

ANNEXE A

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

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique de la communication de la Corée	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la communication des Communautés européennes	A-13
Annexe A-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	A-22
Annexe A-4	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que tierce partie	A-26

ANNEXE A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CORÉE

(14 mai 2004)

I. ENQUÊTE DES CE SUR L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE – ALLÉGATIONS D'ERREUR

A. DESCRIPTION SUCCINCTE DU SECTEUR COMMUNAUTAIRE DES DRAM

1. La branche de production de DRAM des CE se caractérise par des conditions de concurrence spécifiques. Premièrement, le marché des DRAM est de nature fortement cyclique, avec une alternance régulière et bien connue de périodes de hausse et de baisse brutales des prix. Deuxièmement, les cycles de hausse et de baisse ont tendance à être de plus en plus extrêmes. Troisièmement, la fixation des prix des DRAM est extrêmement instable et se fonde sur l'offre et la demande à l'échelle mondiale et non régionale. Les CE ont fait valoir à tort que les importations subventionnées avaient des effets notables sur les prix pratiqués sur le marché communautaire et elles n'ont pas tenu compte de la réalité économique, à savoir que les importations subventionnées provenant d'une seule société comme Hynix sur le marché communautaire ont tout au plus une capacité très limitée d'avoir un effet quelconque sur les prix, en particulier par rapport au cycle commercial global. La compréhension et la prise en compte de ces conditions de concurrence spécifiques auraient dû constituer un élément fondamental de l'examen objectif des CE prescrit par l'article 15. La compréhension de ces caractéristiques sera également un aspect important de l'"évaluation objective", par le Groupe spécial, des déterminations des CE dans le présent différend.

B. RÈGLES ÉNONCÉES À L'ARTICLE 15.1

2. L'article 15.1 exige que l'autorité compétente dispose d'"éléments de preuve positifs" et que les éléments de preuve fassent l'objet d'un "examen objectif". L'Organe d'appel a confirmé que les éléments de preuve étayant une constatation de l'existence d'un dommage doivent être positifs, objectifs, vérifiables et crédibles et qu'ils doivent découler d'une enquête impartiale. En outre, l'article 15.1 est une disposition globale qui requiert que chacune des dispositions de fond de l'article 15 soit lue à la lumière de l'article 15.1. 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 SUBVENTIONNÉES

3. Les CE ont mentionné systématiquement des indices d'importation mais elles ont largement négligé toute analyse significative de l'importance de ces chiffres. Compte tenu de la nature unique des DRAM et de l'augmentation constante du nombre de bits fournis et consommés, une augmentation effective des importations ne signifie rien. L'autorité doit plutôt examiner l'augmentation des expéditions par rapport à la consommation et aux autres fournisseurs.

4. En vertu de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité nationale doit prouver qu'un dommage important a été causé à la branche de production nationale par les importations subventionnées, et non par l'ensemble des importations en provenance du pays visé par l'enquête. Néanmoins, en l'espèce, les CE ont à tort pris en considération le volume et la part de marché de l'ensemble des importations en

provenance de Corée, bien qu'elles aient déjà conclu elles-mêmes qu'une partie de ces importations n'étaient pas subventionnées. Cette approche constitue une erreur manifeste et est incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

5. La fusion qui a donné lieu à la création d'Hynix est un facteur extrêmement important dans cette affaire. En 1999, deux fabricants coréens de DRAM ont fusionné. Toutefois, les CE n'ont pas vraiment tenu compte de cette fusion, ce qui a fondamentalement faussé son analyse du volume et de la part de marché des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées.

6. Selon la propre plainte de la société Infineon, les données indiquent une diminution notable de la part de marché d'Hynix, qui est passée de 21,2 pour cent en 1999 à 15,5 pour cent en 2001. La constatation faite par les CE d'une "augmentation" de la part de marché est simplement due à une manipulation induite des données. Plus précisément, les CE ont comparé la part de marché que détenait une seule société (Hynix, avant la fusion, c'est-à-dire Hyundai Electronics) en 1998 avec la part de marché combinée que détenaient *deux* sociétés (Hynix après la fusion, c'est-à-dire HEI et LGS) en 2001. Les CE ont elles-mêmes fourni des indices de part de marché qui indiquaient une diminution sensible de la part de marché d'Hynix lorsque la fusion Hynix-LGS était dûment prise en compte, cette part de marché ayant connu une baisse constante entre 1998 et 2001 puisqu'elle est passée de 100 à 61.

7. La part de marché des DRAM d'Hynix a connu une baisse constante au cours de cette période, tandis que celle d'autres fournisseurs a augmenté. La part de marché constitue le contexte dans lequel se serait inscrite une autorité objective pour déterminer si des volumes d'importation donnés avaient été à tort ou à raison considérés comme notables. Toutefois, en l'occurrence, plutôt que d'analyser le contexte avec sérieux et objectivité, les autorités communautaires se sont livrées à une analyse à la fois trop vaste et trop restreinte. Elles ont cité des données et des tendances concernant toute la Corée, alors que les CE avaient constaté que Samsung n'était pas subventionnée et que ses produits ne pouvaient donc pas être considérés comme faisant partie des "importations subventionnées" analysées. Les autorités communautaires ont également refusé de combiner Hynix et LGS d'une façon cohérente, et elles ont ainsi indûment limité les données pour donner l'impression que la part de marché d'Hynix s'était accrue alors que ce n'était tout simplement pas le cas.

D. EFFETS NOTABLES DES IMPORTATIONS SUBVENTIONNÉES SUR LES PRIX

8. S'agissant des prix, les CE ont formulé des constatations qui sont en contradiction avec les faits de la cause et la logique économique fondamentale. Le fait spécifique le plus important, et de loin, est qu'*au moment où le subventionnement allégué d'Hynix était au plus haut, en 2001, la société perdait des parts de marché dans les CE, au lieu d'en gagner*. Si, pour les clients, le prix était vraiment aussi important que l'ont affirmé les CE et si Hynix était vraiment le fournisseur offrant les prix les plus bas sur le marché communautaire, Hynix aurait gagné des parts de marché en 2001 au lieu d'en perdre. Incriminer les prix d'Hynix alors qu'Hynix perdait des parts de marché pour un produit de base défie la logique économique.

9. En outre, les CE ont largement passé sous silence leur propre constatation selon laquelle il n'y avait pas d'"entreprise exerçant une domination sur les prix" sur le marché des DRAM, ce qui aurait dû jeter de sérieux doutes sur l'idée qu'Hynix elle-même puisse réellement être à l'origine d'effets "notables" sur les prix. L'absence d'une société exerçant une domination sur les prix signifie que les prix sont influencés par des facteurs plus vastes ayant trait à l'offre et à la demande.

10. Les CE ont adopté *trois* approches différentes pour analyser la sous-cotation des prix mais, paradoxalement, elles ont ensuite choisi de se concentrer sur la seule méthode qui démontrait l'existence d'une sous-cotation des prix, sans expliquer pourquoi elles rejetaient les deux autres approches. Il est crucial de noter que les deux autres constatations ne démontraient aucune

sous-cotation notable des prix de la part d'Hynix. La Corée soutient que la méthode de comparaison des prix utilisée par les CE donne une analyse complètement faussée.

11. Les CE ont également écarté toute discussion valable sur les autres facteurs qui affectent les prix. Ces éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient que les prix du marché des DRAM sont affectés par: 1) le ralentissement général de l'activité économique et la baisse de la demande, ce qui entraîne une "liquidation des stocks"; 2) la surcapacité des autres fournisseurs; et 3) les importations en provenance des autres fournisseurs. En examinant les effets des autres facteurs sur les prix, les CE ont immédiatement écarté ces éléments en concluant que soit ils n'avaient qu'une influence limitée sur la baisse des prix du marché, soit ils n'avaient aucune pertinence. Ainsi, les CE n'ont pas pris en considération les éléments de preuve positifs versés au dossier qui montraient que des facteurs autres que les prix pratiqués par Hynix avaient entraîné une baisse notable des prix des DRAM en 2001. Étant donné qu'en fait la part de marché d'Hynix diminuait, les CE auraient dû être tout particulièrement attentives à d'autres causes expliquant la baisse des prix des DRAM.

12. Si les CE avaient fait preuve d'ouverture d'esprit et d'objectivité, elles auraient dû comprendre que les principaux effets sur les prix étaient surtout causés par les importations bon marché non subventionnées qui gagnaient rapidement des parts de marché, et que les éventuels effets résiduels des importations subventionnées ne pouvaient raisonnablement pas être considérés comme étant "notables". La constatation des CE était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

E. SITUATION DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE

13. L'article 15.4 exige une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents, et reconnaît que les facteurs économiques pertinents et le poids à donner à chacun de ces facteurs différeront selon les cas. Le facteur économique le plus important sur le marché des DRAM est peut-être le cycle économique notoire pour les producteurs de DRAM. La branche de production de DRAM connaît depuis toujours des cycles de "hausse et de baisse brutales" des prix. Les éléments de preuve démontraient que, durant la période examinée, la branche de production de DRAM était passée du sommet (en 2000) au creux de la vague (en 2001). Les CE devaient forcément connaître l'existence de ce cycle économique notoire, mais elles n'en ont absolument pas tenu compte en analysant les causes de la détérioration de la situation financière de la branche de production nationale.

14. En analysant la situation de la branche de production nationale, les CE n'ont pas non plus tenu compte de l'évaluation, par la branche de production nationale elle-même, des facteurs qui font état de la bonne santé du marché communautaire des DRAM ni de leur description de leur capacité relative de concurrence sur le marché. Les CE auraient au moins dû prendre ces facteurs en considération en analysant la situation de la branche de production nationale. La branche de production nationale donnait des réponses différentes selon le public, comme bon lui semblait, et toute autorité objective aurait examiné ces incohérences.

15. En outre, il n'y a aucun élément de preuve montrant que les CE ont correctement examiné la "production" et les "salaires". S'agissant de ces facteurs négligés, les CE n'ont pas mis à disposition suffisamment de données pour qu'on puisse savoir ce qu'aurait révélé une analyse appropriée de la "production" et des "salaires". Le fait que les CE ont indûment négligé d'examiner le facteur "production" est particulièrement significatif compte tenu de l'importance de ce facteur dans un secteur qui exporte autant.

16. Ce n'est pas une question purement théorique. Les droits compensateurs ne sont autorisés que si un dommage important a été causé à la branche de production nationale par des importations subventionnées. Pour déterminer si un dommage est important, les autorités compétentes sont tenues de faire une analyse approfondie d'au moins tous les facteurs énumérés à l'article 15.4.

17. En outre, les CE n'ont pas admis que la plupart des facteurs de dommage témoignaient de la bonne santé de la branche de production. Les CE n'ont jamais correctement expliqué pourquoi trois facteurs sur 13 suffisaient pour conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important. Les dix autres facteurs indiquaient des tendances positives. Une telle omission démontre le manque d'objectivité de l'examen.

F. LIEN DE CAUSALITÉ

18. En vertu de l'article 15.5, les Membres doivent démontrer un "lien de causalité" explicite entre les importations subventionnées et tout dommage important causé à la branche de production nationale. Les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre les tendances relatives aux importations subventionnées et la situation de la branche de production nationale. Hynix perdait des parts de marché tandis que la branche de production nationale en gagnait.

19. De plus, la prescription en matière de non-imputation qui figure à la troisième phrase de l'article 15.5, exige de l'autorité qu'elle n'impute pas aux importations subventionnées un dommage causé par d'autres facteurs. Selon le sens ordinaire de l'article 15.5 et les indications très claires de l'Organe d'appel, l'autorité compétente doit "dissocier" et "distinguer" les effets dommageables de facteurs autres que les importations subventionnées afin de veiller à ce que ces effets ne soient pas imputés aux importations subventionnées.

20. Les autorités communautaires ont ignoré à dessein les éléments de preuve spécifiques concernant le **fléchissement de la demande**. Les CE ont mentionné certaines données relatives à la consommation globale dans l'UE, mesurée en "Mbits", mais elles n'ont pas tenu compte du fait que la consommation de Mbits augmente toujours d'une façon spectaculaire. La question fondamentale est de savoir si le taux de croissance correspond aux tendances historiques. Hynix a fourni aux autorités communautaires des données sur les tendances de la croissance aussi bien mondiale que communautaire. Ces données indiquent que le taux de croissance de la consommation de DRAM a accusé une forte baisse en 2001 par rapport à sa moyenne historique. En effet, la chute de la croissance du marché communautaire a été encore plus marquée que celle de la croissance mondiale. L'élément juridique clé est que les importations d'Hynix n'ont quasiment rien à voir avec le niveau de la demande. L'augmentation ou la diminution de la demande est due à des raisons autres, liées au niveau de la demande concernant les articles utilisant des DRAM. Ainsi, dans la mesure où les prix des DRAM augmentent ou diminuent à cause de l'évolution de la demande, les fluctuations de prix n'étaient pas dues aux importations d'Hynix.

