

l'objet même des enquêtes en matière de droits compensateurs menées par l'USDOC, y compris dans le contexte de ses analyses de la nature d'organisme public et de l'existence d'un avantage. Qui plus est, il n'apparaît pas que le Groupe spécial a pris en considération le contexte dans lequel l'USDOC a effectué son analyse de la spécificité *de facto*, y compris le fait que l'USDOC était tenu d'"établir sa détermination sur la base des données de fait versées au dossier administratif" en raison des réponses incomplètes soumises par les pouvoirs publics chinois.⁸³⁶ Il n'est pas possible de trancher la question de savoir si une explication de l'autorité chargée de l'enquête est "adéquate" dans l'abstrait, sans tenir compte des éléments de preuve et des arguments auxquels elle cherche à répondre. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'autorité chargée de l'enquête a dû établir sa détermination sur la base des données de fait disponibles.

5.280. Pour toutes ces raisons, je considère que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la Chine a démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 c) de l'Accord SMC dans les procédures au titre de l'article 129 Tubes pression, Tubes et tuyaux, Tondeuses à gazon, Rayonnages de cuisine, OCTG, Câbles de haubanage, Tubes sans soudure, Impression de graphismes, Aluminium extrudé, Cylindres en acier et Panneaux solaires. Je considère aussi que la décision de la majorité des membres de confirmer la constatation du Groupe spécial est erronée à plusieurs égards importants et que, si cette décision était suivie, elle pourrait permettre de contourner les disciplines de l'Accord SMC et même décourager une gestion transparente des subventions. J'estime qu'un tel résultat n'est pas envisagé dans l'Accord SMC, qu'il n'avait pas été prévu par les rédacteurs de cet accord et qu'il n'est pas conforme aux principes coutumiers d'interprétation des traités.

5.5.4 Résumé général

5.281. Je me permets de suggérer qu'il serait bon pour le système de règlement des différends que les futures parties et les groupes spéciaux, conformément à leur mandat au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, continuent à tenir compte des opinions séparées telles que celle-ci ainsi que des rapports antérieurs pertinents de l'Organe d'appel sans les considérer comme nécessairement déterminants.

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

6.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel formule les constatations et les conclusions suivantes.⁸³⁷

6.1 Mandat du Groupe spécial

6.2. Le Groupe spécial a correctement évalué le champ des mesures relevant de son mandat dans la présente procédure au titre de l'article 21:5 sur la base des critères relatifs à leur rapport du point de vue de la nature, des effets et du moment de leur adoption.

- a. Nous confirmons donc les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.320, 7.347, 8.1.g, et 8.1.h.i, ii, iv et vi de son rapport, selon lesquelles les réexamens ultérieurs en cause et la détermination finale dans l'enquête Panneaux solaires initiale relèvent de son mandat au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

6.2 Article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC

6.3. L'axe central d'un examen de la nature d'organisme public au titre de l'article 1.1 a) 1) n'est pas la question de savoir si le *comportement* dont il est allégué qu'il donne lieu à une contribution financière au titre des alinéas i) à iii) ou de la première clause de l'alinéa iv) – c'est-à-dire la transaction particulière en cause – est "logiquement lié" à une "fonction gouvernementale" identifiée. L'examen pertinent s'articule plutôt sur l'*entité* qui adopte ce comportement, ses caractéristiques essentielles et sa relation avec les pouvoirs publics, considérés à la lumière du cadre juridique et

chaud, le fil machine, les ronds en acier, la soude caustique, les tubes semi-ouvrés, l'aluminium primaire, les tubes sans soudure, les billettes et blooms en acier standard, le polysilicium et le charbon à coke.

⁸³⁶ Détermination finale au titre de l'article 129 (pièce CHN-5 présentée au Groupe spécial), page 6.

⁸³⁷ L'opinion séparée d'un membre de la Section concernant la nature d'organisme public, l'avantage et la spécificité est exposée dans la section 5.5 du présent rapport.

