

## ANNEXE A

### COMMUNICATIONS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES POUR LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

<b>Contenu</b>		<b>Page</b>
Annexe A-1	Résumé analytique de la communication de la Corée	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la communication des États-Unis	A-13
Annexe A-3	Résumé analytique de la communication de la Chine en tant que tierce partie	A-23
Annexe A-4	Résumé analytique de la communication des Communautés européennes en tant que tierce partie	A-28
Annexe A-5	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	A-32

## ANNEXE A-1

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE LA RÉPUBLIQUE DE CORÉE

28 avril 2004

#### I. ENQUÊTE DE L'ITC SUR L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE – ALLÉGATIONS D'ERREUR

##### A. APERÇU DE LA BRANCHE DE PRODUCTION DE DRAM DES ÉTATS-UNIS

1. La branche de production de DRAM des États-Unis se caractérise par un certain nombre de conditions de concurrence distinctes et uniques. La connaissance et la prise en considération de ces conditions de concurrence auraient dû être une partie essentielle de l'examen objectif par les autorités compétentes prescrit à l'article 15 de l'Accord SMC. La connaissance de ces caractéristiques tiendra également une place importante dans "l'examen objectif" par le Groupe spécial des déterminations de l'ITC dans le présent différend.

2. Les caractéristiques principales sont au nombre de quatre. Premièrement, le marché des DRAM est hautement cyclique, marqué par des périodes régulières et bien connues de prospérité et de marasme. La deuxième caractéristique du marché des DRAM dont les autorités compétentes doivent tenir compte est la tendance à des périodes de prospérité et de marasme encore plus extrêmes. Troisièmement, les prix des DRAM tributaires de la situation de l'offre et de la demande au niveau mondial, et non régional, sont extrêmement volatils. Quatrièmement, la plupart des grandes sociétés d'informatique et des fournisseurs de DRAM ont transféré une partie importante de leurs activités de fabrication dans des pays autres que les États-Unis. Cette tendance à une production mondialisée de DRAM accentue la globalisation des prix et atténue les effets en ce qui concerne le volume et les prix aux États-Unis. L'ITC a fait valoir à tort que les importations visées sur le marché des États-Unis avaient des effets notables sur les prix et n'a pas tenu compte de la réalité économique, qui est que les importations visées d'une seule société telle que Hynix sur le marché des États-Unis ne peuvent avoir, tout au plus, qu'un effet très limité sur les prix. Par ailleurs, ni l'ITC ni le DOC n'ont effectué d'analyse sérieuse permettant de savoir s'il avait été tenu compte de ces facteurs et comment, en violation des obligations incombant aux États-Unis dans le cadre de l'OMC.

##### B. CRITÈRES DE L'ARTICLE 15.1

3. L'article 15.1 dispose que les autorités compétentes doivent avoir "des éléments de preuve positifs", et que ceux-ci doivent faire l'objet d'un "examen objectif". L'Organe d'appel a confirmé que les éléments de preuve fournis à l'appui de la constatation de l'existence d'un dommage devaient être affirmatifs, objectifs, vérifiables et crédibles, et être fondés sur une enquête impartiale. Par ailleurs, l'article 15.1 est une disposition globale plutôt qu'une disposition indépendante, selon laquelle chacune des dispositions de fond de l'article 15 doit être lue à la lumière de son paragraphe 1. Ainsi, tous les aspects de l'enquête sur l'existence d'un dommage doivent être fondés sur des éléments de preuve positifs et sur un examen objectif des faits.

C. AUGMENTATION NOTABLE DES IMPORTATIONS VISÉES

4. Dans la présente affaire, l'ITC a cité d'une manière mécanique des statistiques d'importation mais a largement négligé de faire une analyse sérieuse de l'importance de ces chiffres. Ces données montraient que la marque Hynix avait perdu des parts de marché pendant la période couverte par l'enquête et que les importations visées n'avaient que légèrement varié à la suite de la cessation temporaire des activités américaines de Hynix à Eugene, en Oregon. La variation de la part de marché était si faible, quelle que soit la manière de la mesurer, que l'ITC a préféré citer diverses autres statistiques sans les placer convenablement dans leur contexte.

5. Étant donné la spécificité des DRAM, tenant au fait que la densité des puces ne cesse de s'accroître en même temps que le nombre total de bits fournis et utilisés, une augmentation effective des importations (exprimées en milliards de bits) est dénuée de sens. Il importe plutôt, lorsque l'on analyse le volume des expéditions de DRAM, d'étudier leur accroissement par rapport à la consommation et par rapport aux autres fournisseurs. Ainsi, comme l'a reconnu l'ITC elle-même, le meilleur moyen de mesurer les éventuels effets des importations subventionnées sur le volume consiste à examiner les données relatives à la *part de marché*.

6. Les données dont dispose l'ITC montrent, en ce qui concerne l'évolution des parts de marché représentée par les expéditions vers les États-Unis de produits provenant des différentes sources, les faits importants suivants:

- La part de marché des DRAM Hynix importés, qui était de 6,7 pour cent en 2000, est passée à 9 pour cent en 2001, est tombée à 8,9 pour cent en 2002 puis a de nouveau diminué en 2003 pour s'établir à 5,8 pour cent.
- Le volume constamment faible des importations de produits Hynix est devenu insignifiant sous l'effet à la fois de la production intérieure et des importations non visées. En 2002, celles-ci étaient plus de six fois et demie supérieures à celles de produits Hynix.
- Bien que la part de marché des importations de produits Hynix ait effectivement augmenté pendant la période de trois ans (2000-2002), cette augmentation ne représentait que 2 points de pourcentage.
- L'augmentation de la part de marché des importations non visées entre 2000 et 2002 a été près de *cinq fois supérieure* à celle de la part de marché des importations de produits Hynix.

7. Considérés globalement et soumis à un examen objectif, ces éléments de preuve révéleraient qu'une augmentation du volume des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées n'était pas "notable".

8. Il est bien possible que les importations aient augmenté en quantité absolue, mais dans le cas de cette branche de production, où la mesure utilisée (milliards de bits) augmente sans cesse de façon spectaculaire, cette mesure ne permet pas à elle seule d'établir si l'augmentation des importations a été notable. Plus encore, la part de marché des DRAM de marque Hynix n'a cessé de diminuer pendant la période, alors même que celle d'autres fournisseurs augmentait. Même si l'on ne s'intéresse qu'aux importations de produits Hynix, la part de Hynix est restée modeste pendant toute la période, et a diminué en 2002 et au début de 2003. La faible augmentation de la part de marché sur l'intégralité de la période, si augmentation il y a, peut s'expliquer par la fermeture de l'usine de Hynix en Oregon, qui a entraîné un accroissement modeste des importations, ne serait-ce que pour compenser les ventes auparavant effectuées par l'usine de Hynix aux États-Unis. La Corée estime qu'un examen attentif et critique des explications données par l'ITC dans cette affaire quant aux effets sur le volume révèle que

les éléments de preuve positifs ne sont pas suffisants pour justifier les constatations de l'ITC. Au contraire, les éléments montrent que les effets sur le volume des importations visées de produits Hynix étaient insignifiants, du moins pour un responsable objectif, et que la constatation de l'ITC était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

D. EFFETS NOTABLES DES IMPORTATIONS VISÉES SUR LES PRIX

9. En l'espèce, l'ITC a donné l'illusion d'avoir analysé les effets sur les prix sans l'avoir réellement fait sérieusement. Elle a consciencieusement identifié certaines caractéristiques particulières et uniques de la dynamique de la concurrence sur le marché des DRAM, puis les a en grande partie négligées pour revenir machinalement à ses méthodes traditionnelles. En particulier:

- L'ITC a fait des constatations de fait sur les prix qui contredisent les faits de la cause et la logique économique la plus élémentaire. Hynix perdait des parts de marché en 2002 et au début de 2003, n'était pas le fournisseur le moins cher, et n'avait par conséquent guère de moyens ou de raisons de faire baisser les prix. Accuser la politique de prix de Hynix alors que la société perdait des parts de marché défie la logique.
- L'ITC a ignoré en grande partie le fait important qu'aucun client n'avait désigné Hynix comme ayant une "influence déterminante sur les prix", ce qui met sérieusement en doute le fait que Hynix aurait pu être à l'origine d'effets "notables" sur les prix.
- L'ITC a commencé deux analyses des prix différentes, puis, sans raison apparente, a décidé de ne s'intéresser qu'à la méthode ne tenant compte que des importations visées, et de ne pas s'occuper de l'effet d'autres importations non visées sur l'évolution des prix.
- L'ITC a balayé toute analyse des autres facteurs qui affectent les prix en se contentant de reconnaître, mais sans approfondir, qu'ils "jouaient un rôle".

10. La méthode traditionnellement employée par l'ITC pour établir s'il y a ventes à des prix inférieurs, qui consiste à ne comparer les prix moyens pondérés des producteurs nationaux qu'avec les prix moyens pondérés des importations visées, ne constituait pas, pour l'analyse des prix effectuée par l'ITC en l'espèce, un examen objectif parce qu'elle ne tenait pas compte des prix des importations non visées. Il aurait fallu en tenir compte d'autant plus dans la présente affaire parce que i) les DRAM sont des produits de base presque parfaitement interchangeables; ii) les importations non visées représentaient la majorité du marché des États-Unis; iii) le marché des DRAM prend un caractère de plus en plus mondial; et iv) l'analyse traditionnelle concernant la vente à des prix inférieurs a masqué la dynamique des prix qui ressort des éléments de preuve dont disposait l'ITC, comme le nombre de fois où les prix des importations sont inférieurs.

11. Le fait que l'ITC s'est fondé sur une analyse traditionnelle des ventes à des prix inférieurs a masqué une dynamique importante des prix ressortant des éléments de preuve dont disposait l'ITC. Dans l'ensemble, les importations visées de produits Hynix n'avaient le prix le plus bas que dans un petit nombre de cas. Autrement dit, dans la grande majorité des cas, *les autres fournisseurs* offraient des prix inférieurs à ceux de Hynix. Avec le temps, les données montrent que les cas où les importations non visées constituaient la source la moins chère sont devenus plus nombreux. En termes pondérés, qui mettent en évidence l'importance relative des différents produits, le nombre de cas où les importations non visées étaient la source la moins chère a pratiquement doublé.

12. Le fait que l'ITC a refusé de tenir compte du rôle des prix des importations non visées dissimule deux failles fondamentales, à savoir: i) le fait que le prix moyen des importations non

visées peut être supérieur aux prix du marché intérieur n'a guère d'importance s'il existe un seul fournisseur non visé qui vend à un prix inférieur et offre le prix le plus bas; et ii) si l'on examinait conjointement la configuration des ventes à des prix inférieurs et l'évolution des parts de marché, les importations non visées avaient un effet notablement plus important sur le marché.

13. L'ITC disposait de beaucoup d'éléments de preuve montrant que divers facteurs peuvent influencer sur les prix du marché des DRAM. Ces éléments dont disposait l'ITC montraient que les prix du marché des DRAM étaient affectés par 1) les variations de la croissance de la demande mondiale; 2) les variations de l'offre mondiale; 3) la rapidité avec laquelle les concurrents apprennent à créer de nouveaux produits DRAM, et 4) les fluctuations aléatoires des niveaux des stocks dues à l'incapacité d'avoir des prévisions fiables à plus long terme. Or, l'ITC n'a tenu compte comme il convenait d'aucun de ces facteurs en expliquant les baisses de prix.

14. De même que dans le cas des effets sur le volume, une évaluation objective de ces éléments de preuve relatifs aux prix, considérés dans leur ensemble, aurait permis de constater que les effets sur les prix d'importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées n'étaient pas "notables". Si elle avait été objective et dénuée d'idées préconçues, l'ITC aurait dû se rendre compte que des importations non visées, à bas prix, qui gagnaient rapidement des parts de marché, étaient responsables des effets dominants sur les prix, et que les éventuels autres effets des importations visées ne pouvaient raisonnablement pas être considérés comme "notables". La constatation de l'ITC était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

#### E. SITUATION DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE – INCOMPATIBILITÉ AVEC L'ARTICLE 15.1 ET 15.4 DE L'ACCORD SMC

15. L'article 15.4 prescrit une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents et reconnaît que les facteurs économiques pertinents et le poids à accorder à chacun d'eux diffèrent d'un cas à un autre. Les éléments de preuve dont disposait l'ITC dans cette affaire, à savoir une envergure mondiale, d'importantes dépenses d'équipements et de recherche-développement, financés par des flux de trésorerie importants et l'accès aux marchés des capitaux dénotent la vigueur de l'ensemble de l'activité plutôt qu'une faiblesse. Toutefois, l'ITC n'a en grande partie pas tenu compte de tous ces éléments de preuve dans son analyse de la situation de la branche de production nationale. Plus grave encore, elle n'a pas même tenté de prendre en considération les déclarations publiques de Micron et Infineon aux milieux financiers et à leurs investisseurs, disant que leurs affaires allaient très bien, dans le contexte du cycle conjoncturel et de la concurrence, ce qui était en contradiction avec l'évaluation très sombre de l'ITC. Une telle approche représentait un examen objectif des faits essentiels et est donc contraire à l'article 15.1 et 15.4.

#### F. LIEN DE CAUSALITÉ

16. Conformément à la première et la deuxième phrase de l'article 15.5, les Membres doivent démontrer explicitement qu'il y a "un lien de causalité" entre les importations subventionnées et un dommage important subi par la branche de production nationale. En l'occurrence, les éléments de preuve dont disposait l'ITC démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre l'évolution des importations visées et la situation de la branche de production nationale. Premièrement, Hynix perdait des parts de marché alors que la branche de production nationale en gagnait, ce qui prouve l'absence de toute corrélation entre l'évolution des importations visées et les parts de marché détenues par les producteurs des États-Unis. Deuxièmement, après la forte expansion de l'année 2000, Micron et Infineon ont perdu de plus en plus d'argent alors même que Hynix subissait une érosion de sa part de marché. L'ITC n'a pas même abordé cette absence de corrélation. De plus, elle aurait dû examiner le fait qu'il existait une corrélation beaucoup plus forte entre l'évolution des importations de produits Hynix et la fermeture de l'usine de l'Oregon qu'avec l'évolution des résultats de la branche de production nationale.