21. Les CE ont complètement fait abstraction des arguments concernant l'évolution de la **capacité relative** qui confirmaient le rôle prépondérant d'autres fournisseurs. La capacité de production de plaquettes d'Hynix en Corée a en fait légèrement diminué pendant cette période. D'autres, en revanche, ont nettement augmenté leur capacité de production. La capacité de production de Taiwan est, de loin, celle qui s'est le plus développée mais celle d'autres fabricants (y compris Micron, aux États-Unis) a également connu une augmentation notable. Hynix a joué un rôle relativement mineur dans les augmentations de la capacité de production enregistrées durant la période examinée, tandis que d'autres fournisseurs ont développé la capacité de production et la production totales de DRAM avec la plus grande énergie.

22. Les CE ont au moins essayé d'examiner le rôle des **importations non subventionnées**, mais elles n'ont pas tenu compte des éléments de preuve essentiels ou les ont déformés. Il n'est pas possible d'écarter facilement le gros volume croissant de ces importations non subventionnées. La part de marché des importations non subventionnées représentait 58 pour cent en 2001, contre 15 pour cent pour Hynix, soit *plus de trois fois* la part de marché d'Hynix. Selon la propre théorie des CE concernant le caractère notable de l'augmentation des parts de marché pour les produits de base, les parts de marché relatives révèlent que d'autres importations *avaient un effet concurrentiel trois fois*

supérieur à celui des importations d'Hynix. Les CE n'ont effectué aucune analyse sur les *autres* fournisseurs de produits importés. Les données démontrent que les fournisseurs taiwanais ont augmenté leur part du marché communautaire d'une façon spectaculaire puisqu'elle s'est accrue de 5,1 points de pourcentage tandis que celle d'Hynix a diminué de 6,2 points de pourcentage. Cependant, les CE n'ont effectué aucune analyse concernant les fournisseurs taiwanais et leur croissance rapide.

G. RAPPORT D'ENQUÊTE DES CE

23. L'article 22.3 énonce une des obligations les plus importantes en matière de procédure, à savoir que les autorités doivent expliquer leur détermination de façon suffisamment détaillée. Néanmoins, en l'espèce, les CE n'ont pas fourni suffisamment de détails sur plusieurs questions importantes telles que les effets concernant le volume, les effets sur les prix et le lien de causalité, ainsi qu'il est expliqué précédemment. L'examen sommaire et inapproprié de ces questions clés par les CE déclenche deux violations distinctes, comme l'ont reconnu et appliqué de précédents groupes spéciaux de l'OMC: un manquement à l'obligation de fond sous-jacente, et un autre manquement à l'obligation procédurale d'expliquer le fondement d'une décision donnée. Étant donné que l'analyse des constatations ne ressort pas clairement de la décision des CE, celle-ci est incompatible avec l'article 22.3.

II. ENQUÊTE DES CE SUR LES SUBVENTIONS – ALLÉGATIONS D'ERREUR

A. VUE D'ENSEMBLE DE LA RESTRUCTURATION FINANCIÈRE

24. L'enquête correspondante résulte de la restructuration financière dont a fait l'objet la société Hynix Semiconductor Inc., pour des raisons commerciales, à la suite de la crise financière coréenne de 1997. Cette crise financière a entraîné une vaste réforme de fond du secteur financier et des entreprises en Corée. Cette réforme structurelle visait à donner aux banques coréennes la liberté de prendre leurs propres décisions, et à supprimer l'ingérence des pouvoirs publics dans les décisions en matière de prêts.

25. À l'instar de nombreuses sociétés coréennes, Hynix a contracté de lourdes dettes pendant la crise financière de 1997. De ce fait, en septembre 2000, la direction d'Hynix a choisi Citibank et Salomon Smith Barney (SSB) pour entamer un processus de restructuration. La restructuration financière et la recapitalisation d'Hynix ont consisté en plusieurs transactions distinctes durant la période 2000-2001.

26. La conjugaison de ces deux faits – la restructuration financière d'Hynix d'une part et la réforme du secteur financier et des entreprises d'autre part – a été largement interprétée par les CE, à tort, comme constituant un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à tout prix. Les faits de la cause indiquent que rien n'est moins vrai. La présente affaire illustre plutôt la sagesse de la règle exigeante énoncée à l'article 1.1 pour démontrer l'existence d'une contribution financière de la part d'organismes privés, règle qui met des comportements commerciaux inoffensifs et fondamentalement sains à l'abri d'actions indues en matière de droits compensateurs.

B. DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES

27. Les CE ont interprété d'une façon très préoccupante la notion de "données de fait disponibles". Selon leur approche, chaque fois qu'une autorité compétente n'aime pas un fait précis ou ne sait comment réagir face à ce fait, elle peut tout simplement inventer un prétexte pour invoquer la "non-coopération" et écarter le fait défavorable. Dans la présente affaire, les CE ont utilisé à mauvais escient la notion étroite de "données de fait disponibles" pour écarter des renseignements factuels importants. Tant le texte de l'article 12.7 que la jurisprudence correspondante démontrent que

l'utilisation des "données de fait disponibles" devrait être exceptionnelle et limitée. Or, en l'espèce, les CE ont utilisé à mauvais escient les "données de fait disponibles" pour fabriquer de toutes pièces des éléments de preuve lorsqu'il n'en existait pas et pour faire abstraction d'autres éléments de preuve lorsqu'ils ne pouvaient pas être conciliés avec son analyse axée sur les résultats.

28. S'agissant des pouvoirs publics coréens, les CE se sont focalisées sur deux éléments de preuve plutôt minces et elles ont ensuite entrepris de lancer des accusations générales de non-coopération avec les pouvoirs publics coréens. Les conclusions que les CE ont tirées de ces éléments de preuve sont erronées. La Corée a peut-être, tout au plus, mal compris le but de certaines questions des CE. Mais en définitive, elle a donné des réponses complètes et exhaustives aux questions spécifiques qui avaient été posées. Pourtant, les CE ont continué à se servir du fait que la Corée n'avait pas fourni certains renseignements comme prétexte pour fabriquer des "éléments de preuve" à propos de l'action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics.

29. Les CE ont utilisé la même approche trop générale au sujet d'Hynix. Dans un revirement de dernière minute, elles ont décidé de rejeter toutes les preuves concernant un apport d'évaluation d'Arthur Andersen car Hynix ne pouvait pas leur laisser le texte intégral du rapport. Hynix a communiqué les extraits pertinents. Les CE pouvaient examiner le rapport pendant la vérification, et elles l'ont d'ailleurs fait. Toutefois, curieusement, cela n'a pas suffi. De même, à la dernière minute, les CE ont inventé de nouveaux prétextes pour rejeter les nombreux éléments de preuve fournis par Citibank. Les CE semblaient déterminées à exclure du dossier tout élément de preuve contraire à sa théorie au sujet de l'affaire. Il est erroné et inadmissible de recourir à l'article 12.7 pour fabriquer de toutes pièces des éléments de preuve favorables et faire abstraction de ceux qui ne sont pas favorables.

C. CONTRIBUTION FINANCIÈRE

30. L'article 1.1 a) 1) iv) dispose qu'on ne peut établir l'existence d'une action de "charger" ou d'"ordonner" que si l'action des pouvoirs publics est si claire et dépourvue d'ambiguïté que celles des organismes privés peuvent être imputées aux pouvoirs publics eux-mêmes. En vertu de cet article, chaque délégation ou commandement allégué des pouvoirs publics doit être examiné pour ce qui est de chaque partie et de chaque tâche ou mission.

31. Selon l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, l'action de donner des instructions ou des ordres comporte 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* confirme que les déclarations générales d'intention ou de souhait des pouvoirs publics ou même les interventions générales sur le marché lui-même sont insuffisantes pour établir l'existence d'une contribution financière par l'intermédiaire d'un organisme privé. Il ne suffit pas de conclure que, s'il existe un lien *quelconque* entre les pouvoirs publics, *certain*s événements et *certain*s acteurs, alors le financement accordé par *tous* les prêteurs à une partie donnée, quel que soit le moment auquel il est accordé et la façon dont il est accordé, découle d'une action de charger ou d'ordonner.

32. Pourtant, c'est exactement ce qu'ont fait les CE dans la présente affaire. Après leur enquête de 14 mois, les CE n'ont pas produit un seul élément de preuve directe démontrant qu'il y a eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis des banques créancières d'Hynix. Les CE se sont fondées, dans une large mesure, sur un ensemble d'éléments de preuve circonstanciels qui ne peuvent être corroborés ni vérifiés d'une manière fiable ou significative au plan judiciaire. Lorsque cela était nécessaire pour étayer leurs éléments de preuve circonstanciels, les CE ont appliqué les "données de fait disponibles" et remplacé des éléments de preuve par des déductions défavorables. Tous ces éléments de preuve circonstanciels peuvent démontrer tout au plus les "effets" possibles sur les créanciers, qui peuvent avoir entraîné certaines "réactions" de la part des derniers. Conformément à l'article premier de l'Accord SMC et au rapport du Groupe spécial

États-Unis – Restrictions à l'exportation, il faut faire plus que de montrer un simple effet ou une réaction possible d'un organisme privé.

33. Les CE s'appuient aussi largement sur le fait que les pouvoirs publics coréens détenaient des parts dans certaines banques ayant participé à la restructuration d'Hynix. Ce fait est loin de constituer un élément de preuve d'une action explicite et positive de délégation ou de commandement émanant des pouvoirs publics coréens afin de donner l'instruction ou l'ordre d'accorder des crédits à Hynix. Toutefois, même si cette participation constituait, d'une façon ou d'une autre, un élément de preuve pour ce qui est des banques dans lesquelles les pouvoirs publics coréens détenaient une participation majoritaire, elle ne constitue absolument pas un élément de preuve d'une action explicite et positive de délégation ou de commandement vis-à-vis de *toutes* les banques, en particulier des banques dans lesquelles la participation des pouvoirs publics coréens était infime ou nulle.

34. Les CE se sont trop focalisées sur ce que faisaient les pouvoirs publics coréens, et pas assez sur ce que faisaient les diverses banques commerciales. En fait, les créanciers d'Hynix évaluaient constamment ce qui était le plus logique à leurs yeux, sur le plan commercial. Chaque banque a procédé à sa propre évaluation à chaque étape. Les banques commerciales ont puisé dans une mine de données et de renseignements pour procéder à ces différentes évaluations. Ces nombreuses études extérieures indépendantes ont été communiquées aux CE lors de l'enquête correspondante, mais les CE les ont largement dédaignées.

35. Le **prêt syndiqué de décembre 2000** répondait à des considérations purement commerciales. Les banques privées – y compris Citibank – ont accepté de prêter des fonds à Hynix. Étant donné que les banques privées avaient leurs propres raisons pour participer à ce refinancement, la charge de démontrer qu'il y a eu une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens devrait être particulièrement lourde. Les CE n'ont pas respecté – et ne peuvent respecter – cette règle rigoureuse relative aux actions de charger ou d'ordonner. Le fait que la FSC a accordé des dérogations à certaines banques en leur permettant de participer pleinement au prêt syndiqué n'explique pas pourquoi ces banques ont effectivement décidé d'y participer. De même, cela n'explique pas pourquoi sept autres banques, qui n'avaient pas besoin de dérogation, y ont elles aussi participé.

36. L'octroi d'une **assurance à l'exportation**, et le fait qu'Hynix a contracté cette assurance en versant des primes normales, n'explique et ne démontre aucune action explicite et positive de délégation ou de commandement des pouvoirs publics coréens auprès des créanciers d'Hynix pour accorder un financement à court terme. Cela n'explique pas pourquoi ce financement a eu lieu. Là encore, les CE ont confondu le fait de faciliter une transaction et le fait de l'ordonner.

37. S'agissant du **Programme accéléré (fast track) de la Banque coréenne de développement (KDB)**, la portée des constatations des CE concernant la contribution financière reste floue. Rien dans le Programme accéléré de la KDB n'exigeait la participation d'un créancier spécifique. La communauté financière coréenne était très intéressée par ce programme qu'elle considérait comme un outil de promotion de la réforme et de la restructuration financières. Étant donné que ce programme destiné à refinancer la dette existante contribuerait à stabiliser le marché et éviterait aux créanciers d'avoir à lutter contre les clients en faillite, les prêteurs avaient tous leur intérêt personnel à l'esprit. Toutefois, aucun prêteur spécifique n'était légalement tenu de participer à un refinancement spécifique. De fait, les CE citent à tort l'exemple de la KFB. Ce qui est vraiment remarquable dans cet "élément de preuve" de l'existence d'une action de charger ou d'ordonner, c'est qu'en réalité la KFB *n'a pas participé* au Programme accéléré. Les CE fabriquent de toutes pièces une histoire totalement inexacte lorsqu'elles ont conclu, dans leur *Règlement définitif*, que "la KFB a fini par céder aux exigences des pouvoirs publics et a participé aux mesures". Cette erreur souligne le danger qu'il y a à s'appuyer sur des preuves circonstancielles plutôt que sur des faits réels.

