la "délégation" (le terme employé par le Groupe spécial) peut être un moyen par lequel des pouvoirs publics donnent à un organisme privé la responsabilité d'exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii). La délégation est habituellement réalisée par des moyens formels, mais elle pourrait aussi être informelle. De plus, il peut y avoir d'autres moyens, qu'ils soient formels ou informels, que les pouvoirs publics pourraient employer aux mêmes fins. Par conséquent, une interprétation du terme "chargent" qui se limite aux actes de "délégation" est trop étroite.

111. S'agissant du terme "ordonnent", nous notons que certaines des définitions – telles que "donner des instructions impératives à" et "ordonner (à une personne) *de faire*" – donnent à penser que la personne ou l'entité qui "ordonne" exerce un pouvoir sur la personne ou l'entité qui reçoit l'ordre. En revanche, certaines des autres définitions – telles que "informer ou guider" – n'ont pas nécessairement cette connotation de pouvoir. À notre avis, le fait que l'organisme privé dans le cadre de l'alinéa iv) se voit ordonner "*d'exécuter*" une fonction souligne la notion de pouvoir qui est incluse dans certaines des définitions du terme "ordonner". Cette interprétation du terme "ordonnent" est renforcée par les versions espagnole et française de l'*Accord SMC*, dans lesquelles les verbes "ordenar"¹⁷⁴ et "ordonner"¹⁷⁵, sont respectivement employés.¹⁷⁶ Ces deux verbes ont sans ambiguïté la connotation d'un pouvoir exercé sur quelqu'un. Dans le contexte de l'alinéa iv), ce pouvoir est exercé

¹⁷² Dans les versions espagnole et française de l'*Accord SMC*, les verbes "encomendar" et "charger", sont respectivement utilisés, et ont des sens semblables. Le *Diccionario de la lengua española* définit le terme "encomendar" de la façon suivante:

Encargar a alguien que haga algo o que cuide de algo o de alguien.

(*Diccionario de la lengua española*, 22^{ème} édition (Real Academia Española, 2001), p. 612).

Le *Nouveau Petit Robert* définit le terme "charger" de la façon suivante:

Revêtir d'une fonction, d'un office. ...; commettre, déléguer, préposer (à).

(*Le Nouveau Petit Robert*, P. Varrod (ed.) (Dictionnaires Le Robert, 1993), page 403).

¹⁷³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 24; réponse des États-Unis aux questions posées à l'audience.

¹⁷⁴ Le *Diccionario de la lengua española* définit le terme "ordenar" de la manière suivante:

Mandar que se haga algo. Encaminar y dirigir a un fin.

(*Diccionario de la lengua española*, *supra*, note de bas de page 172, p. 1105).

¹⁷⁵ Le *Nouveau Petit Robert* définit le terme "ordonner" de la façon suivante:

Prescrire par un ordre. ... adjurer, commander, dicter, enjoindre, prescrire.

(*Le Nouveau Petit Robert*, *supra*, note de bas de page 172, p. 1795).

¹⁷⁶ À cet égard, nous rappelons l'article 33 3) de la *Convention de Vienne*, qui dispose que "[l]es termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques".

par des pouvoirs publics sur un organisme privé. Un "commandement" (le mot utilisé par le Groupe spécial) est certainement une façon pour des pouvoirs publics d'exercer leur pouvoir sur un organisme privé dans le sens prévu par l'article 1.1 a) 1) iv), mais les pouvoirs publics sont susceptibles d'avoir d'autres moyens à leur disposition pour exercer un pouvoir sur un organisme privé. Certains de ces moyens peuvent être plus subtils qu'un "commandement" ou peuvent ne pas faire intervenir le même degré de contrainte. Ainsi, une interprétation du terme "ordonnent" qui se limite aux actes de "commandement" est également trop étroite.

112. Il est dit par ailleurs à l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1) que l'organisme privé doit avoir été chargé d'exécuter *une [ou plusieurs] fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)*. Comme l'a expliqué le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, cela signifie que "la portée des actions ... visées à l'alinéa iv) doit être la même que la portée de celles qui sont visées aux alinéas i) à iii)".¹⁷⁷ Une situation dans laquelle les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'exécuter une fonction qui ne relève pas des alinéas i) à iii), ou lui ordonnent de le faire, ne relèverait donc pas de l'alinéa iv). Ainsi, nous convenons avec le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* que "la différence entre les alinéas i) à iii) d'une part et l'alinéa iv) d'autre part a trait à l'identité de l'acteur et non à la nature de l'action".¹⁷⁸ En outre, il ne faut pas que nous perdions de vue le fait que l'article 1.1 a) 1) iv) prescrit la participation des pouvoirs publics, encore qu'indirectement. Nous convenons donc avec la Corée qu'il doit exister un lien démontrable entre les pouvoirs publics et le comportement de l'organisme privé.¹⁷⁹

113. Nous rappelons, en outre, que l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* porte sur l'existence d'une contribution financière. L'alinéa iv), en particulier, est censé garantir que les pouvoirs publics ne s'affranchissent pas de leurs obligations au titre de l'*Accord SMC* en utilisant des organismes privés pour entreprendre des actions qui relèveraient de l'article 1.1 a) 1), si elles devaient être entreprises par les pouvoirs publics eux-mêmes. Autrement dit, l'article 1.1 a) 1) iv) est, essentiellement, une disposition anticournement.¹⁸⁰ Pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, il

¹⁷⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.53.

¹⁷⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.53. (italique dans l'original)

¹⁷⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 22. Nous relevons que le comportement des organismes privés est présumé ne pas être imputable à l'État. Il est expliqué dans les Commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI que "[d]ès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État". (Commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI, *supra*, note de base de page 104, article 8, commentaire 6), page 113); voir aussi la communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 58 et 59.

¹⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52.

faut donc que les pouvoirs publics octroient une responsabilité à un organisme privé – ou exercent leur pouvoir sur un organisme privé – pour faire une contribution financière.

114. Il s'ensuit, par conséquent, que les actes des pouvoirs publics ne constituent pas tous nécessairement une action de charger ou ordonner. Nous relevons que les États-Unis et la Corée conviennent tous deux que "de simples déclarations de politique générale" des pouvoirs publics ne constitueraient pas, en elles-mêmes, une action de charger ou ordonner aux fins de l'article 1.1 a) 1) iv).¹⁸¹ Par ailleurs, l'action de charger et ordonner – par l'octroi d'une responsabilité à un organisme privé ou l'exercice d'un pouvoir sur ce dernier – suppose un rôle plus actif que de simples actes d'encouragement.¹⁸² De plus, nous convenons avec le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* qu'une action de charger ou ordonner ne couvre pas "la situation dans laquelle [les pouvoirs publics] interviennent sur le marché d'une façon quelconque, ce qui peut avoir ou non des résultats particuliers simplement en fonction des circonstances factuelles données existant sur le marché et de l'exercice de leur liberté de décision par les agents présents sur ce marché."¹⁸³ Ainsi, l'"action de charger" ou l'"action d'ordonner" des pouvoirs publics ne peut pas être involontaire ni une simple conséquence inattendue d'une réglementation des pouvoirs publics.¹⁸⁴ Cela est cohérent par rapport à ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, à savoir que "toutes les mesures des pouvoirs publics susceptibles de conférer des avantages ne relèveraient pas nécessairement de l'article 1.1 a)"; sinon les alinéas i) à iv) de l'article 1.1 a) ne

¹⁸¹ Réponses de la Corée et des États-Unis aux questions posées à l'audience. Les États-Unis affirment, cependant, qu'une déclaration de politique générale peut être un élément de preuve pertinent pour démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner.

¹⁸² À la différence de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, l'article 11:3 de l'*Accord sur les sauvegardes* emploie le terme "encourager". Il est libellé comme suit:

Les Membres n'encourageront ni ne soutiendront l'adoption ou le maintien en vigueur, par des entreprises publiques et privées, de mesures non gouvernementales équivalentes à celles qui sont visées au paragraphe 1.

Le paragraphe 1 fait référence aux mesures d'autolimitation des exportations, aux mesures d'arrangement de commercialisation ordonnées ou à tout autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation.

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.31.

¹⁸⁴ En interprétant le membre de phrase "versements ... financés en vertu d'une mesure des pouvoirs publics" figurant à l'article 9:1 c) de l'*Accord sur l'agriculture*, l'Organe d'appel a dit que "[l]es pouvoirs publics pratiquent constamment différentes formes de réglementation pour atteindre divers objectifs". Il a d'autre part expliqué que lorsqu'une réglementation permet simplement que des versements aient lieu, "le lien entre la mesure des pouvoirs publics et le financement des versements est trop ténu pour que les "versements" soient considérés comme étant "*financés* en vertu d'une mesure des pouvoirs publics" ... au sens de l'article 9:1 c). En fait, il doit y avoir une connexion plus étroite entre le mécanisme ou le processus par lequel les versements sont *financés*, même si c'est par une tierce personne, et la mesure des pouvoirs publics." (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers (article 21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis)*, paragraphe 115 (italique dans l'original); voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers (article 21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis II)*, paragraphe 131)

seraient pas nécessaires "parce que toutes les mesures des pouvoirs publics qui confèrent des avantages, en soi, seraient des subventions".¹⁸⁵

115. De plus, une telle interprétation est compatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*, qui correspondent à un équilibre délicat entre les Membres qui voulaient imposer plus de disciplines à l'utilisation des subventions et ceux qui voulaient en imposer davantage à l'application des mesures compensatoires. De fait, l'Organe d'appel a dit que l'objet et le but de l'*Accord SMC* étaient "de renforcer et d'améliorer les disciplines du GATT relatives à l'utilisation aussi bien des subventions que des mesures compensatoires, tout en reconnaissant, dans le même temps, le droit des Membres d'imposer de telles mesures à certaines conditions".¹⁸⁶ Il ne faut pas perdre de vue cet équilibre lorsqu'on interprète l'alinéa iv), qui permet aux Membres d'appliquer des mesures compensatoires à des produits dans des situations où des pouvoirs publics utilisent un organisme privé comme mandataire pour fournir une contribution financière (pour autant, bien entendu, que l'existence des autres éléments nécessaires à la constitution d'une subvention pouvant donner lieu à des mesures compensatoires soit également prouvée). Parallèlement, l'interprétation de l'alinéa iv) ne peut pas être si large qu'elle autorise les Membres à appliquer des mesures compensatoires à des produits chaque fois que des pouvoirs publics exercent simplement leurs pouvoirs généraux de réglementation.

116. En bref, nous estimons que, conformément à l'alinéa iv), une "action de charger" se produit lorsque des pouvoirs publics donnent une responsabilité à un organisme privé, et l'"action d'ordonner" désigne les situations où les pouvoirs publics exercent leurs pouvoirs sur un organisme privé. Dans les deux cas, les pouvoirs publics utilisent un organisme privé comme mandataire pour effectuer l'une des contributions financières des types énumérés aux alinéas i) à iii). Il peut être difficile d'identifier précisément, dans l'abstrait, les actions des pouvoirs publics des types qui constituent une action de charger ou ordonner et celles pour lesquelles ce n'est pas le cas. La catégorie particulière dans

¹⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction IV*, note de bas de page 35 relative au paragraphe 52. L'Organe d'appel a fait référence à la discussion ci-après du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*:

... L'historique de la négociation [de l'article premier de l'Accord SMC] démontre ... qu'il avait été dès l'origine dans l'intention de ses défenseurs que la condition de la contribution financière s'applique précisément pour faire en sorte que les mesures des pouvoirs publics qui conféraient des avantages ne soient pas toutes considérées comme des subventions. Cette question a fait l'objet de longs débats au cours des négociations et de nombreux participants ont constamment maintenu que seules les actions des pouvoirs publics constituant des contributions financières devraient être assujetties aux règles multilatérales sur les subventions et les mesures compensatoires.

Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.65 (cité dans le Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction IV*, note de bas de page 35 relative au paragraphe 52))

¹⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64. (note de bas de page omise)

laquelle on range l'action des pouvoirs publics n'est pas nécessairement déterminante. De fait, comme le reconnaît la Corée, dans certaines circonstances, une "orientation" donnée par des pouvoirs publics peut constituer une action d'ordonner.¹⁸⁷ Dans la plupart des cas, on s'attendra à ce qu'une action de charger ou ordonner visant un organisme privé comporte une forme quelconque de menace ou de persuasion, qui pourrait elle-même servir d'élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner dépendra des faits particuliers de la cause.¹⁸⁸

2. L'appel des États-Unis

117. Les États-Unis allèguent qu'en assimilant l'"action de charger" et l'"action d'ordonner" à une "délégation" et à un "commandement", le Groupe spécial n'a pas interprété ces termes du traité conformément aux règles coutumières d'interprétation codifiées dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.¹⁸⁹ À cet égard, les États-Unis estiment que si le Groupe spécial avait correctement interprété les termes "chargent" et "ordonnent", il aurait reconnu qu'ils englobaient également:

... des pouvoirs publics confiant à un organisme privé le soin d'exécuter une tâche, des pouvoirs publics donnant à un organisme privé la responsabilité d'exécuter une tâche, des pouvoirs publics informant ou orientant un organisme privé quant à la manière d'exécuter une tâche [et] des pouvoirs publics régissant la ligne de conduite d'un organisme privé[.]¹⁹⁰

Les États-Unis se réfèrent à plusieurs constatations¹⁹¹ démontrant, selon les allégations, que le Groupe spécial a appliqué une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iv), et que "l'interprétation erronée de ... l'article 1.1 a) 1) iv) donnée par le Groupe spécial a eu des conséquences sur toute son analyse des constatations [de l'US]DOC concernant le sauvetage d'Hynix."¹⁹²

118. Comme l'explique la Corée¹⁹³, la question soulevée en appel par les États-Unis – à savoir l'éventail des actions des pouvoirs publics qui constituent une action de charger ou ordonner – n'était

¹⁸⁷ Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience.

¹⁸⁸ De même, il est dit dans les Commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI que "[d]es circonstances peuvent cependant survenir où [le] comportement [de personnes ou d'entités privées] est néanmoins attribuable à l'État, parce qu'il existe une relation de fait entre la personne ou l'entité ayant ce comportement et l'État". (Commentaires relatifs aux projets d'articles de la CDI, *supra*, note de bas de page 104, article 8, commentaire 5), page 109) (note de bas de page omise)

¹⁸⁹ *Supra*, note de bas de page 110.

¹⁹⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 24.

¹⁹¹ *Ibid.*, paragraphes 40 à 46.

¹⁹² *Ibid.*, paragraphe 46. (note de bas de page omise)

¹⁹³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 24 et 25.

pas la principale question d'interprétation dont était saisi le Groupe spécial. En fait, le Groupe spécial examinait s'il fallait démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner en se fondant uniquement sur des actes explicites (par opposition à implicites) des pouvoirs publics. Sur cette question, le Groupe spécial a été, pour l'essentiel, du même avis que les États-Unis et a estimé que l'article 1.1 a) 1) iv) n'"exige[ait] [pas] de l'autorité chargée d'une enquête qu'elle démontre l'existence d'une action explicite des pouvoirs publics visant une entité particulière et la chargeant d'accomplir une tâche ou une mission particulière, ou lui ordonnant de le faire".¹⁹⁴ Au cours de son analyse, le Groupe spécial "[a pensé] comme le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* qu'"[i]l résult[ait] du sens ordinaire des deux mots "charger" et "ordonner" que l'action des pouvoirs publics [devait] comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner)".¹⁹⁵ Nous avons expliqué précédemment que les termes "chargent" et "ordonnent" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) ne se limitent pas aux notions de "délégation" et "commandement", respectivement. À notre avis, il peut y avoir d'autres moyens par lesquels les pouvoirs publics peuvent donner une responsabilité à un organisme privé ou exercer leur pouvoir sur celui-ci qui peuvent ne pas être couverts par le champ des termes "délégation" et "commandement", si on les interprète strictement. Nous relevons que le Groupe spécial a initialement utilisé l'expression "une notion de" délégation ou de commandement.¹⁹⁶ Cela donne à penser que le Groupe spécial utilisait les termes "délégation" et "commandement" avec un certain degré de flexibilité. Toutefois, en utilisant à plusieurs reprises les termes "délégation" et "commandement" sans qualificatif, dans son analyse qui a suivi, le Groupe spécial a pu donner l'impression que les termes "chargent" et "ordonnent" correspondaient strictement aux termes "délégation" et "commandement". Nous ne considérons pas que ces mots, en eux-mêmes, traduisent ce que nous comprenons par "chargent" ou "ordonnent", tels que ces termes sont employés à l'article 1.1 a) 1) iv), car les termes "délégation" et "commandement", comme nous l'avons expliqué précédemment, sont trop étroits. C'est pourquoi nous *modifions* l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* donnée par le Groupe spécial au paragraphe 7.31 de son rapport, dans la mesure où elle peut être comprise comme limitant les termes "chargent" et "ordonnent" aux actes de "délégation" et de "commandement".

¹⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.42.

¹⁹⁵ *Ibid.*, paragraphe 7.31 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.29).

¹⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.31. Cependant, comme le soulignent les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas toujours utilisé l'expression "la notion de" dans les paragraphes qui suivaient. (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 21 (renvoyant au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.33 à 7.35))

119. La demande des États-Unis, visant à ce que l'Organe d'appel examine l'application qu'a faite le Groupe spécial de l'article 1.1 a) 1) iv) aux faits particuliers de la cause¹⁹⁷, est examinée dans la section suivante du présent rapport.¹⁹⁸

3. Appel incident de la Corée

120. Nous passons à l'appel incident de la Corée, qui conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle certains éléments de preuve auxquels s'est référé l'USDOC étaient "suffisant[s] pour qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale constate à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la KFB".¹⁹⁹ Cette constatation a été faite dans le contexte de l'examen par le Groupe spécial de la référence qu'a faite l'USDOC aux menaces alléguées proférées par les pouvoirs publics coréens à l'égard de la KFB et de deux autres banques coréennes.²⁰⁰

121. La Corée a souligné au Groupe spécial qu'"en définitive, la KFB [avait] refusé de participer au Programme d'obligations accéléré, qu'effectivement elle n'y [avait] pas participé et qu'elle [avait] exercé ses droits au rachat sur expertise dans le cadre de la restructuration d'octobre".²⁰¹ "Les actions entreprises par la KFB", selon la Corée, "ne sont guère compatibles avec la théorie des États-Unis voulant que les pouvoirs publics coréens aient exercé une coercition".²⁰² Le Groupe spécial n'a pas jugé pertinent l'argument de la Corée parce que "[son] analyse à ce stade[-là] port[ait] avant tout sur les actes des pouvoirs publics coréens, plutôt que sur la réaction des organismes privés vis-à-vis de ces actes."²⁰³

122. En appel, la Corée affirme que la conclusion du Groupe spécial concernant l'action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB repose sur une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. La Corée explique que pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), il faut que l'organisme privé *exécute* l'une des fonctions énumérées dans cette disposition.²⁰⁴ "Un simple ordre donné non suivi d'action", estime la Corée, ne suffit pas.²⁰⁵

¹⁹⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 46.