17. Par ailleurs, la prescription en matière de non-imputation énoncée à la troisième phrase de l'article 15.5 fait obligation à l'autorité chargée de l'enquête de ne pas imputer aux importations subventionnées un dommage causé par d'autres facteurs. D'après le sens courant de l'article 15.5 et les indications sans équivoque données précédemment par l'Organe d'appel dans des affaires concernant des mesures de sauvegarde et antidumping, l'autorité compétente doit "dissocier" et "distinguer" les effets dommageables de facteurs autres que les importations subventionnées pour qu'ils ne soient pas imputés aux importations subventionnées, et s'assurer ainsi avoir respecté la prescription en matière de non-imputation. Sur plusieurs points essentiels, l'ITC soit n'a effectué aucune analyse, soit a effectué une analyse insuffisante.

- L'ITC a fait abstraction, à tort, des effets défavorables de l'augmentation et du volume beaucoup plus important des importations non visées, alors que tous les éléments de preuve dont elle disposait montraient que ces importations représentaient une part du marché des États-Unis six à sept fois supérieure à celle des importations visées de produits Hynix. Il ne peut pas être fait abstraction aussi facilement du volume important et croissant des importations non visées.
- L'ITC n'a pas du tout tenu compte des arguments concernant les variations de la capacité relative, qui confirmaient le rôle prépondérant des fournisseurs non visés dont la capacité a augmenté bien plus que celle de Hynix.
- L'ITC a fait abstraction du rôle de la chute de la demande en 2001, mais n'a pas tenu compte des éléments de preuve concluants fournis par tous les observateurs de la branche de production, indiquant que la chute de la demande était un facteur déterminant pour comprendre les prix de 2001.
- L'ITC n'a pas du tout tenu compte des arguments concernant les insuffisances techniques propres à Micron, et la mesure dans laquelle l'absence de certains produits à certains moments a nui à cette entreprise.

18. Au moins l'ITC a-t-elle essayé d'examiner le rôle des importations non visées, mais soit en ne tenant pas compte des éléments de preuve essentiels, soit en les déformant. Il n'est pas objectif de rejeter des éléments de preuve contraires sans les analyser. Il n'est pas objectif de faire la moyenne des prix des différents fournisseurs nationaux et non visés, et de rendre ainsi ces prix opaques. Alors même qu'il existe des données facilement utilisables concernant les différents fournisseurs, il n'y a aucune raison valable pour que l'autorité compétente objective présente ainsi les données d'une manière qui obscurcit les faits plutôt qu'elle ne les révèle.

19. S'ajoute à ce vice de méthode l'absence de sens de la perspective dans la constatation de l'ITC. On ne peut simplement pas trouver crédible que d'aussi faibles ventes à des prix inférieurs soient notables lorsqu'elles concernent un faible volume d'importations visées représentant environ 8 pour cent du marché pendant la période 2000-2002, alors que des niveaux comparables de ventes à des prix inférieurs peuvent être imputés à des importations non visées dont le volume représentait en moyenne à peu près 56 pour cent du marché pendant la même période. Sur un marché de produits de base, la part de marché des produits non visés étant environ sept fois plus importante, les effets sur les prix d'un volume d'importations visées bien plus faible seraient insignifiants.

20. De surcroît, bien que l'ITC ait obtenu des renseignements et des données substantiels démontrant que les autres fournisseurs avaient augmenté leur capacité de production de DRAM d'une manière beaucoup plus importante que Hynix pendant la période considérée, le rapport de l'ITC ne contient aucune analyse de ces renseignements. Les deux types de données soumises à l'ITC, celles qui concernent les plaquettes de départ et celles qui concernent à la fois les plaquettes et leur réduction en puces, montrent que les activités de Hynix en Corée ont joué un rôle relativement mineur

dans l'augmentation des capacités intervenues pendant la période considérée, tandis que ce sont d'autres fournisseurs, essentiellement Infineon et Samsung, qui ont joué le rôle le plus offensif dans l'accroissement de la production totale de DRAM.

21. De plus, l'ITC a fait abstraction à tort de la baisse sans précédent de la demande sous-jacente de matériel informatique et de matériel de télécommunication, ainsi que le fait que l'année 2001 a été la plus mauvaise depuis plusieurs décennies pour ces branches de production. Ainsi, dans la mesure où les prix des DRAM montent ou baissent en fonction des variations du niveau de la demande, ce ne sont pas les importations visées de produits Hynix en provenance de Corée qui ont provoqué ces variations de prix. Le fait d'écarter ainsi négligemment la question de la demande pose deux problèmes principaux. Tout d'abord, le manque de corrélation allégué est tout simplement erroné. À l'appui de son affirmation, l'ITC ne cite qu'une analyse des tendances de la production des DRAM figurant dans le mémoire de Micron, qui est une question de croissance de l'*offre*, sans rien dire de la *demande* intrinsèque sous-jacente. En fait, le ralentissement de la croissance de la demande en 2001 a joué un rôle important dans la baisse des prix intervenue cette même année. En second lieu, l'ITC n'a pas tenu compte des déclarations de nombreux experts de la branche de production donnant la contraction de la demande comme explication principale du fléchissement des prix en 2001. Les éléments les plus dignes d'intérêt sont, bien entendu, les déclarations de Micron et Infineon. Le rapport annuel de Micron pour 2001 explique les résultats décevants de l'année de la façon suivante:

22. Enfin, l'ITC n'a pas du tout tenu compte des difficultés de production et problèmes technologiques qu'a connus Micron pendant la période de l'existence alléguée du dommage. Les renseignements spécifiques sur Micron, premier producteur de DRAM aux États-Unis, et le récit de ses réussites et de son échec présentés à l'ITC revêtaient une importance particulière pour comprendre la situation générale de la branche de production de DRAM des États-Unis. Toutefois, l'ITC n'a pas tenu compte de ces renseignements importants dans son analyse des autres facteurs et n'a, de ce fait, pas effectué un examen objectif. Les constatations de l'ITC étaient incompatibles avec l'article 15.1 et 15.5.

#### G. LE RAPPORT D'ENQUÊTE DE L'ITC

23. L'article 22.3 énonce l'une des obligations de procédure les plus importantes disposant que les autorités doivent exposer leur détermination de façon suffisamment détaillée. Toutefois, en l'espèce, l'ITC n'a pas fourni de renseignements suffisamment détaillés sur plusieurs points importants tels que les effets sur le volume, les effets sur les prix ou le lien de causalité, comme nous l'avons montré plus haut. Cette analyse sommaire et insuffisante des points essentiels par l'ITC donne lieu à deux violations indépendantes, reconnues et appliquées précédemment par des groupes spéciaux de l'OMC: l'une est une violation de l'obligation de fond sous-jacente, et l'autre une violation de l'obligation procédurale d'expliquer le fondement d'une décision. Ainsi, l'exposé des constatations doit ressortir directement de la décision de l'ITC et celle-ci est donc incompatible avec l'article 22.3.

## II. ENQUÊTE DU DOC SUR L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION – ALLÉGATIONS D'ERREUR

#### A. APERÇU GÉNÉRAL DE LA RESTRUCTURATION FINANCIÈRE

24. L'enquête correspondante découle de la restructuration financière d'une société, Hynix Semiconductor Inc., engagée pour des raisons commerciales à la suite de la crise financière qu'a connue la Corée en 1997. La restructuration financière de Hynix s'est déroulée en même temps qu'une vaste réforme en profondeur des entreprises et du secteur financier en Corée. Cette réforme structurelle visait à conférer aux banques coréennes une indépendance leur permettant de prendre leurs propres décisions, et à supprimer l'intervention des pouvoirs publics dans les décisions d'octroi de prêts.

25. Comme de nombreuses sociétés coréennes, Hynix s'est fortement endettée pendant la crise financière de 1997. C'est pourquoi la direction de la société s'est assurée les services la Citibank et de Salomon Smith Barney, en septembre 2000, pour se lancer dans un processus de restructuration. La restructuration financière et la recapitalisation de Hynix ont consisté en plusieurs transactions distinctes effectuées pendant deux périodes distinctes, la première allant jusqu'au 11 juin 2001, la seconde après juin 2001.

26. Le recoupement de ces deux événements, la restructuration financière de Hynix d'une part et la réforme des entreprises et du secteur financier coréen de l'autre, a en substance été mal interprété par les États-Unis comme étant un élément de preuve indiquant l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à tout prix. Les faits de la cause montrent que rien ne pourrait être plus éloigné de la vérité. Cette affaire illustre au contraire combien est empreinte de sagesse la règle sévère énoncée dans l'Accord SMC imposant de démontrer l'existence d'une contribution financière par des organismes privés, règle que les États-Unis n'ont pas respectée, et qui protège de toute action visant à appliquer indûment des droits compensateurs aux entreprises ayant une conduite commerciale innocente et foncièrement saine.

#### B. CONTRIBUTION FINANCIÈRE

27. Selon l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC, on ne peut établir qu'il y a eu "action de charger" ou "ordonner" que lorsque l'action des pouvoirs publics est si claire et dépourvue d'ambiguïté que les actions des organismes privés peuvent leur être imputées. De plus, le texte de l'article 1.1 exige que toute allégation d'une délégation ou d'un commandement des pouvoirs publics soit examinée pour chaque partie, et pour chaque tâche ou mission.

28. D'après l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, l'action de charger et celle d'ordonner comportent les trois éléments suivants: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement, ii) visant une partie particulière, et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière. Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a aussi précisé que les déclarations générales d'intention ou de volonté des pouvoirs publics, ou même les interventions générales sur le marché lui-même ne suffisaient pas à établir l'existence d'une contribution financière par l'intermédiaire d'un organisme privé.

29. Les autorités ne peuvent respecter cette règle en formulant des constatations générales concernant l'action de charger ou ordonner. Il ne suffit pas de conclure que, s'il existe un *certain* rapport entre les pouvoirs publics, *certain*s événements et *certain*s agents, le financement octroyé par *tous* les prêteurs à une partie donnée, quelles qu'en soient la date ou les modalités, résulte d'une action de charger ou ordonner. C'est pourtant exactement ce que le DOC a fait en l'espèce. Il a rassemblé des éléments de preuve disparates, constitués en grande partie d'articles de presse, et remontant souvent au début de la période couverte par l'enquête, et a déterminé que *tous* les prêts accordés par les banques coréennes à Hynix pendant une période de dix mois l'avaient été sur ordre des pouvoirs publics coréens.

30. Compte tenu du sens courant des termes "action de charger ou ordonner", le fait de conclure ainsi à une culpabilité par une vague association ne remplit pas les conditions de l'article 1.1 a) 1) iv). Étant donné le nombre de créanciers commerciaux associés aux différentes étapes de la restructuration financière de Hynix et les différentes manières dont ils y ont participé, cela n'a aucun sens de constater l'existence d'un "ordre" des pouvoirs publics.

31. Les constatations du DOC dans l'affaire en cause quant à un "contrôle du crédit" ne respectent pourtant pas ce critère. En effet, à aucun endroit de son *Mémoire sur la décision* de 140 pages, le DOC ne met en évidence une action explicite et positive de délégation ou de commandement par laquelle les pouvoirs publics coréens enjoindraient à tous les créanciers commerciaux de Hynix de s'engager dans un processus de restructuration financière d'une durée de dix mois. De fait, les seuls

éléments de preuve (à savoir les réunions des Ministres de l'économie) invoqués par le DOC pour soi-disant établir ou laisser supposer une action explicite et positive des pouvoirs publics coréens ne concernent que des circonstances étroitement définies qui n'étaient pas la thèse générale de l'existence d'une action de charger ou ordonner défendue par le DOC.

32. Les éléments de preuve additionnels sur lesquels le DOC s'appuie pour étayer sa constatation de l'existence d'un contrôle du crédit ne permettent pas d'établir qu'un ordre explicite a été donné par les pouvoirs publics coréens. Le fait, par exemple, que la Commission de surveillance financière (FSC) a accordé des dérogations à certaines banques coréennes pour certaines transactions de restructuration concernant Hynix n'explique pas les décisions prises par ces banques de participer effectivement à ces transactions, ni la participation d'autres banques, au cours de 2001. De plus, rien dans le programme accéléré de la Banque coréenne de développement (KDB) ne suppose qu'un quelconque ordre d'y participer soit donné par les pouvoirs publics coréens à un organisme prêteur ou un autre. En outre, on peut difficilement voir dans la présence du représentant du Service de supervision financière (FSS) à la réunion des créanciers de mars 2001 une preuve flagrante de l'existence d'une action de charger/ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, comme l'indique clairement le communiqué de presse publié au même moment par la FSC/le FSS. De même, rien dans le prospectus de la Banque Kookmin ne permet d'établir une action positive et explicite des pouvoirs publics coréens pour ordonner aux banques commerciales de prêter à Hynix. Enfin, contrairement aux constatations du DOC, les déclarations non vérifiées des experts anonymes interrogés secrètement par le DOC portent plutôt à croire à l'absence de contrôle des pouvoirs publics coréens sur les banques coréennes.

33. De plus, en vertu de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC, il ne suffit pas de simplement constater que les pouvoirs publics ont commandé un résultat particulier. Encore faut-il établir avec certitude quel est l'organisme privé auquel a été adressé la délégation ou le commandement des pouvoirs publics, et quel est l'objet de cette délégation ou de ce commandement. À aucun moment de son analyse le DOC n'a pu mettre en évidence un élément de preuve crédible du lien entre l'ensemble des créanciers de Hynix et sa thèse d'une conspiration du soi-disant "contrôle du crédit". Tout au plus les éléments sur lesquels s'appuie le DOC montrent-ils une *interaction* des pouvoirs publics coréens avec certaines banques à certains moments en ce qui concerne une transaction financière particulière.

34. Cette absence d'élément de preuve est plus surprenante encore pour les transactions de financement intervenues plus tard dans la période couverte par l'enquête (c'est-à-dire la restructuration d'octobre 2001). En ce qui concerne la restructuration d'octobre, les seuls éléments de preuve fournis par le DOC pour établir qu'il y a un lien entre les motivations de toutes les banques participant à cette mesure de restructuration et son allégation d'une action des pouvoirs publics coréens consistent en affirmations *non vérifiées* d'un unique "expert" anonyme interrogé par le DOC à Séoul. À propos de cette restructuration, le DOC a en outre déterminé que toutes les banques participant à ce programme avaient reçu des ordres des pouvoirs publics coréens, quelle qu'ait été l'action de chacune d'elles. Cependant, conclure que les banques qui ont décidé d'accorder de nouveaux prêts et celles qui ont décidé de ne pas en accorder avaient, les unes comme les autres, reçu l'ordre de "sauver Hynix" défie la logique et le bon sens.