38. L'ensemble de mesures de **restructuration financière de mai 2001** a été proposé aux créanciers d'Hynix lorsque le prix des DRAM avait recommencé à monter. Le plan de restructuration prévoyait qu'Hynix solliciterait une augmentation de ses capitaux privés au moyen de "certificats représentatifs de titres" (Global Depository Receipts, GDR). Ce faisant, les banques créancières ne faisaient qu'"expérimenter sur le marché" leur participation au plan de restructuration. L'émission de certificats représentatifs de titres a été couronnée de succès auprès des investisseurs privés du monde entier. Étant donné que la souscription a été plus large que prévu, Hynix a pu lever plus de 1,25 milliard de dollars EU au lieu de 1 milliard de dollars, comme elle l'escomptait initialement. Ainsi, la restructuration de mai 2001 s'est produite en même temps que la hausse des prix des DRAM et elle n'a été possible que parce qu'Hynix a pu persuader des investisseurs internationaux avisés d'investir dans la société.

39. Dans ce contexte, les CE ont cherché n'importe quel élément de preuve pour étayer l'allégation selon laquelle les pouvoirs publics coréens orchestraient secrètement, d'une façon ou d'une autre, le résultat de la restructuration de mai. Toutefois, le dossier des CE ne révèle pas grand-chose de plus que des articles de presse sans fondement, et les efforts déployés pour extrapoler à partir d'autres événements. Le simple fait qu'un fonctionnaire de la FSS ait assisté à une seule réunion des créanciers d'Hynix ne devient pas un "élément de preuve" indiquant que les pouvoirs publics coréens ont contraint chaque banque créancière à participer. Les articles de presse concernant la KorAm Bank ne devraient pas servir à justifier la condamnation de la participation de tous les autres créanciers, d'autant plus que ces articles ont été précisément rejetés à l'époque. Le simple fait qu'Hynix a eu besoin de restructurer sa dette ne constitue pas un élément de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens ont nécessairement agi dans les coulisses. L'aspect le plus remarquable de la détermination des CE est leur propension à tirer autant de conclusions de si peu d'éléments.

40. La **restructuration d'octobre 2001** s'est effectuée en vertu d'une loi coréenne d'application générale. Plus de 100 sociétés ont fait l'objet d'une restructuration au titre de cette loi. Dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, les principaux créanciers d'Hynix sont convenus d'une série d'options qu'ils pouvaient choisir pour aller de l'avant (ou couper les liens) avec Hynix. L'existence même de ces *options* dans le plan de restructuration d'octobre contredit la suggestion des CE selon laquelle il y a eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens. L'ensemble des circonstances ayant présidé à la restructuration d'octobre confirme le bien-fondé de la mesure, sur le plan commercial, et nie toute notion d'action de "charger ou ordonner".

41. Les CE n'ont pas produit un seul élément de preuve pour démontrer les éléments constitutifs d'une action de "charger ou ordonner" dans la restructuration d'octobre. Les CE ont continué à utiliser leur précédent recueil d'éléments de preuve "circonstanciels" pour se soustraire à l'obligation qui leur incombe de prouver chacun des éléments constituant une action de "charger ou ordonner". Les éléments de preuve de l'existence d'une action de "charger ou ordonner" vis-à-vis des banques ayant participé à l'option 1 de la restructuration d'octobre (celles qui ont prêté des capitaux frais) produits par les CE sont essentiellement la participation des pouvoirs publics coréens au capital de certaines de ces banques. Toutefois, hormis la mention de cette participation, les CE n'ont produit aucun élément de preuve crédible quant aux motivations ou intentions qui avaient amené chaque banque à participer à l'option 1 de la restructuration d'octobre. Quatre banques – y compris deux banques détenues à 100 pour cent par les pouvoirs publics coréens – ont choisi l'option 3 et ont décidé de couper complètement leurs liens avec Hynix. Ces quatre banques ont donc exercé leurs droits d'évaluation de la dette plutôt que de consentir de nouveaux prêts à Hynix ou de convertir la dette en participation dans la société Hynix. Ce sont là des éléments de preuve éclatants montrant que le gouvernement n'est pas intervenu dans la restructuration d'octobre. Si l'allégation des CE était exacte, les pouvoirs publics coréens auraient facilement obligé ces banques à participer, au lieu de forcer le bras de banques privées plus récalcitrantes ou à des banques dans lesquelles leur participation était moindre. Si les pouvoirs publics coréens ne pouvaient même pas donner d'instructions aux banques qu'ils détenaient à 100 pour cent, il est difficile d'imaginer qu'ils aient pu en donner à des banques *indépendantes* dans lesquelles ils ne détenaient aucune participation.

D. CONSTATATION ET MESURE DE L'"AVANTAGE"

42. La deuxième prescription pour établir l'existence d'une subvention passible d'un droit compensateur est que l'autorité compétente doit démontrer qu'"un avantage est ainsi conféré". Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, une analyse concernant l'avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 requiert une comparaison entre le montant reçu par une entité et ce qui était disponible sur le marché. En outre, l'Accord SMC définit l'avantage en tenant compte de l'expérience des opérateurs privés sur le marché du Membre faisant l'objet de l'enquête.

43. Après avoir initialement constaté, sur de nombreux points, qu'aucun "avantage" n'avait été conféré, les CE ont modifié leur position dans leur *Règlement définitif* et ont soudain constaté l'existence d'un "avantage". C'était totalement faux. Aucun élément susceptible d'affecter l'analyse concernant l'"avantage" ne pouvait avoir changé depuis le *Règlement provisoire*: le marché, les conditions des prêts, et les notations de crédit demeuraient inchangés. En fait, les CE ont reconnu qu'elles avaient modifié leur décision au sujet du prêt syndiqué dans le *Règlement définitif* car elles disposaient de nouveaux renseignements, c'est-à-dire de documents concernant les réunions des Ministres de l'économie. Toutefois, même si cela est exact, ces nouveaux renseignements ne concernaient que l'action de "charger ou ordonner" émanant des pouvoirs publics coréens, et n'avaient rien à voir avec l'analyse concernant l'avantage effectuée par les CE. En tant que telle, la modification de l'analyse concernant l'avantage était complètement erronée et injustifiée car les CE n'ont pas engagé de discussion réelle sur les raisons pour lesquelles elles avaient modifié leur conclusion du *Règlement provisoire* selon laquelle "aucun avantage" n'avait été conféré.

44. Les CE ont compris que pour constater que le **prêt syndiqué** entraînait une subvention passible de mesures compensatoires, elles ne pouvaient se permettre de conclure une nouvelle fois qu'aucun avantage n'avait été conféré. Par conséquent, faisant abstraction de leur propre argumentation pour l'analyse concernant la subvention contenue dans le *Règlement provisoire*, les CE ont constaté l'existence d'un avantage sans entamer de discussion approfondie pour expliquer ou justifier leur changement de position. La seule raison qu'elles aient avancée à cet égard était qu'un financement semblable n'était pas disponible à l'époque, ce qui est absurde puisque dix banques différentes, y compris une banque étrangère, ont participé au prêt en question.

45. Les CE se sont également abstenues d'effectuer une analyse appropriée concernant l'"avantage" en examinant l'**assurance à l'exportation**. La règle, telle que précisée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, est de mesurer la différence entre *ce qui a été reçu* et ce qui était disponible sur le marché. Hynix a obtenu une assurance de la KEIC moyennant le paiement des primes indiquées. Pourtant, les CE n'essaient à aucun moment d'effectuer l'analyse appropriée concernant l'avantage. L'avantage devrait à tout le moins correspondre à la différence entre le montant réellement versé et le montant couvrant les frais et pertes d'exploitation du programme d'assurance à l'exportation. Mais les CE n'abordent jamais vraiment la question. Au lieu de cela, elles ont mélangé les sujets, en se concentrant sur la question de savoir si Hynix aurait pu obtenir un "prêt commercial comparable" sans l'assurance de la KEIC. Cependant, si l'assurance de la KEIC constituait réellement une garantie de prêt, la mesure de l'avantage applicable serait alors la différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire de la garantie a payé sur le prêt garanti par les pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable en l'absence de garantie des pouvoirs publics, conformément à l'article 14 c) de l'Accord SMC. Cette analyse n'a pas été faite.

46. Les CE ont également tiré des conclusions hâtives au sujet du **Programme accéléré de la KDB**. Elles ne peuvent pas substituer leur propre conclusion au jugement commercial des créanciers d'Hynix. Il n'a jamais été "évident" que les obligations ne seraient pas remboursées. Premièrement, tous les candidats, y compris Hynix, devaient remplir des conditions rigoureuses telles que la notation de crédit, la capacité d'acheter immédiatement 20 pour cent des obligations, et la viabilité à long terme en dépit du problème de liquidités à court terme. Deuxièmement, fait plus important encore, Hynix a bien obtenu un financement au moyen de prêts à la même période, sous la forme du prêt syndiqué

– "transaction très similaire" à une obligation, pour reprendre les termes des CE – et sous la forme d'une nouvelle émission de titres à la même époque (c'est-à-dire en juin 2001) sur le marché financier mondial. Il semble que les créanciers et les investisseurs n'aient pas partagé l'évaluation négative des CE.

47. Dans leur *Règlement provisoire*, les CE ont déterminé qu'aucun avantage n'avait été conféré à Hynix du fait de la **restructuration de mai 2001**, compte tenu notamment du succès de la nouvelle émission de titres. Le fait que l'émission de titres d'Hynix a été couronnée de succès en juin 2001 est demeuré inchangé après le *Règlement provisoire*. Les CE ont quand même modifié leur conclusion selon laquelle "aucun avantage" n'avait été conféré en évoquant de "nouvelles informations" obtenues après la publication du *Règlement provisoire*, dont la Corée estime qu'ils ne peuvent avoir trait qu'à l'analyse concernant l'action de "charger ou ordonner" faite par les CE, et non à leur analyse concernant l'avantage. Ces "nouvelles informations" concernaient essentiellement la présence de représentants de la FSC et du FSS à une réunion des créanciers d'Hynix du 10 mars 2001, ce qui n'a rien à voir avec le succès de l'émission de titres. Ainsi, les CE ont modifié leur analyse concernant l'avantage sans fournir d'explication adéquate.

48. Le dossier factuel décrédibilise complètement l'évaluation négative et erronée des CE. Premièrement, lorsque la décision d'acheter l'obligation convertible a été prise, les prévisions concernant le marché des DRAM étaient à nouveau favorables en dépit des difficultés financières d'Hynix. Deuxièmement, les investisseurs privés opérant sur le marché international ont manifesté leur confiance dans la viabilité à long terme d'Hynix en achetant les nouveaux titres. Troisièmement, l'achat de l'obligation convertible était expressément subordonné au succès de l'émission de nouveaux titres. Quatrièmement, le fait que les banques créancières ont exigé d'Hynix qu'elle garde sur un compte bloqué les fonds levés grâce à l'obligation convertible montre le souci des banques de faire en sorte que les fonds soient utilisés à des fins spécifiques, comme moyen de protection de leur investissement. Cinquièmement, le fait que les banques ont choisi d'acheter des obligations convertibles plutôt que des obligations ordinaires indique également qu'elles espéraient récupérer plus que les fonds qu'elles avaient investis. Tandis que le marché des DRAM connaissait une nouvelle amélioration, elles voulaient saisir cette occasion pour pouvoir participer aux gains découlant de cette embellie grâce aux titres d'Hynix. Ces conditions et circonstances qui entouraient la restructuration de mai contredisent l'affirmation des CE selon laquelle les créanciers ne pensaient pas être remboursés; en fait, ils ont pris des mesures pour contribuer à garantir le remboursement.

49. Les CE ont commis les mêmes erreurs au sujet de la **restructuration d'octobre 2001**. Elles ont traité les trois mesures (le nouveau prêt, la prorogation de l'échéance et l'échange de créances contre des participations) comme une remise de dette déguisée, et donc comme des dons. En fait, les éléments de preuve indiquaient que les banques s'attendaient bel et bien à être remboursées, et qu'elles exigeaient une garantie. De plus, les analyses objectives réalisées par des tiers à la demande des créanciers, pendant la restructuration d'octobre, confirment qu'elles s'attendaient vraiment à être remboursées. Le rapport rédigé par Arthur Andersen à la demande des créanciers, qui a été communiqué par Hynix et examiné par les CE ainsi qu'il est indiqué précédemment, a établi la valeur de liquidation de la dette d'Hynix à 29,9 pour cent et la valeur d'exploitation à 75,6 pour cent. En d'autres termes, les perspectives de recouvrer les créances étaient deux fois plus importantes si on considérait la valeur d'exploitation d'Hynix que si on considérait la valeur de liquidation de sa dette. Pour certains créanciers d'Hynix (c'est-à-dire pour les banques créancières ayant participé à la première option), il était en effet logique, d'un point de vue commercial et en tant que créanciers existants, de continuer à financer Hynix.

