

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS136/R
31 mars 2000

(00-1257)

Original: anglais

ETATS-UNIS – LOI ANTIDUMPING DE 1916

Plainte des Communautés européennes

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "*États-Unis - Loi antidumping de 1916*" est distribué à tous les Membres, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 31 mars 2000, en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations de droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communications *ex parte* avec le Groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

Note du Secréariat: Le présent rapport du Groupe spécial sera adopté par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans les 60 jours suivant la date de sa distribution, à moins qu'une partie au différend ne décide de faire appel ou que l'ORD ne décide par consensus de ne pas l'adopter. Si le rapport du Groupe spécial fait l'objet d'un appel formé devant l'Organe d'appel, il ne sera pas examiné par l'ORD, en vue de son adoption, avant l'achèvement de la procédure d'appel. Des renseignements sur la situation à cet égard peuvent être obtenus auprès du Secréariat de l'OMC.

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ÉLÉMENTS FACTUELS	2
A. EXPOSÉ DE LA LOI DE 1916.....	2
B. EXPOSÉ DES AUTRES LOIS PERTINENTES DES ÉTATS-UNIS	3
1. Loi antidumping de 1921 et Loi douanière de 1930	3
2. Loi Robinson-Patman.....	3
C. CAS D'APPLICATION DE LA LOI DE 1916.....	5
III. ALLÉGATIONS ET PRINCIPAUX ARGUMENTS.....	6
A. DEMANDES TRAITÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL DANS LE COURS DE LA PROCÉDURE	6
1. Exception préliminaire soulevée par les États-Unis et demande de décision du Groupe spécial à son sujet.....	6
2. Demande de droits de tierce partie renforcés présentée par le Japon	9
B. APERÇU DES ALLÉGATIONS DES PARTIES ET CONSTATATIONS DEMANDÉES	10
C. LA DISTINCTION ENTRE LOI DISPOSITIVE ET LOI IMPÉRATIVE ET SA PERTINENCE EN L'ESPÈCE	11
D. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 ET DE L'ACCORD ANTIDUMPING.....	21
1. Le sens et la portée de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.....	21
2. La nature de la Loi de 1916: loi antidumping ou loi antitrust?	26
a) Le texte et les caractères distinctifs de la Loi de 1916.....	26
b) La distinction théorique entre antidumping et antitrust	32
c) Déclarations de représentants de l'exécutif américain	39
d) Le classement de la Loi de 1916 dans le système juridique américain.....	43
e) Introduction simultanée ou consécutive d'actions au titre de la Loi de 1916 et de requêtes au titre de la Loi douanière de 1930 dans des affaires mettant en jeu la même question.....	44
f) La jurisprudence américaine pertinente	45
i) <i>La distinction entre questions de fait et questions de droit.....</i>	<i>45</i>
ii) <i>Observations sur la jurisprudence en général.....</i>	<i>48</i>
iii) <i>United States c. Cooper Corp.</i>	<i>50</i>
iv) <i>Zenith Radio Corp. c. Matsushita Electric Industrial Co. et In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation</i>	<i>50</i>
v) <i>Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.....</i>	<i>60</i>
vi) <i>Geneva Steel Corp. c. Ranger Steel Supply Corp. et Wheeling-Pittsburgh c. Mitsui & Co. 62</i>	<i>62</i>
E. VIOLATION DE L'ARTICLE VI:2 DU GATT DE 1994.....	65
1. Arguments d'ordre général.....	65
2. Le texte et le contexte pertinent de l'article VI:2 du GATT de 1994	67