35. En ce qui concerne la restructuration de mai 2001, le DOC n'a pas suffisamment tenu compte du fait qu'elle dépendait expressément de la réussite d'une émission d'actions sur les marchés mondiaux. En outre, en cherchant à arriver à la conclusion que les pouvoirs publics coréens étaient derrière le programme de restructuration de mai, le DOC a effectivement négligé la participation active de banques privées, au nombre desquelles une banque privée étrangère (la Citibank) au processus de restructuration.

36. L'"élément de preuve" peut-être le plus troublant sur lequel s'appuie le DOC pour justifier sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner consiste dans les déclarations anonymes de certains soi-disant "experts" interrogés en Corée. Le DOC a sérieusement déformé ces

éléments de preuve et est arrivé à une conclusion sans aucun élément de preuve à l'appui. La constatation générale d'une "influence" ou d'une "certaine influence" exercée sur certaines banques commerciales ne pourrait être plus ambiguë. Il est même révélateur que, sur les huit "experts" interrogés par le DOC, celui-ci ne puisse en citer qu'un pour dire que les pouvoirs publics coréens pouvaient encore influencer sur des banques dans lesquelles ils ne détenaient pas même une participation majoritaire.

37. D'ailleurs, en fin de compte, le rapport des huit "experts" suggère plutôt l'absence de contrôle conséquent des pouvoirs publics coréens sur les banques coréennes. En fait, la manière dont le DOC traite les points de vue des experts mentionnés plus haut est déloyale au plus haut point. La décision du DOC ne mentionne nulle part les nombreuses déclarations que l'on trouve dans le rapport des "experts" indiquant le caractère extrêmement improbable de la grande thèse soutenue par le DOC quant à un contrôle du crédit, qu'il soit généralisé ou limité à certaines banques.

38. Le décalage entre ce que les experts ont dit et la conclusion tirée par le DOC est tout simplement stupéfiant. Le DOC s'est emparé de l'idée, somme toute banale, que les pouvoirs publics coréens continuaient d'avoir de l'influence sur les banques dont ils étaient l'actionnaire majoritaire. Toutefois, en s'emparant de cette idée, il a commodément négligé plusieurs points beaucoup plus pertinents, à savoir: 1) que même dans le cas des banques publiques coréennes, le rôle des pouvoirs publics coréens consiste principalement à exercer une influence plutôt qu'un contrôle ou une direction spécifique; 2) que les pouvoirs publics coréens n'exerçaient aucun contrôle et avaient beaucoup moins d'influence sur les banques privées, surtout celles, comme Kookmin, dans lesquelles la participation étrangère est importante; et 3) que plusieurs des experts ont spécifiquement indiqué que les pouvoirs publics coréens n'étaient pour rien dans la restructuration financière de Hynix.

39. Ce dernier point est peut-être le plus important. Le DOC s'est concentré sur les déclarations selon lesquelles les pouvoirs publics coréens conservaient une influence auprès des banques publiques, mais n'a ensuite pas tenu compte des affirmations répétées selon lesquelles les pouvoirs publics coréens "étaient incapables d'empêcher" des banques d'abandonner Hynix, que le plan Hynix "n'avait rien à voir avec les pouvoirs publics", ou que l'influence éventuelle des pouvoirs publics coréens "n'aurait pu être un facteur important dans les décisions de la banque". En réalité, le fait que le DOC était déterminé à trouver des éléments de preuve notifiant le contrôle exercé par les pouvoirs publics coréens sur la restructuration de Hynix a obscurci la réalité des propos tenus par les experts. Ainsi, les États-Unis ont simplement cru ce qu'ils voulaient croire indépendamment des éléments de preuve. Dans l'ensemble, le DOC n'a pas justifié par des éléments de preuve objectifs sa décision d'imputer aux pouvoirs publics coréens les actes de diverses banques commerciales mues par la recherche du profit.

#### C. CONSTATATION ET MESURE D'UN "AVANTAGE"

40. La deuxième condition prévue par l'Accord SMC pour établir l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est que l'autorité compétente doit démontrer qu'un "avantage est ainsi conféré". Comme l'a relevé l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, la recherche de l'existence d'un avantage conformément à l'article 1.1 b) et à l'article 14 exige de comparer ce qu'une entité a reçu avec ce qui existait sur le marché.

41. En outre, l'Accord SMC définit l'avantage dans le contexte de l'expérience d'agents privés sur le marché du Membre visé par l'enquête. À cet égard, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction* a récemment décidé que l'autorité chargée de l'enquête ne devait pas rejeter un premier point de repère (c'est-à-dire existant sur le marché visé par l'enquête) en faveur d'un autre point de repère à moins d'avoir 1) prouvé qu'il y avait des distorsions du marché justifiant la prise de cette mesure; et 2) démontré que l'autre point de repère était lié aux conditions existantes sur le marché visé par l'enquête.

42. L'analyse du DOC concernant l'"avantage" est un exemple particulièrement frappant de ce que peut être une analyse orientée sur les résultats. En dépit de la nécessité de trouver le point de repère fondé sur le marché le plus approprié pour satisfaire aux obligations découlant de l'OMC, le DOC a systématiquement écarté tout point de repère possible. Il a fait abstraction de chacune des banques commerciales coréennes, bien qu'il ait également constaté que les pouvoirs publics coréens ne "contrôlaient" plus le crédit à l'échelle de l'économie du pays. Au fond, le DOC a constaté que, puisque certains éléments de preuve semblaient indiquer une influence des pouvoirs publics sur certaines banques, toutes les banques commerciales coréennes devaient être écartées.

43. De manière plus incompréhensible encore, le DOC a rejeté l'utilisation de la Citibank comme point de repère. Banque commerciale étrangère opérant en Corée, la Citibank aurait été un point de repère commercial parfait. Pourtant, le DOC a cherché laborieusement à la rejeter par une foule de raisons présentant une logique douteuse au regard du droit des États-Unis et de la jurisprudence de l'OMC.

44. Dans la présente affaire, le DOC avait à sa disposition tout un éventail de points de repère commerciaux possibles. Les créanciers de Hynix comprenaient toute une palette d'organismes publics, des banques coréennes avec participation de l'État, d'autres banques coréennes n'ayant guère ou pas de participations de l'État, et même des banques commerciales étrangères. Ces divers organismes prêteurs ont participé aux opérations de restructuration à des étapes différentes du processus et suivant des modalités différentes, et ont fait preuve de degrés d'autonomie variables dans leurs décisions. On ne peut s'empêcher de penser qu'un responsable objectif était à même de trouver dans cette palette une banque commerciale pouvant servir de point de repère valable.

45. Le DOC, quant à lui, a procédé d'une autre façon. Plutôt que de reconnaître la diversité des faits et de chercher le meilleur point de repère possible, il a cherché des raisons d'écarter toutes les banques, sans exception. Ainsi, le DOC s'est servi de ses conclusions erronées quant à la "contribution financière" (voulant que les pouvoirs publics coréens aient "donné des ordres" à toutes les banques coréennes), les utilisant comme excuse pour ne pas même examiner les particularités de chacune des banques commerciales coréennes. Toutes les banques coréennes ont ainsi été traitées de la même manière, qu'il s'agisse de banques publiques ou non, de banques contrôlées par des investisseurs étrangers ou non, et indépendamment du point de savoir si la banque avait ou non accordé des prêts à Hynix. Chaque banque coréenne a été rejetée d'emblée. Cet examen n'a pas tenu compte des faits et n'était pas objectif.

46. En ce qui concerne les organismes privés étrangers, le DOC a spécifiquement conclu, dans sa détermination préliminaire comme dans sa détermination finale, que la participation de la Citibank n'avait pas été ordonnée par les pouvoirs publics coréens. Néanmoins, le DOC a refusé à tort de considérer la Citibank comme un point de repère approprié pour le financement auquel elle a participé. La constatation du DOC selon laquelle la participation de la Citibank à la restructuration de Hynix était trop faible est erronée à la fois en ce qui concerne les prêts consentis par la Citibank à Hynix dans les premières phases de la restructuration (décembre 2000 et mai 2001) et en ce qui concerne l'apport de capitaux effectué dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001. Les éléments de preuve figurant au dossier indiquent clairement que la Citibank a participé à part entière à chacune des mesures de restructuration, ce qui contredit les constatations du DOC concernant l'avantage. De plus, les éléments de preuve qui comprennent un témoignage sous serment de la Citibank réfutent sans équivoque la détermination du DOC selon laquelle la décision de la Citibank de participer à la restructuration de Hynix était d'une certaine manière influencée par les pouvoirs publics coréens.

47. Pour ce qui est de mesurer l'avantage allégué, le DOC n'a jamais non plus expliqué comment il justifiait l'utilisation de données des États-Unis sur des sociétés qui ont été en cessation de paiements pour représenter une société coréenne qui ne l'avait pas été. Les marchés financiers coréens cherchent à éviter la faillite. Hynix n'a jamais déclaré faillite. De fait, ses actions ont

continué à se négocier activement pendant toute cette période. Les investisseurs continuaient à "parier" sur le redressement futur du prix des DRAM, ce qui n'est guère le signe d'une société en cessation de paiements. Le fait est que le DOC n'a pas même cherché à recueillir des données sur les taux de défaut de paiement des émetteurs d'obligations coréennes une fois qu'il a déterminé que Hynix était "insolvable". Les motifs qui ont conduit le DOC à rejeter ces données étaient déraisonnables puisque le DOC n'a fait aucun effort pour dissiper les doutes ou les réticences dont il a fait part au sujet des données.

#### D. SPÉCIFICITÉ

48. La Corée soutient que la constatation de spécificité faite par le DOC est incompatible avec les articles 1.2 et 2 de l'Accord SMC. Selon ces dispositions, une constatation de spécificité doit être "clairement étayée par des éléments de preuve positifs". Or, les constatations du DOC à cet égard n'atteignent pas le niveau de précision requis par l'Accord SMC.

#### E. QUESTIONS DE PROCÉDURE

49. Dans l'enquête correspondante, le DOC a imposé une charge de la preuve indue en ce qui concerne la contribution financière et la spécificité, d'une manière incompatible avec les articles 1<sup>er</sup> et 2 de l'Accord SMC. Par ailleurs, la constatation du DOC quant à la contribution financière et la spécificité était effectivement préconçue, s'inspirant de constatations antérieures concernant des secteurs et des périodes différents sans rapport avec l'enquête en question. De plus, d'une manière incompatible avec l'article 12.6 de l'Accord SMC, le DOC a organisé des réunions de vérification privées en Corée auxquelles les pouvoirs publics coréens n'étaient pas représentés, en dépit des objections qu'ils avaient explicitement formulées. Enfin, la Corée soutient que le DOC a imposé des droits compensateurs dépassant le montant des subventions alléguées, d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'Accord SMC et avec l'article VI:3 du GATT de 1994.

## ANNEXE A-2

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

28 mai 2004

#### I. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. Le Groupe spécial a pour tâche de déterminer si, en examinant les mêmes éléments de preuve que le DOC et l'ITC, une personne raisonnable, impartiale, aurait pu – et non aurait dû – arriver aux mêmes conclusions que ces deux organismes. Bien que la Corée évoque longuement des "éléments de preuve positifs", fondamentalement, son argumentation ne porte pas vraiment sur la nature des éléments de preuve sur lesquels le DOC et l'ITC ont fondé leur détermination. Au lieu de cela, la Corée implore le Groupe spécial de réévaluer les éléments de preuve, dans l'espoir d'obtenir un résultat différent. La Corée affirme, par ailleurs, que c'est à l'autorité chargée de l'enquête qu'incombe la charge de la preuve. C'est une affirmation remarquable à l'appui de laquelle la Corée ne présente aucune justification et pour laquelle il n'en existe aucune. Les déterminations du DOC et de l'ITC, y compris les aspects pour lesquels il n'est pas obligatoire de fournir des éléments de preuve positifs, étaient fondées sur des éléments "positifs", "objectifs", "vérifiables" et "crédibles".

#### II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION FAITE PAR LE DOC ÉTAIT CORRECTE

##### A. La constatation de l'existence d'une contribution financière faite par le DOC était correcte

2. Le DOC a déterminé que les pouvoirs publics coréens ont chargé les créanciers d'Hynix d'accorder des contributions financières à la société et leur ont ordonné de le faire. Le DOC a fait cette détermination en se fondant sur un examen objectif de *tous* les éléments de preuve versés au dossier, qualifiés par la Corée de "complexes et abondants". L'ensemble de ces éléments corrobore amplement la détermination du DOC selon laquelle les pouvoirs publics coréens ont chargé les créanciers d'Hynix d'accorder des contributions financières à la société et leur ont ordonné de le faire.

3. La politique suivie par les pouvoirs publics coréens à l'égard d'Hynix ne se réduisait pas à un simple intérêt d'ordre général pour les perspectives de cette société. Il s'agissait plutôt d'une politique spécifique, à savoir tout mettre en œuvre pour empêcher la faillite d'une société donnée, Hynix. En tant que contexte de leur politique, le soutien apporté par les pouvoirs publics coréens à Hynix à titre de membre d'une branche de production désignée comme "stratégique" est antérieur à la période couverte par l'enquête du DOC.

4. À la suite de la crise financière de 1997, les pouvoirs publics coréens ont organisé une fusion entre Hynix (qui s'appelait alors Hyundai Electronics) et LG Semicon, qui a aggravé les problèmes financiers d'Hynix. Dès novembre 2000, ils ont engagé une politique (et entrepris des actions spécifiques) visant à empêcher la faillite de la société. Les Ministres de l'économie "[o]nt fait part de la détermination des pouvoirs publics coréens à ne pas laisser Hynix faire faillite". Un cadre de l'entreprise a déclaré ceci: "Nous ne déposerons pas le bilan, les pouvoirs publics coréens ne nous laisseront pas faire faillite."

5. Les pouvoirs publics coréens ont entrepris des actions positives pour charger les créanciers d'Hynix d'accorder des contributions financières à la société et leur ordonner de le faire. Ils l'ont fait en exerçant un contrôle sur les créanciers d'Hynix à plusieurs titres, en leur qualité de prêteur, de propriétaire, de législateur et d'instance de réglementation.