50. S'il était exact, comme l'affirment les CE, que les banques n'escomptaient pas récupérer ces prêts, on peut se demander pourquoi elles n'ont tout simplement pas passé ces prêts par pertes et profits comme ce fut d'ailleurs le cas dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, pour des montants de dette considérables. Contrairement à l'hypothèse avancée par les CE, il s'avère que les banques qui avaient accepté la prorogation des échéances escomptaient récupérer ces prêts, compte

tenu de la restructuration financière d'Hynix et de leur évaluation favorable des perspectives futures d'Hynix. L'échange de créances contre des participations est une opération logique à laquelle recourent souvent les créanciers dans le cas d'une restructuration financière car les participations permettent de participer pleinement au potentiel de hausse des actions de la société en difficulté. Nous notons que les banques créancières avaient conclu que la valeur d'exploitation d'Hynix était considérable et que les participations permettaient d'en tirer profit. Ces banques escomptaient manifestement un retour sur investissement grâce aux participations qu'elles avaient obtenues en échangeant leurs créances. À l'instar de nombre des investisseurs étrangers qui ont participé à l'émission de certificats représentatifs de titres, Citibank et les banques privées coréennes savaient que le cours de l'action d'Hynix avait de bonnes chances de remonter.

51. En outre, l'analyse des CE ne tient pas compte de l'élément le plus crucial: les études de marché effectuées par des consultants extérieurs étaient destinées aux créanciers existants, et non à de nouveaux investisseurs extérieurs. Il coule de source qu'un créancier existant se posera deux questions avant d'envisager un nouvel investissement: quelles sont les perspectives du nouvel investissement et en quoi ce nouvel investissement affecte-t-il un investissement existant. L'analyse des CE permet au créancier existant de ne prendre en considération qu'un seul aspect: les perspectives futures de l'investissement. Ces études étaient nombreuses et vastes. Les CE n'ont pas tenu compte de ces études car elles ne voulaient pas regarder en face l'élément fondamental de toutes ces études: le fait que la poursuite de la restructuration de la dette – y compris l'échange de la dette contre des participations – était la meilleure planche de salut d'Hynix et la meilleure solution pour récupérer au maximum les investissements existants. Cette perspective est tout à fait rationnelle pour un créancier existant.

52. Abstraction faite du vice fondamental du calcul de l'avantage par les CE, qui ont traité tous les programmes dont il est allégué qu'ils sont passibles de droits compensateurs comme un "don" sans même tenir compte des circonstances et de la nature de la transaction, les CE ont également commis de nombreuses erreurs en calculant l'avantage, même selon leur propre méthodologie.

E. SPÉCIFICITÉ

53. La Corée soutient que la constatation des CE au sujet de la spécificité est incompatible avec les articles 1.2 et 2 de l'Accord SMC. En vertu de ces dispositions, toute constatation concernant la spécificité doit être "clairement étayée" par des "éléments de preuve positifs". Au contraire, les constatations concernant la spécificité faites par les CE n'atteignent pas le degré de précision requis par l'Accord SMC.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(21 juin 2004)

I. DOMMAGE

1. La Corée accorde beaucoup d'importance à ce qu'elle appelle "le cycle de hausse et de baisse brutales des prix". C'est la clé de voûte de son argumentation. Contrairement à ce qu'affirme la Corée, cet aspect a été soigneusement pris en considération par les Communautés européennes, qui ont toutefois constaté qu'il ne rompait pas le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale.

2. En tout état de cause, l'argument de la Corée est très curieux. Dans le cas d'un marché comme celui des DRAM, il se peut qu'il soit nécessaire d'avoir une vision à long terme. Cela ne signifie pas que le marché ne devrait pas être soumis aux disciplines de l'Accord SMC. Lorsqu'un acteur sur le marché des DRAM rencontre des difficultés et que le secteur connaît un ralentissement, cet acteur doit normalement réduire sa taille en abaissant ses coûts et en se retirant partiellement du marché - ouvrant ainsi des possibilités à d'autres. Il se peut même que la personne morale "fasse faillite" ou que l'entreprise ou les actifs soient transférés à une autre personne, à un prix "sacrifié", ou tout au moins à un prix inférieur, reflétant les difficultés de trésorerie de l'acteur initial et le ralentissement du marché - ouvrant encore une fois des possibilités à d'autres. Dans un ralentissement, la concurrence existe, tout comme lorsque le secteur est en bonne santé, probablement plus encore.

3. Il existe bien entendu une autre solution, l'intervention des pouvoirs publics, destinée à permettre à l'acteur initial de "résister à la tempête" et de s'en sortir plus ou moins indemne pour poursuivre la lutte. Naturellement, en réalité, cette intervention des pouvoirs publics fait peser le poids du ralentissement sur d'autres acteurs du marché. L'existence d'un ralentissement ne rend pas la subvention moins dommageable - la conjoncture économique rend peut-être même la subvention *encore plus* dommageable. Ainsi, la question qui se pose est tout simplement la suivante: les autres acteurs du marché doivent-ils être obligés de supporter le fardeau de telles subventions? Ou plutôt, les règles de l'Accord SMC garantissent-elles que, par des mesures compensatoires, les effets de ces subventions peuvent être endigués et non pas supportés par la branche de production d'autres Membres, mais, en définitive, par les personnes au nom desquelles les subventions ont été accordées - savoir les contribuables coréens - auxquelles, à long terme, ceux qui accordent des subventions doivent rendre compte? La bonne réponse est sans aucun doute la dernière. Et l'argument concernant les "hausse et baisses brutales des prix" sur lequel s'appuie tellement la Corée n'est absolument pas pertinent pour ce point fondamental.

4. L'enquête portait sur les DRAM originaires de Corée et non sur les DRAM produites par Hynix. C'est la raison pour laquelle les autorités chargées de l'enquête ont examiné l'évolution des importations en provenance de Corée. Toutefois, la partie de l'enquête consacrée aux subventions a établi que, alors que les importations provenant d'Hynix étaient subventionnées, celles provenant de Samsung, la seule autre société coréenne qui exportait vers la Communauté durant la période couverte par l'enquête, ne l'étaient pas. C'est la raison pour laquelle les autorités chargées de l'enquête ont également examiné séparément le volume, les prix et la part de marché des importations subventionnées d'Hynix. C'est pour cette même raison que les autorités chargées de l'enquête ont également établi l'existence d'une sous-cotation des prix en se fondant exclusivement sur les prix des

importations d'Hynix. L'effet causé par les importations subventionnées concernait aussi les importations d'Hynix. Ainsi, la Corée a tort d'affirmer que les Communautés européennes ont agi d'une manière incompatible avec l'*Accord SMC* car le Règlement 1480/2003 se réfère également aux importations en provenance de Corée dans leur ensemble.

5. L'allégation de la Corée au sujet de la fusion est liée à la question juridique de savoir si les autorités chargées de l'enquête étaient obligées, en vertu de l'*Accord SMC*, d'ajouter les données relatives à LGS et celles relatives à Hynix. Les autorités chargées de l'enquête ne l'ont pas fait car cela aurait faussé les données pour l'analyse des tendances.

6. Premièrement, avant le 7 juillet 1999, Hynix n'avait aucun contrôle sur les importations de LGS dans la Communauté. Ainsi, l'acquisition de LGS par Hynix/HEI n'a pas eu d'effet rétroactif sur le volume des importations et la part de marché d'Hynix ou de HEI dans la Communauté en 1998 et 1999 (jusqu'au 7 juillet). En d'autres termes, l'acquisition par Hynix de la capacité de production de la LGS a accru la capacité de production pour l'avenir. Elle n'a pas eu d'effet rétroactif sur le volume d'importation et la part de marché d'Hynix en ce qui concerne 1998 et 1999 (jusqu'au 7 juillet). En additionnant les données relatives à LGS et celles relatives à Hynix, on fausserait donc les données commerciales relatives à Hynix pour cette période.

7. Les Communautés européennes estiment que la situation actuelle est comparable à une situation dans laquelle un ancien concurrent de l'exportateur subventionné abandonne ses affaires et vend ses actifs. Si l'exportateur subventionné acquiert les installations et le matériel de production de son ancien concurrent, il pourra augmenter sa production et acquérir au moins en partie la part de marché que détenait son ancien concurrent. Il apparaît clairement que le volume et la part de marché de l'ancien concurrent ne joueraient aucun rôle dans l'analyse des tendances concernant les importations provenant de l'exportateur subventionné. Il n'y a aucune raison pour que les autorités chargées de l'enquête aient dû évaluer la présente affaire différemment simplement parce que l'acquisition de LGS s'est faite sous la forme d'une opération portant sur les actions et non sur les actifs.

8. Deuxièmement, l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC* exige des autorités chargées de l'enquête qu'elles procèdent à un examen objectif du volume des importations subventionnées. Les autorités chargées de l'enquête ont établi qu'Hynix avait reçu des subventions mais elles n'ont pas pu examiner la question de savoir si LGS avait reçu des subventions car LGS n'existait pas pendant la période couverte par l'enquête. Ainsi, les autorités chargées de l'enquête ne pouvaient pas considérer les importations de LGS en 1998 et 1999 comme étant des "importations subventionnées".

9. Troisièmement, la Corée a tort de laisser entendre que l'approche adoptée par les autorités chargées de l'enquête vis-à-vis des exportations de LGS est d'une certaine façon incompatible avec leur approche concernant l'acquisition de Texas Instruments par Micron. Dans les deux cas, les autorités chargées de l'enquête ont adopté exactement la même approche: dans les deux cas, elles ont tenu compte de l'acquisition une fois qu'elle a eu lieu; dans les deux cas, elles n'ont pas additionné le volume et la part de marché de la société acquise concernant la période antérieure à l'acquisition et ceux de l'acquéreur. C'est toutefois ce qui se passerait si on suivait l'approche suggérée par la Corée au sujet du volume et de la part de marché de LGS. Bien que les autorités chargées de l'enquête n'aient pas pu vérifier les données relatives à LGS étant donné qu'Hynix n'avait pas fourni les données pertinentes dans les formes voulues et en temps utile, les autorités chargées de l'enquête ont procédé à une autre évaluation du volume, de la part de marché et des effets des importations dans le Règlement 1480/2003. En conséquence, l'approche adoptée par les autorités chargées de l'enquête dans le cas de l'acquisition de Texas Instruments par Micron correspond tout à fait à celle qu'elles ont suivie pour l'acquisition de LGS par Hynix.

10. Au cas où, nonobstant les observations ci-dessus, le Groupe spécial constaterait, en examinant et en analysant les faits d'une façon aussi correcte et raisonnable qu'auparavant, que les Communautés européennes ont d'une certaine façon agi d'une manière incompatible avec l'article 15 de l'*Accord SMC*, les Communautés européennes font alors observer à titre subsidiaire que c'est à juste titre qu'elles n'ont pas tenu compte des chiffres concernant LGS car Hynix ne les a pas communiqués dans les formes voulues et en temps utile.

11. S'agissant des allégations formulées par la Corée au sujet de la sous-cotation des prix, les Communautés européennes estiment qu'il est important de ne pas perdre de vue les principales caractéristiques incontestées du marché des DRAM. Premièrement, la concurrence porte principalement sur les prix. Le producteur offrant le prix le plus bas remporte l'affaire. Deuxièmement, la flexibilité des prix est considérable. Cela signifie que les prix fluctuent constamment. Troisièmement, la transparence des prix est grande. La transparence des prix permet aux acheteurs de comparer immédiatement les prix. Ainsi, si un producteur baisse ses prix, ses concurrents doivent rapidement faire de même car, sinon, ils ne pourront pas vendre.

12. Il découle de ce qui précède que la Corée a tort de laisser entendre que le producteur détenant la plus grande part de marché dicte le prix. Tout producteur possédant une capacité de production importante peut exercer une domination sur les prix et les faire baisser.

13. Les Communautés européennes estiment également qu'il est important de tenir compte de la situation spécifique d'Hynix. Comme le montre la discussion sur les subventions, la société Hynix avait désespérément besoin de liquidités durant la période couverte par l'enquête et, partant, elle avait désespérément besoin de vendre autant que possible, quel que soit le prix. En outre, sa capacité de production dépassait celle des producteurs communautaires et elle était en fait supérieure à la demande communautaire totale. Enfin, Hynix a reçu des subventions illicites qui lui ont permis de vendre à des prix encore plus bas que ceux que dictait le fléchissement du marché.