économique existant dans le Membre pertinent. Cela cadre avec le fait que les "pouvoirs publics" (au sens étroit) et un "organisme public" partagent un degré de communauté et de chevauchement de leurs caractéristiques essentielles – c'est-à-dire que tous deux possèdent ou exercent un pouvoir gouvernemental ou en sont investis. Une fois qu'il a été établi qu'une entité est un organisme public, alors le comportement de cette entité sera directement imputable au Membre concerné aux fins de l'article 1.1 a) 1). Alors que le comportement d'une entité peut constituer des éléments de preuve pertinents pour évaluer ses caractéristiques essentielles, l'autorité chargée de l'enquête ne doit pas nécessairement se focaliser sur chacun des comportements que l'entité pertinente peut adopter, ni sur la question de savoir si chacun de ces comportements est lié à une "fonction gouvernementale" spécifique. Le Groupe spécial a donc eu raison de rejeter la lecture faite par la Chine de l'article 1.1 a) 1) comme exigeant que l'autorité chargée de l'enquête examine si une entité exerçait une fonction gouvernementale lorsqu'elle adoptait l'un des comportements spécifiques énumérés aux alinéas i) à iii) et dans la première clause de l'alinéa iv).

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.36 et 7.106 de son rapport, selon laquelle le critère juridique relatif aux déterminations de la nature d'organisme public au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC ne prescrit pas un lien d'un degré ou d'une nature particuliers devant nécessairement être établi entre une fonction gouvernementale identifiée et la contribution financière particulière en cause.
- b. Nous confirmons également la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.36 de son rapport, selon laquelle "la Chine n'a pas démontré que les déterminations de la nature d'organisme public établies par l'USDOC dans les procédures au titre de l'article 129 pertinentes étaient incompatibles avec l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC parce qu'elles étaient fondées sur un critère juridique incorrect."
- c. Ayant confirmé les constatations interprétatives du Groupe spécial, nous n'examinons pas plus avant les allégations additionnelles de la Chine concernant les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.72, 7.103, 7.105 et 7.106 de son rapport.

6.4. Le Groupe spécial a correctement constaté que le Mémoire sur les organismes publics entretenait un "rapport étroit" avec la "mesure" dont il avait été déclaré qu'elle avait été "prise pour se conformer", à savoir les déterminations de la nature d'organisme public établies par l'USDOC dans les procédures au titre de l'article 129 pertinentes, et avec les recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale. Le Groupe spécial a également eu raison de dire que la Chine n'aurait pas pu contester le Mémoire sur les organismes publics dans le cadre de sa plainte lors de la procédure initiale.

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.120 de son rapport, selon laquelle le Mémoire sur les organismes publics relève, "en tant que tel", du champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5.

6.5. L'allégation formulée en appel par la Chine au sujet de la compatibilité avec les règles de l'OMC du Mémoire sur les organismes publics "en tant que tel" repose sur la lecture donnée par la Chine de l'article 1.1 a) 1) comme exigeant, dans chaque cas, l'établissement d'un "lien logique clair" entre une "fonction gouvernementale" identifiée par l'autorité chargée de l'enquête et le comportement dont il est allégué qu'il donne lieu à une contribution financière.

- a. Ayant rejeté cette lecture de l'article 1.1 a) 1), nous n'examinons pas plus avant l'allégation de la Chine concernant la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.1.b de son rapport, selon laquelle la Chine n'a pas démontré que le Mémoire sur les organismes publics était incompatible "en tant que tel" avec l'article 1.1 a) 1).
- b. Nous n'examinons pas plus avant les allégations des participants concernant les constatations intermédiaires du Groupe spécial ayant mené à cette conclusion, à savoir: i) la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.133 de son

rapport, selon laquelle le Mémorandum sur les organismes publics "peut être contesté "en tant que tel" en tant que règle ou norme d'application générale ou prospective"; et ii) la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.142 de son rapport, selon laquelle "le Mémorandum sur les organismes publics ne limite pas de manière importante le pouvoir discrétionnaire de l'USDOC d'agir d'une manière compatible avec l'article 1.1 a) 1)." Par conséquent, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la Chine n'a pas démontré que le Mémorandum sur les organismes publics était incompatible "en tant que tel" avec l'article 1.1 a) 1) reste valable.