6. **Rôle des pouvoirs publics coréens en tant que prêteur:** Les contributions financières versées à Hynix par des "organismes publics" tels que la KDB étaient directes. Ces créanciers "publics" d'Hynix ont joué un rôle important dans les ordres donnés par les pouvoirs publics coréens aux créanciers "privés" d'Hynix. La présence de la KDB en tant que prêteur était, pour les banques coréennes "privées", le signal qu'une décision d'investissement particulière avait reçu la bénédiction des pouvoirs publics coréens et qu'une société bénéficiait de leur soutien.

7. **Rôle des pouvoirs publics coréens en tant que propriétaire:** Les pouvoirs publics coréens ont joué un rôle capital en tant que propriétaire en exerçant un contrôle sur les créanciers d'Hynix. Dans chacune des grandes opérations de restructuration et de recapitalisation de la société, ces banques détenues et contrôlées par les pouvoirs publics ont compté pour une part très importante des nouveaux prêts consentis ou des dettes échangées contre des parts de capital. Grâce à leur influence sur les banques détenues par les pouvoirs publics et au contrôle direct exercé sur les banques spécialisées, les pouvoirs publics coréens ont pu asseoir leur position de domination sur le Conseil des créanciers d'Hynix, influencer sur l'issue de ses réunions et le charger de poursuivre leur politique. Ils ont également montré qu'ils exerçaient un contrôle sur les banques dans lesquelles la participation des pouvoirs publics était relativement faible. La Banque Kookmin, pour laquelle les pouvoirs publics détenaient moins de 10 pour cent du capital, dans des communications faites sous serment à la SEC des États-Unis, a reconnu qu'elle avait été, et continuait d'être, soumise à l'influence des pouvoirs publics pour ses décisions en matière de prêt.

8. **Rôle des pouvoirs publics coréens en tant que législateur:** Les pouvoirs publics coréens ont pris des mesures législatives pour accroître leur capacité et celle des créanciers d'Hynix de réaliser leur politique de sauvetage de la société. Le Décret n° 408 du Premier Ministre a légalisé les droits des pouvoirs publics coréens d'intervenir sous le couvert de la stabilisation des marchés financiers ou de l'exercice de leurs droits d'actionnaires pour choisir et nommer les responsables des banques et pour prendre des décisions en matière de politique du crédit. Aux termes de la Loi sur la supervision des fonds publics, les banques coréennes privées étaient tenues de signer des mémorandums d'accord avec les pouvoirs publics coréens en contrepartie des recapitalisations massives obtenues de l'État. Ces mémorandums d'accord donnaient aux pouvoirs publics coréens le droit contractuel d'intervenir dans les affaires courantes des banques coréennes et dans leurs décisions en matière de crédit. La CRPA a permis à une poignée de créanciers d'Hynix, pour la plupart d'entre eux détenus majoritairement par les pouvoirs publics coréens, de dicter les conditions de la restructuration aux autres créanciers d'Hynix. Les éléments de preuve versés au dossier montrent que les pouvoirs publics coréens ont utilisé ces mesures législatives pendant la période couverte par l'enquête pour mener à bien leur politique concernant Hynix.

9. **Rôle des pouvoirs publics coréens en tant qu'instance de réglementation:** La FSC a approuvé à trois reprises un relèvement du plafond du crédit en faveur des créanciers d'Hynix "afin de leur permettre de participer au processus de restructuration d'Hynix". Les éléments de preuve versés au dossier montrent que, loin d'appliquer des "principes commerciaux", la FSC n'a pas appliqué le plafond de crédit pour trois créanciers d'Hynix participant au prêt syndiqué de décembre 2000 pour des raisons économiques, sociales et politiques. Le FSS a demandé à toutes les banques créancières "de s'abstenir d'exercer leurs droits [de liquidation] jusqu'au 4 septembre 2001". Sans cette intervention, les créanciers d'Hynix auraient pu essayer de liquider la société, mettant ainsi un terme à ses perspectives de restructuration.

10. Le DOC a examiné plusieurs cas où les pouvoirs publics coréens ont menacé les créanciers d'Hynix de les contraindre à se plier à leur politique visant à empêcher la faillite de la société, par

exemple lorsqu'ils ont fait pression sur la KFB (alors détenue à 51 pour cent par une société américaine, Newbridge Capital) pour qu'elle participe au programme de restructuration accélérée. Par l'intermédiaire de la FSC et du FSS, les pouvoirs publics coréens ont également menacé les banques de mettre un terme à leurs relations soit avec les pouvoirs publics, soit avec leur clientèle existante.

11. L'ensemble des éléments de preuve étaye les constatations du DOC selon lesquelles les pouvoirs publics coréens ont chargé les créanciers d'Hynix d'accorder des contributions financières à la société ou leur ont ordonné de le faire. La politique suivie par les pouvoirs publics coréens pour empêcher la faillite d'Hynix et les actions qu'ils ont entreprises pour réaliser cette politique étaient manifestes tout au long de la période couverte par l'enquête. Bien que le DOC n'ait pas été tenu de le faire, la plupart de ces éléments de preuve peuvent être rattachés aux différentes phases spécifiques du sauvetage d'Hynix, à savoir le prêt syndiqué de 800 milliards de won, le programme de financement obligataire accéléré de la KDB, le plan de restructuration de mai 2001 et celui d'octobre 2001.

12. Sur la base du sens ordinaire des termes employés à l'article 1.1 a) 1) iv), lorsque les pouvoirs publics "confient la responsabilité" à un organisme privé, lui "commandent" ou "réglementent ses activités", de sorte qu'une ou plusieurs fonctions des types énumérés à l'alinéa iv) sont exécutées, il y a action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. La Corée a tort de laisser entendre qu'il existe un critère en matière de preuve spécial pour l'action de charger ou ordonner distinct du critère en matière de preuve général qui s'applique à tout différend relevant de l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, lequel consiste à savoir s'il y a une explication "motivée et adéquate" de la façon dont les faits étayent la détermination de l'autorité chargée de l'enquête. De même, il n'y a pas d'obligation pour le DOC d'avoir la preuve expresse des ordres donnés par les pouvoirs publics, banque par banque, transaction par transaction. En matière de preuve, n'importe quel élément de preuve ou fait peut être pertinent dès lors qu'il démontre, soit à lui seul, soit en conjonction avec d'autres, que des pouvoirs publics ont ou non chargé des organismes privés d'accorder des contributions financières ou leur ont ordonné de le faire. La question de la preuve, dans cette affaire, consiste donc à savoir si un décideur raisonnable et objectif, examinant *tous* les éléments de preuve versés au dossier, aurait pu conclure que les actions des pouvoirs publics coréens prises dans leur ensemble mettent en évidence l'existence d'une action de charger ou ordonner. Il était parfaitement raisonnable que le DOC, en s'appuyant sur les éléments de preuve à sa disposition, conclue que les actions entreprises par les pouvoirs publics coréens mettaient effectivement en évidence, à l'égard d'organismes privés, l'existence d'une action de charger ou ordonner d'accorder des contributions financières à Hynix.

13. La Corée essaye de trouver un texte à l'appui de son critère banque par banque, transaction par transaction en évoquant l'emploi du singulier "une" contribution financière à l'article 1.1 a) 1) iv). Cet argument de la Corée ne tient pas compte du fait que l'usage du singulier n'exclut pas que le sens puisse englober le pluriel de cette expression. En particulier, selon la définition du terme "organisme", dans l'expression "un organisme privé" figurant à l'alinéa iv), ce terme peut désigner une entité unique ou plus d'une entité.

14. C'est aussi sans fondement que la Corée invoque l'affaire *Restrictions à l'exportation* en ce qui concerne son critère en matière de preuve banque par banque, transaction par transaction. L'affaire *Restrictions à l'exportation* portait sur une tout autre question, celle de savoir si une restriction hypothétique des exportations pouvait constituer une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv). Ainsi, le passage cité du rapport sur l'affaire *Restrictions à l'exportation* est d'une pertinence limitée, si tant est qu'elle en ait, pour le présent différend, dans lequel il existe un corpus volumineux d'éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens ont, par des mesures positives, amené des entités privées à accorder des prêts, faire des apports en capital et annuler des dettes pour sauver Hynix du dépôt de bilan, et qu'ils leur ont confié la responsabilité de le faire.

15. Aux termes de l'alinéa iv), la contribution financière en cause doit être "normalement [du] ressort [des pouvoirs publics], la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics". Les fonctions en cause dans le présent différend sont les mesures de restructuration financière et de recapitalisation (qui, toutes, relèvent de l'alinéa i), transfert de fonds) destinées à renflouer une grande société au bord de la faillite. Comme le reconnaît la Corée, les pouvoirs publics "s'efforcent généralement d'éviter l'effondrement des grandes sociétés de leur pays". C'est exactement ce dont il s'agit dans la présente affaire, le sauvetage orchestré et dirigé par les pouvoirs publics d'un des plus grands et des plus importants fabricants du pays, se chiffrant en milliards de dollars, c'est-à-dire les actions entreprises par les pouvoirs publics coréens pour opérer le sauvetage d'Hynix.

16. En somme, on ne trouve ni à l'article 1.1 a) 1) iv), ni ailleurs dans l'Accord SMC de critère en matière de preuve distinct en ce qui concerne l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Le critère en matière de preuve en l'espèce, comme dans tout différend semblable dans lequel l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends fournit la règle, est de savoir s'il existe une explication "motivée et adéquate" de la façon dont les faits étayaient la détermination de l'autorité chargée de l'enquête.

## **B. La détermination de l'existence d'un "avantage" faite par le DOC était correcte**

17. Toutes les contributions financières (comprenant les prêts, la participation au capital social et l'annulation de dettes) reçues par Hynix pendant la période couverte par l'enquête ont été accordées soit directement par les pouvoirs publics coréens par l'intermédiaire des créanciers "publics" d'Hynix, tels que la KDB et l'IBK, soit indirectement par les créanciers "privés" d'Hynix, qui ont été chargés par les pouvoirs publics coréens d'octroyer un financement à Hynix et qui ont reçu l'ordre de le faire (à l'exception de la Citibank, seul créancier d'Hynix dont le capital est entièrement détenu par des intérêts étrangers).

18. Le DOC a refusé d'utiliser les prêts accordés par les créanciers privés d'Hynix comme point de repère parce qu'il a constaté que ces prêts constituaient des contributions financières des pouvoirs publics. Il va de soi que les prêts dont il est déterminé qu'ils sont des contributions financières des pouvoirs publics ne peuvent pas eux-mêmes servir de points de repère pour déterminer l'avantage résultant de telles contributions financières.

19. Le DOC a par ailleurs conclu qu'il n'était pas approprié d'utiliser les prêts de la Citibank comme points de repère en raison de certains aspects inhabituels concernant l'octroi de ces prêts. Dans son analyse, le DOC a examiné les circonstances qui avaient entouré le financement accordé par la Citibank à Hynix. Il a conclu que l'évaluation des risques effectuée par cette banque, comme celle des autres créanciers d'Hynix, était influencée par l'intervention continue et notable des pouvoirs publics coréens pour soutenir Hynix. Les constatations du DOC sont étayées par les éléments de preuve versés au dossier.

20. Enfin, le DOC a aussi examiné le double rôle de la Citibank en tant que prêteur et conseiller financier en étudiant s'il était approprié d'utiliser les prêts de la Citibank comme points de repère. Le DOC a conclu que la Citibank n'était pas seulement motivée par les honoraires qu'elle devait percevoir en tant que conseiller exclusif d'Hynix en matière d'investissement, mais aussi par son désir de jouer un rôle consultatif plus large. Le DOC a raisonnablement conclu que ni l'incitation procurée par les honoraires potentiels à titre de conseiller en investissement pour Hynix, ni l'intérêt d'être en position de fournir des services de conseil d'une manière plus générale dans l'économie coréenne ne démontraient des considérations commerciales typiques d'un *établissement de prêt* indépendant de l'intervention des pouvoirs publics. En outre, ces deux facteurs affectent sensiblement l'évaluation du risque attaché à la participation aux mesures de restructuration en tant que prêteur et rendaient les prêts "problématiques aux fins de la comparabilité".

21. Le DOC a constaté qu'Hynix n'était pas solvable pendant la période couverte par l'enquête, et a calculé le montant de l'avantage en se fondant sur une formule intégrant une "prime de risque" pour tenir compte de la probabilité plus élevée que l'emprunteur ne puisse pas rembourser le prêt. La Corée ne conteste pas, en soi, la constatation du DOC selon laquelle Hynix n'était pas solvable au moment où elle a reçu les prêts ordonnés par les pouvoirs publics. Ce qu'elle fait valoir, en revanche, c'est que le DOC n'a pas tenu compte, à tort, des données disponibles sur les taux de défaillance en Corée dans le cadre de son analyse de la solvabilité.

22. Afin de déterminer la probabilité de non-remboursement, le DOC s'est appuyé sur les taux de défaillance cumulatifs moyens rapportés dans l'étude réalisée par Moody's Investors Service sur les taux de défaillance rétrospectifs des émetteurs d'obligations de sociétés, y compris les émetteurs internationaux. Les données de Moody's sur lesquelles s'est appuyé le DOC sont très complètes, puisqu'elles reflètent l'expérience de 14 400 émetteurs d'obligations à long terme pendant la période cumulée et que les émetteurs autres que des États-Unis représentent jusqu'à 38 pour cent des sociétés incluses dans les statistiques. La Corée allègue que le DOC aurait dû utiliser les taux de défaillance coréens, mais les principes directeurs figurant à l'alinéa b) de l'article 14 prescrivent seulement de calculer l'avantage en se fondant sur les prêts commerciaux comparables qu'Hynix pourrait effectivement obtenir "sur le marché". Rien dans cette disposition n'indique que la définition du terme "marché" devrait être limitée au marché "coréen" ou au marché "du pays de fourniture". En outre, le DOC a constaté qu'Hynix n'avait pas fourni tous les renseignements nécessaires au cours de l'enquête en ce qui concerne les taux de défaillance coréens. Les données communiquées par Hynix n'étaient pas fiables à première vue puisqu'elles laissaient entendre que le taux de défaillance pour les emprunts les plus faiblement notés était inférieur à celui des emprunts les mieux notés. Dans les données de Moody's, par contre, les obligations moins bien notées faisaient apparaître des taux de défaillance supérieurs dans tous les cas.