14. Les Communautés européennes estiment également que la Corée présente les chiffres concernant la part des transactions avec et sans sous-cotation du prix d'une façon trompeuse.

15. Ainsi, aux paragraphes 152 à 156 de sa première communication écrite, la Corée fait une présentation erronée de la séquence des méthodes appliquées. La séquence était la suivante: moyenne pondérée; comparaison mensuelle; puis comparaison journalière. Cette dernière comparaison a été effectuée à la demande d'Hynix et elle a confirmé les résultats de la comparaison mensuelle au regard des transactions comparables ayant fait l'objet d'une sous-cotation du prix. En fait, il y avait un grand nombre de transactions qui n'étaient pas comparables et pour lesquelles il n'était donc pas possible de déterminer s'il y avait eu ou non sous-cotation du prix. Les données indiquent que les prix d'Hynix étaient inférieurs de 47,2 pour cent aux prix communautaires pour toutes les transactions comparables examinées sur une base mensuelle, et de 46,2 pour cent pour toutes les transactions comparables examinées sur une base journalière.

16. La Corée ne mentionne pas non plus une autre caractéristique propre à la stratégie d'Hynix en matière de sous-cotation: la majorité des sous-cotations de prix pratiquées par Hynix concernaient la vente de DRAM perfectionnées à forte valeur ajoutée. La branche de production communautaire s'est concentrée sur les DRAM perfectionnées en raison de la technologie plus avancée qu'elle utilisait et parce que les DRAM à forte valeur ajoutée sont importantes pour financer les produits de la génération suivante. Les données issues des comparaisons journalière et mensuelle indiquent qu'Hynix sous-cotait essentiellement les transactions de DRAM de type 128 et 256. La comparaison journalière révèle qu'environ 80 pour cent des transactions pour lesquelles une sous-cotation a été constatée concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée et la comparaison mensuelle révèle qu'environ 75 pour cent des transactions pour lesquelles une sous-cotation a été constatée concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée. En résumé, la stratégie de sous-cotation d'Hynix était particulièrement dommageable pour la branche de production communautaire.

17. Les Communautés européennes ont procédé à un examen objectif lorsqu'elles ont comparé le prix moyen pondéré communautaire et le prix moyen pondéré d'Hynix par famille de produits, ainsi que le prix moyen pondéré d'Hynix et celui des différentes transactions de la branche de production communautaire par type.

18. L'Accord SMC laisse à l'autorité chargée de l'enquête le pouvoir discrétionnaire d'appliquer une méthode objectivement appropriée pour établir s'il y a eu sous-cotation, dépression des prix ou empêchement de hausses de prix. Premièrement, l'article 15.2 de l'Accord SMC prévoit que "... les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur ...". L'Accord SMC ne prescrit pas que la sous-cotation du prix soit calculée sur la base d'une moyenne pondérée ou sur telle ou telle autre base spécifique. Cela est confirmé par les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*, qui a indiqué que "... l'autorité chargée de l'enquête [a] une certaine latitude pour procéder à l'évaluation de la sous-cotation du prix". Le Groupe spécial a expliqué que "[l'article 3.2 de l'Accord antidumping] ... n'établit aucune prescription spécifique concernant le calcul d'une marge de sous-cotation, ni ne prévoit une méthode particulière à suivre pour cet examen". En conséquence, la comparaison des moyennes pondérées et des différentes transactions est laissée à la discrétion des autorités chargées de l'enquête et ne peut pas être non objective en tant que telle.

19. Le fait que, en l'espèce, les autorités chargées de l'enquête n'ont pas suivi leur pratique habituelle n'indique pas non plus que leur méthode n'était pas objective. Les autorités chargées de l'enquête ont largement expliqué l'approche qu'elles avaient adoptée pour comparer le prix moyen pondéré d'Hynix avec les différentes transactions de la branche de production communautaire. En effet, il n'est guère possible d'établir l'existence d'une sous-cotation du prix sur la base d'une moyenne pondérée sur un marché qui se caractérise par la transparence et la flexibilité des prix car les concurrents dont les prix sont sous-cotés sont obligés de s'aligner rapidement sur le prix inférieur. Ces effets de dépression des prix ou d'empêchement de hausse des prix, ainsi que la sous-cotation des prix, sont expressément couverts par l'article 15.2 de l'Accord SMC – il aurait suffi d'examiner l'un ou l'autre de ces effets. Les Communautés européennes les ont examinés tous les trois.

20. Les autorités chargées de l'enquête n'étaient pas non plus obligées d'examiner aussi la sous-cotation en tenant compte des variations au cours de la journée, ni d'effectuer des comparaisons pour chaque transaction. Premièrement, la présente affaire est un exemple d'analyse particulièrement détaillée de sous-cotation des prix. Les autorités chargées de l'enquête ont comparé les moyennes pondérées avec les moyennes pondérées, et les moyennes pondérées avec les transactions prises individuellement sur une base mensuelle et journalière. Les autorités chargées de l'enquête ont également présenté la marge de sous-cotation sous forme de moyenne pondérée globale (16,2 pour cent) et sous forme de fourchette de sous-cotation (12 à 32 pour cent). Deuxièmement, les Communautés européennes ignorent que les transactions peuvent être déterminées par heure. Troisièmement, il aurait été impossible de trouver des transactions comparables pour trois moments distincts de la journée, et encore moins pour différentes transactions, en procédant à une comparaison transaction par transaction. Les Communautés européennes rappellent que, déjà dans le cas de la comparaison journalière, 38,2 pour cent des transactions n'étaient pas comparables, contre 13 pour cent dans le cas d'une comparaison mensuelle. Ce chiffre aurait probablement été beaucoup plus élevé si la comparaison avait porté sur trois moments distincts de la journée ou s'il s'était agi d'une comparaison transaction par transaction, et une telle comparaison aurait donc perdu tout son sens.

21. Enfin, la sous-cotation pratiquée par Hynix remplit les conditions requises pour être qualifiée de "sous-cotation notable". L'Accord SMC ne définit pas l'expression "sous-cotation notable" et il n'existe pas non plus de jurisprudence pertinente. Dans leur communication, les Communautés européennes ne peuvent pas non plus donner une définition abstraite car la question de savoir si la sous-cotation est notable dépend des circonstances précises d'une affaire. Les faits pertinents incluent la marge de sous-cotation, le pourcentage et le type de transaction pour lequel une sous-cotation a été

constatée, et la sensibilité du marché en question vis-à-vis des prix. En l'espèce, la marge de sous-cotation équivalait à 16,2 pour cent en tout, dans une fourchette allant de 12 à 32 pour cent, et environ 47 pour cent de toutes les transactions comparables faisaient l'objet d'une sous-cotation. En outre, la grande majorité des transactions sous-cotées concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée, qui étaient cruciales pour le secteur communautaire. Enfin, le marché des DRAM est très transparent et il se caractérise par une concurrence des prix soutenue. Ainsi, les Communautés européennes ont constaté à juste titre qu'il y avait une "sous-cotation notable".

22. La Corée affirme qu'il existe d'autres facteurs qui réfutent selon les allégations la corrélation substantielle entre le subventionnement et le faible niveau des prix pratiqués dans la Communauté. Les Communautés européennes formulent les observations suivantes.

23. Premièrement, la Corée mentionne le fait que les prix des DRAM ont chuté sur le marché mondial en 2001. Cet argument est lié au ralentissement économique et est traité dans le contexte du lien de causalité.

24. Deuxièmement, la Corée affirme que les gros importateurs, tels que Samsung, ont également vendu à bas prix et qu'Hynix ne pouvait pas être une entreprise exerçant une domination sur les prix car sa part de marché était plus réduite. Les Communautés européennes estiment que la Corée passe à côté de l'essentiel avec son argument sur la domination des prix. Pour commencer, Hynix détenait 16,8 pour cent de parts de marché, et non 15. Ensuite, les fournisseurs en concurrence étaient contraints d'aligner leurs prix sur les prix les plus bas, quelle que soit leur part de marché. Enfin, les autorités chargées de l'enquête ont évalué en détail l'influence d'autres importations au considérant 151 du Règlement 708/2003 et aux considérants 194 et 200 du Règlement 1480/2003. Comme les Communautés européennes estiment que le raisonnement exposé dans les considérants susmentionnés est suffisamment clair, elles ne le répéteront pas ici.

25. Troisièmement, l'allégation de la Corée selon laquelle l'ampleur de la chute des prix par rapport au niveau de subventionnement réfuterait une corrélation substantielle est infondée. L'ampleur de la chute des prix par rapport au niveau de subventionnement indique simplement que le fléchissement économique a pu aussi causer un certain dommage. Cela ne réfute pas la constatation selon laquelle les importations subventionnées d'Hynix ont causé un dommage de la même ampleur que le montant du subventionnement. Les autorités chargées de l'enquête ont examiné ces deux éléments: elles ont établi que d'autres facteurs pourraient également avoir causé un certain dommage et que le niveau requis pour éliminer le dommage était supérieur au niveau de subventionnement.

26. Quatrièmement, la constatation selon laquelle Hynix fixait ses prix sans tenir compte du coût est un élément important. Il se peut que la fixation des prix indépendamment du coût soit un comportement courant dans une branche de production cyclique. Toutefois, Hynix ne fixait pas ses prix indépendamment du coût en raison du cycle économique, mais parce qu'elle avait désespérément besoin de liquidités en raison de sa situation financière. Les prix d'Hynix en 2000, année de forte expansion, étayaient la conclusion selon laquelle ses prix n'étaient pas dictés par le cycle économique: par rapport à 1998, les prix des autres importateurs coréens n'avaient diminué que de 1 pour cent et les prix communautaires de 7 pour cent, alors que ceux d'Hynix avaient déjà diminué de 23 pour cent.

27. S'agissant de la période couverte par l'enquête, rien dans l'article 15.2 de l'*Accord SMC* n'indique comment fixer cette période. En tout état de cause, les Communautés européennes estiment qu'elles ont fixé cette période d'une façon objective, et que le laps de temps qui s'est écoulé dans la présente affaire était raisonnable et ne révèle aucune incompatibilité.

28. Pour ce qui est de la production, les Communautés européennes conviennent que la "production" (en anglais "output") est un facteur pertinent pour l'évaluation du dommage. L'Oxford English Dictionary définit le terme "output" comme étant "the quantity or amount produced; production" (la quantité ou le montant produit; la production). La Commission a évalué la

"production" dans son Règlement 708/2003, aux considérants 125 et 126 et dans le tableau précédent. Ces constatations ont été confirmées au considérant 186 du Règlement 1480/2003. L'allégation de la Corée selon laquelle les Communautés européennes n'ont pas évalué la "production" est donc complètement infondée.

29. Pour ce qui est des salaires, les réponses des producteurs nationaux au questionnaire contenaient des renseignements à ce sujet. Les autorités chargées de l'enquête ont examiné ces renseignements et ont conclu qu'en l'espèce, le facteur "salaires" n'était pas pertinent aux fins de l'évaluation du dommage. En outre, aucune des parties, y compris la Corée et Hynix, n'a soulevé la question des "salaires". C'est la raison pour laquelle le facteur "salaires" n'est pas examiné dans les Règlements 708/2003 et 1480/2003.

30. Dans leur évaluation de la situation de la branche de production nationale, les Communautés européennes ont fait beaucoup plus que de dresser la liste des facteurs énumérés à l'article 15.4 de l'*Accord SMC*. Elles ont plutôt indiqué dans les Règlements les données pertinentes disponibles pour chacun des facteurs. Et dans chaque cas, les Communautés européennes ont inclus une analyse ou une évaluation par rapport à ces données, généralement en précisant que le facteur était soit un indicateur positif, soit un indicateur négatif, et en tirant des conclusions générales pour les raisons exposées dans les Règlements. Cela constitue un examen et une évaluation. Par conséquent, toute constatation d'incompatibilité avec l'article 15.4 de l'*Accord SMC* est infondée.

31. Les développements de la Corée sur une analyse du lien de causalité fondée sur l'addition des chiffres de LGS et d'Hynix sont entièrement hypothétiques, étant donné que les autorités chargées de l'enquête ont agi d'une manière objective lorsqu'elles ont examiné les importations en adoptant une approche qui permettait dévaluer correctement et raisonnablement l'acquisition de LGS par Hynix en 1999 (voir ci-dessus). En tout cas, les "corrélations" dont la Corée affirme l'existence (part de marché de la branche de production communautaire *contre* part de marché d'Hynix et part de marché d'Hynix *contre* rentabilité d'Infineon) n'auraient aucune valeur particulière pour analyser le lien de causalité étant donné que l'autorité chargée de l'enquête doit examiner l'ensemble de la situation. La part de marché, ou le volume des importations subventionnées, ne constitue qu'un élément de cette situation – qui comprend aussi les effets sur les prix et la situation de la branche de production nationale. Ainsi, les graphiques de la Corée induisent en erreur et son approche unidimensionnelle ne peut établir aucune incompatibilité avec l'*Accord SMC*.