¹⁹⁸ Voir, *infra*, la section VI.

¹⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117. (note de bas de page omise)

²⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.107.

²⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

²⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

²⁰³ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 136 relative au paragraphe 7.117.

²⁰⁴ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 18.

²⁰⁵ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 29.

La Corée ajoute qu'en l'espèce, la KFB n'a pas exécuté l'action que, selon les allégations, elle a été chargée d'exécuter ou qu'on lui a ordonné d'exécuter et que, par conséquent, la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB faite par le Groupe spécial est incorrecte.²⁰⁶

123. Les États-Unis répondent à l'appel de la Corée en expliquant que la constatation du Groupe spécial en ce qui concerne la KFB ne porte pas spécifiquement sur la participation de la KFB au Programme d'obligations accéléré.²⁰⁷ Ils indiquent que "[l]e fait que la KFB n'a pas participé au Programme [d'obligations] accéléré n'a jamais été contesté".²⁰⁸ Les États-Unis expliquent, par ailleurs, qu'"il y a eu menace et comportement coercitif de la part des pouvoirs publics coréens *en raison du "fait que la KFB n'a pas participé au Programme [d'obligations] accéléré"*".²⁰⁹ Le dossier du Groupe spécial confirme que la KFB a participé aux transactions financières qui ont précédé et suivi le Programme d'obligations accéléré.²¹⁰ Nous n'interprétons pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les éléments de preuve étaient suffisants pour démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de la KFB comme se rapportant nécessairement exclusivement au Programme d'obligations accéléré. Ainsi, même en supposant pour les besoins de l'argumentation que la Corée ait raison de dire qu'une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner exige que la fonction ayant ainsi fait l'objet d'une telle action soit exécutée, nous ne sommes pas persuadés que la base de la constatation du Groupe spécial soit aussi étroite que l'allègue la Corée.

124. En tout état de cause, une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, en elle-même, n'établit pas l'existence d'une contribution financière. Lorsque les pouvoirs publics chargent un organisme privé ou lui ordonnent d'exécuter quelque chose – en lui donnant une responsabilité, ou en exerçant leur pouvoir sur cet organisme – il est probable que la fonction dont, selon les allégations, il est chargé, ou qu'on lui ordonne d'accomplir, sera effectivement exécutée. Le refus de l'organisme privé d'exécuter la fonction peut être un élément de preuve indiquant que les pouvoirs publics ne lui ont pas donné la responsabilité d'une telle fonction, ou qu'ils n'ont pas exercé

²⁰⁶ La Corée ne conteste pas "la détermination factuelle du Groupe spécial selon laquelle il y a eu coercition [de la part des pouvoirs publics] à l'égard de la KFB". (Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 4)

²⁰⁷ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 5.

²⁰⁸ *Ibid.* (note de bas de page omise)

²⁰⁹ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 5 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117). (italique dans l'original; note de bas de page omise)

²¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114; et la figure 4 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial.

sur lui le pouvoir requis, de sorte qu'il n'aura pas obtempéré.²¹¹ Cependant, il ne signifie pas, en lui-même, que l'organisme privé n'a pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner. Selon les circonstances, un organisme privé peut décider de ne pas exécuter une fonction dont on l'a ainsi chargé, ou qu'on lui a ordonné d'accomplir, en dépit des éventuelles conséquences négatives qui peuvent s'ensuivre.

125. Au demeurant, cela ne veut pas dire qu'il est possible de faire une constatation de l'existence d'une contribution financière, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), lorsqu'un organisme privé n'exécute pas la fonction dont, selon les allégations, il a été chargé, ou qu'on lui a ordonné d'accomplir. Le fait que l'organisme privé n'exécute pas une des fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) signifie que rien qui ait une valeur économique n'a été transféré de celui qui a accordé la subvention au bénéficiaire.²¹² Pour simplifier, si l'organisme privé n'a pas exécuté la fonction dont, selon les allégations, il a été chargé, ou qu'on lui a ordonné d'accomplir, rien n'aura changé de mains. Il n'y a donc pas de contribution financière et, par conséquent, il n'y aurait aucun droit d'appliquer des mesures compensatoires.

126. Pour ces raisons, nous *confirmons* la constatation faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.117 de son rapport, selon laquelle les éléments de preuve étaient "suffisant[s], pour qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale constate à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la KFB".

VI. Examen par le Groupe spécial des éléments de preuve utilisés par l'USDOC

A. Introduction

127. Nous nous penchons ensuite sur l'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve qui sous-tendent la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Après avoir donné une interprétation générale de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a porté son attention sur les éléments de preuve utilisés par l'USDOC pour déterminer s'ils étaient suffisants pour étayer la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Sur la base de son examen des éléments de preuve, le Groupe spécial a conclu que l'USDOC "n'[avait] pas pu constater à bon droit qu'il y avait des éléments de preuve suffisants à l'appui d'une constatation générale de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard

²¹¹ Nous avons expliqué précédemment que, dans la plupart des cas, l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics inclurait une menace ou une persuasion. (Voir, *supra*, paragraphe 116)

²¹² Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 87, dans lequel l'Organe d'appel a expliqué qu'"une "subvention" impliqu[ait] un transfert de ressources économiques de celui qui accorde la subvention au bénéficiaire, moyennant contrepartie non totale".

d'organismes privés regroupant des créanciers et des transactions multiples durant la période couverte par l'enquête".²¹³ En conséquence, le Groupe spécial a conclu que la détermination de l'existence de subventions faite par l'USDOC était incompatible avec l'article 1.1 a) 1 iv) de l'*Accord SMC*.²¹⁴

128. Les États-Unis allèguent l'existence d'erreurs multiples dans l'application, par le Groupe spécial, de l'article 1.1 a) 1 iv) aux faits de la cause, en particulier en ce qui concerne son examen des éléments de preuve utilisés par l'USDOC. Premièrement, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en appliquant un "critère en matière de preuve"²¹⁵, qui exigeait que les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner soient "probants et déterminants".²¹⁶ Deuxièmement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son approche de l'examen des éléments de preuve utilisés par l'USDOC au regard de l'article 1.1 a) 1 iv), parce qu'il ne les a pas examinés dans leur totalité, qu'il n'a pas tenu compte des déductions raisonnablement tirées des éléments de preuve circonstanciels, et, en conséquence, qu'il a en fait déplacé la charge de la preuve de la Corée aux États-Unis.²¹⁷ Troisièmement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a refusé, à tort, d'admettre certains éléments de preuve qu'ils avaient présentés au cours de la procédure du Groupe spécial au motif que les arguments fondés sur ces éléments de preuve constituaient des "justifications *a posteriori*".²¹⁸

129. En plus de ces allégations d'erreur dans l'application de l'article 1.1 a) 1 iv) par le Groupe spécial, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial ne s'est pas conformé à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en s'appuyant sur des éléments de preuve qui n'étaient pas dans le dossier de l'USDOC au cours de l'enquête.²¹⁹ Enfin, les États-Unis allèguent que les erreurs susmentionnées, prises ensemble, donnent lieu à un motif d'erreur distinct et additionnel au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord, du fait que le Groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen approprié à son examen de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC.²²⁰

²¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177.

²¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.178.

²¹⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 47.

²¹⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 47 (renvoyant au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.35 et 7.46)..

²¹⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 58 à 87.

²¹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant (renvoyant, entre autres, au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.88, 7.102 et 7.141).

²¹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101.

²²⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 119.

130. Avant de commencer notre analyse, nous exposons brièvement la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC, telle qu'elle figure dans sa détermination de l'existence de subventions, pour faciliter la discussion ultérieure de l'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve utilisés par l'USDOC. Nous traitons ensuite chacune des allégations d'erreur qui précèdent, formulées par les États-Unis. Enfin, nous examinons les conséquences de notre analyse pour la conclusion du Groupe spécial concernant la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC.

B. *La constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC*

131. Dans sa détermination de l'existence d'une subvention, l'USDOC a constaté que beaucoup d'établissements financiers, tant des organismes publics que des organismes privés, avaient participé à des transactions financières liées à Hynix. Aux fins de cette détermination, l'USDOC a établi une distinction entre les organismes publics²²¹, les créanciers privés détenus et contrôlés par les pouvoirs publics, et les créanciers privés non détenus ou contrôlés par les pouvoirs publics coréens.²²² Le Groupe spécial a maintenu cette distinction dans son analyse, adoptant la classification des créanciers en créanciers du groupe A, créanciers du groupe B et créanciers du groupe C, avancée par les États-Unis.²²³ Par conséquent, les organismes publics créanciers d'Hynix étaient désignés par les termes "créanciers du groupe A" et comprenaient la Banque coréenne de développement ("KDB"), la Banque industrielle de Corée et d'autres banques "spécialisées".²²⁴ Les créanciers privés détenus ou contrôlés par les pouvoirs publics coréens, dont l'USDOC a constaté qu'ils n'étaient pas des organismes publics²²⁵, étaient désignés par les termes "créanciers du groupe B"; ceux-ci

²²¹ Dans sa détermination, l'USDOC a désigné les organismes publics par les termes "autorités gouvernementales". (Réponse des États-Unis à la question n° 3 posée par le Groupe spécial à la première réunion du Groupe spécial, rapport du Groupe spécial, page E-41, paragraphe 10 et note de bas de page 9, y relative) Voir aussi le Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 15 à 17.

²²² Voir le Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 49.

²²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8 (faisant référence à la figure n° 4 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial).

²²⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 3 posée par le Groupe spécial à la première réunion du Groupe spécial, rapport du Groupe spécial, page E-41, paragraphe 10 et note de bas de page 9, y relative.

²²⁵ Certains des créanciers d'Hynix ont été traités par l'USDOC comme des créanciers du groupe B, en dépit du fait que la participation des pouvoirs publics coréens au capital était de 100 pour cent. Le Groupe spécial a fait observer qu'à son avis, l'USDOC aurait pu être en droit de traiter ces sociétés détenues à 100 pour cent comme des "organismes publics", mais qu'ayant refusé de les classer comme telles, l'USDOC était tenu d'établir l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne ces créanciers. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 29 relative au paragraphe 7.8 et note de bas de page 80 relative au paragraphe 7.62)

comprenaient la Banque de change coréenne et la KFB²²⁶. Les entités privées dans lesquelles la participation des pouvoirs publics coréens était beaucoup plus petite, voire non existante, étaient désignées par les termes "créanciers du groupe C"²²⁷; parmi ces créanciers, figuraient la banque KorAm, la banque Hana et la banque Kookmin.²²⁸ Nous utilisons les mêmes catégories dans le présent rapport.

132. Dans son analyse de l'existence d'une action de charger et d'ordonner, l'USDOC a examiné, en particulier, quatre transactions financières. La première était un prêt bancaire syndiqué de 800 milliards de won (le "prêt syndiqué de décembre 2000") accordé à Hynix à la fin de 2000 pour financer la dette à court terme qui arrivait à échéance au début de 2001.²²⁹ La deuxième transaction financière était le Programme d'obligations accéléré de la KDB, qui avait également pour vocation de faire face à la crise de liquidités causée par des obligations arrivant à échéance en même temps. Ce programme est décrit comme suit dans le Mémoire sur les questions et la décision de l'USDOC:

Au titre du Programme accéléré, qui était administré par la KDB, les sociétés sélectionnées pour participer à ce programme devaient d'abord rembourser 20 pour cent de leurs obligations qui arrivaient à échéance en 2001; les 80 pour cent restants des obligations arrivant à échéance ont été achetés par la KDB, et ont été ensuite remplacés par de nouvelles obligations émises par les sociétés participant au programme. Sur les obligations achetées par la KDB qui ont été remplacées par de nouvelles émissions, 10 pour cent des nouvelles obligations émises étaient conservés par la KDB, 20 pour cent de chaque nouvelle émission étaient achetés par les créanciers de la société (les pouvoirs publics coréens ont accordé une dérogation au plafond de crédit pour permettre aux créanciers de dépasser les limites fixées pour leurs engagements), et les 70 pour cent restants de chaque nouvelle émission ont été regroupés avec d'autres obligations et vendus en tant que [obligations garanties] ou [prêts garantis] (partiellement garantis par le [Fonds coréen de garantie de crédit]).²³⁰

133. La troisième transaction financière était un programme de restructuration convenu entre Hynix et ses créanciers en mai 2001 (la "restructuration de mai 2001"). Un groupe de 17 gros créanciers formait un conseil des créanciers (le "Conseil des créanciers de mai 2001"), sur la base du processus de restructuration de la dette établi en juin 1998 par l'Accord sur la restructuration des

²²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8; réponses des États-Unis aux questions n° 4 à 6 posées par le Groupe spécial à la première réunion du Groupe spécial, rapport du Groupe spécial, page E43, paragraphe 17.

²²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8; réponse des États-Unis aux questions n° 3 à 6 posées par le Groupe spécial à la première réunion du Groupe spécial, rapport du Groupe spécial, page E-43, paragraphe 19.

²²⁸ Figure n° 4 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial.

²²⁹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 19.

²³⁰ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 23.

entreprises (le "CRA"), qui était "un accord informel qui englobait 210 établissements financiers [coréens]".²³¹ Le Conseil des créanciers de mai 2001 est convenu d'un plan de restructuration globale pour Hynix, comportant le rééchelonnement et le refinancement de la dette d'Hynix au moyen de reports d'échéances et de titres de créance à court terme, ainsi que l'émission d'obligations convertibles et de Global Depository Shares.²³²

134. La quatrième transaction financière identifiée par l'USDOC était un autre programme de restructuration, élaboré au vu des "difficultés financières permanentes" d'Hynix et du fléchissement du marché des DRAMS²³³, et adopté par Hynix et ses créanciers en octobre 2001 (la "restructuration d'octobre 2001").²³⁴ Ce plan de restructuration a été formulé au titre de la CRPA, une codification dans la législation coréenne des méthodes de renégociation des sociétés utilisée informellement au titre du CRA. Le conseil des créanciers régissant ce plan de restructuration (le "Conseil des créanciers d'octobre 2001") a offert aux créanciers d'Hynix trois options: i) accorder de nouveaux prêts à Hynix; ii) convertir un certain montant de la dette d'Hynix en participations, une portion de la dette étant remise; ou iii) exercer leurs droits au rachat sur expertise²³⁵, une portion de la dette étant remise. À la suite de cette restructuration, une part de la dette d'Hynix s'élevant à presque 3 millions de won a été convertie en participations, une part de la dette s'élevant à 1,45 billion de won a été remise, et de nouveaux prêts ont également été accordés à Hynix, d'autres prêts ont été refinancés ou ont fait l'objet de prorogations.²³⁶

135. L'USDOC a tiré trois déductions factuelles des éléments de preuve versés au dossier dont il était saisi: i) les pouvoirs publics coréens ont appliqué une politique de soutien à la restructuration financière d'Hynix évitant ainsi l'effondrement de la société²³⁷; ii) les pouvoirs publics coréens ont

²³¹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 19.

²³² Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 20. D'après ce que nous croyons comprendre, les références au Global Depository Shares figurant dans le Mémoire sur les questions et la décision se rapportent à des actions de sociétés offertes à la vente à l'échelle mondiale, c'est-à-dire sur plusieurs marchés dans le monde, en vertu de quittances qui sont émises par les banques dans plusieurs pays et qui constituent la preuve de la participation détenue par l'actionnaire dans cette société. (Voir P. Moles et N. Terry, *The Handbook of International Financial Terms* (Oxford University Press, 1999), page 256)

²³³ Les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAMS) et les modèles de mémoires contenant des DRAMS sont ici désignés sous l'appellation collective de "DRAMS".

²³⁴ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 20.

²³⁵ L'exercice des droits au rachat sur expertise supposait un créancier désireux de ne plus continuer à financer Hynix, dont les créances sur Hynix seraient achetées par les autres créanciers d'Hynix à un prix déterminé soit par consultation, soit avec l'aide d'un cabinet comptable. (Voir *infra*, les paragraphes 169 et 170).

²³⁶ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 20.

²³⁷ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 49 et 50. Voir aussi la première communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 37; et la deuxième communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 10.

exercé sur les créanciers d'Hynix le contrôle ou l'influence nécessaire pour mettre en œuvre cette politique²³⁸; et iii) les pouvoirs publics coréens ont par moment utilisé ce contrôle/cette influence pour exercer des "pressions" ou une coercition sur les créanciers d'Hynix afin qu'ils continuent d'appuyer la restructuration financière de la société.²³⁹ Sur la base de ces déductions, l'USDOC a conclu à l'existence d'une action de charger ou ordonner couvrant quasiment tous les créanciers d'Hynix et leur participation à l'une quelconque ou à l'ensemble des quatre transactions financières examinées.

[L]es pouvoirs publics coréens ont chargé les établissements financiers d'exécuter le programme de subventions destiné à sauver Hynix ou leur ont ordonné de le faire. Ce faisant, ils ont soumis divers établissements financiers coréens à la fois à une action de charger et à une action d'ordonner. Comme on l'a exposé plus haut, les pouvoirs publics coréens ont donné des instructions impératives et des directives aux établissements financiers, et ont fait amplement savoir qu'ils appuyaient pleinement le programme de sauvetage. En outre, une fois que le Conseil des créanciers d'Hynix a été formé, avec une majorité de banques détenues ou contrôlées par les pouvoirs publics coréens, ces derniers ont chargé ces banques de poursuivre le processus de sauvetage jusqu'à sa conclusion. En conséquence, nous constatons que l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de ces établissements permettait aux pouvoirs publics coréens d'exécuter leur programme au titre de leur politique de sauvetage, fournissant ainsi une contribution financière à Hynix ...²⁴⁰

C. *Critère en matière de preuve du caractère "probant et déterminant"*

136. Nous commençons notre analyse par la contestation par les États-Unis de la formulation et de l'application alléguées d'un "critère en matière de preuve" erroné par le Groupe spécial.²⁴¹ Ayant souscrit à l'avis des États-Unis en constatant qu'il n'est pas nécessaire de déterminer l'existence d'une

²³⁸ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 50 à 59. Voir aussi la première communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 37; et la deuxième communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 10.

²³⁹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 57, 60 et 61. Voir aussi la première communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 37; et la deuxième communication écrite des États-Unis adressée au Groupe spécial, paragraphe 10. Dans son Mémoire sur les questions et la décision, l'USDOC a également classé les deuxième et troisième déductions dans une seule constatation plus générale selon laquelle "les éléments de preuve figurant dans le dossier établissent l'existence d'un schéma de pratiques de la part des pouvoirs publics coréens visant à donner effet à cette politique pour charger [tel ou tel organisme] de prendre des décisions de prêt dans le cadre de la restructuration, ou de [lui] en donner l'ordre". (Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 49).

²⁴⁰ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 61 et 62. Sur la base de ses constatations lors de précédentes enquêtes, l'USDOC a déterminé que "les pratiques de la Citibank en matière de prêts et de crédit ne font pas l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens". (*Ibid.*, page 17).