23. Le DOC a constaté qu'Hynix n'était pas apte à bénéficier d'apports en capital en octobre 2001 et a donc traité le montant total des apports en capital dont elle a bénéficié en octobre 2001 comme un don. La Corée ne conteste pas la méthode concernant l'aptitude à bénéficier d'apports en capital utilisée par le DOC. Elle allègue en revanche que le DOC n'a pas tenu compte d'achats de parts de capital effectués en même temps, ni de "l'enthousiasme des tiers", et qu'il a rejeté à tort les motivations des créanciers existants (parties liées) au profit de celles des nouveaux créanciers (extérieurs). Le DOC a déterminé qu'il n'y avait pas eu d'achats importants, raisonnablement concomitants, d'actions Hynix nouvellement émises effectués par des investisseurs privés, et que l'émission de "global depositary shares" (GDS) faite par Hynix en juin 2001 ne fournissait aucune indication sur l'aptitude de la société à bénéficier d'apports en capital près de cinq mois plus tard. Le DOC a aussi examiné les indicateurs et les résultats financiers d'Hynix dans le cadre de son analyse de l'aptitude de la société à bénéficier d'apports en capital. Il a constaté que la société avait été en difficulté pendant toute la fin des années 90 et jusqu'en 2001.

24. Le DOC a également déterminé que les études réalisées par la SSB et le Groupe de surveillance n'étaient pas conçues pour répondre à la question de savoir si Hynix était apte à recevoir des apports en capital. De plus, les créanciers d'Hynix n'auraient pas pu s'appuyer sur le rapport Arthur Andersen parce que, comme l'a noté le DOC, ce rapport n'a été terminé que deux mois *après* que les créanciers sont convenus du plan de restructuration d'octobre 2001. Enfin, dans l'examen des pratiques d'investissement habituelles des investisseurs privés, le DOC a expliqué qu'il avait utilisé un critère rationnel des investisseurs plutôt que le modèle économique avancé par la Corée.

### **C. La constatation de spécificité faite par le DOC était correcte**

25. Parce que le programme de subventions s'adresse à une entreprise particulière – Hynix – il est spécifique au sens de l'article 2 de l'Accord SMC. Le DOC a aussi confirmé la spécificité du sauvetage d'Hynix par une analyse de l'utilisation de la CRA/CRPA par les entreprises. En ce qui concerne ces lois, les données, qui ont été communiquées par les pouvoirs publics coréens,

démontrent que les sociétés du Groupe Hyundai ont reçu un pourcentage extraordinairement élevé d'aide à des fins de restructuration financière et de recapitalisation, et qu'Hynix en a reçu, à elle seule, une très forte proportion. Paradoxalement, après avoir souligné la nécessité de fournir des éléments de preuve positifs, la Corée affirme ensuite que ses propres données objectives et crédibles sur l'utilisation de la CRA/CRPA ne sont pas pertinentes pour l'analyse de la spécificité. Malgré les éléments de preuve positifs indiquant que les pouvoirs publics ont spécifiquement ordonné aux banques de sauver Hynix et les ont chargées de le faire, la Corée fait valoir que les éléments de preuve de la spécificité aux fins de l'article 2.1 c), *doivent* découler d'un "examen plus général" des "avantages". Absolument rien dans le texte de l'Accord SMC ne vient étayer cette affirmation. Comme la Corée elle-même le reconnaît, les principes qui régissent les constatations de spécificité sont énoncés à l'article 2. L'article 2.1 c) fait expressément référence à des facteurs "quantitatifs" ayant trait à l'utilisation, et il n'y a aucune prescription dans l'article 2.1 c) obligeant à "tempérer" ces facteurs quantitatifs sur la base de "distinctions qualitatives", comme le suggère la Corée.

### **III. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE FAITE PAR L'ITC ÉTAIT CORRECTE**

#### **A. L'analyse concernant les volumes faite par l'ITC était correcte**

26. Bien que l'ITC ait bien précisé qu'elle s'était appuyée, pour son examen concernant le volume des importations visées subventionnées, sur un ensemble unique et cohérent de données provenant des réponses aux questionnaires, la Corée fait référence à un ensemble variable de sources de données. Par ailleurs, sa première communication ne contient que des données confidentielles sélectives. Pour plusieurs raisons, les États-Unis demandent instamment au Groupe spécial de ne pas utiliser les renseignements confidentiels sélectifs que la Corée a communiqués dans le présent différend. Les "tendances" des données décrites dans la communication de la Corée sont erronées et contredisent celles qui sont décrites dans la communication de l'ITC.

27. Bien qu'il n'y ait aucune prescription dans l'article 15.2 voulant qu'une autorité constate que l'augmentation du volume des importations visées subventionnées par rapport à la consommation était notable, l'ITC a constaté non seulement que l'augmentation du volume des importations visées subventionnées par rapport à la consommation des États-Unis était notable, mais aussi que le volume des importations visées subventionnées était notable, tant en termes absolus que par rapport à la production des États-Unis. L'ITC a expliqué pourquoi le volume des importations visées subventionnées était notable en disant que ses "constatations concernant le volume des importations visées [étaient] renforcées par le haut degré de substituabilité entre les importations visées et les expéditions en trafic intérieur". Elle a relevé par ailleurs que "[l]a nature des produits DRAM d'origine nationale et des produits DRAM importés visés, similaire à celle des produits de base, amplifi[ait] la capacité d'un volume d'importations donné d'avoir une incidence sur le marché intérieur et la branche de production nationale". La Corée ne conteste pas le haut degré de substituabilité entre les produits DRAM subventionnés visés et les produits DRAM d'origine nationale.

28. L'ITC a spécifiquement reconnu dans son avis que "l'utilisation des bits comme unité de mesure [pouvait] présenter des difficultés pour [son] analyse, étant donné que leur nombre total dépend[ait] de la densité des puces et de la gamme des produits, qui, toutes deux, [avaient] changé pendant la période couverte par l'enquête". Dans une partie de l'avis omise par la Corée dans sa communication, l'ITC expliquait qu'elle avait *néanmoins* constaté que le volume, en termes absolus, des importations visées subventionnées et l'augmentation de ce volume par rapport à la production et à la consommation des États-Unis étaient "notables".

29. La Corée ne conteste pas, et n'examine même pas, la conclusion de l'ITC selon laquelle l'augmentation du volume des importations visées subventionnées était notable par rapport à la production des États-Unis.

30. Enfin, la constatation par l'ITC d'une augmentation notable de la part de marché des importations visées subventionnées repose sur des éléments de preuve positifs et est compatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC. Les importations visées ont gagné des parts de marché entre 2000 et 2001, tandis que la branche de production nationale en perdait. Tant les importations visées subventionnées que la branche de production nationale ont perdu des parts de marché entre 2001 et 2002, mais pendant cette période où la demande a augmenté, tout en ralentissant, les importations visées subventionnées ont *maintenu* leur position sur le marché *mieux que les producteurs nationaux*. Outre qu'elle utilise un tableau (la figure 9) présentant de nombreuses erreurs, la Corée ne s'intéresse qu'à l'augmentation du point de pourcentage pendant la période couverte par l'enquête sans tenir compte de l'ampleur de cette augmentation. En plaçant dans leur contexte les données relatives au volume, l'ITC a raisonnablement conclu que l'accroissement de la part de marché des importations visées subventionnées était notable compte tenu de la forte substituabilité des importations visées subventionnées et du produit similaire national ainsi que des effets des importations visées subventionnées sur les prix.

31. La Corée fait valoir que les importations visées, dont le volume avait augmenté, pénétraient sur le marché américain pour remplacer d'autres produits de la marque Hynix pendant la modernisation de l'usine Hynix de Eugene. Quand bien même cette explication serait exacte, il n'en reste pas moins qu'un producteur national perdait des ventes au profit des importations visées subventionnées. Qui plus est, l'ITC avait expressément identifié, dans sa détermination finale, un prédicat factuel manquant qui expliquait pourquoi, dans l'enquête sur les DRAM, les éventuelles baisses de la production de produits DRAM à l'usine Hynix de Eugene ou diminutions de la part du marché américain détenue par la marque Hynix étaient hors de propos. Une description et une explication de ce problème sont données dans la **figure confidentielle n° 1 des États-Unis**.

32. Un autre défaut du raisonnement de la Corée est qu'il part du principe que l'ITC aurait dû examiner l'incidence des importations visées subventionnées sur la base de la marque. Les marques des produits DRAM n'indiquaient pas le pays d'origine et ne correspondaient pas à l'examen prévu par l'Accord SMC. En ce qui concerne les faits de l'enquête sur les DRAM, l'approche par marque suggérée par la Corée ne serait pas compatible avec l'Accord SMC. L'approche suivie par l'ITC dans cette enquête est compatible avec l'Accord SMC et avec l'approche avalisée dans les rapports d'autres groupes spéciaux.

33. La Corée affirme que l'ITC a utilisé des "définitions incompatibles de la branche de production nationale, des importations visées et des importations non visées" qui "empêchaient un examen objectif des volumes des importations visées". La Corée ne conteste pas la définition des importations visées donnée par l'ITC, mais voudrait que l'ITC définisse, à certaines fins, la branche de production nationale comme les "producteurs du produit national similaire", or elle abandonne ensuite cette définition pour calculer les expéditions de la branche de production. L'approche suivie ici par l'ITC, qui, tout au long de sa détermination, a défini la branche de production nationale comme les sociétés participant à la production nationale du produit similaire national, est compatible avec l'Accord SMC. Sa méthode était objective parce qu'elle évitait la double comptabilisation des données.

## **B. L'analyse des effets sur les prix faite par l'ITC était correcte**

34. L'ITC a constaté que les importations visées subventionnées étaient vendues à des prix inférieurs dans une mesure notable en s'appuyant sur une analyse de huit produits représentatifs différents pris en compte à cet effet, dans laquelle elle a comparé le prix moyen pondéré des expéditions en trafic intérieur au prix moyen pondéré des importations visées subventionnées pour chaque mois de la période allant de janvier 2000 à mars 2003. La Corée ne conteste pas les données ayant servi de base à l'analyse des prix de l'ITC, et n'a aucune raison de le faire.

35. Une constatation de l'existence de ventes à des prix inférieurs, qui plus est dans une mesure notable, n'est pas une condition préalable requise pour établir une détermination positive de l'existence d'un dommage. L'article 15.2 dispose qu'"[u]n seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante". Il ressort néanmoins clairement de l'analyse menée par l'ITC dans cette enquête que les importations visées subventionnées étaient vendues à des prix inférieurs *dans une mesure notable*. La Corée affirme simplement que l'analyse de l'ITC était "erronée pour cette branche de production", mais il n'y a pas de prescription dans l'Accord qui oblige à analyser les effets sur les prix sur la base de la marque. L'analyse désagrégée par marque que demande la Corée ne tiendrait pas compte du pays d'origine des produits DRAM et serait totalement incompatible avec la prescription de l'Accord SMC voulant que soient examinés les effets "des importations subventionnées" sur le "produit similaire", le produit produit par la branche de production nationale. En outre, la Corée ne tient pas compte du fait que l'ITC a *aussi examiné* les données relatives aux prix sur une base désagrégée (ventilées par marque et par source). L'ITC a constaté que même une analyse désagrégée montrait que les importations visées subventionnées étaient le produit vendu au prix le plus bas *"plus souvent que les produits DRAM provenant de n'importe quelle autre source"*. (pas d'italique dans l'original) Il n'y a pas de prescription dans l'Accord SMC voulant que les importations visées subventionnées soient le produit vendu au prix le plus bas tout au long de l'enquête sur la base d'une analyse des prix moyens pondérés, à plus forte raison d'une analyse désagrégée par marque. Les importations visées subventionnées à bas prix étaient pourtant les produits dont le prix était le plus bas, plus souvent que celui des produits provenant de n'importe quelle autre source, même sur une base désagrégée. Même lorsque leur prix n'était pas le plus bas, elles ont aidé les acheteurs à faire baisser les prix des autres fournisseurs.

36. Abstraction faite de l'argument selon lequel l'ITC n'a pas pris en considération les autres facteurs comme il convenait dans son analyse des effets des importations visées sur les prix, la Corée ne conteste pas la constatation de l'ITC selon laquelle les importations subventionnées ont déprimé les prix dans une mesure notable, ce qui s'est traduit par des baisses sensibles des prix pour presque chaque produit et circuit de distribution. En ce qui concerne la domination sur les prix, la Corée n'identifie pas de prescription dans l'article 15 imposant de constater une telle domination parce qu'il n'y en a pas. L'ITC s'est raisonnablement appuyée sur les éléments de preuve à sa disposition concernant les ventes et les recettes perdues pour étayer ses constatations relatives aux effets défavorables sur les prix, et le fait que beaucoup ont été confirmés dans une enquête portant sur un bien fongible mérite d'être relevé, même si la Corée les évaluerait d'une manière différente.

**C. L'analyse de l'incidence des importations visées subventionnées faite par l'ITC était correcte**

37. Bien qu'une approche fondée sur une "liste récapitulative" ne soit pas exigée, il ressort aussi clairement du texte de la partie descriptive du rapport de l'ITC (sans parler des tableaux de données qui l'accompagnent), que l'ITC a évalué les facteurs énumérés à l'article 15.4 de l'Accord SMC. Elle a conclu ce qui suit: "[e]n somme, les résultats de la branche de production nationale ont baissé pendant la période couverte par l'enquête au regard de nombreux indicateurs, et ses résultats financiers se sont brusquement dégradés. La baisse des prix est la première raison des fortes pertes d'exploitation enregistrées par la branche de production et, comme nous l'avons vu plus haut, les importations visées ont contribué dans une mesure importante aux fortes baisses de prix qui se sont produites pendant la période". L'évaluation par l'ITC des facteurs de dommage et son examen des conditions de concurrence et du cycle conjoncturel caractéristiques de cette branche de production se retrouvent d'un bout à l'autre de sa détermination finale. Dans son exposé descriptif, par exemple, l'ITC a explicitement incorporé ses constatations dans les autres sections de l'exposé et souvent fait référence aux tableaux qui les accompagnent.

