

qui concerne la comparabilité des procédures mentionnées avec le cas contesté – tels que les circonstances de la non-communication et de la découverte de renseignements (par exemple dissimulation, refus de communication ou communication), le moment auquel la découverte avait lieu dans le calendrier de l'affaire, l'utilisation faite par l'USDOC de tout ou partie des éléments de preuve pertinents ou la nature de l'entité interrogée et sa relation avec les pouvoirs publics.

5.92. Ces différences connues et inconnues fragilisent l'élément "teneur précise" de la mesure "conduite constante" alléguée du Groupe spécial et illustrent à quel point cette version de la mesure alléguée est imprécise et vague. Elles mettent également en cause l'"application répétée" et la "probabilité du maintien en application" de la mesure alléguée, selon la formulation du Groupe spécial, en soulevant la question suivante: qu'est-ce qui, exactement, se répète et continuera probablement?

5.93. Enfin, comme il est noté plus haut, l'ordonnance en matière de droits compensateurs dans l'affaire Papier supercalandré en provenance du Canada 2015 a été abrogée rétroactivement jusqu'à son début. Ainsi, il n'y a pas de différend réel à résoudre entre le Canada et les États-Unis s'agissant d'une quelconque "conduite constante" qui pourrait ou non se poursuivre dans le cadre de la procédure en cause en l'espèce. Pour éviter le risque que cette décision soit considérée comme des *obiter dicta* ou soit appliquée à l'avenir d'une façon qui brouillerait les distinctions entre une "conduite constante" et des règles ou normes appliquées de manière générale et prospective, ou les deux, il est à espérer que ses effets se limiteront aux éléments propres à la présente affaire.²³⁷

5.3.3 Conclusion

5.94. Je n'aborde pas les constatations du Groupe spécial et de la majorité des membres relatives à l'article 12.7 de l'Accord SMC parce qu'à mon avis, elles auraient dû être déclarées sans fondement soit parce que la Section considérerait que les constatations du Groupe spécial, dans leur ensemble, étaient dénuées de fondement du fait de l'annulation de l'enquête en matière de droits compensateurs correspondante soit en raison des constatations concernant la "conduite constante" alléguée que j'indique plus haut.

5.95. Je présente ces vues dans l'espoir que, dans tout futur examen de ces questions, il sera tenu compte de cette opinion séparée, ainsi que de celle de la majorité des membres.

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

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

6.1 Mesure sur les autres formes d'aide-DFDD

6.2. La compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée, ou l'application des règles aux faits, sont des qualifications juridiques qui peuvent faire l'objet d'un examen en appel au titre de l'article 17:6 du Mémoire d'accord. L'allégation d'erreur formulée par les États-Unis en appel concerne l'interprétation et l'application par le Groupe spécial du critère juridique de la "conduite constante" en tant que mesure qui peut être contestée dans le cadre d'une procédure de règlement des différends à l'OMC au titre du Mémoire d'accord. À notre avis, l'allégation des États-Unis concerne des questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et des interprétations du droit données par celui-ci, et entre donc dans le champ de l'examen en appel. Pour ces raisons, nous rejetons l'assertion du Canada selon laquelle l'allégation formulée par les États-Unis en appel sort du champ de l'examen en appel.

6.3. Pour prouver l'existence d'une mesure "conduite constante", un plaignant doit établir clairement: i) que la mesure alléguée est imputable au Membre défendeur; ii) sa teneur précise;

²³⁷ "Étant donné le but explicite du règlement des différends qui transparaît dans tout le Mémoire d'accord, nous ne considérons pas que l'article 3:2 du Mémoire d'accord est censé encourager ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier." (Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Coton upland, paragraphe 509, citant le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Chemises et blouses de laine, page 22)

iii) son application répétée; et iv) qu'il est probable que son application sera maintenue. Nous notons que, comme devant le Groupe spécial, les États-Unis ne contestent pas l'imputation de la mesure alléguée en appel. Nous considérons que le Groupe spécial a eu raison de se concentrer sur le fond de la conduite de l'USDOC pour chaque élément de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD, comme le montrent les exemples présentés au Groupe spécial. Nous pensons comme le Groupe spécial que les variations indiquées par les États-Unis dans ces exemples n'enlèvent rien au fait que le fond de la conduite de l'USDOC est resté le même pour ce qui est des éléments de la mesure contestée par le Canada.

- a. Pour ces raisons, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que le Canada avait établi la teneur précise de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD comme consistant pour l'USDOC à poser la question concernant les autres formes d'aide et lorsqu'il découvre, pendant la vérification, des renseignements dont il juge qu'ils auraient dû être fournis dans la réponse à cette question, à appliquer des DFDD pour déterminer que ces renseignements représentent des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire.