²⁴¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 47.

action de charger ou ordonner en se fondant sur des actes explicites, le Groupe spécial a néanmoins formulé la mise en garde suivante:

[L]es éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner doivent être, dans tous les cas, *probants et déterminants*. Ainsi, quelle que soit la nature ou la forme des actes positifs de délégation ou de commandement en cause, les éléments de preuve doivent démontrer que chaque entité privée qui, d'après les allégations, accorde une contribution financière ou participe à une contribution financière a été chargée ou s'est vu ordonner de le faire par les pouvoirs publics.²⁴² (pas d'italique dans l'original, note de bas de page omise)

Par la suite, au début de son examen des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner recueillis par l'USDOC, le Groupe spécial a répété son interprétation selon laquelle "ces "éléments de preuve [doivent être] probants et déterminants, dans le sens où ils démontrent que chacun des créanciers privés participant aux contributions financières a été chargé ou s'est vu ordonner de le faire".²⁴³

137. Les États-Unis contestent la prescription énoncée par le Groupe spécial voulant que les éléments de preuve qui sous-tendent la détermination de l'existence d'une "action de charger" ou d'une "action d'ordonner" faite par l'USDOC soient "probants ou déterminants". Les États-Unis conviennent que les éléments de preuve, de par leur nature même, doivent être "probants"²⁴⁴, mais ils font valoir que le critère d'éléments de preuve "déterminants" ne figure ni dans l'*Accord SMC*, ni dans le Mémoire d'accord. Le terme "déterminants" est compris par les États-Unis comme désignant des éléments de preuve dont le poids est tel qu'ils exigent du décideur qu'il arrive à une conclusion donnée.²⁴⁵ Selon les États-Unis, en appliquant un tel critère, le Groupe spécial a en fait exigé de l'USDOC qu'il ait des éléments de preuve "accablants" ou "irréfutables" qui le "for[ça]ient" ou l'"obligea[ie]nt" à constater l'existence d'une action de charger ou d'une action d'ordonner.²⁴⁶ La Corée estime que le terme "déterminant", dans le contexte où il a été employé par le Groupe spécial, est plus justement interprété dans un sens semblable à "probant", simplement pour décrire des

²⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.35.

²⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.46.

²⁴⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, note de bas de page 56 relative au paragraphe 48.

²⁴⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 48 et 49.

²⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49 (citant le *New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra*, note de bas de page 36, vol. 1, page 458; et le *Oxford Dictionary of English* C. Soanes et A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2004) 2^{ème} édition, page 352).

éléments de preuve tendant à persuader le décideur d'une certaine conclusion.²⁴⁷ La Corée conteste donc la qualification de nouveau critère en matière de preuve qu'attribuent les États-Unis à l'assertion du Groupe spécial au sujet du caractère "probant et déterminant", faisant valoir au lieu de cela qu'il décrit simplement la "qualité des éléments de preuve" nécessaire pour établir l'existence d'une action de charger ou ordonner.²⁴⁸

138. Nous convenons avec les participants²⁴⁹ que ni l'*Accord SMC*, ni le Mémoire d'accord ne formule explicitement un critère en ce qui concerne les éléments de preuve requis pour justifier une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv).²⁵⁰ Il est précisé au paragraphe 2 de l'article 12 de l'*Accord SMC*, intitulé "Éléments de preuve", qu'une décision de l'autorité chargée de l'enquête quant à l'existence d'une subvention "ne pourra être fondée que sur" les éléments de preuve figurant au dossier de cette administration; cela s'applique également aux éléments de preuve utilisés à l'appui d'une constatation de l'existence d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) iv).²⁵¹ Au-delà de cette prescription, toutefois, nous ne voyons rien dans l'*Accord SMC*, ni dans le Mémoire d'accord, qui permette d'imposer à l'autorité chargée de l'enquête un critère particulier en ce qui concerne les éléments de preuve étayant sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

139. Le Groupe spécial a expliqué qu'en utilisant les termes "probants" et "déterminants", il exprimait l'opinion selon laquelle la totalité des éléments de preuve sur lesquels s'appuie une administration doit "démontrer" l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne chaque organisme privé dans le cadre d'une contribution financière donnée.²⁵² En s'exprimant ainsi, le Groupe spécial, à notre avis, n'a pas exigé que les éléments de preuve utilisés par l'USDOC soient "irréfutables"²⁵³, pas plus qu'il n'a exigé que les éléments de preuve soient d'une qualité ou d'une

²⁴⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 96 et 97.

²⁴⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 82.

²⁴⁹ Réponses de la Corée et des États-Unis aux questions posées à l'audience.

²⁵⁰ En revanche, l'article 15.1 de l'*Accord SMC* dispose qu'une "détermination de l'existence d'un dommage ... se fondera sur des éléments de preuve positifs".

²⁵¹ Les autres dispositions de l'*Accord SMC* pertinentes pour une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner donnent pareillement à penser que l'autorité chargée de l'enquête doit "fonder" sa constatation sur des éléments de preuve, mais elles ne précisent pas davantage la nature ou la quantité des éléments de preuve requis pour étayer une telle constatation. (Voir les articles 12.5, 12.8, 22.4 et 22.5 de l'*Accord SMC*)

²⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.35 et 7.46.

²⁵³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49 (faisant référence au *Oxford Dictionary of English, supra*, note de bas de page 246, page 352).

quantité telle qu'ils "forcent"²⁵⁴ l'USDOC à arriver à une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. De fait, après avoir examiné les éléments de preuve utilisés par l'USDOC, le Groupe spécial a conclu que ce dernier "n'[avait] pas pu constater à bon droit qu'il y avait des éléments de preuve suffisants à l'appui" [de sa] constatation de l'existence d'une action de charger ou d'une action d'ordonner.²⁵⁵ Il nous semble, tout bien considéré, que le Groupe spécial n'a pas appliqué le terme "déterminants" de la manière suggérée par les États-Unis; si tel avait été le cas, il aurait imposé à tort un critère qualitatif plus élevé que celui qui est envisagé dans l'*Accord SMC*. En fait, le Groupe spécial a correctement examiné si les éléments de preuve utilisés par l'USDOC pouvaient étayer sa conclusion. Ainsi, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait imposé un "critère en matière de preuve"²⁵⁶ allant au-delà de ce que nous avons trouvé dans l'*Accord SMC*.²⁵⁷

140. Par conséquent, nous *constatons* que le Groupe spécial n'a *pas fait erreur* en constatant, aux paragraphes 7.35 et 7.46 de son rapport, que les éléments de preuve qui sous-tendent la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC doivent être "probants et déterminants", dans la mesure où le Groupe spécial a interprété ces termes comme exigeant seulement que les éléments de preuve démontrent l'existence d'une action de charger ou ordonner.

D. *L'approche des éléments de preuve adoptée par le Groupe spécial*

141. Nous passons à présent à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a utilisé une approche erronée au regard de l'article 1.1 a) 1) iv) de son examen des éléments de preuve utilisés par l'USDOC. En particulier, les États-Unis allèguent, premièrement, que dans son approche, le Groupe spécial ne prend pas en compte le fait que la conclusion de l'USDOC reposait sur la *totalité* des éléments de preuve.²⁵⁸ Deuxièmement, selon les États-Unis, l'approche adoptée par le Groupe spécial restreint d'une manière inadmissible la capacité de l'administration de tirer des déductions légitimes des éléments de preuve circonstanciels, parce qu'elle exige en fait que soit examiné si chaque élément de preuve constitue un élément de preuve direct de l'existence d'une action de charger

²⁵⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49 (citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, *supra*, note de bas de page 36, page 458).

²⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177. (pas d'italique dans l'original)

²⁵⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 47.

²⁵⁷ Nous notons que la Chine et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, participants tiers, considèrent pareillement que le Groupe spécial n'a pas imposé d'obligations additionnelles aux Membres en exigeant simplement que les éléments de preuve soient "probants et déterminants". (Communication de la Chine en tant que participant tiers, paragraphe 25; communication du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu en tant que participant tiers, paragraphe 7).

²⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 58 à 73.

ou ordonner.²⁵⁹ Troisièmement, les États-Unis estiment que, du fait de l'approche incorrecte de l'examen des éléments de preuve adoptée par le Groupe spécial, la charge de la preuve a en fait été déplacée de la Corée aux États-Unis, parce que le Groupe spécial n'a semble-t-il pas pris sérieusement en considération les éléments de preuve qui ne constituaient pas une "preuve irréfutable".²⁶⁰

142. Au début de son examen, le Groupe spécial a reconnu les éléments factuels sous-tendant la constatation de l'USDOC – à savoir, la politique des pouvoirs publics coréens visant à sauver Hynix, la capacité des pouvoirs publics coréens de contrôler ou d'influencer les créanciers d'Hynix, et les pressions qu'ils ont exercées sur ces créanciers – et a structuré son analyse en suivant ces principes factuels.²⁶¹ Le Groupe spécial a aussi fait observer que l'USDOC avait fondé sa constatation sur la *totalité* des éléments de preuve, "sans accorder d'importance particulière à un ou à plusieurs facteurs de preuve".²⁶² Le Groupe spécial a déterminé qu'il suivrait la "même approche" concernant les éléments de preuve.²⁶³ À ce que nous croyons comprendre, ce faisant, le Groupe spécial a implicitement admis le caractère raisonnable de cette approche.

143. À notre avis, c'est à juste titre que le Groupe spécial a décidé de suivre l'approche de l'examen des éléments de preuve adoptée par l'administration. Cependant, en dépit de cette intention déclarée, le Groupe spécial a suivi une approche différente, que nous examinons ci-après.

1. Examen des éléments de preuve pris individuellement

144. Nonobstant le fait que l'USDOC s'est appuyé sur la *totalité* des éléments de preuve, le Groupe spécial a soutenu que "[p]our" suivre la même approche, il était tenu d'évaluer la "valeur probante de chaque facteur de preuve séparément".²⁶⁴ Par conséquent, en ce qui concerne chacun des éléments factuels qui sous-tendent la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC²⁶⁵, le Groupe spécial a examiné *individuellement* les éléments de preuve que l'USDOC a utilisés à l'appui de l'hypothèse particulière.

145. Nous ne voyons aucune erreur, en principe, dans l'examen par un groupe spécial de chaque élément de preuve au regard de l'article 1.1 a) 1) iv), même lorsque l'autorité chargée de l'enquête tire

²⁵⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 74 à 85.

²⁶⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87.

²⁶¹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45 et la section VII.C.1 b), sous-sections i) à iii).

²⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

²⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

²⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

²⁶⁵ *Supra*, paragraphe 135.

sa conclusion de la *totalité* des éléments de preuve. De fait, à notre avis, dans beaucoup de cas un groupe spécial ne pourra examiner le caractère suffisant des éléments de preuve étayant la conclusion de l'existence d'une action de charger ou ordonner formulée par l'autorité chargée de l'enquête qu'en examinant chaque élément de preuve pris individuellement.

146. Cependant, nous constatons que le Groupe spécial a fait erreur dans la *manière* dont il a examiné les éléments de preuve pris individuellement. Nous notons, tout d'abord, que le Groupe spécial a semble-t-il souvent examiné si chaque élément de preuve, considéré *isolément*, démontrait l'existence d'une action de charger ou ordonner. Par exemple, l'USDOC a jugé pertinent le fait que la Commission de surveillance financière (la "FSC") avait relevé les plafonds de crédit fixés aux banques octroyant des prêts à un seul emprunteur de façon que des fonds additionnels puissent être fournis à Hynix.²⁶⁶ Le Groupe spécial n'a pas partagé cet avis:

Bien que les États-Unis aient peut-être raison de faire valoir que certains créanciers n'auraient pas été en mesure de participer au prêt syndiqué sans la dérogation au plafond de prêt, nous ne considérons pas que [l'US]DOC aurait dûment pu *en inférer que les créanciers étaient chargés ou s'étaient vu ordonner* de participer à ce prêt syndiqué. ... Les États-Unis font également valoir que l'action de charger ou ordonner visant les banques pour qu'elles aident Hynix n'aurait aucun sens si la loi empêchait ces banques de se conformer aux directives des pouvoirs publics coréens. Bien que cela puisse être le cas, cela ne signifie pas qu'il y a *action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics chaque fois qu'une dérogation à un plafond de prêt est accordée*.²⁶⁷ (pas d'italique dans l'original)

À ce que nous croyons comprendre, l'USDOC n'a pas inféré *uniquement de la dérogation aux plafonds de prêt* qu'il y avait eu action de charger ou ordonner. Nous ne considérons pas non plus que l'utilisation de cet élément de preuve par l'USDOC donne à penser qu'"il y a action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics chaque fois qu'une dérogation à un plafond de prêt est accordée", car une telle conclusion ne serait possible que si l'USDOC avait fondé sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner *exclusivement* sur les dérogations aux plafonds de prêt.

147. De même, l'USDOC s'est également appuyé sur des documents fournis au cours des réunions de vérification pour constater qu'un vice-président de la FSC²⁶⁸ était présent à une réunion du Conseil

²⁶⁶ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 51.

²⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.101.

²⁶⁸ Le Groupe spécial a fait observer que la Corée contestait ce fait, alléguant au lieu de cela qu'un représentant du Service de surveillance financière était présent à la réunion, organisme qui n'était "pas un organe

des créanciers de mai 2001 "pour enjoindre les banques créancières de mettre en œuvre les décisions prises par les créanciers".²⁶⁹ L'USDOC a utilisé cet élément de preuve à l'appui de son interprétation selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient exercé des pressions sur les créanciers d'Hynix pour qu'ils participent à la restructuration financière de l'entreprise. Le Groupe spécial a rejeté la pertinence de cet élément de preuve:

[L]e fait qu'une autorité de surveillance assiste à une réunion de créanciers à la demande du créancier principal afin d'enjoindre les banques créancières de mettre en œuvre les décisions prises par les créanciers – et non pas de leur donner des instructions – ne permettrait pas à une autorité chargée de l'enquête de conclure à bon droit que cette *présence équivalait pour les pouvoirs publics à charger* les créanciers de participer à la restructuration, ou à leur en *donner l'ordre*.²⁷⁰ (souligné dans l'original; pas d'italique dans l'original)

L'USDOC n'a pas fait valoir que la présence du représentant de la FSC, en elle-même et à elle seule, "équivalait à" une action de charger ou ordonner. En arrivant à cette conclusion, le Groupe spécial a, pour l'essentiel, reproché à l'USDOC d'avoir fait une certaine inférence à partir d'un seul élément de preuve, alors qu'en fait l'administration n'a rien fait de tel.

148. Dans sa détermination, l'USDOC avait également attiré l'attention sur des documents internes de la banque Kookmin pour étayer l'existence d'un lien entre la politique des pouvoirs publics coréens visant à sauver Hynix et les actions des créanciers dans le cadre du sauvetage de l'entreprise.²⁷¹ Dans l'un de ces documents étaient exposées neuf raisons de la participation de la banque Kookmin au prêt syndiqué de décembre 2000²⁷², dont l'une mentionnait une politique des pouvoirs publics coréens relative au rôle des établissements financiers dans la restructuration des entreprises en difficulté.²⁷³ Le Groupe spécial a fait observer que les États-Unis ne contestaient pas le fait que les huit autres raisons

gouvernemental, mais une entreprise publique spéciale affiliée à la FSC [et] jouant le rôle d'organe exécutif de cette dernière". Le Groupe spécial a constaté qu'il n'était pas nécessaire qu'il tranche ce désaccord en raison de sa "constatation concernant la façon dont le DOC a traité cette question". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 166 relative au paragraphe 7.141) De même, compte tenu de la base de notre constatation d'erreur dans l'approche de l'examen des éléments de preuve pris individuellement adoptée par le Groupe spécial, il n'est pas nécessaire que nous tranchions ce désaccord factuel entre les participants.

²⁶⁹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 60 (citant le *GOK Verification Report*, page 19 (pièce n° 12 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial)).

²⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

²⁷¹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 59.

²⁷² *Supra*, paragraphe 132.

²⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.167. La raison relative à la politique des pouvoirs publics coréens ne peut pas être citée car la Corée a indiqué au Groupe spécial qu'il s'agissait de renseignements commerciaux confidentiels. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.166 et la note de bas de page 188 y relative)

indiquées pour ce qui est de la participation de la banque Kookmin se rapportaient à des considérations d'ordre commercial, puis a traité la question de l'importance de la neuvième raison de la manière suivante:

[L]a déclaration ci-dessus fait apparemment référence à une politique générale des pouvoirs publics relative à la participation des établissements financiers à des restructurations à vocation de redressement, plutôt qu'à des actes positifs de délégation ou de commandement des pouvoirs publics accomplis conformément à une politique établie des pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix. ... *Une détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics exige plus que de constater que les organismes privés agissent en tenant compte des demandes générales exprimées dans la politique des pouvoirs publics.*

... [U]ne autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas pu déterminer à bon droit qu'une conduite manifestement justifiée par des raisons d'ordre commercial devrait être imputée à des pouvoirs publics *à cause d'une simple* référence à une demande formulée dans le cadre de la politique générale de ces pouvoirs publics. Comme on l'a relevé précédemment, nous ne considérons pas que la simple existence d'une politique des pouvoirs publics *suffise à établir* l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.²⁷⁴ (pas d'italique dans l'original, note de bas de page omise)

Le Groupe spécial fait abstraction du fait que l'USDOC n'a pas constaté l'existence d'une action de charger ou ordonner "à cause d'une simple" et unique raison d'ordre non commercial étayant la décision de la banque Kookmin de participer au prêt syndiqué de décembre 2000. Il est indubitablement vrai, comme le dit le Groupe spécial, que le fait que huit raisons d'ordre commercial sont présentées à l'appui du prêt de la banque Kookmin peut avoir une incidence sur l'accent mis par l'administration sur la neuvième raison (d'ordre non commercial). Toutefois, il est également vrai, ce que n'a pas reconnu le Groupe spécial, que la neuvième raison pourrait raisonnablement revêtir une plus grande signification si on la considérait à la lumière des autres éléments de preuve corroborants.

149. Dans chacun des cas précités, le Groupe spécial a semble-t-il implicitement exigé que l'action de charger ou ordonner soit *établie*, ou *déterminée*, ou *inférée*, uniquement sur la base de l'élément de preuve particulier examiné. De plus, il ne s'agit pas d'assertions isolées, mais elles correspondent plutôt à une opinion du Groupe spécial qui est évidente tout au long de son analyse²⁷⁵, ce qui est troublant, étant donné surtout que le Groupe spécial lui-même a initialement reconnu que nulle part

²⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.167 et 7.168.

²⁷⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.62, 7.77, 7.78, 7.129, 7.141, 7.167 et 7.168.

dans sa détermination, l'USDOC n'avait soutenu que tel ou tel élément de preuve, pris isolément, serait suffisant pour lui permettre de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner.