38. La Corée ne conteste pas les éléments de preuve positifs qui étayaient les conclusions de l'ITC, mais fait valoir que celle-ci aurait dû évaluer les facteurs différemment et affirme que, dans cette branche de production, il n'existe que cinq indices clés. Cependant que la Corée met l'accent sur des

critères sélectifs, la détermination finale de l'ITC correspond à une évaluation des éléments de preuve positifs concernant divers facteurs révélateurs des changements intervenus dans la situation de la branche de production. La Corée utilise des périodes différentes en fonction de l'argument qu'elle veut défendre, comme on le voit sur la figure n° 2 des États-Unis, et bien que la Corée cite des fragments de données concernant tels ou tels producteurs, l'ITC a examiné la branche de production nationale, de même que le dossier, dans son ensemble. Par ailleurs, même les critères dont la Corée affirme l'importance ont montré des baisses pendant au moins une partie, sinon la totalité, de la période couverte par l'enquête.

#### **D. L'analyse de la causalité faite par l'ITC était correcte**

39. La Corée n'identifie, dans le texte même de l'Accord SMC, aucune prescription à l'appui de son argument selon lequel l'autorité chargée de l'enquête doit "faire la démarche additionnelle d'examiner les autres facteurs pour vérifier leur rôle dans le dommage causé à la branche de production nationale" afin d'"isoler" les importations visées ou leurs effets des autres facteurs connus ayant des effets sur la branche de production nationale. Ni dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, ni dans des rapports ultérieurs l'Organe d'appel n'a constaté l'existence d'une prescription quelconque imposant à l'autorité chargée de l'enquête d'"isoler" les effets dommageables des importations déloyales. La règle formulée était en revanche de déterminer si les autorités chargées de l'enquête fournissaient une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables des autres facteurs, par opposition aux effets dommageables des importations déloyales.

40. Dans l'enquête sur les DRAM, l'ITC a inclus dans son analyse du volume des importations visées, de leurs effets sur les prix et de leur incidence l'examen du lien de causalité et celui de la manière dont elle s'est assurée qu'elle n'imputait pas aux importations visées le dommage important dû à d'autres facteurs. L'ITC a clairement analysé les tendances des facteurs ayant une incidence et celles des effets des importations visées subventionnées sur les volumes et les prix. Elle a évalué le volume, en termes absolus, des importations visées subventionnées, l'évolution des volumes des importations visées et leurs augmentations relatives. Elle a évalué le taux et l'ampleur des ventes à des prix inférieurs et de la dépression des prix dues aux importations visées subventionnées. Elle a aussi examiné l'évolution des facteurs relatifs au dommage lorsqu'elle est arrivée à sa conclusion quant à l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. Plus précisément, l'ITC a étudié la relation entre les facteurs révélateurs des effets des importations visées sur les volumes et les prix et les mouvements des facteurs relatifs au dommage. Cette évaluation était au centre de son analyse de la causalité et de sa détermination en la matière. L'ITC a démontré une relation temporelle, ou une coïncidence, "globale" entre les importations visées subventionnées et le dommage important causé à la branche de production nationale, et lorsqu'elle a démontré l'existence d'un lien de causalité entre les importations visées subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale, l'ITC a évalué les facteurs pertinents dans le contexte du cycle conjoncturel et des conditions de concurrence caractéristiques de cette branche de production.

41. L'ITC a également examiné les autres facteurs pour s'assurer qu'elle n'imputait pas aux importations visées le dommage causé par ces facteurs. En ce qui concerne les importations non visées, l'ITC a déterminé qu'une partie importante de ces importations était composée de produits DRAM Rambus et de produits DRAM spécialisés pour lesquels il n'y avait pas de production nationale notable. De plus, même les importations non visées consistant en produits "ordinaires" n'avaient pas les effets sur les prix qu'exerçaient les importations visées subventionnées pendant la période couverte par l'enquête. Ainsi, l'ITC a raisonnablement constaté que les importations non visées avaient une incidence moindre que n'aurait pu le laisser penser leur volume en termes absolus et en termes relatifs. Elle a par ailleurs constaté que, bien que la part de marché des importations non visées se soit accrue, "la principale incidence négative" sur la branche de production nationale était due au fléchissement des prix. Sur ce point, l'ITC a constaté que les importations visées subventionnées, elles-mêmes, étaient suffisamment importantes et d'un prix suffisamment bas pour

avoir une incidence notable, indépendamment des effets défavorables causés par les importations non visées. Ainsi, l'ITC a évalué la nature et l'ampleur des effets dommageables des importations non visées d'une manière "complète" pour s'assurer qu'elle n'imputait pas le dommage aux importations visées subventionnées. Ses constatations sont fondées sur des éléments de preuve positifs et sur un examen objectif. La Corée voudrait que le Groupe spécial réévalue les éléments de preuve ou qu'il ne tienne pas compte de l'analyse de l'ITC.

42. La Corée fait valoir que les baisses de prix intervenues pendant la période couverte par l'enquête étaient dues à d'autres facteurs (tels que les cycles de vie des produits et les fluctuations conjoncturelles de l'offre et de la demande qui provoquent des périodes de prospérité et de marasme caractéristiques de cette branche de production). Bien que la Corée affirme le contraire, l'ITC a explicitement évalué ces facteurs dans sa détermination. Elle a conclu que les baisses de prix substantielles étaient bien plus fortes que ce à quoi l'on pouvait s'attendre, même selon Hynix, et que s'il n'y avait pas eu de quantités importantes d'importations visées subventionnées en concurrence dans les mêmes types de produits à des prix relativement bas, les prix intérieurs auraient été sensiblement plus élevés.

43. L'ITC a aussi examiné les actions entreprises par la branche de production nationale pour s'assurer qu'elle n'imputait pas le dommage aux importations visées subventionnées. Ses constatations positives dans cette enquête s'appuient sur un dossier factuel qui contraste fortement avec le dossier factuel constitué lors de sa précédente enquête sur les DRAM en provenance de Taiwan, qui avait abouti à une détermination négative.

44. Non seulement la Corée ne prouve l'existence d'aucune violation d'une disposition de fond de l'article 15 de l'Accord SMC, mais elle ne prouve pas non plus l'existence d'une quelconque incompatibilité avec l'article 22.3.

#### **IV. AUTRES QUESTIONS**

45. En ce qui concerne les autres questions soulevées dans la première communication de la Corée: a) les États-Unis n'ont pas agi d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'Accord SMC ou l'article VI:3 du GATT de 1994 puisqu'ils n'ont pas perçu de droits compensateurs; b) les allégations de la Corée concernant l'ordonnance du DOC en matière de droits compensateurs devraient être rejetées parce que la Corée ne s'est pas conformée à l'article 4:4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et qu'elle n'a pas démontré l'existence d'une incompatibilité avec l'Accord SMC ou le GATT de 1994; c) la recommandation demandée par la Corée est incompatible avec l'article 19:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends; et d) les réunions du DOC avec les experts financiers n'étaient pas incompatibles avec l'article 12.6 de l'Accord SMC.

## ANNEXE A-3

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

4 juin 2004

#### I. INTRODUCTION

1. La Chine axe sa communication en tant que tierce partie sur les questions de droit suivantes:
  - 1) la contribution financière indirecte ayant donné lieu à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics;
  - 2) le choix des points de repère du marché lors de l'établissement et du calcul des avantages conférés au bénéficiaire d'une subvention;
  - 3) la détermination de la spécificité au titre de l'article 2 de l'*Accord SMC*.

#### II. CONTRIBUTION FINANCIÈRE INDIRECTE AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 A) 1) IV) DE L'ACCORD SMC

2. En ce qui concerne la question de la contribution financière indirecte visée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, l'opinion de la Chine est la suivante.

3. Premièrement, le Groupe spécial a estimé dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, qu'il résultait du sens ordinaire des mots "charger" et "ordonner" que l'action de charger et celle d'ordonner "comportent [...] nécessairement les trois éléments suivants: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière". La Chine estime que ces trois éléments établissent un critère *rigoureux* pour considérer qu'une contribution financière versée directement par une entité privée est une contribution émanant indirectement des pouvoirs publics. La Chine estime aussi que la première prescription relative à une action de délégation ou commandement "explicite et positive" impose manifestement que l'action des pouvoirs publics soit mise en œuvre d'une manière à ce point explicite et positive qu'elle justifie l'imputation d'une action privée aux pouvoirs publics.

4. Deuxièmement, l'historique de la négociation de l'*Accord SMC* corrobore l'interprétation stricte des termes "charger ou ordonner". Une contribution financière compte parmi les éléments requis d'une subvention afin de limiter le champ d'application de la définition de la subvention. Bien que l'article 1.1 a) 1) iv) soit censé être une disposition anticcontournement, on ne devrait pas lui donner une portée telle qu'il ne conduise pas à une constatation, lourde de conséquences, de l'existence d'une contribution financière chaque fois qu'il y a intervention des pouvoirs publics. En outre, une interprétation et une application de l'article 1.1 a) 1) iv) lourde de conséquences risquent d'aboutir à l'utilisation abusive des droits compensateurs que les négociateurs de l'*Accord SMC* s'étaient efforcés d'empêcher lors du Cycle d'Uruguay.

5. En ce qui concerne le critère en matière de preuve concernant l'action de charger ou ordonner, la Chine estime que l'autorité chargée de l'enquête doit fournir une explication "motivée et adéquate" de la façon dont les faits appuient la constatation de l'existence des trois éléments de l'action de charger ou ordonner, ce qui n'est pas un critère en matière de preuve spécial.

6. En conséquence, la Chine est d'avis que les termes "charger" et "ordonner" devraient être interprétés d'une manière stricte aux fins de la constatation de l'existence d'une contribution financière indirecte des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'une entité privée.

### III. CHOIX D'UN POINT DE REPÈRE DU MARCHÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 14 A) ET B) DE L'ACCORD SMC

7. De l'avis de la Chine, par analogie avec le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction* et sur la base de l'article 14 a) et b), les actes de la Citibank peuvent constituer un premier point de repère du marché aux fins de l'établissement de l'existence d'un avantage. À ce titre, dans le différend à l'examen, les questions clés consisteraient à savoir: 1) si l'autorité peut abandonner un premier point de repère du marché; 2) dans l'affirmative, dans quelles circonstances; et 3) après le rejet du premier point de repère, si l'autre point de repère utilisé par le DOC est compatible avec l'article 14 a) et b). Dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction*, des questions de droit semblables se sont également posées. La Chine considère que le raisonnement et les constatations de l'Organe d'appel dans ce différend peuvent être utiles au Groupe spécial pour évaluer le différend à l'examen.

8. S'appuyant sur l'interprétation donnée dans la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction*, la Chine estime que l'autorité chargée de l'enquête peut utiliser d'autres points de repère que les premiers points de repère prévus à l'article 14 a) et b) pour établir et calculer les avantages conférés au bénéficiaire d'une subvention, à condition qu'une telle méthode soit compatible avec l'article 14 a) et b).

9. Cependant, l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction*, a souligné que "la possibilité ménagée à l'article 14 d) aux autorités chargées de l'enquête de considérer un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture [était] très limitée". De l'avis de la Chine, ces propos indiquent que le seuil pour abandonner un premier point de repère est très élevé. À cet égard, la Chine estime que les prix effectifs et disponibles pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture devraient représenter les conditions du marché les plus appropriées dans des circonstances normales. Bien que certains facteurs puissent influencer sur cette comparaison, les prix effectifs pratiqués dans le secteur privé peuvent être ajustés pour tenir compte de ces facteurs. En revanche, si les prix pratiqués dans le secteur privé sont rejetés en raison de certains facteurs s'opposant à la comparaison, et qu'un "prix du marché" est construit en conséquence, il n'est pas non plus facile de tenir compte de chacun des facteurs clés et de faire en sorte que ces "conditions du marché" construites reflètent pleinement la situation réelle du marché.

10. De même, en cas de participation au capital social ou de prêts, si des investissements sont effectués par une entité privée dans la société faisant l'objet de l'enquête, il est préférable de considérer ces investissements comme le premier point de repère du marché plutôt que de rejeter le point de repère du marché facilement disponible et effectif et de construire un nouvel ensemble de "conditions du marché".

11. Dans la présente procédure, les deux parties sont en désaccord sur la question de savoir si la décision de la Citibank devrait être abandonnée sur la base des trois facteurs factuels clés. Après avoir analysé deux de ces facteurs, la Chine considère qu'ils ne constituent pas nécessairement des éléments de preuve concluants permettant d'étayer le rejet de la décision de la Citibank en tant que premier point de repère du marché.

12. Par ailleurs, la Chine est aussi d'avis que même si un point de repère du marché facilement disponible est rejeté à bon escient, il faudrait dûment veiller à préserver la compatibilité avec

l'article 14 a) et b) lors de la construction d'un point de repère du marché. De l'avis de la Chine, les prescriptions spécifiques de l'article 14 a) et b) ont pour objet de garantir que l'avantage conféré par une subvention est calculé uniquement en application des principes directeurs énoncés dans cette disposition. Cette interprétation est corroborée tant par le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction* que par l'interprétation, généralement acceptée, que l'Organe d'appel donne du terme "avantage" visé à l'article 1.1 dans l'affaire *Canada – Aéronefs*. En conséquence, la Chine estime que l'article 14 a) et b) impose l'obligation d'exclure tout facteur qui affecte la comparabilité des conditions construites par l'autorité.

#### **IV. DÉTERMINATION DE LA SPÉCIFICITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 2 DE L'ACCORD SMC**

13. En ce qui concerne l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*, il énonce une prescription à trois niveaux en matière de détermination de la spécificité *de facto*: premièrement, il doit y avoir des faits qui indiquent l'éventuelle existence d'une spécificité *de facto*; deuxièmement, on peut ensuite prendre en considération l'un quelconque ou l'ensemble des quatre facteurs; troisièmement, en examinant les facteurs factuels, on *tiendra* compte de deux facteurs circonstanciels, à savoir l'importance de la diversification des activités économiques et la période pendant laquelle le programme de subvention a été appliqué.