6.3 Articles 1.1 b) et 14 d) de l'Accord SMC

6.6. Nous ne souscrivons pas à l'affirmation de la Chine selon laquelle les circonstances justifiant potentiellement le recours à des prix à l'extérieur du pays au titre de l'article 14 d) de l'Accord SMC sont limitées à celles dans lesquelles les pouvoirs publics déterminent effectivement le prix auquel le bien est vendu, y compris plus spécifiquement lorsque les pouvoirs publics fixent les prix administrativement, sont le seul fournisseur du bien ou possèdent et exercent en tant que fournisseur du bien une puissance commerciale telle qu'elle entraîne l'alignement des prix des fournisseurs privés sur un prix déterminé par les pouvoirs publics. La question centrale pour l'analyse au regard de l'article 14 d) visant à identifier un point de repère approprié concernant l'avantage est celle de savoir si les prix pratiqués dans le pays sont faussés du fait de l'intervention des pouvoirs publics. Ce qui permettrait à l'autorité chargée de l'enquête de rejeter les prix pratiqués dans le pays est une constatation de distorsion des prix résultant d'une intervention des pouvoirs publics sur le marché, et non la présence d'une intervention des pouvoirs publics elle-même. Différents types d'interventions des pouvoirs publics pourraient aboutir à une distorsion des prix, de sorte que le recours à des prix à l'extérieur du pays est justifié, au-delà de la situation dans laquelle les pouvoirs publics déterminent effectivement le prix auquel le bien est vendu. La détermination sur le point de savoir si les prix pratiqués dans le pays sont faussés doit être faite au cas par cas, sur la base des éléments de preuve pertinents dans l'enquête particulière et en fonction des caractéristiques du marché examiné, et de la nature, de la quantité et de la qualité des renseignements versés au dossier.

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.174 de son rapport, selon laquelle l'article 14 d) ne limite pas la possibilité d'utiliser des prix à l'extérieur du pays à la situation dans laquelle les pouvoirs publics déterminent effectivement le prix auquel le bien est vendu.

6.7. Le type spécifique d'analyse que l'autorité chargée de l'enquête doit effectuer en vue d'obtenir un point de repère correct au titre de l'article 14 d), ainsi que les types et la quantité d'éléments de preuve qui seraient considérés comme suffisants à cet égard, varieront nécessairement en fonction d'un certain nombre de facteurs dans les circonstances de l'affaire considérée. Toutefois, dans tous les cas, l'autorité chargée de l'enquête doit établir et expliquer de manière adéquate comment la distorsion des prix résulte effectivement d'une intervention des pouvoirs publics. Il peut y avoir différentes manières de démontrer que les prix sont effectivement faussés, y compris une évaluation quantitative, une méthode de comparaison des prix, un contrefactuel ou une analyse qualitative. Alors que des éléments de preuve d'une incidence directe de l'intervention des pouvoirs publics sur les prix peuvent rendre probable la constatation de distorsion des prix, des éléments de preuve d'une incidence indirecte peuvent aussi être pertinents. En même temps, l'établissement du lien entre cette incidence indirecte de l'intervention des pouvoirs publics et la distorsion des prix peut nécessiter une analyse et une explication plus détaillées. Indépendamment de la méthode qu'elle choisit, l'autorité chargée de l'enquête doit tenir compte de manière adéquate des arguments et éléments de preuve fournis par les requérants et les entreprises interrogées, ainsi que de tous les autres renseignements versés au dossier, afin que sa détermination de la manière dont les prix sur les marchés spécifiques en cause sont en réalité faussés du fait de l'intervention des pouvoirs publics soit fondée sur des éléments de preuve positifs. Le raisonnement du Groupe spécial concorde avec notre interprétation de l'article 14 d). Nous souscrivons en outre à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "[l']autorité chargée de l'enquête doit expliquer comment l'intervention des pouvoirs publics sur le marché *fait* que les prix des intrants en cause pratiqués dans le pays s'écartent d'un prix déterminé par le marché", dans la mesure où elle précise que l'autorité chargée de l'enquête doit formuler une constatation de distorsion des prix résultant de l'intervention des pouvoirs publics. En résumé, nous ne pensons pas que le Groupe spécial exigeait un seul type d'analyse quantitative ou d'analyse comparative des prix dans tous les cas.