150. À notre avis, une fois qu'il a admis l'approche adoptée par l'autorité chargée de l'enquête, un groupe spécial devrait normalement examiner la valeur probante d'un élément de preuve de la même manière que celle qu'a suivie ladite autorité. En outre, si, comme ici, l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur les éléments de preuve pris individuellement circonstanciels considérés ensemble pour étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le groupe spécial examinant une telle détermination devait normalement considérer ces éléments de preuve dans leur totalité, et non pas individuellement, pour évaluer leur valeur probante par rapport à la détermination faite par l'administration.²⁷⁶ De fait, exiger que chaque élément de preuve circonstanciel, indépendamment, établisse l'existence d'une action de charger ou ordonner empêche effectivement une administration de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en se fondant sur des éléments de preuve circonstanciels.²⁷⁷ Les éléments de preuve pris individuellement circonstanciels, de par leur nature même, ne sont pas susceptibles d'établir la véracité d'une proposition, sauf à être examinés conjointement avec d'autres éléments de preuve.

151. Par ailleurs, pour examiner les éléments de preuve à la lumière de la méthode employée par l'autorité chargée de l'enquête, l'analyse d'un groupe spécial devrait toujours tendre à examiner la décision de l'administration en suivant les règles qu'elle a définies, en particulier, en identifiant l'inférence faite par l'*administration* à partir des éléments de preuve, puis en examinant si les éléments de preuve pouvaient soutenir cette inférence. Lorsqu'un groupe spécial examine si un élément de preuve pouvait directement conduire à une conclusion finale – plutôt qu'étayer une inférence intermédiaire que l'administration a cherché à faire à partir de cet élément de preuve particulier – le groupe spécial risque d'interpréter une affaire différente de celle qui a été soumise par l'autorité

²⁷⁶ Nous notons que les Communautés européennes ont formulé une observation semblable:

En examinant les faits et les éléments de preuve uniquement isolément, et aussi en n'examinant pas le poids des différents faits pris ensemble le Groupe spécial a en fait appliqué une approche méthodologique différente de celle qu'avait adoptée l'autorité chargée de l'enquête.

(Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 20) (souligné dans l'original)

²⁷⁷ Nous convenons avec les États-Unis, ainsi qu'avec les Communautés européennes et le Japon, participants tiers, que cette approche est particulièrement pertinente dans les affaires concernant l'action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), dans lesquelles une grande partie des éléments de preuve qui sont à la disposition du public, et donc facilement accessibles pour les parties intéressées et l'autorité chargée de l'enquête, seront probablement d'une nature circonstancielle. (Réponses des États-Unis, des Communautés européennes et du Japon aux questions posées à l'audience) En outre, à proprement parler, l'action de charger ou ordonner n'est pas purement factuelle. C'est plutôt une évaluation *juridique* fondée sur un ensemble de faits prouvés.

chargée de l'enquête.²⁷⁸ Ce faisant, le groupe spécial cesse *d'examiner* la détermination faite par l'administration et s'engage dans sa propre évaluation *de novo* de la décision de l'autorité chargée de l'enquête. Comme nous l'expliquons plus loin²⁷⁹, il n'est pas permis aux groupes spéciaux de procéder à un examen *de novo* des déterminations faites par les administrations.

152. En l'espèce, comme nous l'avons fait observer plus haut²⁸⁰, l'USDOC s'est appuyé sur les éléments de preuve pour arriver à certaines conclusions factuelles, ce qui constituait une étape intermédiaire dans son analyse *avant* de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner. Ces conclusions factuelles intermédiaires étaient les suivantes: i) les pouvoirs publics coréens ont appliqué une politique de prévention de l'effondrement financier d'Hynix; ii) les pouvoirs publics coréens exerçaient un contrôle ou une influence sur les créanciers d'Hynix du groupe B et du groupe C; et iii) les pouvoirs publics coréens ont exercé des pressions sur certains créanciers d'Hynix du groupe B et du groupe C pour qu'ils participent à la restructuration financière. Une évaluation correcte par le Groupe spécial aurait donc consisté à considérer si les éléments de preuve pris individuellement examinés pouvaient tendre à étayer – et non pas établir en eux-mêmes et à eux seuls – la *conclusion factuelle intermédiaire particulière* que l'USDOC cherchait à en tirer. En examinant au lieu de cela si ces éléments de preuve étayaient directement une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le Groupe spécial a déterminé que certains éléments de preuve n'étaient pas probants alors qu'en fait, s'ils avaient été correctement considérés dans le cadre de l'examen fait par l'USDOC, leur pertinence n'aurait pas été méconnue.

2. Examen de la totalité des éléments de preuve

153. Le Groupe spécial a terminé son examen des éléments de preuve utilisés par l'USDOC, aux paragraphes 7.175 à 7.178 de son rapport, par un "examen global de tout le raisonnement exposé par [l'US]DOC". Le Groupe spécial a résumé les constatations qu'il avait faites précédemment au sujet des éléments de preuve pris individuellement et, sur la base de cet "examen global", a conclu que l'USDOC "n'[avait] pas pu constater à bon droit qu'il y avait des éléments de preuve suffisants à l'appui d'une constatation générale de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard

²⁷⁸ Il ne s'agit pas de dire qu'un groupe spécial n'est pas en droit d'examiner si l'administration a donné une explication motivée et adéquate de sa détermination, en particulier en examinant les autres inférences qui pourraient raisonnablement être faites à partir des éléments de preuve versés au dossier – et les explications qui pourraient raisonnablement être fournies concernant ces éléments de preuve. De fait, un groupe spécial doit entreprendre une telle enquête. (Voir *infra*, paragraphe 186)

²⁷⁹ Nous traitons plus loin, à la sous-section G, les conséquences de l'approche des éléments de preuve adoptée par le Groupe spécial pour l'application qu'il a faite du critère d'examen approprié.

²⁸⁰ *Supra*, paragraphe 135.

d'organismes privés regroupant des créanciers et des transactions multiples durant la période couverte par l'enquête".²⁸¹

154. Nous notons tout d'abord que l'analyse par le Groupe spécial de la *totalité* des éléments de preuve semble être principalement un récapitulatif des erreurs que le Groupe spécial a constatées au cours de son examen des éléments de preuve pris individuellement. Ces erreurs auraient indubitablement une incidence sur un examen de la *totalité* des éléments de preuve, car ces pièces constitueraient les éléments de preuve que le Groupe spécial examinerait dans leur ensemble pour évaluer les éléments de preuve à l'appui de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Néanmoins, ce qui manque à notre avis dans l'évaluation "globale" du Groupe spécial, c'est un examen des *inférences* qui auraient pu raisonnablement être faites par l'USDOC sur la base de la *totalité* des éléments de preuve.²⁸² Comme nous l'avons déjà fait observer²⁸³, les éléments de preuve circonstanciels pris individuellement sont peu susceptibles d'établir l'existence d'une action de charger ou ordonner; il se peut que leur importance ne devienne claire que lorsqu'on les examine conjointement avec les autres éléments de preuve. Autrement dit, un élément de preuve qui peut initialement sembler avoir une valeur probante faible, voire nulle, lorsqu'on l'examine isolément, *pourrait*, lorsqu'on le rapproche d'un autre élément de preuve de la même nature, faire partie d'un tableau d'ensemble qui conduit à inférer raisonnablement l'existence d'une action de charger ou ordonner. Bien que l'USDOC ait utilisé une telle approche – et que le Groupe spécial, ne la jugeant pas déraisonnable, ait fait part de son intention de l'imiter – le Groupe spécial n'est pas allé jusqu'à évaluer les éléments de preuve sur une telle base globale.

155. Quelques exemples tirés du rapport du Groupe spécial illustreront son erreur. Bien que le Groupe spécial ait constaté que les éléments de preuve à l'appui étaient suffisants pour que l'USDOC détermine que les pouvoirs publics coréens avaient appliqué une politique visant à garantir la viabilité financière d'Hynix²⁸⁴, le Groupe spécial n'a pas jugé judicieuse l'utilisation par l'USDOC des prospectus de la banque Kookmin pour 2001 et 2002 déposés auprès de la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières, dans lesquels la banque indiquait ce qui suit:

Nous supposons que tous les prêts accordés au titre des politiques des pouvoirs publics seront examinés conformément à la politique en matière d'examen du crédit [de la banque Kookmin]. Cependant,

²⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177.

²⁸² Du fait de son approche des éléments de preuve pris individuellement (voir, *supra*, les paragraphes 144 à 152), plusieurs éléments de preuve que le Groupe spécial avait à tort jugés non pertinents ne faisaient pas partie de son "examen global".

²⁸³ *Supra*, paragraphe 150.

²⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.51.

nous ne pouvons pas vous garantir que la politique des pouvoirs publics n'incitera pas [la banque Kookmin] à prêter à certains secteurs auxquels elle ne prêterait pas ou selon des modalités qu'elle n'appliquerait pas en l'absence de cette politique.²⁸⁵

Nous supposons que tous les prêts accordés au titre des politiques des pouvoirs publics seront examinés conformément à notre politique en matière d'examen du crédit. Cependant, la politique des pouvoirs publics peut nous inciter à prêter à certains secteurs auxquels nous ne prêterions pas, ou selon des modalités que nous n'appliquerions pas en l'absence de cette politique.²⁸⁶

Dans sa détermination, l'USDOC a dit ce qui suit:

Le moment auquel a été rédigé le prospectus de septembre 2001 à l'intention de la [Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières des États-Unis] ... relie clairement les propos concernant l'influence des pouvoirs publics sur les décisions de prêt de la banque à la [période couverte par l'enquête]. En outre, la lecture simple de ces documents, ainsi que les documents examinés à la vérification, établissent un lien entre l'influence exercée par les pouvoirs publics sur [la banque Kookmin] et leur objectif, à savoir sauver Hynix de l'effondrement financier.²⁸⁷

À notre avis, le fait que la banque Kookmin a admis que la "politique des pouvoirs publics" pourrait l'amener à accorder des prêts qu'elle n'offrirait pas normalement et l'existence d'une politique des pouvoirs publics coréens visant à sauver Hynix auraient dû inciter le Groupe spécial à examiner, comme l'a fait l'USDOC, si les prospectus de la banque Kookmin pourraient être d'une plus grande pertinence qu'il ne le pensait initialement lorsqu'il les avait examinés isolément.

156. Le Groupe spécial a aussi constaté que les éléments de preuve de l'existence d'une coercition en ce qui concerne la banque Hana, un créancier du groupe C, auraient une valeur probante limitée relativement à la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC, parce qu'ils se rapportaient aux pressions exercées sur la banque Hana pour qu'elle accorde des fonds

²⁸⁵ Kookmin Bank Prospectus (10 September 2001), page 24, pièce n° 45 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial (citée dans le Mémoire d'accord sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 5, page 58).

²⁸⁶ Kookmin Bank Prospectus (18 June 2002), page 22, pièce n° 45 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial (mentionnée dans le Mémoire d'accord sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 58).

²⁸⁷ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 58.

à Hyundai Petrochemical, et non pas à Hynix.²⁸⁸ L'USDOC avait relevé ce qui suit dans sa détermination:

[L]e [Service de surveillance financière] a menacé d'infliger une amende à la banque Hana si elle ne fournissait pas des fonds d'urgence à [Hyundai Petrochemical], qui faisait partie du groupe Hyundai en cours de restructuration. La banque Hana était aussi un important créancier d'Hynix. En outre, si l'[article de presse cité] évoque [Hyundai Petrochemical], comme nous l'avons souligné plus haut, la politique des pouvoirs publics coréens durant cette période visait à restructurer organiquement et financièrement tout le groupe Hyundai, y compris le prédécesseur d'Hynix, HEI, qui faisait partie de ce groupe.²⁸⁹

Même si nous ne voyons aucune erreur dans le fait que le Groupe spécial a soulevé des questions initialement au sujet de la valeur probante de la coercition qui s'était exercée en ce qui concerne des transactions financières faisant intervenir un bénéficiaire autre qu'Hynix, le fait qu'il n'a ensuite pas pris en considération la valeur de cet élément de preuve conjointement avec d'autres constitue une erreur de droit. Concrètement, le Groupe spécial n'a pas pris en compte dans ce contexte le fait qu'il existait une politique des pouvoirs publics coréens visant spécifiquement Hynix, et que la banque Kookmin (un autre créancier du groupe C) avait reconnu avoir accordé des prêts en application de la politique des pouvoirs publics. Si les pouvoirs publics coréens mettaient en œuvre une politique visant à prévenir la faillite d'Hynix, et s'ils avaient auparavant montré qu'ils étaient disposés à exercer une coercition sur les banques privées (les créanciers du groupe C dans le contexte d'Hynix) pour qu'elles participent à d'autres restructurations du groupe Hyundai, le Groupe spécial aurait dû au moins examiner si, compte tenu de ces faits, il était raisonnable de conclure qu'une coercition était aussi susceptible de s'être exercée en ce qui concerne les prêts accordés à Hynix. Et, ayant ainsi procédé à cet examen, le Groupe spécial aurait pu disposer d'une autre base plus complète pour évaluer s'il était raisonnable de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne les créanciers du groupe C. Le fait que le Groupe spécial n'a pas appréhendé les éléments de preuve dans leur totalité, toutefois, empêchait une telle possibilité.

157. Nous ne soulevons pas ces questions pour laisser entendre que, si le Groupe spécial avait effectué une analyse appropriée des éléments de preuve au regard de l'article 1.1 a) 1) iv), il aurait découvert des éléments de preuve à l'appui suffisants en ce qui concerne la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Nous ne cherchons pas non plus à réévaluer les éléments de preuve soumis au Groupe spécial; telle n'est pas notre tâche. Notre propos porte

²⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127.

²⁸⁹ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 61.

plutôt sur la méthode employée par le Groupe spécial pour évaluer les éléments de preuve. À notre avis, lorsque l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur la totalité des éléments de preuve circonstanciels, cela impose au Groupe spécial l'obligation d'examiner, dans le contexte de la *totalité* des éléments de preuve, comment l'*interaction* de certains éléments de preuve peut justifier certaines inférences qui n'auraient pas pu être justifiées par un examen des éléments de preuve pris individuellement pris isolément. N'ayant pas entrepris une telle évaluation, le Groupe spécial ne pouvait pas arriver à une conclusion appropriée quant au caractère suffisant des éléments de preuve sous-tendant la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC.

158. En bref, nous estimons que, lorsqu'il a analysé les éléments de preuve utilisés par l'USDOC au regard de l'article 1.1 a) 1) iv), le Groupe spécial a évalué la pertinence de nombreux éléments de preuve pris individuellement en examinant si *chacun* de ces éléments était suffisant pour établir l'existence d'une action de charger ou ordonner. Ce faisant, le Groupe spécial n'a pas apprécié le caractère circonstanciel de ces éléments de preuve et n'a pas examiné leur pertinence pour les inférences particulières que l'USDOC cherchait à faire. Cette erreur, à son tour, a contribué à la formulation de diverses constatations du Groupe spécial rejetant ou écartant éléments de preuve pris individuellement sur lesquels s'était appuyé l'USDOC. Par ailleurs, dans son examen "global" des éléments de preuve, le Groupe spécial n'a pas pris en compte le fait que certains éléments de preuve, surtout les éléments de preuve circonstanciels, pourraient devenir plus significatifs s'ils étaient considérés dans leur totalité. Pour ces raisons, nous *constatons* que le Groupe spécial a *fait erreur* en n'examinant pas les éléments de preuve utilisés par l'USDOC dans leur totalité, et en exigeant, au lieu de cela, que les éléments de preuve pris individuellement, en eux mêmes et à eux seuls, établissent l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix.

E. *Admissibilité des éléments de preuve*

159. En exposant leur point de vue au Groupe spécial, les États-Unis ont tenté de s'appuyer, à plusieurs reprises, sur des éléments de preuve qui figuraient dans le dossier de l'enquête en matière de droits compensateurs mais n'avaient pas été *mentionnés* dans la décision de l'USDOC. Le Groupe spécial a refusé d'examiner ces éléments de preuve au motif que leur communication constituait une "justification *a posteriori*" de la part des États-Unis.²⁹⁰ Les États-Unis reconnaissent que les Membres ne peuvent pas défendre les décisions de leurs autorités chargées des enquêtes sur la base de

²⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.88, 7.102 et 7.141. Voir aussi les paragraphes 7.116 et 7.121.

justifications qui ne sont pas exposées dans ces décisions.²⁹¹ Les États-Unis soutiennent cependant que le Groupe spécial s'est mépris sur la portée de cette interdiction de "justification *a posteriori*".²⁹² Selon eux, l'interdiction ne limite que le droit d'un Membre d'invoquer, devant un groupe spécial, de nouvelles *raisons* pour justifier la décision contestée de l'autorité chargée de l'enquête, et non le droit de s'appuyer, pendant les travaux du groupe spécial, sur des *éléments de preuve* qui, s'ils figurent bien dans le dossier de l'autorité chargée de l'enquête, ne sont pas explicitement mentionnés dans sa décision.²⁹³

160. La Corée fait valoir qu'en prescrivant que "tous les renseignements pertinents sur les points de fait et de droit" figurent dans la détermination publiée de l'autorité chargée de l'enquête, l'article 22.5 de l'*Accord SMC* étaye la décision du Groupe spécial de refuser d'examiner les éléments de preuve présentés par les États-Unis.²⁹⁴ La Corée affirme que "tous les renseignements pertinents" comprennent *tout* élément de preuve sur lequel l'administration s'appuie pour justifier sa décision.²⁹⁵ Ainsi, de l'avis de la Corée, l'interprétation des États-Unis selon laquelle seul "un nouveau raisonnement"²⁹⁶ peut à bon droit être rejeté par les groupes spéciaux est incompatible avec le texte "clair" de l'article 22.5.²⁹⁷

161. Il ne fait pas de doute qu'un Membre ne peut chercher à défendre la décision de son administration sur la base d'éléments de preuve qui ne figurent pas dans le dossier de l'enquête. En

²⁹¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 90 et 93.

²⁹² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 90.

²⁹³ Les États-Unis ne font pas appel de la conclusion du Groupe spécial relative à une justification *a posteriori* concernant un nouvel argument factuel avancé par les États-Unis devant le Groupe spécial. Ils ont fait valoir auprès de celui-ci que les pouvoirs publics coréens avaient rappelé à l'ordre diverses agences de notation pour avoir mal noté Hynix. Cet argument était avancé à l'appui de la détermination de l'USDOC selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient exercé un contrôle ou une influence sur les créanciers d'Hynix. Le Groupe spécial a constaté que l'USDOC n'avait pas mentionné dans sa détermination la coercition à l'égard des agences de notation et que, par conséquent, l'argument et l'élément de preuve relatifs à cette coercition "échapp[aient] au champ d'application de la ... procédure [du Groupe spécial]". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135)

²⁹⁴ La partie pertinente de l'article 22.5 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

Dans le cas d'une détermination positive prévoyant l'imposition d'un droit définitif ..., tout avis au public de clôture ... d'enquête contiendra tous les renseignements pertinents, ou indiquera qu'il existe un rapport distinct contenant tous les renseignements pertinents, sur les points de fait et de droit et les raisons qui ont conduit à l'imposition de mesures finales[.]