14. La Chine note que dans son *Mémoire sur la décision*, le DOC a retenu divers éléments de preuve pour montrer l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix ce qui, de l'avis de la Chine, indique simplement, dans le meilleur des cas, qu'il y a "des raisons de croire" qu'il y a peut-être une spécificité *de facto*. Dans l'affaire *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois de construction*, le Groupe spécial a estimé que "l'article 2 de l'Accord SMC concerne la distorsion que crée une subvention qui, en droit ou en fait, n'est pas généralement disponible". La Chine considère qu'il s'agit là d'un exposé adéquat de l'objet et de la fonction de l'élément de spécificité. Les quatre facteurs factuels et les deux facteurs contextuels visés à l'article 2.1 c) ont pour effet de garantir que la constatation relative à la disponibilité limitée d'une subvention est justifiée.

15. En bref, la Chine estime que l'intention des pouvoirs publics ne prouve pas nécessairement que l'application effective d'une ou plusieurs subventions est *de facto* spécifique.

16. En ce qui concerne "l'octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés", l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC* mentionne expressément ce facteur parmi ceux susceptibles d'être pris en considération aux fins de la détermination de la spécificité *de facto*. La Chine souhaite formuler l'opinion ci-après dans le contexte du différend à l'examen.

17. Premièrement, le DOC ne semble pas tenir compte du qualificatif "disproportionnés" appliqué à l'importance du montant de la subvention à l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*. Le fait qu'une société a largement contribué à la restructuration de la dette effectuée par les pouvoirs publics ne permet pas en soi d'établir d'une manière concluante que le montant de la subvention octroyée est disproportionné. De l'avis de la Chine, l'importance disproportionnée devrait être déterminée sur la base d'une comparaison avec d'autres participants au programme de restructuration. Une telle comparaison devrait être effectuée non seulement du point de vue du montant de la dette en valeur absolue, mais aussi, *et surtout*, du point de vue de l'ampleur du financement et des besoins de financement de l'ensemble des participants au même programme.

18. Deuxièmement, la Chine souscrit à l'avis de la Corée selon lequel, comme le prescrit manifestement l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*, il y a lieu de tenir compte de "l'importance de la diversification des activités économiques" et de la "période" aux fins de la détermination de la spécificité.

19. Troisièmement, de l'avis de la Chine, bien que l'article 2.1 c) ne prescrive pas à l'autorité d'examiner chacun des facteurs factuels qui y sont énoncés, lors de la prise en considération des paramètres particuliers de la restructuration de la dette, l'examen du troisième facteur, le montant de la subvention, devrait aller de pair avec l'examen du quatrième facteur, la manière dont le pouvoir discrétionnaire est exercé. L'autorité aurait dû examiner si d'autres demandes de restructuration de la dette avaient été présentées par d'autres sociétés de la même envergure qu'Hynix et ayant des besoins de financement semblables, et si ces demandes avaient été rejetées alors qu'elles étaient dans des situations semblables à celle d'Hynix.

20. En conséquence, la Chine estime que l'approche adoptée par le DOC pour constater l'existence de montants de subvention disproportionnés ne semble pas être fondée conformément à l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

21. Troisième point fondamental, la Chine estime que l'article 2 de l'*Accord SMC* prescrit que la spécificité des programmes de subventions soit déterminée pour chaque programme de subventions pris individuellement. En conséquence, l'autorité chargée de l'enquête devrait éviter de considérer une *contribution financière* particulière hors du contexte du programme de subventions et de l'examiner isolément, ou de combiner *divers programmes de subventions distincts* de façon qu'ils forment un tout et de les examiner en tant que programme unique.

22. Premièrement, la Chine estime que la spécificité devrait être examinée sur la base d'un programme de subventions et non pas d'une quelconque contribution financière individuelle accordée au titre de ce même programme. Si la spécificité doit être déterminée sur la base d'une quelconque contribution financière particulière au titre du programme de subventions, il n'y aura pas de programme de subventions qui ne soit pas spécifique. Peut-être n'est-il pas faux de faire valoir qu'une contribution financière particulière au titre d'un programme de subventions est spécifique dès lors qu'elle est spécifiquement versée à une société. Cependant, il s'agit là de la spécificité de la contribution financière et non pas de celle de *la subvention*. Ainsi, la spécificité d'une contribution financière ne signifie pas que l'ensemble du programme de subventions soit par nature spécifique.

23. Deuxièmement, conformément à son interprétation de l'article 2 de l'*Accord SMC*, la Chine considère que la spécificité devrait être examinée par rapport à *chaque programme de subventions distinct* couvert par l'enquête menée par l'autorité d'un Membre. Cette interprétation est étayée par les raisons suivantes. Premièrement, dans le cadre juridique de l'*Accord SMC*, la spécificité est une condition préalable pour qu'une subvention fasse l'objet de droits compensateurs. En conséquence, l'avantage conféré par une subvention ne pourrait être pris en compte dans le montant total des subventions qu'après confirmation de sa spécificité. Dans la pratique, une enquête en matière de droits compensateurs peut porter sur plusieurs programmes de subventions. Une constatation de spécificité d'une subvention couverte par l'enquête ne s'étend pas nécessairement à d'autres programmes de subventions. Deuxièmement, l'article 2.4 de l'*Accord SMC* énonce une prescription explicite, selon laquelle "[t]oute détermination de spécificité en vertu des dispositions du présent article sera *clairement étayée* par des éléments de preuve positifs". Selon la Chine, cette disposition impose à l'autorité chargée de l'enquête l'obligation d'examiner et de démontrer clairement la spécificité de chacun des programmes de subventions couverts par l'enquête.

24. Dans le différend à l'examen le DOC ne semble pas avoir cherché à établir que les divers programmes réunis sous le titre "Directive concernant le crédit et autres aides financières" sont des contributions financières faites en application d'un programme unique de subventions. Si la thèse du "programme unique" n'est pas corroborée par des faits pertinents, la constatation de spécificité du "programme" pris dans son ensemble serait entachée d'erreur, si bien qu'aucune conclusion naturelle et logique ne pourrait être tirée selon laquelle chaque programme de subventions individuel compris dans ce grand "programme" est spécifique. En l'absence d'un tel "programme unique", l'autorité chargée de l'enquête établira la spécificité de chaque programme de subventions distinct couvert par l'enquête.

25. En résumé, la Chine est d'avis que l'article 2 de l'*Accord SMC* prescrit à l'autorité chargée de l'enquête d'examiner et trancher la question de l'existence d'une spécificité par rapport à chacun des programmes de subventions couverts par l'enquête.

## V. CONCLUSION

26. En conclusion, la Chine estime que:

- 1) Les termes "charger" et "ordonner" à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* devraient être interprétés d'une manière stricte aux fins de la constatation de l'existence d'une contribution financière indirecte des pouvoirs publics par l'intermédiaire d'une entité privée.
- 2) Lors de l'établissement et du calcul de l'avantage conféré par une subvention conformément à l'article 14 a) et b) de l'*Accord SMC*, l'autorité chargée de l'enquête peut utiliser un autre point de repère que le premier point de repère uniquement si elle est fondée à le faire et dans des situations très limitées; l'article 14 a) et b) énonce l'obligation d'exclure tout facteur qui affecte la comparabilité des conditions construites par l'autorité.
- 3) En ce qui concerne l'établissement de la spécificité, l'intention des pouvoirs publics ne prouve pas nécessairement que l'application effective d'une ou plusieurs subventions est *de facto* spécifique; dans le différend à l'examen, la constatation du DOC selon laquelle les subventions octroyées étaient disproportionnées ne semble pas fondée au titre de l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*; l'article 2 de l'*Accord SMC* prescrit que l'autorité chargée de l'enquête examine et tranche la question de l'existence d'une spécificité par rapport à chacun des programmes de subventions couverts par l'enquête.

## ANNEXE A-4

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE

14 juin 2004

Les Communautés européennes axent leur communication écrite sur les points suivants:

- la notion d'"*action de charger*" et "*ordonner*" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;
- la description du marché des DRAM et les conclusions tirées par la Corée;
- l'application de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* dans le contexte d'un marché transparent pour un produit homogène;
- et elles estiment que l'établissement d'une corrélation entre le volume des importations et la baisse des résultats de la branche de production nationale n'est, selon les faits de l'espèce, rien de plus qu'un moyen utile permettant de déterminer le lien de causalité avec le dommage.

#### **I. LA NOTION D'"ACTION DE CHARGER ET ORDONNER" AU SENS DE L'ARTICLE 1.1 A) 1) IV) DE L'ACCORD SMC**

1. Les CE ne souscrivent pas à l'interprétation de la notion d'"action de charger" ou "ordonner" donnée dans la première communication écrite de la Corée. La Corée fait essentiellement valoir que ces notions doivent être interprétées dans un sens très étroit et qu'elles désignent uniquement une action qui est "*tellement spécifique et contraignante que l'organisme privé ne prend même pas vraiment la décision – il est devenu l'instrument des pouvoirs publics*". Selon l'interprétation de la Corée, cela signifie que "*tout pouvoir discrétionnaire laissé à l'organisme privé transforme la situation, et l'action ne peut plus être imputée à bon droit aux pouvoirs publics*". Compte tenu de cette règle, la Corée soutient que le DOC aurait dû examiner chacune des actions alléguées de délégation ou commandement des pouvoirs publics à l'égard de chacune des parties et pour chaque transaction afin d'établir s'il y a eu une action "*explicite et positive*" de délégation ou commandement de la part des pouvoirs publics.

2. Les CE estiment qu'une interprétation selon laquelle chaque mesure prise individuellement doit faire l'objet d'une délégation ou d'un commandement est trop étroite du point de vue de sa portée et ne ressort ni des termes de l'*Accord SMC* ni des constatations du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* citées par la Corée. Ensuite, les éléments de preuve de la nature et de la qualité suggérées par la Corée, c'est-à-dire montrant que chaque mesure de soutien résulte d'une instruction positive et explicite des pouvoirs publics, ne sont pas exigés.

3. Premièrement, en ce qui concerne la notion d'action de charger, les CE renvoient au libellé de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* et rappellent que les mots "charger" et "ordonner" ne sont pas définis dans cet accord. Elles rappellent en outre que dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, le sens ordinaire du terme "charger" a été défini, et estiment que cette définition s'appliquerait à une situation où les pouvoirs publics chargent un ou plusieurs organismes privés

d'exécuter une tâche générale telle qu'un objectif de politique publique, ou d'agir dans l'intérêt général. Dans un cas comme celui-ci, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une action spécifique de charger ou ordonner en ce qui concerne chaque acte particulier donnant lieu à une contribution financière.

4. Deuxièmement, en ce qui concerne le degré des éléments de preuve exigés pour prouver l'existence d'un ordre des pouvoirs publics, les CE estiment premièrement que, dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, le Groupe spécial n'a pas expressément traité ce point. Deuxièmement, elles considèrent que les pouvoirs publics peuvent exprimer une "*action positive et explicite de délégation ou commandement*" d'une manière plus subtile qu'en donnant une instruction spécifique, par exemple en prenant des mesures en vue de la mise en œuvre d'une politique générale. En conséquence, c'est conformément aux circonstances particulières et à la totalité des éléments factuels de l'affaire en cause qu'il faudrait montrer l'existence de la délégation ou du commandement effectif.

5. Les CE considèrent en outre que, dans la pratique, il est très inhabituel que l'autorité chargée de l'enquête puisse obtenir des éléments de preuve qui établissent au-delà de tout doute raisonnable l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics à une société privée. Les CE rappellent que les autorités chargées de l'enquête disposent de pouvoirs d'enquête limités et qu'elles dépendent des renseignements communiqués par les sociétés faisant l'objet de l'enquête et par les pouvoirs publics étrangers. Les CE estiment que si le critère de la preuve pour démontrer l'existence d'une action d'ordonner ou charger de la part des pouvoirs publics à l'égard d'une partie privée exigeait des éléments de preuve documentaires concluants, tous les pouvoirs publics pourraient facilement contourner l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* en donnant des instructions, par exemple téléphoniques, en exerçant d'autres formes de pression ou tout simplement en dissimulant des documents pendant l'enquête.

6. Dans la pratique, les renseignements et les éléments de preuve dont disposent les institutions sont le plus souvent circonstanciels. Le critère pertinent, dans la communication des CE, est de savoir si la totalité des faits montre qu'il y a eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7. Selon les CE, cette interprétation est corroborée par le fait que l'*Accord SMC* permet, en vertu de l'article 12.7, que des constatations soient faites sur la base des données de fait disponibles; cet article serait vidé de son sens si, aux fins de la constatation de l'existence d'un ordre des pouvoirs publics, il fallait des éléments de preuve documentaires explicites.

8. Les CE estiment que cette interprétation est conforme à ce que dit le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, selon lequel il est nécessaire d'analyser les éléments de l'action dans le contexte général. Elles estiment en outre que les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* doivent être comprises dans le contexte des circonstances particulières de l'affaire, où les notions d'"ordonner" et "charger" ont été interprétées uniquement dans la mesure nécessaire pour régler les questions propres à l'affaire. En conséquence, les constatations formulées dans cette affaire ne peuvent être transposées à d'autres affaires comportant des faits complètement différents qui soulèvent des questions complètement différentes; les CE estiment que la présente situation factuelle diffère fondamentalement de celle de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*.

9. Par ailleurs, les CE font référence au rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Australie – Cuir pour automobiles* et à celui de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Canada – Aéronefs*. Ces rapports traitent du critère de la preuve exigé pour une constatation sur le point de savoir si une subvention est subordonnée aux exportations au sens de l'article 3.1 de l'*Accord SMC*, notion relativement précise par rapport à la notion d'"action de charger" ou "ordonner". Dans ce contexte, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont été d'avis qu'une telle constatation devait être fondée sur tous les faits pris ensemble, tout en s'abstenant de préciser qu'il fallait nécessairement que des faits

particuliers soient examinés. Selon les CE, cela montre par analogie qu'une analyse de la totalité des faits est aussi justifiée lors de l'examen de l'existence d'un ordre des pouvoirs publics.

10. Enfin, les CE formulent les observations générales suivantes. Le seuil pour démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner doit tenir compte du degré de participation des pouvoirs publics au capital de l'organisme privé. Si les pouvoirs publics ne détiennent aucune participation dans un organisme privé et que celui-ci agit indépendamment des pouvoirs publics, il est défendable d'escompter une démonstration plus explicite de l'existence d'un ordre des pouvoirs publics. Cependant, lorsque les pouvoirs publics sont actionnaires, il est raisonnable d'escompter qu'il leur est plus directement possible d'intervenir dans les décisions de l'organisme. C'est pourquoi, l'autorité chargée de l'enquête devrait être en droit de tenir compte de la participation des pouvoirs publics au capital d'une banque privée et de l'influence qu'ils y exercent en tant que facteur important pour établir l'existence d'un ordre des pouvoirs publics.