6.8. S'agissant de la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.206 de son rapport, selon laquelle "l'USDOC n'[avait] pas expliqué comment l'intervention des pouvoirs publics sur le marché *faisait* que les prix intérieurs des intrants en cause s'écartaient d'un prix déterminé par le marché", nous croyons comprendre que le Groupe spécial a rejeté comme étant insuffisante et problématique la détermination de l'USDOC selon laquelle les prix dans l'ensemble des secteurs de l'acier et du polysilicium de qualité solaire en Chine ne pouvaient pas être utilisés comme points de repère concernant l'avantage en l'absence d'une évaluation spécifique de la manière dont l'intervention des pouvoirs publics avait entraîné une distorsion des prix sur les marchés des quatre intrants en cause. En outre, nous croyons comprendre que le Groupe spécial était préoccupé par la focalisation de l'analyse effectuée par l'USDOC dans le Mémoire sur les points de repère sur le caractère généralisé de l'implication des pouvoirs publics dans la prise de décisions des entreprises à capitaux publics chinoises en général et dans l'ensemble du secteur de l'acier, plutôt que sur *la manière* spécifique dont cette implication influençait les décisions en matière de prix concernant les intrants en cause et entraînait une distorsion des prix s'agissant des déterminations examinées. À notre avis, par conséquent, l'analyse que le Groupe spécial a faite des déterminations en cause l'a amené à conclure que l'USDOC n'avait pas fourni une explication motivée et adéquate de la manière dont les interventions à grande échelle des pouvoirs publics décrites dans le Mémoire sur les points de repère entraînaient la distorsion des prix pratiqués dans le pays sur les marchés des intrants spécifiques et en ce qui concerne les produits spécifiques visés par chacune des déterminations de l'USDOC contestées en cause.

6.9. S'agissant de la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.220 de son rapport, selon laquelle "l'USDOC n'a pas expliqué de manière adéquate son rejet des prix pratiqués dans le pays à la lumière des éléments de preuve dont il disposait", nous croyons comprendre que le Groupe spécial a considéré que le rejet par l'USDOC des prix pratiqués dans le pays était simplement le corollaire de ses constatations de l'existence d'une distorsion du marché dans le secteur de l'acier en général, dont le Groupe spécial estimait qu'elles ne donnaient pas une explication motivée et adéquate de la manière dont l'intervention des pouvoirs publics entraînait la distorsion des prix. En outre, même si l'axe de l'analyse effectuée par l'USDOC dans le Mémoire sur les points de repère était différent de celui qui sous-tendait le rapport Ordoover, les autres explications et données relatives aux prix figurant dans le dossier pouvaient néanmoins être pertinentes pour examiner s'il existait effectivement une distorsion des prix sur les marchés des intrants en cause. Or, dans ses déterminations, l'USDOC n'explique pas pourquoi, au vu des données relatives aux prix et des autres explications, la conclusion à laquelle il était arrivé pour la totalité du secteur de l'acier s'appliquait nécessairement à tous les marchés des intrants spécifiques. En outre, il aurait été pertinent que l'USDOC tienne compte dans son analyse des données de Mysteel relatives aux prix par intrant versées au dossier et qu'il examine dans quelle mesure elles affectaient ses conclusions concernant l'existence d'une distorsion des prix. Enfin, en évaluant s'il serait possible d'effectuer une analyse concernant l'alignement des prix dans la détermination finale relative aux points de repère, l'USDOC a rejeté les données relatives aux prix versées au dossier en grande partie sur la base de sa conclusion antérieure selon laquelle tous les prix de l'acier pratiqués en Chine étaient faussés par l'intervention des pouvoirs publics, ce qui ne pouvait pas constituer en soi une base suffisante pour rejeter la pertinence des données de Mysteel.

- a. Nous constatons donc que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 14 d) de l'Accord SMC en constatant que l'USDOC n'avait pas expliqué, dans les procédures au titre de l'article 129 OCTG, Panneaux solaires, Tubes pression et Tubes et tuyaux, comment l'intervention des pouvoirs publics sur le marché *faisait* que les prix intérieurs des intrants en cause s'écartaient d'un prix déterminé par le marché.
- b. De plus, nous constatons que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que dans les procédures au titre de l'article 129 Tubes pression, Tubes et tuyaux et OCTG, l'USDOC n'avait pas examiné les données relatives aux prix versées au dossier.
- c. Nous confirmons en conséquence les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.223, 7.224 et 8.1.c de son rapport, selon lesquelles les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 d) de l'Accord SMC dans les procédures au titre de l'article 129 OCTG, Panneaux solaires, Tubes pression et Tubes et tuyaux.