²⁹⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 183 et 184.

²⁹⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 185 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 93).

²⁹⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 185.

fait, aucun des deux participants ne cherche à faire valoir le contraire.²⁹⁸ La Corée admet, de plus, que les éléments de preuve ayant trait à cet aspect de la contestation des États-Unis faisaient partie du dossier de l'USDOC et avaient été révélés aux parties pendant l'enquête en matière de droits compensateurs.²⁹⁹

162. La disposition au regard de laquelle le Groupe spécial a examiné la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC, l'article 1.1 a) 1) iv), prévoit qu'il existe une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public lorsque:

... les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics[.]

Cette disposition, telle qu'elle est libellée, ne dit rien des éléments de preuve qu'un Membre peut (ou doit) communiquer au groupe spécial pour démontrer l'existence d'une "action de charger" ou d'une "action d'ordonner". Le Groupe spécial lui-même n'a pas expliqué comment il comprenait l'interdiction de "justification *a posteriori*", ni sur quelle base une telle interdiction limiterait le droit d'un Membre de produire des *éléments de preuve* – par opposition à un raisonnement – dans une procédure de règlement d'un différend.

163. La Corée avance que l'article 22.5 de l'*Accord SMC* est le fondement qui permet au Groupe spécial d'exclure les éléments de preuve des États-Unis, notamment parce qu'il prescrit que la détermination finale de l'autorité chargée de l'enquête contienne "tous les renseignements pertinents sur les points de fait et de droit et les raisons qui ont conduit à l'imposition de mesures finales". Nous relevons, premièrement, que le Groupe spécial lui-même n'a pas cherché à justifier son traitement des éléments de preuve des États-Unis sur la base de l'article 22.5. En outre, la Corée n'allègue pas que les faits pour lesquels les éléments de preuve ici en cause ont été produits n'étaient pas présentés dans la détermination finale de l'USDOC.³⁰⁰ Elle n'allègue pas non plus que ces faits, qui figuraient dans la

²⁹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 102; communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 196.

²⁹⁹ Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience.

³⁰⁰ Les faits pour lesquels les États-Unis ont cherché à présenter les éléments de preuve exclus étaient: i) l'influence exercée par les pouvoirs publics coréens sur les créanciers d'Hynix en vertu de la CRPA (rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.72 et 7.74); ii) les décisions prises durant les réunions des Ministres de l'économie qui ont facilité l'octroi de crédits supplémentaires à Hynix (*Ibid.*, paragraphe 7.102); iii) les pressions exercées par les pouvoirs publics coréens sur la KFB (*Ibid.*, paragraphe 7.115); iv) les pressions exercées par les pouvoirs publics coréens sur la banque KorAm (*Ibid.*, paragraphe 7.121); et v) la présence de

détermination finale, étaient affirmés sans référence à *aucun* élément de preuve à l'appui. En effet, la Corée ne pouvait alléguer cela parce que ces faits étaient *bel et bien* présentés dans la détermination finale de l'USDOC qui visait *bel et bien* à les étayer en faisant référence aux éléments de preuve versés au dossier, même s'il ne s'agissait pas précisément des éléments de preuve que le Groupe spécial a refusé d'examiner.³⁰¹ Ainsi, pour ce qui concerne les éléments de preuve dont il est ici question, la détermination finale de l'USDOC indiquait à la Corée les bases factuelles de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, ainsi que certains éléments de preuve étayant chacun de ces faits.

164. Dans ces circonstances, nous sommes d'avis que l'article 22.5 ne prescrit pas que l'administration cite ou analyse, dans la détermination finale, *chaque* élément de preuve pour chaque fait.³⁰² Par conséquent, même en supposant, pour les besoins de l'argumentation, que l'article 22.5 de l'Accord SMC puisse être le fondement permettant à un groupe spécial d'exclure des éléments de preuve, nous ne voyons aucune raison de justifier par cet article une telle exclusion en l'espèce.³⁰³

165. À la lumière de ce qui précède, nous ne trouvons aucune base justifiant l'exclusion par le Groupe spécial des éléments de preuve des États-Unis en question. Ces éléments de preuve étaient dans le dossier de l'enquête et ils n'ont pas été présentés au Groupe spécial à l'appui d'un nouveau raisonnement ou d'une nouvelle justification. Nous *constatons*, par conséquent, que le Groupe spécial a fait erreur, aux paragraphes 7.88, 7.102, 7.116, 7.121 et 7.141 de son rapport, en refusant d'examiner certains éléments de preuve qui n'étaient pas mentionnés par l'USDOC dans sa détermination publiée.

fonctionnaires de la FSC à une réunion des créanciers d'Hynix (*ibid.*, paragraphe 7.141 et note de bas de page 161 relative au paragraphe 7.138).

³⁰¹ Voir le Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 53 à 55 (analyse de l'influence des pouvoirs publics coréens sur les créanciers d'Hynix en vertu de la CRPA); *ibid.*, pages 50 à 52 (analyse des réunions des Ministres de l'économie); *ibid.*, pages 60 et 61 (analyse des pressions exercées sur la KFB par les pouvoirs publics coréens); *ibid.*, page 60 (analyse des pressions exercées sur la banque KorAm par les pouvoirs publics coréens); *ibid.*, page 60 (analyse de la présence de fonctionnaires de la FSC à une réunion des créanciers d'Hynix).

³⁰² À ce propos, le Japon a exprimé l'opinion selon laquelle "aucune disposition du Mémoire d'accord ou de l'Accord SMC ne prescrit que l'autorité [chargée de l'enquête] analyse un par un tous les éléments de preuve qu'elle a évalués ou qui étayaient sa conclusion dans une détermination donnée". (Communication du Japon en tant que participant tiers, paragraphe 30).

³⁰³ Nous rappelons que, dans des décisions antérieures ayant trait à l'Accord *antidumping*, l'Organe d'appel a traité des éléments de preuve qu'un groupe spécial peut prendre en considération en examinant les décisions des autorités chargées de l'enquête. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphes 109 et 110; et le rapport de l'Organe d'appel *CE – Tubes et tuyaux de canalisation*, paragraphes 131 et 132)

F. *Éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier*

166. Nous examinons maintenant si, comme l'allèguent les États-Unis³⁰⁴, le Groupe spécial a fait erreur en s'appuyant sur des éléments de preuve qui ne figuraient pas dans le dossier dont disposait l'USDOC dans l'enquête correspondante en matière de droits compensateurs. Nous commençons par exposer les faits relatifs à cette question qui ne sont pas contestés, puis nous examinons l'approche suivie par le Groupe spécial.

167. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'une des conclusions factuelles établies par l'USDOC à l'appui de sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner était que les pouvoirs publics coréens étaient en mesure de contrôler ou d'influencer les créanciers d'Hynix.³⁰⁵ L'un des mécanismes examinés par l'USDOC et par lequel les pouvoirs publics coréens, selon les allégations, exerçaient un contrôle ou une influence sur les créanciers d'Hynix était la CRPA.

168. D'après l'USDOC, les créanciers détenant au moins 75 pour cent des créances d'une société pouvaient, en vertu de la CRPA, fixer les conditions de la restructuration applicables à *tous* les créanciers de la société.³⁰⁶ L'article 29 de la CRPA créait un mécanisme permettant aux créanciers qui n'approuvaient pas les conditions de la restructuration d'être désintéressés par le reste des créanciers.³⁰⁷ Le prix de rachat des créances des créanciers dissidents devait être déterminé par concertation entre les créanciers dissidents et le reste des créanciers.³⁰⁸ L'article 29 5) de la CRPA prévoyait ce qui suit, si la concertation ne débouchait pas sur un prix convenu :

... le comité de médiation ... prendra une décision concernant le prix d'achat ou le rachat des créances, et les conditions y relatives. Le cas échéant, le comité de médiation tiendra compte du prix calculé par un expert-comptable choisi dans le cadre de consultations entre le conseil et les créanciers opposants[.]³⁰⁹

169. Les conditions de la restructuration établies par le Conseil des créanciers d'octobre 2001 donnaient aux créanciers d'Hynix trois options, dont la troisième prévoyait ce qui suit :

...les créanciers qui n'étaient d'accord ni pour consentir de nouveaux prêts [option 1], ni pour convertir leurs créances en titres de participation [option 2] pouvaient exercer leur droit au rachat sur

³⁰⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 100.

³⁰⁵ *Supra*, paragraphe 135.

³⁰⁶ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 55.

³⁰⁷ Article 29(1) of the CRPA, pièce n° 22 c) de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial.

³⁰⁸ Article 29(4) of the CRPA, pièce n° 22 c) de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial.

³⁰⁹ Article 29(5) of the CRPA, pièce n° 22 c) de la Corée présentée par la Corée au Groupe spécial.

expertise de la totalité de leurs créances garanties et de 25 pour cent de leurs créances non garanties sur la base de la valeur de liquidation d'Hynix (établie par un expert externe), en renonçant au reste de leurs créances.³¹⁰

170. Ainsi, dans le cadre de la troisième option ("option 3"), les créanciers qui refusaient de consentir de nouveaux prêts à Hynix et de convertir leurs créances en titres de participation d'Hynix pouvaient exercer leurs droits au rachat sur expertise et être désintéressés par les autres créanciers du Conseil des créanciers d'octobre 2001. Les pouvoirs publics coréens et Hynix ont signalé à l'USDOC, pendant l'enquête, que trois³¹¹ créanciers avaient, en fait, choisi l'option 3 et "s'étaient détachés d'Hynix et du processus de restructuration en octobre 2001".³¹² Dans sa détermination, l'USDOC a répondu que, malgré le défaut de participation de ces créanciers, la faculté alléguée qu'avaient les pouvoirs publics coréens de contrôler ou d'influencer les créanciers d'Hynix subsistait du fait que "les conditions selon lesquelles ces banques créancières avaient mis un terme à leur relation avec Hynix étaient dictées par les banques qui importaient en l'espèce, à savoir les ... créanciers [des groupes A et B]".³¹³

171. Le Groupe spécial a constaté que l'USDOC n'avait pas expliqué comment les conditions de restructuration avaient été "fix[ées]"³¹⁴ par les créanciers des groupes A et B, bien que l'article 29 5) de la CRPA prévoit la "possibilité"³¹⁵ pour les créanciers dissidents d'éviter ces conditions de restructuration et d'être désintéressés par les autres créanciers à un prix déterminé par médiation. Le Groupe spécial a affirmé qu'"il y avait également des éléments de preuve dans le dossier de l'[US]DOC qui indiquaient que les dispositions en matière de médiation avaient effectivement été invoquées par trois créanciers concernant la restructuration d'octobre 2001".³¹⁶ Le Groupe spécial a donc déterminé que les éléments de preuve versés au dossier étaient suffisants pour "remettre en

³¹⁰ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 20.

³¹¹ À l'audience, la Corée a déclaré que, bien que le rapport d'audit concernant Hynix pour 2001 ait mentionné *trois* créanciers ayant exercé leurs droits à une médiation, le nombre exact était de quatre, comme les pouvoirs publics coréens et Hynix l'avaient indiqué à l'USDOC (Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 61). La Corée a laissé entendre, à l'audience, que le fait que le rapport d'audit concernant Hynix pour 2001 mentionne trois créanciers était dû à une erreur de traduction. Nous n'avons pas besoin de résoudre cette différence pour régler la question, et nous parlerons dans toute notre analyse de *trois* créanciers.

³¹² Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 61.

³¹³ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 61.

³¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.84 (citant le Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 55).

³¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.84.

³¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.85.

question" la conclusion de l'USDOC selon laquelle les conditions de la restructuration d'octobre 2001 avaient été définies par les créanciers des groupes A et B.³¹⁷

172. Les États-Unis contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle certains créanciers d'Hynix avaient "effectivement ... invoqué ..." ³¹⁸ leur droit à la médiation conformément à la CRPA. D'après eux, les éléments de preuve versés au dossier dont disposait l'USDOC ne contenaient aucun renseignement concernant l'*exercice*, par les trois créanciers, de leurs droits à une médiation. ³¹⁹ Ils estiment que la seule base pouvant justifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle certains créanciers avaient exercé leurs droits à une médiation étaient les éléments de preuve communiqués par la Corée au Groupe spécial mais jamais remis à l'USDOC. ³²⁰ En concluant sur la base d'éléments de preuve ne figurant pas dans le dossier, font valoir les États-Unis, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord. ³²¹

173. La Corée fait valoir que les États-Unis déforment la constatation du Groupe spécial, qui, à son sens, signifie que l'USDOC n'avait pas mené suffisamment loin son enquête sur la participation de certains créanciers à la restructuration d'octobre 2001. ³²² Cette constatation, selon elle, était fondée non seulement sur de "réels incidents de médiation", qui ressortent du rapport d'audit concernant Hynix pour 2001, mais aussi sur l'article 29 5) de la CRPA et sur l'opinion de l'un des experts de l'USDOC. ³²³ À propos du rapport d'audit concernant Hynix pour 2001, la Corée fait observer que l'extrait de ce document faisait clairement référence à des médiations exercées conformément à la CRPA, puis indiquait que "[s]ur la base de cette clause", trois créanciers avaient "soulevé des objections". ³²⁴ La Corée estime que, sur cette base, l'USDOC aurait dû comprendre que le fait de soulever des objections, lié au remboursement futur par Hynix, impliquait nécessairement que ces créanciers avaient eu recours à la médiation.

174. Bien que les États-Unis définissent l'erreur du Groupe spécial comme le fait de s'être appuyé sur des éléments de preuve qui ne figuraient pas dans le dossier, nous notons que le Groupe spécial a explicitement convenu, comme les États-Unis, que son "examen de la détermination faite par

³¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.87.

³¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.85.

³¹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 108 à 111.

³²⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 112 à 114.

³²¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 117.

³²² Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 198, 199 et 210.

³²³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 198.

³²⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 203.

l'[US]DOC devrait se limiter aux faits effectivement versés au dossier d'enquête de l'[US]DOC".³²⁵ Le Groupe spécial a insisté sur le fait que sa constatation était fondée exclusivement sur "des éléments de preuve dans le dossier de l'[US]DOC"³²⁶, notamment le rapport d'audit concernant Hynix pour 2001. La question soulevée par l'appel des États-Unis n'est donc pas de savoir si des éléments de preuve figuraient dans le dossier mais plutôt de savoir si les éléments de preuve qui y figuraient auraient dû "indiqu[er]" à l'USDOC "que trois des quatre créanciers exerçant leurs droits au rachat sur expertise au titre de l'option 3 avaient effectivement exercé leur droit de solliciter une médiation concernant la restructuration d'octobre 2001".³²⁷

175. Les États-Unis font valoir leur contestation en invoquant l'article 11 du Mémoire d'accord, lequel prescrit qu'un groupe spécial "procède] à une évaluation objective de la question dont il est saisi". L'Organe d'appel a précédemment dit qu'en évaluant la détermination faite par l'autorité chargée de l'enquête, un groupe spécial ne pouvait reprocher à l'administration de ne pas avoir tenu compte de faits dont elle n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance.³²⁸ Un groupe spécial doit donc limiter son examen aux faits que l'administration aurait dû faire ressortir des éléments de preuve versés au dossier. Lorsqu'un groupe spécial lit les éléments de preuve "avec l'avantage du recul", il n'examine pas comment il aurait fallu comprendre équitablement ces éléments de preuve au moment de l'enquête, et il ne procède pas, ainsi, à "une évaluation objective" conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.³²⁹

176. Nous en venons maintenant aux éléments de preuve sur lesquels s'est appuyé le Groupe spécial. Celui-ci a désigné un seul paragraphe du rapport d'audit concernant Hynix pour 2001, qui figurait dans le dossier de l'enquête, comme base de sa constatation selon laquelle l'USDOC aurait dû savoir que trois créanciers avaient eu recours à la médiation après avoir exercé leurs droits au rachat sur expertise dans le cadre de l'option 3.³³⁰ Ce paragraphe est le suivant:

D'après la [CRPA], tout établissement financier créancier qui n'est pas satisfait de la résolution concernant les banques créancières est en droit de demander la médiation du Comité de médiation. Sur la base de cette clause, trois banques créancières, y compris la Korea First

³²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.84.

³²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.85.

³²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.82.

³²⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 78.

³²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 78.

³³⁰ Bien que le Groupe spécial ait aussi fait référence à l'article 29 5) de la CRPA et au témoignage d'un des experts de l'USDOC, il n'a pas constaté que ces éléments de preuve auraient pu informer l'USDOC du recours à la médiation – plutôt que la "possibilité" d'un tel recours – par trois créanciers d'Hynix. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.84 et note de bas de page 98 relative au paragraphe 7.87)

Bank, ont soulevé des objections visant les conditions de remboursement des créances restantes après une conversion de créances en prises de participation et une annulation de créances, c'est-à-dire des obligations non garanties à cinq ans, sans intérêt. En conséquence, [Hynix] a reconnu avoir pour 80 100 millions [de won] de dettes supplémentaires exigibles à court terme.³³¹

177. Ce passage n'indique pas explicitement que trois créanciers ont participé à une médiation. Il ne dit pas non plus qu'une médiation a effectivement eu lieu ou que c'est à la suite d'une médiation (plutôt que, par exemple, d'un accord avec le Conseil des créanciers d'octobre 2001) qu'est intervenu le remboursement de plus de 80 milliards de won. Tout ce que l'on peut apprendre de ce paragraphe, c'est que trois créanciers ont soulevé des objections au sujet des conditions de remboursement et qu'un montant de 80 milliards de won a été "reconnu". Pendant l'audience, la Corée a insisté sur le fait que ce paragraphe indiquait clairement qu'une médiation avait eu lieu et a expliqué que, dans le contexte de la CRPA, le fait de "souleve[r] des objections" aboutissait automatiquement à une médiation.³³² À notre avis, cependant, il ne paraît pas évident, à la lecture de l'article 29 5) de la CRPA³³³, qui constitue le fondement juridique pour l'exercice des droits au rachat sur expertise, que le fait de soulever des "objections" débouche automatiquement sur une procédure de médiation. En outre, la Corée n'a pu, à aucun moment, indiquer dans ses réponses aux questions posées durant l'audience où *dans le dossier* se trouvait cette explication. Ainsi, d'après notre lecture, les éléments de preuve versés au dossier ne justifient pas la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'USDOC aurait dû comprendre que le fait de "souleve[r]" des "objections" incluait le recours de trois créanciers d'Hynix à une médiation.

178. Nous notons par ailleurs qu'au cours de l'enquête, l'USDOC a interrogé Hynix au sujet des créanciers ayant exercé les droits prévus par l'option 3 – c'est-à-dire les créanciers qui "n'avaient pas échangé leurs obligations convertibles contre les nouvelles obligations convertibles assorties d'une obligation de conversion".³³⁴ Dans un questionnaire supplémentaire, l'USDOC a aussi interrogé Hynix

³³¹ Hynix Audit Report (2001), p. 40 (pièce n° 125 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial) (cité dans le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.85).

³³² Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience.