32. En outre, les Communautés européennes estiment que les conclusions concernant le dommage et le lien de causalité ne changeraient pas, même si les données relatives à LGS étaient ajoutées aux données relatives à Hynix. Premièrement, même si les données relatives à LGS étaient ajoutées aux données relatives à Hynix, il y aurait une augmentation du volume de 155 pour cent en quantité absolue, ce qui constitue une augmentation notable en quantité absolue au sens de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Deuxièmement, la part de marché de 16,8 pour cent détenue par Hynix durant la période couverte par l'enquête est suffisamment notable pour justifier la constatation selon laquelle les importations d'Hynix affectaient le marché intérieur et les prix de la branche de production nationale. Troisièmement, les allégations formulées par la Corée aux paragraphes 213 à 218 de sa première communication écrite sont hors de propos étant donné que les Communautés européennes ne se sont appuyées sur la part de marché ni pour évaluer le dommage ni pour évaluer le lien de causalité. De plus, les tableaux indiquant les parts de marché n'étaient pas le raisonnement de la Corée à propos du volume.

II. SUBVENTION

33. Les Communautés européennes ont, en toutes circonstances et à tous égards, agi en conformité avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

34. L'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* mentionne une contribution financière des pouvoirs publics *ou* de tout organisme public. La notion d'"organisme public" doit être juxtaposée à celle d'"organisme privé", mentionnée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Ainsi, en déterminant si une entité est un organisme public ou non, il est pertinent d'examiner si oui ou non cette entité est contrôlée, d'une façon ou d'une autre, à long ou à court terme, par l'État.

35. S'agissant de l'expression "chargent ou ordonnent", les Communautés européennes souhaiteraient formuler les observations suivantes. Premièrement, dans sa version anglaise, le texte utilise le terme "direct" (ordonner) et non, par exemple, le terme "order" (ordonner). Tout en pouvant exprimer l'idée de commandement, le terme "direct" a également une connotation plus large. Il signifie, entre autres, "to regulate, conduct or control affairs" (réglementer, conduire ou contrôler des affaires); "to give commands or orders with authority" (donner des commandements ou des ordres avec autorité); "to aim point or cause to move towards a goal" (viser, pointer un but ou faire avancer en direction d'un but). Ainsi, une indication – ou, comme dit la Corée – une "incitation", de même qu'un commandement, constitue également un ordre. Deuxièmement, le terme "chargent" diffère du terme "ordonnent". Il peut inclure une idée de délégation, dans la mesure où il indique que l'entité qui est chargée de faire telle ou telle chose sera tenue responsable si le résultat escompté n'est pas atteint, mais il a aussi une connotation plus large. L'idée de "charger" indique précisément un contrôle particulièrement léger, ou une certaine distance de la part de l'autorité exerçant un contrôle. Ce terme évoque l'idée d'"investir", ainsi que le fait de mettre quelque chose "aux bons soins ou sous la protection" de quelqu'un. Ainsi, la signification de l'expression "chargent ou ordonnent" est généralement plus vaste que celle qu'indique la Corée.

36. Dans ses communications relatives à l'expression "chargent ou ordonnent", la Corée confond les questions de fait et les questions de preuve. La véritable question dont est saisi le Groupe spécial n'est pas une discussion juridique plaisante sur le sens possible des termes "chargent ou ordonnent". La véritable question est une question concernant la preuve. L'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, sur laquelle la Corée essaie tant de s'appuyer, est donc tout simplement hors de propos.

37. S'agissant de la question de la contribution financière, les Communautés européennes se sont fondées sur tous les faits, ainsi qu'il est indiqué dans les Règlements.

38. Pour ce qui est du prêt syndiqué et d'une manière générale, une contribution substantielle des pouvoirs publics est en soi un élément de preuve indiquant un engagement à long terme des pouvoirs publics, de nature à influencer d'autres participants. Le moment, le type et le montant des contributions concernant la société sont des facteurs importants. Un engagement suffisamment important des pouvoirs publics, sous forme d'un prêt, convaincra toujours certains créanciers que la société "résistera à la tempête" et effectuera les remboursements, ou au moins les rééchelonnera. Ces autres prêteurs n'ont besoin d'être convaincus que d'une chose: que la société survivra. Dans ce cas de figure, la participation des pouvoirs publics au prêt est une forme de gage ou de garantie. Effectivement, les pouvoirs publics ne peuvent pas faire marche arrière. Tout le monde est dans le même bateau (de sauvetage), parrainé par le gouvernement. En réalité, il fait de la participation au prêt une sorte de "pari sans risque" pour les autres banques. Ainsi, en l'espèce, les Communautés européennes n'ont pas considéré la participation des autres banques comme un élément de preuve montrant qu'Hynix était en grande forme commerciale et faisait figure de bon investissement aux yeux du marché – affirmation que les Communautés européennes considéraient peu plausible dans tous les cas de figure. Les Communautés européennes ont plutôt vu la participation des autres banques comme étant la confirmation de l'efficacité de l'intervention de la Corée pour soutenir Hynix.

39. La Corée ne semble pas contester les déterminations relatives à la KDB, dans la mesure où il a été constaté qu'elle était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La partie pertinente de la première communication écrite de la Corée ne dit rien sur ce point. Sur cette base, il n'est pas demandé au Groupe spécial de faire des constatations à cet égard, et il devrait s'abstenir de le faire. Les simples assertions de la Corée au sujet de toutes les banques sont

insuffisantes pour réfuter les questions de fait détaillées mentionnées dans les Règlements 1480/2003 et 708/2003. En tout état de cause, les assertions de la Corée ne sont pas étayées par les constatations du Groupe spécial *États-unis – Restrictions à l'exportation*. Ledit groupe spécial traitait d'une disposition distincte – l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Sur ce point, les Communautés européennes se réfèrent plutôt à l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La KDB était un "organisme public" au sens de cette disposition et elle a apporté une "contribution financière" - ces faits ne sont pas sérieusement contestés par la Corée.

40. De même, la Corée ne conteste pas les déterminations des Communautés européennes selon lesquelles la FSC était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*; ni que les pouvoirs publics coréens l'ont chargée d'accorder des dérogations, ou qu'ils lui ont ordonné de le faire, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

41. S'agissant de la garantie de la KFB et de la KEB, les Communautés européennes ont déterminé que la lettre datée du 28 novembre 2000 faisait plus que de "recommander" ou de "conseiller". En fait, elle ordonnait ou "chargeait ou ordonnait" la KEB de demander de relever les plafonds du crédit, y compris au nom de la KFB et de la KDB. Ce fait est confirmé par les termes de la lettre elle-même.

42. Concernant la garantie de la KEIC, les Communautés européennes rappellent qu'elles ont déterminé que la KEIC était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La Corée ne conteste pas cette détermination. C'est pourquoi le Groupe spécial doit rejeter l'allégation d'incompatibilité avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* formulée par la Corée au sujet de la garantie de la KEIC – agir autrement serait une erreur de droit.

43. En outre, les Communautés européennes ont déterminé qu'il y avait eu une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis de la KEIC au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. La Corée ne conteste pas non plus cette détermination – elle admet même expressément que la garantie de la KEIC a été mise à disposition sur l'ordre de ministres du gouvernement coréen – et elle se confine à formuler une observation au sujet de l'avantage – qui est une question distincte qui sera traitée dans la section correspondante de la présente communication.

44. Les communications de la Corée au sujet du programme obligatoire de la KDB sont tout aussi confuses. La Corée indique que les déterminations des Communautés européennes sur ce point ne sont pas claires. Ce n'est pas le cas. Les Communautés européennes ont constaté – très clairement – que la KDB était un organisme public apportant une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

45. S'agissant du plan de sauvetage de mai 2001, les Communautés européennes invitent le Groupe spécial à examiner tous les faits pertinents cités dans les Règlements 708/2003 et 1480/2003. Ces faits, pris conjointement, font partie d'un grand puzzle. Il se peut tout à fait que les parties visées par l'enquête choisissent de ne pas donner toutes les pièces du puzzle à l'autorité chargée de l'enquête (ou au Groupe spécial). Mais le tableau général est suffisamment clair et justifie que l'on détermine qu'il y a eu action de charger ou d'ordonner, sur la base d'une évaluation raisonnable de l'ensemble des faits.

46. S'agissant du plan de sauvetage octobre 2001, les Communautés européennes ont fondé leurs constatations non pas sur un seul élément de preuve mais sur l'ensemble des faits et, dans une certaine mesure, sur les renseignements disponibles. Ainsi, les Communautés européennes estiment que la question pertinente est de savoir si la Corée a montré que l'évaluation générale des éléments de preuve révèle une incompatibilité quelconque avec l'*Accord SMC*. Toutefois, la Corée n'examine jamais correctement cette question et elle traite plutôt, isolément, chacun des éléments de preuve sur lesquels s'appuient les Communautés européennes. Les Communautés européennes estiment que

cette approche est erronée car il n'est pas pertinent de déterminer si un seul élément de preuve, en soi et pris isolément, est un élément de preuve suffisant montrant que les pouvoirs publics ont donné un ordre.

47. Concernant la question de lavantage, les Communautés européennes font observer que les termes "toute méthode" et "toute méthode de ce genre" utilisés à l'article 14 de l'*Accord SMC* indiquent que différentes méthodes d'évaluation du montant d'une subvention ou, en l'occurrence, du point de savoir s'il existe ou non un avantage, peuvent être compatibles avec l'*Accord SMC*. Cela est confirmé par l'utilisation des termes "principes directeurs", qui suggère une nouvelle fois une certaine latitude dans l'application de ces dispositions. Ainsi les autorités chargées de l'enquête ont un certain degré de flexibilité. L'obligation principale est plutôt une obligation de transparence et d'explication.

48. Le fait que l'article 14 a) énonce seulement une règle fondamentale est très significatif. L'article 14 a) ne prévoit pas de méthode de calcul spécifique. Il y a une bonne raison à cela. La raison en est que le montant de la subvention ou de lavantage dépendra du risque futur – élément difficile à évaluer.

49. Ce point revêt une importance capitale. L'*Accord SMC* n'impose aux Membres aucune obligation expresse pour ce qui est du calcul du montant de la subvention ou de lavantage dans un scénario basé sur le "risque", c'est-à-dire un scénario qui comporte une évaluation du risque futur. Conformément à l'affaire *Canada – Aéronefs* et au libellé de l'article 14 de l'*Accord SMC*, le principe directeur devrait être le suivant: un point de repère pour le calcul devrait se fonder sur lavantage obtenu par rapport au financement disponible sur le marché commercial – si un tel financement est effectivement disponible.

50. Dans la méthodologie des Communautés européennes, on peut dire que le graphique théorique qui établit un rapport entre le risque futur assumé par les pouvoirs publics et le montant de la subvention n'est pas uniformément linéaire. Dans la mesure où le risque futur pourrait être mesuré et quantifié de zéro à 100 (où zéro représente un risque nul de perte du capital et 100 une perte certaine), le marché rajoute pas simplement, par exemple, un point de pourcentage d'intérêt pour chaque point de risque additionnel. Il y a plutôt un seuil au-delà duquel les marchés de capitaux ne risqueront pas d'autres fonds. Plusieurs possibilités s'offrent généralement aux investisseurs de capitaux – et ils chercheront la solution la plus équilibrée entre risque et profit. Dans la pratique, cet équilibre sera impossible à atteindre lorsque le risque s'approche de la valeur maximale de 100, mentionnée précédemment. Ce n'est pas vraiment une observation qui prête à controverse car c'est essentiellement une question de bon sens.

51. Les Communautés européennes sont d'avis que, au-delà du seuil où le marché ne risquerait plus de capitaux, si les pouvoirs publics fournissent quand même des capitaux, en particulier des capitaux à risque (qu'on les appelle participations, dette, garantie ou même subvention), lavantage accordé à la société doit être mesuré comme étant le montant intégral du principal. Laisse à ses propres ressources et livrée au marché, la société n'obtiendrait rien. Grâce aux pouvoirs publics, la société obtient, par exemple, un capital de 10 millions d'euros. L'avantage dont bénéficie la société du fait de l'intervention des pouvoirs publics est donc de 10 millions d'euros, ce qui est le montant qui peut faire l'objet de droits compensateurs.

52. Les Communautés européennes considèrent que chacune des mesures spécifiques évaluées a conféré un avantage, pour toutes les raisons exposées dans les Règlements.