6.4. En ce qui concerne l'application répétée, nous considérons que l'analyse du Groupe spécial reflète de façon appropriée la qualification par le Canada de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD, se focalisant sur la répétition des éléments identifiés par le Canada qui font partie de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD. Par conséquent, nous considérons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en examinant l'"application répétée" par référence aux éléments de la mesure dans le présent différend. Nous ne sommes pas non plus convaincus par l'assertion des États-Unis selon laquelle certains exemples dans le dossier du Groupe spécial montrent que l'USDOC n'a pas appliqué la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD.

- a. Pour ces raisons, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que le Canada avait établi l'application répétée de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD.

6.5. En ce qui concerne la probabilité du maintien en application, un Membre plaignant n'a pas besoin de s'appuyer sur une décision formelle du Membre défendeur pour démontrer l'existence d'une "conduite constante". Nous considérons plutôt que la probabilité que l'application sera maintenue peut être démontrée grâce à un certain nombre de facteurs. Nous pensons comme le Groupe spécial que la manière constante dont l'USDOC fait référence à la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD, la référence fréquente aux applications antérieures de la mesure dans les déterminations de l'USDOC, le fait que l'USDOC désigne la mesure comme étant sa "pratique" et le fait qu'il qualifie une dérogation à la mesure d'"erreur commise par inadvertance" sont autant d'éléments qui étayaient la conclusion selon laquelle il est probable que la mesure continuera d'être appliquée.

- a. Pour ces raisons, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que le Canada avait établi qu'il était probable que la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD continuerait d'être appliquée dans le futur.
- b. Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial, aux paragraphes 7.332 et 8.4.a de son rapport, selon laquelle le Canada a établi l'existence de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD en tant que "conduite constante".

6.2 Article 12.7 de l'Accord SMC

6.6. Conformément à la prescription énoncée à l'article 12:7 du Mémoire d'accord qui impose d'énoncer une "justification fondamentale" pour les constatations et recommandations, les groupes spéciaux doivent fournir des explications et des raisons suffisantes pour faire connaître la justification essentielle de ces constatations et recommandations. À notre avis, le Groupe spécial a incorporé de façon appropriée dans son examen de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD (au paragraphe 7.333 de son rapport) les parties pertinentes de son analyse antérieure concernant l'article 12.7 de l'Accord SMC (dans la section 7.4.1.4 de son rapport). Au moyen de ces paragraphes, le Groupe spécial a fourni une interprétation de l'article 12.7 de l'Accord SMC, a examiné des aspects factuels pertinents de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD et a fourni une explication suffisante pour faire connaître la justification essentielle de sa constatation.

- a. Pour ces raisons, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur au regard de l'article 12:7 du Mémoire d'accord en n'exposant pas de "justification fondamentale" pour sa constatation selon laquelle la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD était incompatible avec l'article 12.7 de l'Accord SMC.

6.7. À propos de l'analyse par le Groupe spécial de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD au titre de l'article 12.7 de l'Accord SMC, nous considérons que cette mesure, telle qu'elle a été établie par le Groupe spécial, est limitée aux circonstances dans lesquelles l'USDOC utilise les "données de fait disponibles" sur la base du fait qu'une partie n'a pas communiqué les "renseignements nécessaires".

6.8. En outre, nous comprenons que le Groupe spécial a reproché à l'USDOC de conclure mécaniquement, sans prendre d'autres dispositions, que les renseignements nécessaires n'ont pas été communiqués et que l'aide découverte représente une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsque, pendant les vérifications, il découvre une aide non déclarée. Comme ce processus reflète la teneur précise de la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD, nous considérons que la conduite examinée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 fait partie de cette mesure. Nous pensons également comme le Groupe spécial que l'USDOC ne peut pas simplement formuler des conclusions sans autre analyse, et sans tenir compte des données de fait disponibles versées au dossier ni des droits des parties intéressées en matière de régularité de la procédure.

6.9. Enfin, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a constaté que la question concernant les autres formes d'aide ne pouvait jamais être une demande de "renseignements nécessaires" au titre de l'article 12.7 de l'Accord SMC. En fait, le Groupe spécial a explicitement observé que la question concernant les autres formes d'aide pouvait se rapporter aux renseignements nécessaires concernant le subventionnement additionnel du produit visé par l'enquête.

- a. Pour ces raisons, nous constatons que les États-Unis n'ont pas démontré que le Groupe spécial avait fait erreur en formulant sa constatation au titre de l'article 12.7 de l'Accord SMC.
- b. En conséquence, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 de son rapport selon laquelle la mesure sur les autres formes d'aide-DFDD est incompatible avec l'article 12.7 de l'Accord SMC.

6.3 Recommandation

6.10. 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, confirmé par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord SMC et avec le GATT de 1994, conformes à leurs obligations au titre de ces accords.

Texte original signé à Genève le 10 décembre 2019 par:

Ujal Singh Bhatia
Président de la Section

Hong Zhao
Membre

Thomas R. Graham
Membre