³³³ *Supra*, paragraphe 168.

³³⁴ Dans son questionnaire, l'USDOC avait posé la question suivante:

Pour chaque créancier qui n'a pas échangé ses obligations convertibles contre les nouvelles obligations convertibles assorties d'une obligation de conversion, le cas échéant, veuillez indiquer la valeur de ces obligations convertibles enregistrées dans le compte d'ajustement du capital d'Hynix, si cet enregistrement a bien été ainsi effectué.

(Hynix's response to the USDOC Questionnaire, 28 January 2003, p. 60 (pièce n° 129 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial))

plus spécifiquement sur la manière dont les droits au rachat sur expertise avaient été exercés dans le cadre de l'option 3.³³⁵ Ni dans l'une, ni dans l'autre de ses réponses Hynix n'a indiqué qu'une médiation avait jamais été sollicitée, et moins encore qu'une médiation avait eu lieu.³³⁶ De ce fait, aucune médiation n'ayant été mentionnée en réponse aux questions posées et compte tenu de la formulation de l'article 29 5) de la CRPA, il ne fallait pas, à notre avis, attendre de l'USDOC qu'il fasse une lecture du rapport d'audit concernant Hynix pour 2001 indiquant que trois créanciers d'Hynix avaient eu recours à une médiation.

179. À notre avis, le Groupe spécial a donc conclu à tort que l'USDOC aurait dû faire une inférence factuelle à partir des éléments de preuve versés au dossier qui, raisonnablement, ne laissaient pas entendre qu'une telle inférence pouvait être faite. Nous *constatons*, par conséquent, que le Groupe spécial n'a pas "procédé à une évaluation objective de la question dont il [était] saisi", comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, en constatant, au paragraphe 7.85 de son rapport, que "les dispositions en matière de médiation [de la CRPA] avaient effectivement été invoquées par trois créanciers concernant la restructuration d'octobre 2001", en l'absence d'éléments de preuve à l'appui dans le dossier de l'enquête correspondante.

G. *Critère d'examen*

180. Nous en venons maintenant à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas examiné la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC d'une manière compatible avec le critère d'examen applicable. Le Groupe spécial a commencé son analyse en faisant observer que l'article 11 du Mémoire d'accord énonçait le critère d'examen applicable. Se

Hynix a fait la réponse suivante:

Quatre banques ont refusé de participer à la seconde restructuration financière ... Cette décision signifiait qu'elles ne consentiraient pas de nouveaux prêts à Hynix, et qu'elles n'accepteraient pas d'échanger leurs créances contre des titres de participation. Au lieu de cela, elles ont exercé leurs droits au rachat de leurs créances sur expertise. Celui-ci a consisté en une conversion de leurs créances (prêts et obligations) en obligations non garanties à cinq ans, sans intérêt, pour ce qui concernait 100 pour cent de leur prêts garantis et 25,46 pour cent de leurs prêts non garantis sur la base de la valeur de liquidation d'Hynix.[.]

(*Ibid.*)

³³⁵ Dans le questionnaire supplémentaire adressé à Hynix, l'USDOC avait posé la question suivante:

Veuillez exposer plus en détail la dernière option permettant aux créanciers d'exercer leurs droits au rachat sur expertise. Veuillez indiquer comment se déroulait ce processus et sur quelle base les droits au rachat sur expertise ont été exercés. [.]

(USDOC Supplemental Questionnaire to Hynix, 11 February 2003 (pièce n° 130 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial) Question 54, p. 10)

³³⁶ Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience.

fondant sur cette disposition et sur l'analyse du critère d'examen faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*, le Groupe spécial a dit ce qui suit :

[N]ous considérons que notre critère d'examen consiste à déterminer si l'[US]DOC et l'[US]ITC ont évalué tous les facteurs pertinents et ont fourni une explication motivée et adéquate de la façon dont les faits étayent leur détermination. Ce faisant, nous examinerons si une évaluation objective et impartiale de tous les faits pertinents versés au dossier pouvait dûment étayer les déterminations de l'existence d'un subventionnement et d'un dommage faites par l'[US]DOC et l'[US]ITC, respectivement. En d'autres termes, nous déterminerons si une autorité objective et impartiale chargée d'une enquête et examinant le même dossier d'éléments de preuve que l'[US]DOC et l'[US]ITC aurait dûment pu arriver aux mêmes conclusions que ces deux organismes. En appliquant ce critère d'examen, nous sommes conscients que nous ne devons pas procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve versés au dossier, ni substituer notre jugement à celui de l'[US]DOC ou de l'[US]ITC.³³⁷

181. Les États-Unis ne contestent pas le critère d'examen énoncé par le Groupe spécial sur la base de l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*. Ils soutiennent, en revanche, que les erreurs alléguées aux sous-sections C à F ci-dessus, prises collectivement, constituent une erreur du Groupe spécial dans l'application du critère d'examen approprié prescrit par l'article 11 du Mémoire d'accord et clarifié par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Fils de coton* et *États-Unis – Viande d'agneau*.³³⁸ La Corée soutient que le Groupe spécial a procédé, à juste titre, à l'examen approfondi³³⁹ prévu dans la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau* et que, comme cela ressort de l'examen des constatations contestées du Groupe spécial en l'espèce, l'appel des États-Unis est fondé sur "des citations partielles ou tronquées et déformées du rapport du Groupe spécial".³⁴⁰

182. L'article 11 du Mémoire d'accord définit le critère d'examen approprié que les groupes spéciaux doivent appliquer en examinant les déterminations de l'existence de subventions faites par les Membres.³⁴¹ La partie pertinente de cet article dispose ce qui suit:

[U]n groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits

³³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.3.

³³⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 119; réponse des États-Unis aux questions posées à l'audience.

³³⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 214.

³⁴⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 214.

³⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 51.

de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions.

183. L'Organe d'appel a fait observer ce qui suit en ce qui concerne l'examen par un groupe spécial, conformément à l'article 11, de faits établis par l'autorité chargée de l'enquête:

... un groupe spécial ne peut pas procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve ni substituer son jugement à celui des autorités compétentes.³⁴²

184. Le Groupe spécial et les deux participants³⁴³ ont reconnu que l'Organe d'appel avait précisé, par le passé, le critère d'examen imposé par l'article 11 pour ce qui est des questions de fait et de droit dans le contexte des allégations relevant de l'*Accord sur les sauvegardes*.³⁴⁴ Le critère d'examen énoncé par l'Organe d'appel dans le contexte des déterminations faites par les administrations dans le cadre de cet accord est instructif pour les affaires relevant de l'*Accord SMC* qui comportent aussi des déterminations faites par des administrations.³⁴⁵ Nous rappelons néanmoins qu'une "évaluation objective", au sens de l'article 11 du Mémorandum d'accord, doit se comprendre à la lumière des obligations énoncées dans l'accord visé invoqué dans chaque affaire pour permettre d'en déduire les contours plus spécifiques du critère d'examen approprié.³⁴⁶ À cet égard, nous sommes plus spécialement attentifs, dans le présent appel, aux articles 12, 19 et 22 de l'*Accord SMC*.

185. Nous avons noté plus haut que l'article 12.2 prescrivait que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'autorité chargée de l'enquête soit "fondée sur" des éléments de preuve.³⁴⁷ Nous notons aussi qu'aux termes de l'article 19.1, des droits compensateurs ne peuvent être imposés que lorsque l'autorité chargée de l'enquête a "détermin[é]", entre autres choses, l'"existence" d'une subvention. L'existence d'une subvention est "déterminée", à son tour, par

³⁴² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*; paragraphe 299 (renvoyant au rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 121).

³⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2 et 7.3; communication des États-Unis en tant qu'appelant, note de bas de page 181 relative au paragraphe 123; communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 213 et 214.

³⁴⁴ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphes 103 et 106.

³⁴⁵ À cet égard, nous notons que les différends relevant de l'*Accord sur les sauvegardes* ou de l'*Accord SMC* ne sont soumis qu'au critère d'examen de l'article 11 du Mémorandum d'accord, alors que l'*Accord antidumping* prévoit, à l'article 17.6, un critère d'examen spécifique qui doit être appliqué en conjonction avec l'article 11 du Mémorandum d'accord dans les affaires relevant de l'*Accord antidumping* (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 55).

³⁴⁶ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 105, et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphes 75 à 78.

³⁴⁷ *Supra*, paragraphe 138.

référence à la définition d'une "subvention" figurant à l'article premier.³⁴⁸ Enfin, l'article 22.5 prescrit que la détermination positive faite par l'autorité chargée de l'enquête inclue les "raisons" de la décision³⁴⁹, ainsi que "la *base* sur laquelle l'existence d'une subvention a été déterminée".³⁵⁰

186. Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que l'"évaluation objective" à laquelle doit procéder un groupe spécial en examinant la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'autorité chargée de l'enquête sera éclairée par un examen de la question de savoir si l'administration a fourni une explication motivée et adéquate: i) de la façon dont les éléments de preuve étayaient ses constatations factuelles; et ii) de la façon dont ces constatations factuelles étayaient la détermination globale de l'existence d'une subvention.³⁵¹ Cette explication devrait ressortir de la détermination publiée elle-même. L'explication donnée par l'autorité chargée de l'enquête – concernant à la fois ses constatations factuelles et sa détermination finale de l'existence d'une subvention – devrait être accompagnée d'autres explications que les éléments de preuve permettaient raisonnablement de déduire, ainsi que des raisons pour lesquelles l'administration a choisi d'écarter ces autres explications en établissant ses conclusions.³⁵²

187. Un groupe spécial ne peut rejeter les conclusions d'une administration au simple motif qu'il serait arrivé à un résultat différent s'il avait fait lui-même la détermination. En outre, en l'absence d'une allégation selon laquelle l'organisme n'a pas mené son enquête suffisamment loin ou n'a pas recueilli certains renseignements³⁵³, un groupe spécial doit limiter son examen aux éléments de preuve dont disposait l'organisme au cours de l'enquête, et il doit tenir compte de tous les éléments de preuve de ce type communiqués par les parties au différend. En d'autres termes, un groupe spécial ne peut pas procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve, ni substituer son propre jugement à celui

³⁴⁸ À notre connaissance, les définitions pertinentes du terme "determine" (déterminer) incluent les sens de "[c]onclude *from reasoning* or investigation, deduce" (conclure à partir d'un raisonnement ou d'une enquête, déduire), ainsi que "[s]ettle or decide (a dispute, controversy, etc., or a sentence, conclusion, issue, etc.) as a judge or arbiter" (régler ou décider (un différend, une controverse, etc., ou une sentence, une conclusion, une question, etc.) en qualité de juge ou d'arbitre) (rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Examen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 110 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds) (Oxford University Press, 2002), volume I, page 659) (pas d'italique dans l'original)).

³⁴⁹ Article 22.5 de l'*Accord SMC* (non souligné dans l'original).

³⁵⁰ Article 22.4 iii) de l'*Accord SMC* (incorporé par référence dans l'article 22.5) (pas d'italique dans l'original).

³⁵¹ Voir, pour comparaison, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphes 276 à 279, et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 103.

³⁵² Voir, pour comparaison, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 106.

³⁵³ Voir, pour comparaison, le rapport d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 114, et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphes 55 et 56.

de l'autorité chargée de l'enquête. Ne pas appliquer le critère d'examen approprié constitue une erreur de droit au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.³⁵⁴

188. Ces principes généraux traduisent le fait qu'un groupe spécial examinant la détermination de l'existence d'une subvention ne devrait pas perdre de vue que son rôle est celui d'un *examineur* de l'action de l'administration plutôt que celui d'un *premier juge des faits*. Ainsi, le groupe spécial qui examine les éléments de preuve à la base d'une détermination de l'existence d'une subvention devrait, en se fondant sur les éléments de preuve du dossier dont il dispose, se demander si les éléments de preuve et les explications sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête étayent raisonnablement ses conclusions. Lorsqu'il s'agit d'examiner individuellement des éléments de preuve, par exemple, le groupe spécial devrait porter son attention sur des questions telles que l'exactitude d'un élément de preuve, ou se demander si celui-ci permet raisonnablement d'étayer l'inférence particulière qui a été faite par l'autorité chargée de l'enquête. Or, comme nous l'avons fait observer plus haut³⁵⁵, le Groupe spécial a examiné, dans la présente affaire, si certains éléments de preuve étaient suffisants pour établir certaines conclusions que l'USDOC n'avait pas cherché à tirer, du moins sur la seule base de ces éléments de preuve. En outre, il n'a pas examiné les éléments de preuve dans leur *totalité*.³⁵⁶ Ainsi, le Groupe spécial n'a pas évalué la détermination faite par l'administration. Son examen traduisait, en revanche, ses propres vues sur le point de savoir s'il y avait ou non action de charger ou ordonner dans la présente affaire; le Groupe spécial a, par là même, indûment procédé à un examen *de novo* des éléments de preuve dont disposait l'administration.³⁵⁷

189. Par ailleurs, en ce qui concerne le refus du Groupe spécial d'admettre certains éléments de preuve communiqués par les États-Unis, nous notons que le Groupe spécial n'a pas indiqué que les éléments de preuve ne figuraient pas dans le dossier de l'enquête correspondante. Il a cependant exclu ces éléments de preuve de son examen en l'absence de tout fondement juridique l'autorisant à le faire.³⁵⁸ Il a aussi fait erreur en concluant que l'USDOC aurait dû avoir connaissance d'un fait qui n'était pas raisonnablement fondé sur les éléments de preuve figurant dans le dossier de l'administration, à savoir que trois créanciers avaient exercé leurs droits à une médiation en vertu de la

³⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 162.

³⁵⁵ *Supra*, paragraphes 149 à 152.

³⁵⁶ *Supra*, paragraphes 154 à 157.

³⁵⁷ Nous faisons observer que les Communautés européennes sont d'accord pour reconnaître qu'en n'examinant pas les éléments de preuve dans leur totalité, le Groupe spécial a effectivement procédé à un examen *de novo* de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC (communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 20).

³⁵⁸ *Supra*, paragraphe 165.

CRPA.³⁵⁹ Ce faisant, le Groupe spécial a essentiellement "refait après-coup" l'analyse des éléments de preuve faite par l'autorité chargée de l'enquête et a ainsi outrepassé les limites de son examen.

190. Considérées collectivement, ces erreurs nous amènent à conclure que le Groupe spécial a outrepassé son rôle d'examineur de la décision de l'autorité chargée de l'enquête et a procédé à sa propre évaluation, en se fiant à son propre jugement, d'une grande partie des éléments de preuve dont disposait l'USDOC. En conséquence, nous *constatons* que le Groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen approprié et que, par conséquent, il ne s'est pas conformé aux obligations lui incombant en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord.

H. *Conclusion du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC*

191. À la suite de son examen des éléments de preuve concernant les prémisses factuelles de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC, le Groupe spécial a conclu ce qui suit :

[m]ême si [l'US]DOC a établi que les pouvoirs publics coréens avaient une politique visant à sauver Hynix, et qu'ils avaient une certaine capacité d'influencer les créanciers des groupes B et C, nous considérons – sur la base d'un examen complet et global de toutes les justifications avancées par [l'US]DOC au regard de la règle énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC – que [l'US]DOC n'a pas correctement démontré que les pouvoirs publics coréens avaient exercé cette capacité de charger tous les créanciers des groupes B et C de participer à l'ensemble des quatre contributions financières en cause, ou de leur ordonner de le faire. Pour cette raison, nous considérons que [l'US]DOC n'a pas pu constater à bon droit qu'il y avait des éléments de preuve suffisants à l'appui d'une constatation générale de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard d'organismes privés regroupant des créanciers et des transactions multiples durant la période couverte par l'enquête.³⁶⁰

192. Même s'il peut avoir été dans l'intention du Groupe spécial de donner un sens plus large aux termes "chargent" et "ordonnent" que ce que peut donner à entendre une lecture stricte des termes "délégation" et "commandement", il nous a paru utile de modifier l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial afin d'en clarifier le sens conformément à l'interprétation que nous avons exposée plus haut.³⁶¹ Nous avons aussi constaté l'existence de multiples erreurs dans l'analyse qu'a faite le Groupe spécial de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Nous avons, en particulier, constaté que le Groupe

³⁵⁹ *Supra*, paragraphe 179.

³⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177.

spécial avait fait erreur i) en appliquant l'article 1.1 a) 1) iv) de manière à examiner les éléments de preuve de l'USDOC un par un plutôt que dans leur totalité, malgré son intention déclarée de suivre l'approche de l'USDOC³⁶²; ii) en refusant d'admettre certains éléments de preuve versés au dossier communiqués par les États-Unis; et iii) en reprochant à l'USDOC de n'avoir pas traité des faits qui ne figuraient pas dans le dossier de l'enquête. Sur la base de ces erreurs, nous avons constaté que le Groupe spécial n'avait pas appliqué le critère d'examen approprié conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. À notre avis, ces erreurs, ajoutées à la modification que nous avons jugé nécessaire d'apporter à l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial, invalident le fondement de la conclusion du Groupe spécial, citée plus haut, selon laquelle il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC.³⁶³

193. Cette conclusion étant la seule base de la constatation d'incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* faite par le Groupe spécial, nous *infirmos* les constatations formulées par celui-ci aux paragraphes 7.178, 7.209 et 8.1 de son rapport selon lesquelles la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers des groupes B et C faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

194. Nous notons que ni l'un, ni l'autre participant ne nous a demandé, dans ses communications écrites, d'achever l'analyse en procédant à notre propre examen de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC si nous devons infirmer la constatation du Groupe spécial quant à l'incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv). En réponse aux questions posées à l'audience, la Corée a déclaré que, bien qu'elle n'en ait pas formulé la demande dans ses communications écrites, elle tenait à ce que l'Organe d'appel complète l'analyse et constate que la détermination de l'existence de subventions faite par l'USDOC était incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Elle a suggéré que, puisque la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC reposait sur sa constatation de l'existence d'un

³⁶¹ *Supra*, paragraphes 118.

³⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

³⁶³ Nous notons que la Corée convient qu'en l'espèce, une constatation d'erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord concernant le critère d'examen appliqué par le Groupe spécial requerrait l'infirmerie de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* (réponse de la Corée aux questions posées à l'audience).

"programme unique [de subventions]", nous achevions l'analyse en n'examinant que les éléments de preuve sur lesquels l'USDOC avait établi sa constatation de l'existence d'un "programme unique".³⁶⁴

195. Nous aurions peut-être pu résoudre ce différend en traitant exclusivement la constatation de l'existence d'un "programme unique" faite par l'USDOC, comme le suggère la Corée, *seulement si* elle avait constitué l'une des bases indispensables pour que l'USDOC puisse finalement constater l'existence d'une action de charger ou ordonner. Or, nous ne sommes pas persuadés que ce soit le cas. À l'appui de sa constatation de l'existence d'un "programme unique", l'USDOC a appelé l'attention sur les conclusions qu'il avait tirées en effectuant son analyse de l'existence d'une action de charger ou ordonner.³⁶⁵ C'est pourquoi, à la lecture de la détermination de l'USDOC, la qualification de la subvention alléguée comme étant un "programme unique" semble *découler de* l'analyse faite par l'USDOC concernant l'action de charger ou ordonner, plutôt qu'en être la *prémisse*. De ce fait, même si nous devons déterminer que la constatation de l'existence d'un "programme unique" faite par l'USDOC manquait d'éléments de preuve suffisants à l'appui, comme le soutient la Corée, cela seul n'affaiblirait pas la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Examiner sa constatation de l'existence d'un "programme unique" ne nous donnerait donc pas une base pour arriver à une réponse définitive quant à la compatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv) de la détermination de l'existence de subventions faite par l'USDOC.