53. Enfin, contrairement à ce qu'affirme la Corée, toutes les mesures pertinentes, y compris le programme obligatoire de la KDB et les plans de sauvetage de mai et octobre 2001, étaient spécifiques au sens de l'*Accord SMC*. Aucune erreur n'a été commise dans le calcul de la subvention, ni dans la façon dont le droit compensateur a été calculé. Les Communautés européennes ont correctement attribué les subventions aux ventes non consolidées d'Hynix.

ANNEXE A-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(25 juin 2004)

I. INTRODUCTION

1. Le gouvernement du Japon (le "Japon") souhaite aborder les questions systémiques capitales soulevées par le gouvernement de la République de Corée (la "Corée") relatives à la détermination de l'existence d'un dommage important et à la détermination de l'existence d'une subvention par les Communautés européennes (les "CE"). Le Japon ne prend pas position en ce qui concerne les aspects factuels de la présente affaire, mais il demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement les aspects tant juridiques que factuels de la présente affaire à la lumière des arguments exposés ci-après dans la présente communication.

II. ARGUMENTATION

A. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

1. Les CE n'ont apparemment pas dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées

2. La Corée allègue que les CE ont effectué une analyse insuffisante pour satisfaire à l'obligation de la règle de la non-imputation énoncée à l'article 15.5 de l'Accord SMC.¹ L'analyse des CE n'a apparemment pas dissocié et distingué les effets de tous les autres facteurs connus sur la branche de production nationale des effets du subventionnement.

3. Dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*², l'Organe d'appel a reconfirmé qu'il fallait que les autorités dissocient et distinguent le dommage causé par les importations faisant l'objet d'un dumping de celui qui est 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 est équivalent à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

4. Dans la présente affaire, les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'un dommage sur la sous-cotation notable du prix des importations subventionnées d'Hynix et l'offre excédentaire de DRAM.³ Bien que les CE aient reconnu que la capacité excédentaire ait pu contribuer au grave fléchissement dont souffre cette branche de production⁴, elles n'ont, semble-t-il, pas examiné la

¹ Voir la première communication écrite de la République de Corée ("première communication écrite de la Corée"), 7 mai 2004, paragraphe 222.

² 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.

³ Règlement (CE) n° 1480/2003 du Conseil du 11 août 2003 instituant un droit compensateur définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains microcircuits électroniques dits "DRAM" (Dynamic Random Access Memories - Mémoires dynamiques à accès aléatoire) originaires de la République de Corée, J.O. n° L 212 de 2003 (ci-après le "Règlement définitif") (pièce n° 1 de la Corée), considérant 192.

⁴ *Id.*, considérant 197.

capacité excédentaire de Samsung, un producteur de DRAM non subventionnées, séparément de la capacité excédentaire d'Hynix.

5. Le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement si les CE ont dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées dans sa détermination de l'existence d'un dommage conformément à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

B. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION

1. Le Groupe spécial devrait appliquer les critères corrects en matière de preuve pour examiner l'existence et la portée d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens au regard de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC

6. 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 un avantage au sens de l'article 1.1 b) a été conféré, à un bénéficiaire. En vertu de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC, les autorités peuvent déterminer qu'une banque contrôlée par des intérêts privés a fourni une contribution financière, si la banque l'a fournie pour se conformer à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7. Le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*⁵ a analysé la signification des termes "charger ou ordonner" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) en indiquant que les actions de charger et 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".⁶ Son analyse montre que l'article 1.1 a) 1) iv) prévoit ces éléments, dont les autorités doivent constater l'existence pour conclure que la contribution financière a été accordée par l'intermédiaire d'une banque contrôlée par des intérêts privés. Il a aussi précisé que cet article n'exigeait pas que la délégation ou le commandement des pouvoirs publics soit détaillé au point de donner des instructions pour chaque étape que la banque doit suivre.

8. L'existence de ces trois éléments peut être montrée 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 serait suffisant que les autorités constatent l'existence d'une contribution financière, si les éléments de preuve sont tels qu'elles peuvent raisonnablement conclure que les pouvoirs publics ont délégué à une banque contrôlée par des intérêts privés le soin de fournir certains appuis financiers à une société donnée, ou lui ont commandé de le faire.

9. Comme le fait valoir la Corée, le critère d'examen du Groupe spécial est énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.⁷ Cet article exige que le Groupe spécial examine si la détermination de l'existence d'une subvention faite par les CE était fondée sur "une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause".⁸ 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 conclusion à laquelle sont parvenues les autorités. Les critères en matière de preuve ne prévoient pas d'autres exigences.

⁵ 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.

⁶ *Id.*, paragraphe 8.29.

⁷ *Première communication écrite de la Corée*, paragraphes 26 à 32.

⁸ Article 11 du Mémoire d'accord.

10. À ce titre, le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens compte tenu de l'analyse qui précède.

2. Le Groupe spécial devrait examiner l'application des données de fait disponibles par les CE conformément à l'Accord SMC et au droit international

11. Les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'une subvention sur des données de fait provenant de sources secondaires, alléguant que certaines parties interrogées n'ont pas communiqué les renseignements nécessaires ou refusé des vérifications sur site.⁹ En vertu du principe général de la bonne foi énoncé dans le droit international et des prescriptions spécifiques de l'article 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC, c'est en dernier ressort que les autorités doivent recourir aux données de fait disponibles.

12. Comme l'a reconnu à plusieurs reprises l'Organe d'appel, les Membres sont tenus d'exécuter de bonne foi les obligations conventionnelles qui découlent pour eux de l'Accord sur l'OMC.¹⁰ Dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, par exemple, l'Organe d'appel a dit que le "principe fondamental de la bonne foi" était "un principe juridique général et un principe du droit international général".¹¹ Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹², l'Organe d'appel a expliqué que ce principe général "interdi[sait] l'exercice abusif [des droits que possèdent les États]"¹³ et que l'exercice d'un droit que possède un État devrait être "juste et équitable pour toutes les parties".¹⁴ En tant que tel, le principe fondamental de la bonne foi prescrit aux autorités d'agir d'une manière impartiale qui respecte l'équité élémentaire.¹⁵

13. L'article 12.7 accorde aux autorités le pouvoir discrétionnaire de fonder leurs déterminations de l'existence d'une subvention sur des renseignements provenant de sources secondaires en tant que données de fait disponibles. Conformément à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vertu de dispositions conventionnelles en vigueur doit se faire de bonne foi. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* a indiqué que "[le pouvoir discrétionnaire] [devait] être exercé d'une manière impartiale qui soit équitable pour toutes les parties touchées par une enquête antidumping".¹⁶

14. La disposition de l'article 12.7 énonce les obligations spécifiques tant des autorités que des parties interrogées avant que les autorités n'aient recours aux données de fait disponibles. Les autorités doivent utiliser les renseignements communiqués par la partie interrogée et ne peuvent pas recourir aux données de fait disponibles, si la partie a communiqué les renseignements "dans un délai

⁹ *Règlement définitif*, considérants 16 à 18.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudé, de section circulaire, en provenance de Corée* ("*États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*"), WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002, paragraphe 110 et note 117; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon* ("*États-Unis – Acier laminé à chaud*"), WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, paragraphe 101.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 101.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ("*États-Unis – Crevettes*"), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

¹³ *Id.*, paragraphe 158.

¹⁴ *Id.*, note 156, citant B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens and Sons, Ltd., 1953), chapitre 4, page 125. (italique ajouté par l'Organe d'appel)

¹⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 148 et note 142. Voir également le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés* ("*CE – Hormones*"), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, paragraphe 133.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 148. (italique dans l'original)

raisonnable" sans entraver le déroulement de l'enquête de façon notable. Quant à l'expression "dans un délai raisonnable", l'Organe d'appel a exposé les six facteurs que les autorités chargées de l'enquête devraient examiner.¹⁷

15. Les dispositions de l'article 12.11 confirment la prescription concernant le processus bidirectionnel entre les autorités et la partie interrogée. Cet article dispose que les autorités tiendront dûment compte des difficultés que pourraient avoir les parties intéressées à communiquer les renseignements demandés, et qu'elles leur accorderont toute l'aide possible. L'Organe d'appel a indiqué que l'article 6.13 de l'Accord antidumping, qui est l'équivalent de la disposition de l'article 12.11 de l'Accord SMC, soulignait que la "coopération" était un processus allant dans les deux sens qui supposait un effort conjoint et qu'il exigeait des autorités chargées de l'enquête qu'elles tiennent compte de certains éléments ou prennent des dispositions pour aider les parties intéressées à communiquer les renseignements.¹⁸

16. Les autorités doivent satisfaire aux prescriptions qui précèdent en vertu de l'article 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC, et doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour identifier les données de fait disponibles d'une manière neutre, objective, impartiale et équitable. Le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner si les CE ont appliqué les données de fait disponibles en l'espèce dans le respect de ces prescriptions.

III. CONCLUSION

17. Pour les raisons exposées plus haut, le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement la compatibilité de la détermination de l'existence d'un dommage avec l'article 15.5 et de la détermination de l'existence d'une subvention avec les articles 1.1 a) 1) iv), 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC.

¹⁷ *Id.*, paragraphe 85.

¹⁸ *Id.*, paragraphe 104.

ANNEXE A-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(25 juin 2004)

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. **Critère d'examen:** La tâche du Groupe spécial est de déterminer si une personne raisonnable, impartiale, examinant les mêmes éléments de preuve que les autorités communautaires, aurait pu parvenir – et non pas serait parvenue – aux mêmes conclusions que ces autorités. Les États-Unis ne doutent pas que le Groupe spécial considérera les arguments de la Corée pour ce qu'ils sont: rien d'autre qu'une demande inadmissible visant à ce que le Groupe spécial procède à un examen *de novo*.

2. **Charge de la preuve:** C'est à la Corée qu'incombe la charge de prouver que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC. Il n'appartient pas aux CE de prouver qu'elles ont agi d'une manière incompatible avec lesdites règles.

3. **Éléments de preuve positifs:** Les arguments de la Corée ne portent pas réellement sur le point de savoir si les éléments de preuve utilisés par les autorités communautaires étaient des "éléments de preuve positifs". Au lieu de cela, et bien qu'elle ait à plusieurs reprises protesté du contraire, ce que veut la Corée, c'est que le Groupe spécial réévalue les éléments de preuve sur lesquels se sont appuyées les autorités communautaires.

II. QUESTIONS CONCERNANT L'IDENTIFICATION ET LE CALCUL DE LA SUBVENTION

4. **Le critère "chargent ou ordonnent":** La Corée préconise un critère spécial en matière de preuve en ce qui concerne "l'action de charger ou ordonner". Selon la Corée, l'action des pouvoirs publics ne constitue une action de charger ou ordonner que lorsqu'elle est "claire et non ambiguë" ou "spécifique et contraignante". Par ailleurs, pour déterminer si l'action des pouvoirs publics constitue une action de charger ou ordonner, il faut un "examen renforcé". Cependant, ni l'article 1.1 a) 1) iv) lui-même ni aucune autre disposition des Accords de l'OMC ne vient à l'appui de l'idée qu'il existe une sorte de critère spécial en matière de preuve aux fins de déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner.

5. La Corée fait aussi valoir que les éléments de preuve d'une action de charger ou ordonner doivent prendre la forme d'un commandement "explicite" des pouvoirs publics. L'utilisation que fait la Corée du terme "explicite" laisse penser que l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics ne peut être prouvée que par un commandement formel ou officiel.

6. Dans son sens ordinaire, l'action de charger ou ordonner inclut, mais sans s'y limiter, un ordre ou un commandement. Une interprétation de l'alinéa iv) qui exclurait automatiquement, et dans tous

les cas, tout ordre des pouvoirs publics non exprimé par écrit priverait quasiment l'article 1.1 a) 1) iv) de tout sens.¹

7. La Corée affirme aussi que le critère en matière de preuve énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv), à savoir l'action de charger ou ordonner, exige *un* commandement des pouvoirs publics adressé à *un* organisme privé explicitement nommé d'entreprendre *une* action explicitement identifiée à *un* moment explicite. Il est évident, à la lecture du texte de la disposition, que l'article 1.1 a) 1) iv) n'impose pas une telle prescription. D'une manière générale, en ce qui concerne la preuve, tout élément de preuve ou élément factuel peut être pertinent, à condition qu'il démontre, soit isolément, soit conjointement avec d'autres éléments de preuve, si oui ou non des pouvoirs publics ont chargé des organismes privés de fournir des contributions financières, ou leur ont ordonné de le faire. L'importance relative de chaque élément de preuve ou élément factuel ne peut être déterminée que dans le contexte d'une affaire particulière, et non en se fondant sur des généralités.