6.4 Article 2.1 c) de l'Accord SMC

6.10. À notre avis, dans les cas où l'autorité chargée de l'enquête établit une constatation de spécificité *de facto* sur la base d'une analyse du point de savoir s'il y a eu "utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises", la prise en considération de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué présuppose que le programme pertinent a été dûment identifié. Nous ne partageons donc pas l'avis des États-Unis dans la mesure où ils laissent entendre qu'il peut être constaté que l'autorité chargée de l'enquête s'est *conformée* à la prescription de l'article 2.1 c) imposant de prendre en considération la "durée" d'un programme de subventions *indépendamment* du point de savoir si elle a dûment identifié ce programme en premier lieu. Nous ne partageons pas non plus l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial était tenu de *limiter* son analyse à l'examen par l'USDOC de la "durée" des programmes de subventions pertinents, sans examiner si l'USDOC avait dûment identifié ces programmes, que ce soit dans le contexte des enquêtes initiales ou dans le contexte des procédures au titre de l'article 129 pertinentes.

6.11. S'agissant de l'interprétation et de l'application de l'article 2.1 c) par le Groupe spécial, nous convenons avec lui que, "même si les éléments de preuve d'"une série d'activités systématique" pouvaient être particulièrement pertinents dans le contexte d'un *programme non écrit*, le simple fait que des contributions financières avaient été accordées à certaines entreprises ne suffisait pas à démontrer que ces contributions financières avaient été accordées conformément à un plan ou système aux fins de l'article 2.1 c)." L'examen ultérieur par le Groupe spécial de l'analyse de l'USDOC était axé à juste titre sur la question de savoir "si les renseignements sur lesquels s'[était] appuyé l'USDOC étay[ai]ent sa constatation de l'existence d'une série d'activités systématique prouvant l'existence d'un plan ou système en vertu duquel des subventions [avaient] été fournies". De plus, dans ses constatations, le Groupe spécial a mis en contraste à juste titre le fait que l'USDOC n'avait pas expliqué une "activité *systématique* ... concernant l'existence d'un programme de subventions non écrit" avec des renseignements dont l'USDOC disposait qui indiquaient simplement des "transactions *répétées*". Nous ne sommes donc pas d'accord avec les États-Unis dans la mesure où ils font valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son énonciation du critère devant être appliqué au titre de l'article 2.1 c). Nous ne souscrivons pas non plus au point de vue des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'expression "programme de subventions" lorsqu'il l'a lue comme signifiant un "programme de subventions systématique" consistant "entièrement en des actes de subventionnement" dans le cadre duquel *chaque* fourniture d'un intrant par les pouvoirs publics confère un avantage au bénéficiaire. Nous ne sommes pas non plus d'accord avec les États-Unis dans la mesure où ils allèguent que la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 c) était fondée sur une lecture isolée de l'analyse de la spécificité de l'USDOC. De fait, d'après ce que nous croyons comprendre, la préoccupation du Groupe spécial était que le raisonnement de l'USDOC et ses références à des "programmes de subventions" étaient de nature générique et n'examinaient pas suffisamment le secteur de l'acier ni la fourniture des intrants dans le contexte des déterminations spécifiques en cause. Il n'appartenait pas au Groupe spécial, à cet égard, de "procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve" ni de "substituer [ses] propres conclusions à celles des autorités compétentes".

- a. Compte tenu de ce qui précède, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.293 et 8.1.e de son rapport, selon laquelle la Chine a démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 c) de l'Accord SMC dans les procédures au titre de l'article 129 Tubes pression, Tubes et tuyaux, Tondeuses à gazon, Rayonnages de cuisine, OCTG, Câbles de haubanage, Tubes sans soudure, Impression de graphismes, Aluminium extrudé, Cylindres en acier et Panneaux solaires.

6.12. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux États-Unis de rendre leurs mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec leurs obligations au titre de l'Accord SMC, conformes à cet accord.

Texte original signé à Genève le 1^{er} juillet 2019 par:

Thomas R. Graham
Président de la Section

Ujal Singh Bhatia
Membre

Shree B.C. Servansing
Membre