³⁶⁴ Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, page 48; voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.146 à 7.155.

³⁶⁵ Voir le Mémoire sur les questions et la décision, *supra*, note de bas de page 6, pages 48 et 49:

Plutôt que de considérer chacune des mesures prises par les établissements financiers qui ont participé à la restructuration d'Hynix comme des événements distincts, ces actions sont examinées d'une manière appropriée comme faisant partie d'un programme unique mis en œuvre sur une courte période de dix mois. Ce programme avait pour objectif d'achever la restructuration financière d'Hynix afin de maintenir la société en activité. Chacune des mesures prises sur la période allant de décembre 2000 à octobre 2001, que ce soit par des entités publiques telles que la KDB, la FSC ou la [Société coréenne d'assurance des dépôts], ou par les banques créancières détenues et contrôlées par les pouvoirs publics, correspondait à un schéma de pratiques des pouvoirs publics coréens visant à garantir la viabilité ininterrompue d'Hynix. Un grand nombre de ces événements se chevauchaient et avaient pour effet de se renforcer mutuellement du point de vue de l'objectif du maintien des activités d'Hynix. Comme nous l'exposerons d'une manière plus détaillée plus loin, les pouvoirs publics coréens ont joué un rôle essentiel à chaque étape du processus de restructuration en le soutenant directement par leurs propres actions et en dirigeant, facilitant et guidant les actions des banques créancières. La présence et les politiques des pouvoirs publics coréens tout au long de ce processus de restructuration étaient manifestes, et les banques créancières d'Hynix, que ce soit les entités spécialisées des pouvoirs publics coréens, celles détenues majoritairement par eux ou les banques privées, étaient guidées par les politiques et les objectifs des pouvoirs publics coréens. (note de bas de page omise)

196. De surcroît, les erreurs que nous avons constatées dans la décision du Groupe spécial, notamment en ce qui concerne son approche de la question de l'admissibilité et de la valeur probante de plusieurs éléments de preuve pris individuellement, sont, à notre avis, d'une nature telle qu'il nous faudrait, pour achever l'analyse, examiner à nouveau entièrement la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC. Nous avons dit plus haut que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner dépendrait largement des faits de la cause.³⁶⁶ Ainsi, en achevant l'analyse, c'est-à-dire en examinant la question de droit consistant à déterminer si l'USDOC aurait pu arriver à une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur la base des éléments de preuve et de l'explication fournis, il nous faudrait nous engager dans un examen approfondi des éléments de preuve, notamment parce que le Groupe spécial a exclu indûment certains éléments de preuve de son examen.

197. Nous n'estimons pas, par ailleurs, que les participants aient traité suffisamment, dans leurs communications, les questions qu'il nous faudrait peut-être examiner si nous devons achever l'analyse en l'espèce, par exemple: i) savoir si la valeur probante de certains éléments de preuve est ou non affectée par la modification que nous avons apportée à l'interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" donnée par le Groupe spécial; ii) la valeur probante des éléments de preuve des États-Unis indûment exclus par le Groupe spécial; iii) la pertinence de certains désaccords factuels que le Groupe spécial a jugé inutile de résoudre à la lumière de son analyse juridique³⁶⁷; et iv) les déductions que l'on peut raisonnablement tirer d'une analyse des éléments de preuve dans leur totalité. Dans ces circonstances, il nous paraît plus approprié de nous limiter à examiner les questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci. Nous n'achevons donc pas l'analyse pour arriver à notre propre conclusion sur la compatibilité de la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'USDOC avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

198. Cela ne veut pas dire que nous exprimions ainsi une opinion sur la question de savoir si la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC – qui est un élément nécessaire de sa détermination de l'existence d'une contribution financière – est nécessairement étayée par des éléments de preuve suffisants. Nous concluons seulement que la constatation d'incompatibilité faite par l'USDOC, qui a résulté de son approche incorrecte de l'examen des éléments de preuve, est erronée. Bien entendu, l'enquête sur l'existence d'une subvention ne s'arrête pas à la détermination de l'existence d'une contribution financière. Elle doit se poursuivre par

³⁶⁶ *Supra*, paragraphe 116.

³⁶⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 166 relative au paragraphe 7.141, et le paragraphe 7.167.

un examen de la question de savoir si la contribution financière alléguée confère un "avantage".³⁶⁸ De plus, l'*Accord SMC* prescrit qu'une subvention soit "spécifique" pour que des mesures compensatoires soient imposées.³⁶⁹ Nous examinons ces questions dans la section suivante de notre rapport.

VII. Avantage et spécificité

199. Les États-Unis font appel des constatations du Groupe spécial concernant la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC et, pour ce qui est des créanciers des groupes B et C, de spécificité.

200. Pour ce qui est de la détermination de l'existence d'un avantage, le Groupe spécial a noté que l'analyse de l'USDOC concernant l'existence d'un avantage "reposait presque entièrement sur la détermination de [l'US]DOC selon laquelle les pouvoirs publics coréens ont chargé les créanciers du groupe B et du groupe C (à l'exception de la Citibank) de participer aux quatre contributions financières en cause, ou leur ont ordonné de le faire".³⁷⁰ "[C]es créanciers", a expliqué le Groupe spécial, "ont été rejetés en tant que points de repère du marché ... parce que [l'US]DOC a constaté qu'ils avaient agi pour se conformer à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics et non à des principes commerciaux lorsqu'ils ont participé à la restructuration d'Hynix".³⁷¹ Le raisonnement du Groupe spécial a consisté à dire que, parce que l'USDOC n'aurait pu constater à juste titre que ces créanciers privés avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, "[l'US]DOC ne pouvait pas fonder à bon droit leur rejet en tant que points de repère du marché sur une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de ces créanciers".³⁷² Le Groupe spécial a donc constaté que "la détermination de l'existence d'un avantage rendue par [l'US]DOC [était] incompatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*".³⁷³

201. Le Groupe spécial a formulé la constatation ci-après au sujet de la détermination de spécificité faite par l'USDOC en ce qui concerne les créanciers des groupes B et C:

Nous croyons ... comprendre que [l'US]DOC a constaté que les subventions alléguées accordées par les créanciers des groupes B et C étaient spécifiques à cause du rôle joué, selon les allégations, par les pouvoirs publics coréens pour charger ces créanciers de sauver une entité spécifique, à savoir Hynix, et leur ordonner de le faire. En

³⁶⁸ Article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

³⁶⁹ Article 1.2 de l'*Accord SMC*.

³⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190.

³⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190. (note de bas de page omise)

³⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190. (note de bas de page omise)

³⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.190.

d'autres termes, la constatation de spécificité de [l'US]DOC concernant les créanciers des groupes B et C reposait sur sa constatation selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient chargé des créanciers du secteur privé de participer au programme unique de restructuration d'Hynix ou leur avaient ordonné de le faire. Nous rappelons néanmoins que nous avons constaté que la détermination de [l'US]DOC relative à l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics était viciée sur le plan factuel, et incompatible avec l'article premier de l'*Accord SMC*. En l'espèce, la constatation de [l'US]DOC concluant à l'existence d'une action de charger par les pouvoirs publics coréens ne peut pas être une base appropriée pour une détermination relative à la spécificité en ce qui concerne les subventions alléguées accordées par les créanciers des groupes B et C.

...

Pour toutes ces raisons, nous constatons que la constatation de [l'US]DOC relative à la spécificité est incompatible avec l'article 2 de l'*Accord SMC* dans la mesure où elle porte sur les subventions alléguées accordées par les créanciers des groupes B et C.³⁷⁴

202. En appel, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmier ces constatations parce que "les conclusions du Groupe spécial sont fondées uniquement sur la constatation erronée selon laquelle la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de certains créanciers d'Hynix faite par [l'US]DOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*".³⁷⁵

203. À l'audience, la Corée s'est élevée contre l'assertion des États-Unis selon laquelle la constatation du Groupe spécial concernant l'avantage reposait exclusivement sur sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Elle a indiqué que le Groupe spécial avait aussi critiqué le fait que l'USDOC avait rejeté la Citibank comme point de repère approprié pour déterminer l'existence d'un avantage.³⁷⁶

204. Nous ne trouvons aucune "critique" de cet ordre dans le paragraphe du rapport du Groupe spécial auquel se réfère la Corée; dans ce paragraphe, le Groupe spécial décrit simplement l'approche adoptée par l'USDOC, y compris son rejet de la Citibank comme point de repère. Au paragraphe 7.191 de son rapport, le Groupe spécial indique expressément que, compte tenu de sa

³⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.206 et 7.208 (note de bas de page omise). Le Groupe spécial a constaté que l'USDOC aurait pu constater à bon droit qu'il y avait spécificité en ce qui concernait les créanciers du groupe A (*Ibid.*, paragraphe 7.207).

³⁷⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 131. (note de bas de page omise)

³⁷⁶ Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience (renvoyant au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.180).

constatation selon laquelle la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC était incompatible avec l'article 1.1 b) parce qu'elle reposait sur une constatation erronée de l'existence d'une action de charger ou ordonner, "il n'est pas nécessaire ... [d']examin[er] les autres questions soulevées par les parties au sujet des points de repère du marché". Nous souscrivons donc à l'assertion des États-Unis selon laquelle la constatation du Groupe spécial concernant la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC repose exclusivement sur sa constatation relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner.

205. Ayant infirmé les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv), il n'y a aucune raison pour que nous confirmions la constatation de l'existence d'un avantage faite par le Groupe spécial. Par conséquent, nous *infirmions* aussi la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.190, 7.209 et 8.1 de son rapport selon laquelle "la détermination de l'existence d'un avantage rendue par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC."³⁷⁷

206. S'agissant de la spécificité, la Corée a convenu à l'audience que la constatation d'incompatibilité faite par le Groupe spécial en ce qui concerne la détermination de spécificité relative aux créanciers des groupes B et C faite par l'USDOC reposait exclusivement sur la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par le Groupe spécial. La Corée a admis que l'infirmerie de la constatation du Groupe spécial concernant l'action de charger ou ordonner entraînerait forcément l'infirmerie de sa constatation d'incompatibilité concernant la détermination de spécificité pour ce qui est des créanciers des groupes B et C. Nous sommes d'accord sur ce point. Au paragraphe 7.206 de son rapport, le Groupe spécial expose son point de vue, à savoir que "la constatation de l'[US]DOC concluant à l'existence d'une action de charger par les pouvoirs publics coréens ne peut pas être une base appropriée pour une détermination relative à la spécificité en ce qui concerne les subventions alléguées accordées par les créanciers des groupes B et C". Le Groupe spécial ne donne aucune autre justification de sa constatation.

207. En conséquence, nous *infirmions* les constatations du Groupe spécial formulées aux paragraphes 7.208, 7.209 et 8.1 de son rapport selon lesquelles la constatation de l'USDOC relative à la spécificité est incompatible avec l'article 2 de l'Accord SMC dans la mesure où elle porte sur les subventions alléguées accordées par les créanciers des groupes B et C.

³⁷⁷ Ayant infirmé les constatations du Groupe spécial quant à l'incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv) et 1.1 b), nous n'abordons pas la question de savoir s'il est possible de constater qu'un Membre agit d'une manière incompatible avec une disposition *définitionnelle*, telle que l'article premier de l'Accord SMC (rapport de l'Organe d'appel États-Unis – FSC (Article 21:5 - CE), paragraphe 85).

208. Le Groupe spécial n'a pas mené plus loin l'examen de ces questions. Par conséquent, il n'y a pas de constatations suffisantes du Groupe spécial ni de faits non contestés dans le dossier pour nous permettre de procéder à notre propre analyse des allégations de la Corée concernant l'existence d'un avantage et la spécificité.³⁷⁸ Nous rappelons qu'il ne suffit pas de déterminer qu'il existe une "contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public" pour constater l'existence d'une "subvention" au regard de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*. Cette disposition requiert aussi qu'un "avantage [soit] ainsi conféré". L'article 1.2 prescrit, par ailleurs, que la subvention soit "spécifique". Parce que les constatations du Groupe spécial sur l'avantage et la spécificité étaient fondées exclusivement sur sa conclusion relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner, nous ne disposons pas d'une base suffisante pour examiner la compatibilité avec l'*Accord SMC* des déterminations relatives à l'existence d'un avantage et à la spécificité faites par l'USDOC. Bien que nous infirmions les constatations du Groupe spécial, nous ne donnons aucun avis sur la compatibilité des déterminations correspondantes concernant l'existence d'un avantage et la spécificité faites par l'USDOC.

VIII. Constatations et conclusions

209. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.415 de son rapport, selon laquelle la demande de consultations présentée par la Corée ne manquait pas d'indiquer le fondement juridique de la plainte relativement à l'ordonnance en matière de droits compensateurs de l'USDOC, comme le prescrit l'article 4:4 du Mémoire d'accord;
- b) s'agissant de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC:
 - i) en ce qui concerne l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* donnée par le Groupe spécial:
 - A) modifie l'interprétation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.31 de son rapport, dans la mesure où elle peut se comprendre comme limitant les termes "chargent" et "ordonnent" aux actes de "délégation" et de "commandement"; et

³⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 113.

- B) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.117 de son rapport, selon laquelle les éléments de preuve étaient 'suffisants pour qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale constate à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la KFB";
- ii) en ce qui concerne l'examen par le Groupe spécial de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* faite par l'USDOC:
- A) constate que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant, aux paragraphes 7.35 et 7.46 de son rapport, que les éléments de preuve étayant la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'USDOC devaient être "probants et déterminants", dans la mesure où il a interprété ces termes comme exigeant uniquement que les éléments de preuve démontrent l'existence d'une action de charger ou ordonner;
- B) constate que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas les éléments de preuve utilisés par l'USDOC dans leur totalité, et en exigeant au lieu de cela que les éléments de preuve pris individuellement, en eux-mêmes et à eux seuls, établissent l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix;
- C) constate que le Groupe spécial a fait erreur, aux paragraphes 7.88, 7.102, 7.116, 7.121 et 7.141 de son rapport, en refusant d'examiner certains éléments de preuve figurant dans le dossier de l'enquête correspondante mais qui n'étaient pas mentionnés par l'USDOC dans sa détermination publiée;
- D) constate que le Groupe spécial ne s'est pas conformé aux obligations lui incombant en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant, au paragraphe 7.85 de son rapport, que "les dispositions en matière de médiation [de la CRPA] avaient effectivement été invoquées par trois créanciers concernant la restructuration

d'octobre 2001", en l'absence d'éléments de preuve à l'appui dans le dossier de l'enquête correspondante; et

- E) constate que le Groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen approprié et, donc, qu'il ne s'est pas conformé aux obligations lui incombant en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord; et, par conséquent,
- iii) infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.178, 7.209 et 8.1 de son rapport, selon lesquelles la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix des groupes B et C faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;
- c) infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.190, 7.209 et 8.1 de son rapport, selon lesquelles la détermination de l'existence d'un avantage faite par l'USDOC est incompatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*; et
- d) infirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.208, 7.209 et 8.1 de son rapport, selon lesquelles la constatation de l'USDOC relative à la spécificité, dans la mesure où elle porte sur les subventions accordées en vertu d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix des groupes B et C, est incompatible avec l'article 2 de l'*Accord SMC*.

210. Sur la base de ces constatations, l'Organe d'appel n'adresse aucune recommandation à l'Organe de règlement des différends conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord.

Texte original signé à Genève le 9 juin 2005 par:

Georges Abi-Saab

Président de la section

Merit E. Janow

Membre

Yasuhei Taniguchi

Membre

Annexe I

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/5
1^{er} avril 2005

(05-1309)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

Notification d'un appel des États-Unis présentée conformément aux articles 16:4
et 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le
règlement des différends (Mémoire d'accord) et à la règle 20.1
des Procédures de travail pour l'examen en appel

La notification ci-après, datée du 29 mars 2005, adressée par la délégation des États-Unis, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémoire d'accord") et à la règle 20 des Procédures de travail pour l'examen en appel, les États-Unis notifient leur décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée* (WT/DS296/R) ("rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans le présent différend.

1. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle la détermination par le Département du commerce des États-Unis ("DOC") de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix des groupes B et C est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC").¹ Cette conclusion est erronée et est fondée sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit. Ces constatations erronées comprennent, par exemple, celles qui sont décrites ci-dessous.

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.175 à 7.178.

- a) Le Groupe spécial a interprété de façon erronée l'expression "chargent ... ou ... ordonnent" figurant à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et a ensuite appliqué cette interprétation erronée aux éléments de preuve versés au dossier.²
- b) Le Groupe spécial a appliqué un critère erroné, selon lequel les éléments de preuve doivent être "probants et déterminants", qui ne se trouve pas dans l'article 1.1 a) 1) iv) ni dans aucune autre disposition de l'Accord SMC (ou de tout autre accord visé) et qui a en fait, entre autres choses, fait passer de la Corée aux États-Unis la charge de prouver une action incompatible avec les règles de l'OMC, conduit le Groupe spécial à écarter les éléments de preuve circonstanciels sur lesquels le DOC s'était appuyé et fait que le Groupe spécial n'a tenu aucun compte de certains éléments de preuve.³
- c) Le Groupe spécial s'est appuyé sur des éléments de preuve qui n'avaient pas été versés au dossier du DOC et qui étaient contredits par des éléments de preuve qui avaient été versés au dossier du DOC. Cette manière de faire était incompatible avec l'obligation du Groupe spécial, énoncée à l'article 11 du Mémoire d'accord, de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi.⁴
- d) Le Groupe spécial n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve versés au dossier et cités par les États-Unis du fait de ses constatations erronées selon lesquelles l'utilisation par les États-Unis de tels éléments de preuve versés au dossier constituait des justifications *a posteriori*. Ces constatations sont erronées parce que ni l'Accord SMC ni aucun autre accord visé n'exigent que les autorités chargées de l'enquête citent dans leurs déterminations publiées chacun des éléments de preuve sur lesquels elles s'appuient. En outre, dans la plupart des cas, le DOC a en fait cité les éléments de preuve versés au dossier dont le Groupe spécial n'a pas tenu compte. Dans les cas où le DOC n'a pas cité les éléments de preuve versés au dossier dont le Groupe spécial n'a pas tenu compte, les éléments de preuve étaient compatibles avec les éléments de preuve versés au dossier que le DOC a cités. Le fait que le Groupe spécial n'a pas tenu compte des éléments de preuve versés au dossier était incompatible avec son obligation, énoncée à l'article 11 du Mémoire d'accord, de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi.⁵
- e) Le critère d'examen effectivement appliqué par le Groupe spécial s'est traduit par un examen *de novo* inadmissible de la détermination du DOC. Comme cela a été indiqué ci-dessus aux alinéas c) et d), le Groupe spécial, d'une manière indue, a tenu compte d'éléments de preuve qui n'avaient pas été versés au dossier et n'a pas tenu compte d'éléments de preuve versés au dossier. En outre, au lieu de considérer la totalité des éléments de preuve versés au dossier, comme l'avait fait le DOC, il a examiné chaque élément de preuve isolément, a ignoré et/ou mal décrit les éléments de preuve sur lesquels le DOC s'était appuyé et a substitué sa propre interprétation des éléments de preuve à celle du DOC. La réalisation par le Groupe spécial d'un

² L'interprétation erronée du Groupe spécial est exposée, entre autres, aux paragraphes 7.27 à 7.46 du rapport du Groupe spécial et est appliquée dans les paragraphes suivants, y compris, entre autres, les paragraphes 7.51, 7.56, 7.62, 7.63, 7.76 à 7.78, 7.82 à 7.91, 7.99 à 7.104, 7.129, 7.130, 7.135, 7.141, 7.155, 7.163 à 7.168, 7.172 à 7.174 et 7.175 à 7.178.