8. La Corée mentionne l'utilisation du singulier "une" contribution financière dans le texte de l'article 1.1 a) 1). Cependant, le singulier "un(e)" est également utilisé dans le texte des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC en référence aux termes avantage, subvention et spécificité. Si l'on devait entendre par "une" contribution financière un ordre des pouvoirs publics adressé à "une" banque particulière, alors la spécificité serait toujours examinée dans le contexte, par exemple, d'un prêt ponctuel d'une banque à "un" bénéficiaire. La subvention, par conséquent, serait toujours spécifique. Ainsi, l'argument de la Corée concernant l'emploi du singulier "un(e)" viderait de son sens l'article 2 de l'Accord SMC, et, pour cette seule raison, devrait être rejeté par le Groupe spécial.

9. L'argument de la Corée concernant le singulier "un(e)" fait aussi abstraction du fait que l'emploi du singulier n'exclut pas un sens qui englobe le pluriel du terme en question. En particulier, selon la définition du terme "organisme", tel qu'il est employé dans l'expression "un organisme privé" à l'alinéa iv), le terme "organisme" peut désigner une entité unique ou plus d'une entité. Le sens ordinaire du texte de l'article 1.1 a) 1) iv), par conséquent, n'exclut pas l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics vis-à-vis de plusieurs créanciers privés pris en tant que groupe.

10. C'est aussi sans aucun fondement que la Corée s'appuie sur l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* pour son critère en matière de preuve banque par banque, transaction par transaction. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a traité une question très différente, et la partie citée du rapport sur l'affaire est d'une pertinence très limitée (si tant est qu'elle en ait) pour le présent différend. Même si le Groupe spécial devait admettre le postulat selon lequel "l'action de charger comme celle d'ordonner "comporte nécessairement l'élément d'une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement"", il n'y a aucune base dans l'Accord SMC permettant de transformer la notion générale d'"élément d'une action explicite et positive" en un critère en matière de preuve "rigoureux" demandant la preuve expresse d'une action formelle des pouvoirs publics banque par banque, transaction par transaction.

11. Les États-Unis ne souscrivent pas au postulat de l'argumentation de la Corée selon lequel le comportement des parties privées est pertinent pour déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner. L'article 1.1 a) 1), y compris l'alinéa iv), est donc centré sur "l'action des pouvoirs publics" lorsqu'ils font la "contribution financière", et l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics – qu'elle soit directe ou indirecte – est déterminée par rapport aux actions des pouvoirs publics.

¹ De fait, l'Organe d'appel a mis en garde contre les interprétations qui "[auraient pour effet de] faire passer la forme avant le fond et de permettre aux Membres de contourner les disciplines concernant les subventions ...". *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 110. Même si l'Organe d'appel traitait des disciplines concernant les subventions à l'exportation dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture, son raisonnement s'applique avec la même force à l'Accord SMC.

12. **Données de fait disponibles:** L'analyse que fait la Corée des "données de fait disponibles" et de l'article 12.7 de l'Accord SMC reflète plusieurs erreurs d'interprétation. Dans les cas où les Membres intéressés ou les parties intéressées contrecarrent la procédure, soit en ne divulguant pas les renseignements demandés, soit en entravant le déroulement de l'enquête de façon notable, l'article 12.7 de l'Accord SMC prévoit l'utilisation des données de fait disponibles, mais ne donne pas d'instruction aux autorités pour déterminer sur quelles données de fait versées au dossier il faut s'appuyer pour faire des déterminations, ni comment évaluer ou peser les éléments de preuve versés au dossier. Il semble évident, cependant, que lorsqu'une partie refuse l'accès à des renseignements, cette donnée de fait fasse partie du dossier des éléments de preuve. En se fondant sur le refus d'une partie d'accorder l'accès à des renseignements, l'autorité chargée de l'enquête peut à juste titre faire des inférences concernant la fiabilité des autres renseignements communiqués par cette partie. Ainsi, une autorité chargée de l'enquête peut faire des inférences raisonnables à partir de toutes les données de fait versées au dossier, et choisir d'utiliser les renseignements communiqués par d'autres sources, ou de leur accorder plus de poids.

13. L'approche de la Corée présuppose à tort que les seules données de fait à la disposition des autorités sont celles qui sont communiquées par la partie ou les pouvoirs publics interrogés. Cependant, d'autres données de fait sont souvent versées au dossier, y compris les renseignements à la disposition du public et les renseignements communiqués par les parties intéressées nationales. En outre, l'approche de la Corée autorise à tort une partie interrogée à sélectionner les renseignements que l'autorité chargée de l'enquête doit utiliser pour faire une détermination.

14. S'agissant du fait que la Corée s'appuie sur l'Annexe II de l'Accord antidumping, celle-ci, comme toute autre disposition des Accords de l'OMC, peut fournir un contexte aux fins d'interpréter l'article 12.7 de l'Accord SMC, encore que l'on puisse débattre des conclusions à tirer de l'examen de l'Annexe II en tant que contexte. Cela dit, il y a une conclusion tirée du contexte qui ne souffre aucun débat, à savoir qu'il n'existe aucune annexe comparable dans l'Accord SMC. Par conséquent, le Groupe spécial doit donner un sens à l'absence expresse de toute annexe ou de toute référence textuelle aux prescriptions contenues dans l'Annexe II de l'Accord antidumping. En particulier, le Groupe spécial devrait rejeter les efforts déployés par la Corée pour faire ce que les rédacteurs n'ont pas fait, à savoir rendre certaines parties de l'Annexe II applicables aux déterminations au titre de l'article 12.7 de l'Accord SMC.

15. La Corée ne communique aucun élément à l'appui de son assertion selon laquelle, même si l'application des données de fait disponibles par l'autorité chargée de l'enquête est justifiée dans les circonstances en question, cette application devrait être limitée de façon à être "proportionnelle à l'absence de coopération ou à l'entrave alléguée". En vertu de l'article 12.7, l'utilisation des données de fait disponibles dépend du point de savoir si les "renseignements nécessaires" sont communiqués. Si les renseignements nécessaires ne sont pas divulgués, ou si l'autorité chargée de l'enquête se voit refuser l'accès à ces renseignements, elle doit faire des inférences et parvenir à des conclusions en utilisant les données de fait disponibles, quelles qu'elles soient, afin de terminer son enquête.

16. **Avantage:** La Corée fait valoir que pour *chaque* type de contribution financière, le marché pertinent d'où il convient de tirer le point de repère est un "point de repère du marché principal", c'est-à-dire le marché du Membre particulier considéré. L'interprétation de la Corée ne tient pas compte des termes mêmes de l'article 14. De plus, l'utilisation par la Corée de l'affaire *Bois de construction résineux* à l'appui de son argumentation est sans fondement.

17. Les alinéas a) et d) contiennent des limitations territoriales concernant le point de repère pertinent; les alinéas b) et c) n'en contiennent pas. Néanmoins, la Corée fait valoir qu'il est "implicite" dans l'utilisation du terme "comparable" aux alinéas b) et c) que "des comparaisons soient faites en utilisant l'expérience d'intervenants privés *sur le marché du Membre*, étant donné que cette expérience est nécessairement celle qui est la plus comparable". (pas d'italique dans l'original) Le

Groupe spécial devrait rejeter la tentative de la Corée visant à lire dans les alinéas b) et c) des termes qui n'y sont pas.

18. L'utilisation par la Corée de l'affaire *Bois de construction résineux* est sans fondement, parce que les constatations de l'Organe d'appel dans ce différend se limitaient à l'alinéa d) de l'article 14, dans lequel figure le membre de phrase "dans le pays de fourniture ou d'achat". Il n'y a pas de termes exprimant une telle limitation territoriale aux alinéas b) et c).

19. **Spécificité:** La Corée laisse entendre que les CE étaient tenues d'examiner la taille et le capital d'Hynix par rapport à la taille et à l'intensité de capital de toutes les entreprises dont la dette a fait l'objet d'une restructuration et de considérer cette aide au titre de la restructuration répartie entre les créanciers participants au prorata, compte tenu de leurs créances existantes. L'article 2.1 c) ne contient *aucune* prescription concernant la manière dont il convient de mener une analyse de l'utilisation disproportionnée, à plus forte raison les méthodes analytiques spécifiques dont la Corée affirme qu'elles sont requises. En outre, menée jusqu'à sa conclusion logique, l'approche analytique de la Corée conduirait à un résultat absurde, à savoir que plus une entreprise est endettée et plus elle peut recevoir de subventions sans risquer une constatation de spécificité.

III. QUESTIONS CONCERNANT LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

20. **Volume des importations:** La Corée affirme qu'il n'y a pas eu une telle augmentation notable de la part de marché. Les États-Unis ne connaissent pas suffisamment le dossier factuel de l'enquête des CE pour se faire une opinion quant au point de savoir s'il y a eu une telle augmentation notable. D'un point de vue juridique, toutefois, l'accent que met la Corée sur l'importance d'une éventuelle augmentation de la part de marché n'est pas justifié par le texte de l'article 15.1 et 15.2. Pour faire une détermination de l'existence d'un dommage, l'article 15.1 prescrit, entre autres choses, un examen objectif "a) du volume des importations subventionnées et de l'effet des importations subventionnées sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits". (note de bas de page omise) Pour sa part, la partie pertinente de l'article 15.2 de l'Accord SMC dispose ce qui suit:

Pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur.

Sur la base du texte clair de l'Accord SMC, où sont employés les termes disjonctifs "soit" et "soit", l'analyse du volume des importations visées devrait inclure la considération du volume absolu des importations visées subventionnées, ainsi que du point de savoir s'il y a eu une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées en termes absolus, une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées par rapport à la production dans le Membre importateur, ou une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées par rapport à la consommation dans le Membre importateur. La dernière phrase de l'article 15.2 de l'Accord SMC précise qu'"un seul ni même plusieurs" des facteurs énoncés à l'article 15.2 "ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminant".

21. Ainsi, il n'existe pas de prescription voulant qu'il y ait une augmentation du volume des importations subventionnées, encore moins qu'une autorité chargée de l'enquête constate une augmentation "notable" du volume des importations subventionnées par rapport à la consommation. Cela est logique, parce que les importations peuvent avoir des effets négatifs sur les prix sans gagner de part de marché – par exemple si elles forcent la branche de production nationale à baisser ses prix pour conserver sa part du marché. Sur un marché concernant un produit fongible où l'information est diffusée rapidement et les prix peuvent changer fréquemment – c'est le cas pour les DRAMS – il est

très possible que des importations à bas prix puissent avoir des effets négatifs sur les prix en gagnant peu de parts de marché ou sans en gagner du tout.

22. **Sous-cotation du prix:** La Corée affirme qu'en l'espèce, les CE ont rompu avec leur approche habituelle de l'analyse de la sous-cotation du prix sans fournir d'explication valable, et sous-entend que même les occurrences de sous-cotation constatées par les CE sont insuffisantes. Cependant, d'autres groupes spéciaux ont constaté qu'il appartenait au premier chef aux autorités chargées de l'enquête de choisir des méthodes pour analyser les effets des importations visées sur les prix. L'article 15.1 et 15.2 ne précise pas de méthode particulière à employer pour faire cette analyse.

23. Au regard des termes disjonctifs employés à l'article 15.2, il n'y a pas de prescription voulant que l'autorité chargée de l'enquête constate une quelconque sous-cotation du prix. Ainsi, il n'y a certainement pas de prescription voulant que les importations visées subventionnées provoquent une sous-cotation des prix de la branche de production nationale ou l'aient fait avec une fréquence ou une ampleur particulières, encore moins que les autorités chargées de l'enquête constatent que les importations visées représentaient le produit à plus bas prix tout au long de la période examinée. Les conditions de concurrence et du cycle commercial caractérisant la branche de production sont des circonstances factuelles propres à une enquête qui sont pertinentes pour évaluer l'importance de la sous-cotation dans une affaire donnée, et une autorité chargée de l'enquête expliquera dans sa détermination de l'existence d'un dommage l'importance d'une éventuelle sous-cotation dans le contexte de l'affaire particulière.

24. **Domination sur les prix:** La Corée affirme que les CE ont largement fait abstraction de leur propre constatation selon laquelle il n'existe pas de société exerçant une domination sur les prix sur ce marché. Selon la Corée, cette constatation "aurait dû jeter de sérieux doutes sur la question de savoir si Hynix pouvait réellement être à l'origine d'effets "notables" sur les prix". La Corée laisse entendre qu'il fallait des éléments de preuve de la domination d'Hynix sur les prix pour faire une détermination positive de l'existence d'un dommage important. Cependant, il convient de noter que la Corée n'identifie aucune prescription dans le cadre de l'article 15 de l'Accord SMC voulant que l'on constate une domination sur les prix, parce qu'une telle prescription n'existe pas.