## **II. LA DESCRIPTION DU MARCHÉ DES DRAM ET LES CONCLUSIONS TIRÉES PAR LA CORÉE**

11. Premièrement, les CE estiment que les particularités du marché des DRAM, sur lesquelles les parties s'accordent généralement, donnent toutefois lieu à différentes interprétations quant à leurs incidences pour la constatation de l'existence d'un dommage. Les CE feront observer que, contrairement à ce qu'affirme la Corée dans sa communication sur ce marché un dommage peut être causé très rapidement même si les importations sont relativement peu nombreuses. Elles estiment en outre que les hypothèses que tire la Corée du fonctionnement du marché des DRAM l'amènent en partie à donner une interprétation trop large des dispositions de l'*Accord SMC*.

12. De l'avis des CE, l'affirmation de la Corée selon laquelle, sur le marché cyclique des DRAM, les fléchissements conjoncturels ne sont pas un indicateur de dommage, n'est qu'une représentation partielle de la situation. Le marché des DRAM est essentiellement un marché mondial sur lequel les DRAM sont vendues en tant que produits fongibles à des prix extrêmement transparents. C'est précisément pour cette raison que, selon les CE, même des quantités relativement faibles de produits vendus à des prix temporairement bas peuvent aggraver des fléchissements plus généraux de la branche de production. Ainsi, sur le marché des DRAM, des volumes de ventes relativement faibles à des prix inférieurs à ceux du marché peuvent avoir une incidence négative majeure sur la situation des concurrents. Les particularités de la structure du marché des DRAM ont un certain nombre de conséquences; l'incidence négative de ventes subventionnées peut éventuellement se faire sentir ailleurs que sur le seul marché des États-Unis, ce qui suppose qu'elle se fait sentir aussi aux États-Unis; dans un exemple hypothétique de dix transactions, il est possible que deux transactions à des prix sous-cotés aient l'effet le plus notable sur les prix, par exemple si elles ont été faites à des prix relativement plus bas que ceux des huit autres transactions; on peut concevoir que la vente à des prix inférieurs ne se traduit pas nécessairement par des parts de marché plus importantes, car cela dépendra de la réaction des concurrents.

13. Les CE rappellent qu'aux termes de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, l'autorité chargée de l'enquête doit examiner trois facteurs lorsqu'elle détermine l'existence d'un dommage, dont deux à titre subsidiaire, tout en précisant qu'un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constituent pas nécessairement une base de jugement déterminante. Les CE estiment que cette disposition ménage à juste titre une certaine flexibilité pour analyser chaque cas selon ses caractéristiques propres, et que le type de marché en cause montre que cette flexibilité peut être exigée puisqu'en l'espèce aucun des facteurs ne constitue nécessairement une base de jugement déterminante. Elles rejettent la contestation élevée par la Corée sur la méthode soi-disant "*traditionnellement utilisée pour établir s'il y a des ventes à des prix inférieurs*" et font observer que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* prescrit aux autorités chargées de l'enquête "d'examiner" une comparaison sur cette base.

14. Les CE estiment que la Corée accorde une importance exagérée à la prescription concernant l'existence d'une corrélation entre le volume des importations et la baisse des résultats de la branche de production nationale en tant qu'indicateur du lien de causalité avec le dommage, ainsi qu'à la valeur indicative de cette corrélation.

### III. CONCLUSION

15. En conséquence, les Communautés européennes invitent le Groupe spécial à tirer les conclusions suivantes:

- la notion d'ordre donné par les pouvoirs publics n'exige pas que cet ordre ait été exprimé d'une manière positive et explicite en ce qui concerne chaque transaction et chaque banque analysée;
- l'existence de l'ordre donné par les pouvoirs publics peut être établie sur la base de l'ensemble des données de fait disponibles et ne doit pas nécessairement être établie sur la base d'éléments de preuve documentaires explicites de l'existence de l'ordre;
- dans le cas de produits homogènes faisant l'objet d'échanges commerciaux sur un marché transparent, un dommage notable peut être causé par des quantités relativement faibles et par une sous-cotation relativement faible; et
- l'article 15.2 de l'*Accord SMC* prescrit une analyse de la sous-cotation, y compris une comparaison entre les importations subventionnées et le prix du produit similaire sur le territoire du Membre importateur, tandis qu'aucun des facteurs qui y sont mentionnés ne sont nécessairement déterminants pour la détermination de l'existence d'un dommage. Dans ce contexte, l'existence d'une corrélation entre le volume des importations et la baisse des résultats de la branche de production nationale n'est rien d'autre qu'un indicateur potentiel du lien de causalité avec le dommage.

## ANNEXE A-5

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU GOUVERNEMENT JAPONAIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

4 juin 2004

#### I. INTRODUCTION

1. Le gouvernement japonais ("le Japon") souhaite examiner des questions systémiques capitales que le gouvernement de la République de Corée ("la Corée") a soulevées au sujet de la détermination de l'existence d'un dommage grave faite par la Commission du commerce international des États-Unis ("l'ITC") et de la détermination de l'existence d'une subvention faite par le Département du commerce des États-Unis ("le DOC"). Sans prendre aucunement position sur les aspects factuels de l'affaire, le Japon a l'honneur de demander que le Groupe spécial examine attentivement les aspects tant juridiques que factuels de l'affaire à la lumière de la présente communication.

#### II. ARGUMENTATION

##### A. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE FAITE PAR L'ITC

##### 1. **L'ITC semble avoir fondé sa détermination de l'existence d'un dommage sur des éléments de preuve incompatibles avec l'article 15.1 et la note de bas de page 46 de l'Accord SMC**

2. Selon la Corée, l'ITC a utilisé une approche fondée sur le contrôle de la fabrication de tranches de silicium pour définir le champ des importations en provenance de Corée, et une approche fondée sur le contrôle de l'assemblage pour définir les produits nationaux similaires.<sup>1</sup> Ainsi, l'ITC a appliqué des critères différents pour définir les produits nationaux similaires et les importations en provenance de Corée.

3. La note de bas de page 46 de l'Accord SMC dispose que le champ du "produit similaire" doit être identique "à tous égards" à celui du produit examiné. L'expression "à tous égards" englobe toutes les caractéristiques et tous les aspects du produit examiné. Ainsi, l'application de critères différents pour définir le champ du produit examiné et celui du produit similaire est incompatible avec la note de bas de page 46.

4. L'article 15.1 prescrit que les autorités fondent leur détermination de l'existence d'un dommage sur des éléments de preuve positifs des effets sur les prix sur un marché intérieur du "produit similaire", ainsi que l'incidence des importations subventionnées sur les producteurs nationaux des "produits similaires". Un examen des données relatives aux importations, qui ont été établies sur une base différente de celle des données relatives aux produits similaires nationaux, ne permettrait pas de faire une analyse valable, rendant la détermination de l'existence d'un dommage incompatible avec la prescription visée à l'article 15.1 et avec d'autres dispositions de l'article 15.

---

<sup>1</sup> Voir la première communication écrite de la Corée (19 avril 2004), paragraphes 123 et 124.

**2. L'ITC ne semble pas avoir démontré que les importations subventionnées causaient un dommage à la branche de production nationale**

5. Dans sa détermination finale de l'existence d'un dommage, l'ITC ne semble pas avoir démontré que les importations subventionnées causaient un dommage grave à la branche de production nationale conformément à l'article 15.1 et 15.5 de l'Accord SMC.

6. Dans l'affaire *États-Unis – Enquête de l'ITC concernant les bois de construction*<sup>2</sup>, le Groupe spécial a dit que "des augmentations des importations proportionnelles à l'accroissement de la demande sembleraient dénuées d'effet dommageable"<sup>3</sup> dans une situation caractérisée par une demande forte et en progression. Dans le différend en cours, la Corée a présenté des données semblables à celles qui avaient été présentées dans l'affaire *États-Unis – Enquête de l'ITC concernant les bois de construction*. Le Groupe spécial devrait examiner attentivement les éléments de preuve pour décider si l'ITC a démontré que les importations subventionnées causaient un dommage à la branche de production nationale, en tenant compte du rapport du Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis – Enquête de l'ITC concernant les bois de construction*.

**3. L'ITC ne semble pas avoir dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées**

7. L'ITC ne semble pas avoir cherché à dissocier et distinguer les effets des autres facteurs connus sur la branche de production nationale des effets du dumping des importations subventionnées sur celle-ci conformément à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

8. Dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*<sup>4</sup>, l'Organe d'appel a une nouvelle fois confirmé que les autorités devaient dissocier et distinguer le dommage causé par les importations faisant l'objet d'un dumping du dommage causé par les autres facteurs lorsqu'elles déterminent l'existence d'un dommage au titre de l'article 3.5 de l'Accord antidumping, qui correspond à l'article 15.5 de l'Accord SMC. Dans la présente affaire, l'ITC savait que trois autres facteurs avaient, effectivement ou potentiellement, contribué au dommage important. Le *rapport de l'ITC* ne fait pas clairement apparaître comment l'ITC a dissocié et distingué ces facteurs connus des effets des importations subventionnées. C'est pourquoi le Japon a l'honneur de demander que le Groupe spécial examine attentivement la détermination faite par l'ITC sur ce point.

**B. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION FAITE PAR LE DOC**

**1. Le Groupe spécial devrait examiner attentivement l'établissement par le DOC des faits concernant les contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC**

a) Certaines contributions financières semblent avoir été faites par des organismes publics au titre de l'article 1.1 a) 1) i)

9. Les autorités peuvent constater qu'une subvention a été accordée à un bénéficiaire uniquement lorsqu'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) a été faite et qu'un avantage au sens de l'article 1.1 b) a été conféré à un bénéficiaire. L'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC dispose que les prêts, les garanties de prêt et les participations au capital social sont des contributions financières au titre de l'article 1.1 a) 1) i) dès lors qu'ils émanent d'un organisme public. Le Groupe spécial devrait

---

<sup>2</sup> Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada* ("États-Unis – Enquête de l'ITC concernant les bois de construction"), WT/DS277/R, adopté le 26 avril 2004.

<sup>3</sup> *Ibid.*, paragraphe 7.95.

<sup>4</sup> Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil* ("CE – Accessoires de tuyauterie"), WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003.

donc examiner si une banque d'un organisme public a apporté un soutien financier quelconque à Hynix. Un tel soutien financier, si tant est qu'il existe, est une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) indépendamment de l'action des pouvoirs publics consistant à charger ou ordonner.

b) Le Groupe spécial devrait appliquer des critères en matière de preuve adéquats pour examiner l'existence et l'étendue d'une action des pouvoirs publics coréens consistant à charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1 iv)

10. L'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC dispose que les autorités peuvent déterminer qu'une banque contrôlée par des intérêts privés a fourni une contribution financière au sens de cette disposition si elle a accordé ce soutien financier pour se conformer à une action des pouvoirs publics consistant à charger ou ordonner.

11. Dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*<sup>5</sup>, le Groupe spécial a analysé le sens des mots "charger ou ordonner" figurant à l'article 1.1 a) 1) iv), d'où il ressort que les actions de charger et d'ordonner comportent les trois éléments suivants: "i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière".<sup>6</sup> Son analyse montre que l'article 1.1 a) 1) iv) prévoit des éléments dont les autorités doivent constater l'existence pour déterminer que la contribution financière a été faite par une banque contrôlée par des intérêts privés. Elle a aussi précisé que cet article ne prescrivait pas que la délégation ou le commandement des pouvoirs publics soit détaillé au point d'indiquer toutes les étapes que la banque doit suivre.

12. L'existence de ces trois éléments peut être mise en évidence par des éléments de preuve directs tels qu'une lettre des pouvoirs publics à une banque commerciale, ou par des éléments de preuve circonstanciels ou secondaires. Il suffirait que les autorités constatent l'existence d'une contribution financière, si les éléments de preuve sont tels qu'elles puissent raisonnablement conclure que les pouvoirs publics ont délégué ou commandé à une banque contrôlée par des intérêts privés l'octroi d'un certain soutien financier à une société donnée.

13. Comme le fait valoir la Corée, le critère d'examen du Groupe spécial est énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord, qui prescrit au Groupe spécial d'examiner la détermination de l'existence d'une subvention faite par le DOC en s'appuyant sur "une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause".<sup>7</sup> Ainsi le Groupe spécial doit constater que les faits sont établis d'une manière compatible avec les règles de l'OMC dans la mesure où une évaluation objective des éléments de preuve versés au dossier permettrait raisonnablement au Groupe spécial de parvenir à la même conclusion que les autorités. Les critères en matière de preuve ne prescrivent rien de plus.

## **2. Le Groupe spécial devrait appliquer les règles juridiques adéquates prévues à l'article 2 de l'Accord SMC pour examiner les questions concernant la spécificité dans la présente affaire**

14. Il semble que la constatation du DOC selon laquelle les pouvoirs publics coréens ont "chargé ou ordonné" couvre la question de la spécificité dans le cadre de l'article 2.1 a). Le DOC a dit que "ce programme avait pour objectif d'assurer la restructuration financière complète d'Hynix de façon à

---

<sup>5</sup> Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions* ("États-Unis – Restrictions à l'exportation"), WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001.

<sup>6</sup> *Ibid.*, paragraphe 8.29.

<sup>7</sup> Article 11 du Mémoire d'accord.

maintenir la société en activité".<sup>8</sup> Cette assertion indique que le DOC a constaté que le programme était limité à Hynix et qu'il était spécifique aux termes de l'article 2.1 a) de l'Accord SMC.

### III. CONCLUSION

15. Pour les raisons précitées, le Japon a l'honneur de demander que le Groupe spécial examine attentivement la compatibilité de la détermination de l'existence d'un dommage faite par l'ITC avec l'article 15.1 et 15.5 et avec la note de bas de page 46, et la compatibilité de la détermination de l'existence d'une subvention faite par le DOC avec les articles 1.1 a) 1) et 2.1.

---

<sup>8</sup> *Première communication de la Corée*, paragraphe 387, citant le *Mémoire sur la décision*, page 48 (pièce n° 5 de la Corée).