³ Le critère erroné du Groupe spécial en matière de preuve est énoncé, entre autres, aux paragraphes 7.35 et 7.46 du rapport du Groupe spécial et est appliqué, entre autres, dans les paragraphes 7.35, 7.45, 7.46, 7.51, 7.76 à 7.78, 7.99 à 7.103, 7.129, 7.130, 7.141, 7.164, 7.168 et 7.173.

⁴ Ces erreurs sont contenues, entre autres, aux paragraphes 7.63, 7.82 à 7.89, 7.91, 7.152 et 7.155 du rapport du Groupe spécial.

⁵ Ces erreurs sont contenues, entre autres, aux paragraphes 7.76, 7.88, 7.90, 7.102, 7.105, 7.116, 7.121, 7.125 à 7.130 et 7.141 du rapport du Groupe spécial.

examen *de novo* était incompatible avec son obligation, énoncée à l'article 11 du Mémoire d'accord, de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi.⁶

- f) Le Groupe spécial a formulé une constatation juridique erronée selon laquelle la constatation par le DOC de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) n'était pas étayée par des éléments de preuve suffisants.⁷

2. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle la détermination de l'existence d'un avantage rendue par le DOC est incompatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC. Cette conclusion est erronée et est fondée sur la conclusion juridique erronée du Groupe spécial, décrite au paragraphe 1 ci-dessus, selon laquelle la détermination par le DOC de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix des groupes B et C est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.⁸

3. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle la constatation du DOC relative à la spécificité est incompatible avec l'article 2 de l'Accord SMC dans la mesure où elle porte sur les subventions accordées par les créanciers des groupes B et C. Cette conclusion est erronée et est fondée sur la conclusion juridique erronée du Groupe spécial, décrite au paragraphe 1 ci-dessus, selon laquelle la détermination par le DOC de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers d'Hynix des groupes B et C est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.⁹

4. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle, en ce qui concerne l'ordonnance en matière de droits compensateurs du DOC, la demande de consultations présentée par la Corée donne une indication suffisante du fondement juridique de la plainte au sens de l'article 4:4 du Mémoire d'accord. Cette conclusion est erronée et est fondée sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit.¹⁰

⁶ Ces erreurs se retrouvent tout au long de la section VII.C.1 du rapport du Groupe spécial mais on peut en trouver des exemples, entre autres, aux paragraphes 7.45, 7.51, 7.56, 7.62, 7.63, 7.77, 7.78, 7.81, 7.82, 7.85, 7.89, 7.91, 7.103, 7.104, 7.130, 7.146 à 7.155, 7.164, 7.168 et 7.174 du rapport du Groupe spécial.

⁷ Cette constatation est énoncée, entre autres, aux paragraphes 7.175 à 7.177 du rapport du Groupe spécial.

⁸ Les constatations du Groupe spécial sont contenues aux paragraphes 7.190 et 7.191 du rapport du Groupe spécial.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.204 à 7.208.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.414 et 7.415.

Annexe II

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/6
11 avril 2005

(05-1531)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

Notification d'un autre appel de la Corée présenté conformément aux articles 16:4 et 17
du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le
règlement des différends (Mémoire d'accord) et à
la règle 23 1) des Procédures de travail
pour l'examen en appel

La notification ci-après, datée du 11 avril 2005, adressée par la délégation de la République de Corée, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémoire d'accord") et à la règle 23 des Procédures de travail pour l'examen en appel, la République de Corée notifie sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit et interprétations du droit contenues dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée* (WT/DS296/R) (le "rapport du Groupe spécial).

Concrètement, la Corée demande que soient examinées la conclusion juridique du Groupe spécial et l'interprétation du droit qu'il a donnée en confirmant la constatation du Département du commerce des États-Unis selon laquelle une certaine banque coréenne privée, la Korea First Bank ("KFB"), a été chargée de faire une contribution financière en faveur d'Hynix Corporation ou qu'on lui a ordonné de le faire au sens de l'article 1.1, (y compris l'article 1.1 a) 1) iv)) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC").¹

¹ Ces constatations du Groupe spécial incluent les paragraphes 7.107 à 7.117 et 7.176, y compris la note de bas de page 136, du rapport du Groupe spécial.

En particulier, le Groupe spécial a constaté que les pouvoirs publics coréens avaient exercé une coercition sur la KFB et que cela constituait une "action de charger ou ordonner" en dépit du fait que la KFB n'a en définitive pas accompli l'action qui était censée être le but de la coercition recherchée. La Corée considère que cette conclusion et cette interprétation du droit constituent une erreur de droit. Aux termes de l'article 1.1 de l'Accord SMC, il ne peut juridiquement y avoir action de charger ou ordonner d'accomplir une fonction spécifiée si l'organisme privé n'accomplit jamais effectivement la fonction qui est censée avoir été visée par une telle action.

Annexe III

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/1
G/L/633
G/SCM/D55/1
8 juillet 2003
(03-3687)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

Demande de consultations présentée par la Corée

La communication ci-après, datée du 30 juin 2003, adressée par la Mission permanente de la Corée à la Mission permanente des États-Unis et au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 4:4 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Les autorités de mon pays m'ont chargé de demander l'ouverture de consultations avec le gouvernement des États-Unis, conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord"), à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC") et à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994"), au sujet des déterminations préliminaires et finales positives en matière de droits compensateurs, publiées le 7 avril 2003 (68 Fed. Reg. 16766) et le 23 juin 2003 (68 Fed. Reg. 37122) sur la question *Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea* (Semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée) (numéro de dossier C-580-851), de la détermination préliminaire positive de l'existence d'un dommage de la Commission du commerce international des États-Unis publiée le 27 décembre (67 Fed. Reg. 79148) et de toutes déterminations ultérieures pouvant être faites au cours de l'enquête sur l'existence d'un dommage menée par la Commission sur la question *DRAMS and DRAM Modules from Korea* (DRAM et modules DRAM en provenance de Corée) (Inv. n° 701-TA-431) et des lois et réglementations pertinentes, y compris l'article 771 de la Loi douanière de 1930 et 19 CFR 351, respectivement.

Le gouvernement coréen considère que ces déterminations du gouvernement des États-Unis sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord SMC, y compris mais pas exclusivement les dispositions suivantes:

1. L'article premier de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas démontré l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics coréens au sens de l'article premier de l'Accord SMC.

2. L'article premier de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas examiné chaque mesure des pouvoirs publics alléguée distincte en cause pendant l'enquête.
3. Les articles 1^{er} et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas démontré qu'un avantage était conféré à l'entreprise interrogée Hynix Semiconductor Inc., compte tenu des points de repère du marché disponibles.
4. Les articles 1^{er} et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, la "solvabilité", l'"aptitude à bénéficier d'apports en capital" et les autres analyses requises par l'article 771 5) de la Loi douanière de 1930 et 19 CFR 351 sont en tant que telles incompatibles avec les obligations du DOC au titre de l'Accord SMC.
5. Les articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'article 771 5) et 5A) de la Loi douanière de 1930 et 19 CFR 351 imposent une charge de la preuve indue aux entreprises interrogées, que le DOC a appliquée, et que, pour sa part, le DOC n'a pas fondé ses décisions sur des éléments de preuve positifs, objectifs et vérifiables.
6. L'article 11 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas fondé sa décision d'ouvrir son enquête en matière de droits compensateurs sur des éléments de preuve suffisants.
7. L'article 12 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC a tenu diverses réunions de vérification malgré l'objection explicite du gouvernement coréen.
8. L'article 17 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC a imposé des mesures provisoires sur la base d'une analyse incorrecte de la contribution financière, de l'avantage et d'autres questions de fait et de droit qui étaient incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC.
9. L'article 22 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas fourni tous les renseignements pertinents sur les questions de fait et de droit et les raisons de ses déterminations.
10. Les articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC et les articles VI:3 et X:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas mené son enquête ni fait ses déterminations conformément aux obligations de fond et de procédure essentielles.

Le gouvernement coréen se réserve le droit de soulever des questions de fait et de droit additionnelles au cours des consultations et dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

Nous attendons la réponse du gouvernement des États-Unis à la présente demande et souhaitons qu'une date mutuellement acceptable puisse être fixée pour l'ouverture des consultations.

Annexe IV

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/1/Add.1
G/L/633/Add.1
G/SCM/D55/1/Add.1
21 août 2003
(03-4353)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

Demande de consultations présentée par la Corée

Addendum

La communication ci-après, datée du 18 août 2003, adressée par la Mission permanente de la Corée à la Mission permanente des États-Unis et au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 4:4 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

En référence au document WT/DS/296/1, G/L/633, G/SCM/D55/1 distribué le 8 juillet 2003, les autorités de mon pays m'ont chargé de demander l'ouverture de nouvelles consultations avec le gouvernement des États-Unis conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord"), à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC"), et à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994"), au sujet de la détermination finale de l'existence d'un dommage grave de la Commission du commerce international des États-Unis ("ITC"), telle qu'elle a été annoncée le 4 août 2003 et telle qu'elle est exposée dans *DRAMs and DRAM Modules from Korea*, Inv n° 701-TA-431 (Final), USITC Pub 3617 (août 2003), et de l'ordonnance en matière de droits compensateurs définitifs du Département du commerce des États-Unis ("DOC"), publiées l'une et l'autre le 11 août 2003 dans 68 Fed. Reg. 47607 et 68 Fed. Reg. 47546, respectivement. Ces actions se rapportent l'une et l'autre aux mêmes mesures de base mises en cause dans notre demande de consultations précédente.

Le gouvernement coréen considère que ces déterminations du gouvernement des États-Unis sont incompatibles avec les obligations qui incombent à celui-ci au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord SMC, y compris mais pas exclusivement les dispositions suivantes:

1. l'article 15.1 de l'Accord SMC parce que la détermination de l'ITC n'était pas fondée sur des éléments de preuve positifs ni sur une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées;

2. l'article 15.2 de l'Accord SMC parce que l'ITC a évalué incorrectement dans sa détermination le caractère notable du volume des importations visées et de leurs effets sur les prix;
3. l'article 15.4 de l'Accord SMC parce que l'ITC a évalué incorrectement la situation de la branche de production nationale;
4. l'article 15.5 de l'Accord SMC parce que l'ITC a évalué incorrectement le rôle des autres facteurs, et a attribué incorrectement l'effet des autres facteurs aux importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées.

Le gouvernement coréen se réserve le droit de soulever des questions de fait et de droit additionnelles au cours des consultations et dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

Nous attendons la réponse du gouvernement des États-Unis à la présente demande de nouvelles consultations concernant les droits compensateurs imposés sur les DRAM en provenance de Corée, et souhaitons qu'une date mutuellement acceptable puisse être fixée pour la reprise des consultations après la première série de consultations prévue pour le 20 août à Genève.

Annexe V

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS296/2
21 novembre 2003

(03-6239)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS
SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM
DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE**

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée

La communication ci-après, datée du 19 novembre 2003, adressée par la délégation de la Corée au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Le 11 août 2003, les États-Unis ont publié au *Federal Register* une ordonnance finale en matière de droits compensateurs sur la question *Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from the Republic of Korea* (Semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée) (68 Fed. Reg. 47546), confirmant en vertu de la loi des États-Unis les droits compensateurs frappant les DRAM en provenance de Corée. Des droits compensateurs provisoires avaient été mis en place le 7 avril 2003, avec la publication au *Federal Register* de la détermination préliminaire positive en matière de droits compensateurs du DOC (68 Fed. Reg. 16766). L'ordonnance finale résultait de la détermination finale en matière de droits compensateurs du Département du commerce des États-Unis (DOC), publiée au *Federal Register* le 23 juin 2003 (68 Fed. Reg. 37122), modifiée le 28 juillet 2003 (68 Fed. Reg. 44290) et faisant l'objet de plus amples explications dans un mémorandum sur la décision non publié.¹ Elle résultait aussi de la détermination finale de l'existence d'un dommage important de la Commission du commerce international des États-Unis (ITC), également publiée au *Federal Register* le 11 août 2003 (68 Fed. Reg. 47607), et explicitée dans le rapport de l'ITC sur son enquête finale visant les DRAM.²

Le gouvernement coréen considère que ces déterminations du DOC et de l'ITC qui ont abouti à l'ordonnance en matière de droits compensateurs promulguée par les États-Unis à l'encontre des DRAM en provenance de Corée, et par conséquent l'ordonnance elle-même, sont incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC"). De ce fait, le gouvernement coréen a demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement des États-Unis au sujet de ces

¹ Le DOC met à disposition sur Internet le Mémoire sur la décision à l'adresse <http://ia.ita.doc.gov/frn/summary/korea-south/03-15793-1.pdf>.

² *DRAM Modules from Korea*, Inv. No. 701-TA-431 (Final), USITC Pub. 3617 (août 2003).

déterminations conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémoire d'accord"), à l'article 30 de l'Accord SMC, et à l'article XXII du GATT de 1994. L'ouverture de consultations a été demandée le 30 juin 2003 en ce qui concerne la détermination du DOC³, et le 18 août 2003 en ce qui concerne la détermination de l'ITC.⁴ Les consultations ont été tenues avec les États-Unis les 20 août 2003 et 1^{er} octobre 2003, respectivement. Elles n'ont pas permis de régler le différend entre les parties.

Le différend n'ayant pas été réglé, le gouvernement coréen demande l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994 et à l'article 30 de l'Accord SMC au sujet des déterminations du DOC et de l'ITC et de l'ordonnance en matière de droits compensateurs en résultant qui est imposée sur les DRAM en provenance de Corée. Le gouvernement coréen demande que le Groupe spécial constate que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1^{er}, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 et 32 de l'Accord SMC, ainsi que de l'article VI:3 du GATT de 1994. Spécifiquement, le gouvernement coréen formule des allégations au titre des dispositions suivantes:

1. l'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas démontré l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics coréens en ce qui concerne chaque transaction financière distincte en cause dans son enquête sur l'existence d'une subvention;
2. l'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC a supposé d'une manière erronée que chaque institution financière privée coréenne impliquée dans son enquête sur l'existence d'une subvention recevait des ordres ou des instructions des pouvoirs publics coréens;
3. les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas démontré qu'un avantage était conféré à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc., compte tenu des points de repère du marché disponibles parmi les créanciers de Hynix;
4. les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas pris en compte les points de repère du marché pour mesurer l'avantage établi par une banque étrangère opérant sur le marché coréen qui avait accordé un financement à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc., pendant la période visée par l'enquête;
5. les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas utilisé les points de repère du marché pertinents pour déterminer si Hynix était "solvable" ou "apte à bénéficier d'apports en capital" et parce qu'il a par ailleurs appliqué un point de repère et un taux d'actualisation "insolvabilité" incorrects pour calculer l'avantage conféré à Hynix Semiconductor Inc. dans la présente affaire;
6. l'article 19.4 de l'Accord SMC et l'article VI:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le fait que le DOC n'a pas mesuré l'avantage conformément aux principes énoncés à l'article 14 de l'Accord SMC a entraîné la perception de droits compensateurs dépassant le montant autorisé au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994;

³ WT/DS296/1, G/L/633, G/SCM/D55/1.

⁴ WT/DS296/1/Add.1, G/L/633/Add.1, G/SCM/D55/1/Add.1.

7. les articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC a imposé une charge de la preuve indue aux parties interrogées, à savoir les pouvoirs publics coréens et Hynix Semiconductor Inc., et qu'il n'a donc pas fondé sa décision sur des éléments de preuve positifs, objectifs et vérifiables;
8. l'article 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC n'a pas pris en compte le fait que de nombreuses sociétés coréennes procédaient à une restructuration de la dette analogue à celle à laquelle procédait Hynix Semiconductor Inc. En conséquence, le DOC n'a pas établi sur la base d'éléments de preuve positifs que toutes les subventions alléguées étaient spécifiques à l'entreprise interrogée Hynix Semiconductor Inc.;
9. l'article 12.6 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le DOC a tenu diverses réunions de vérification privées sur le territoire coréen, auxquelles le gouvernement coréen n'était pas représenté, malgré l'objection explicite du gouvernement coréen;
10. l'article 15.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les déterminations de l'ITC concernant l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve positifs ni sur une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées;
11. l'article 15.2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ITC a évalué incorrectement dans ses déterminations concernant l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité le caractère notable du volume des importations visées et de leurs effets sur les prix;
12. l'article 15.4 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ITC a évalué incorrectement la situation globale de la branche de production nationale;
13. l'article 15.2 et 15.4 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ITC a indûment ignoré la définition de la branche de production nationale telle qu'elle est énoncée à l'article 16 de l'Accord SMC, défini la branche de production nationale et les importations d'une manière incompatible, et donc faussé le volume des importations et les effets des importations sur la branche de production nationale;
14. l'article 15.5 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ITC n'a pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations visées et le dommage, a évalué incorrectement le rôle des autres facteurs, et a attribué incorrectement l'effet des autres facteurs aux importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées;
15. l'article 22.3 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ITC n'a pas exposé de manière suffisamment détaillée dans sa détermination de l'existence d'un dommage ses constatations et conclusions concernant tous les points de fait et de droit importants; et
16. les articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, l'ordonnance en matière de droits compensateurs imposée par les États-Unis à l'encontre des DRAM en provenance de Corée n'était pas conforme aux dispositions pertinentes de l'Accord SMC ni aux dispositions pertinentes du GATT de 1994.

Le gouvernement coréen demande l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type énoncé à l'article 7 du Mémoire d'accord.

Le gouvernement coréen demande en outre que la présente demande soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'Organe de règlement des différends qui se tiendra le 1^{er} décembre 2003.