3.	L'historique de la négociation.....	69
4.	La pertinence de l'article 18.1 de l'Accord antidumping	72
5.	L'interprétation de la note relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping.....	76
F.	VIOLATION DE L'ARTICLE VI:1 DU GATT DE 1994 ET DES ARTICLES 1 ^{ER} , 2.1 ET 2.2, 3, 4 ET 5.5 DE L'ACCORD ANTIDUMPING.....	78
G.	VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994.....	81
1.	Introduction.....	81
2.	La Loi de 1916 en tant que loi affectant la vente des produits importés sur le marché intérieur et la Loi Robinson-Patman en tant que législation comparable	82
3.	La règle du "traitement non moins favorable"	83
a)	Arguments d'ordre général.....	83
b)	La pertinence des effets sur les échanges.....	86
c)	Pertinence du fait que la Loi de 1916 n'a jamais été invoquée avec succès.....	87
d)	Comparaison élément par élément de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman	90
i)	<i>Les critères du dommage/de la prédation.....</i>	<i>90</i>
ii)	<i>Mesure de la discrimination par les prix.....</i>	<i>95</i>
iii)	<i>Mise en vente contre vente effective en tant que condition minimale pour le dépôt d'une plainte.....</i>	<i>99</i>
iv)	<i>Moyens de défense disponibles dans le cadre de la Loi Robinson-Patman mais non expressément prévus dans la Loi de 1916.....</i>	<i>99</i>
H.	VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD INSTITUANT L'OMC.....	101
1.	Sens et portée de l'article XVI:4.....	101
2.	Pertinence, pour un examen au titre de l'article XVI:4, de la distinction entre législation impérative et législation dispositive	104
3.	Rapport avec l'article 18.4 de l'Accord antidumping.....	108
IV.	COMMUNICATION DES TIERCES PARTIES	109
A.	INDE	109
B.	JAPON	111
C.	MEXIQUE.....	112
V.	RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	116
A.	INTRODUCTION.....	116
B.	OBSERVATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	116
C.	OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS	118
VI.	CONSTATATIONS.....	124
A.	LES FAITS À L'ORIGINE DU DIFFÉREND ET LES QUESTIONS À TRAITER POUR LE GROUPE SPÉCIAL	124
1.	Les faits à l'origine du différend.....	124
2.	Questions à traiter pour le Groupe spécial.....	126
B.	QUESTIONS DE PROCÉDURE	129
1.	Demande de décision préliminaire présentée par les États-Unis.....	129

2.	Demande de droits de tierce partie renforcés présentée par le Japon	131
3.	Charge de la preuve	132
C.	QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	133
1.	Contexte dans lequel la Loi de 1916 devrait être examinée par le Groupe spécial	133
a)	La question soumise au Groupe spécial	133
b)	Comment le Groupe spécial devrait-il envisager le texte de la Loi de 1916, le contexte de son adoption, la jurisprudence y afférente et les autres éléments d'information pertinents.....	134
i)	<i>Arguments des parties et démarche du Groupe spécial.....</i>	<i>134</i>
ii)	<i>Traitement par les groupes spéciaux du droit interne en général</i>	<i>135</i>
iii)	<i>Traitement de la jurisprudence afférente à la Loi de 1916.....</i>	<i>136</i>
iv)	<i>Traitement du contexte historique et des autres indicateurs du sens de la Loi de 1916.....</i>	<i>139</i>
2.	Rapports entre l'article III et l'article VI du GATT de 1994.....	141
a)	La question soumise au Groupe spécial	141
b)	La démarche du Groupe spécial.....	142
D.	APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 À LA LOI DE 1916.....	145
1.	Observations préliminaires sur la possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC et sur sa nature "impérative/non impérative"	145
a)	La question soumise au Groupe spécial	145
b)	La possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC.....	146
c)	La nature impérative ou non impérative de la Loi de 1916	147
2.	La Loi de 1916 entre-t-elle dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994?	148
a)	La question soumise au Groupe spécial	148
b)	La Loi de 1916, à en juger seulement par son texte, entre-t-elle dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994?	149
i)	<i>La démarche du Groupe spécial</i>	<i>149</i>
ii)	<i>Le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994</i>	<i>150</i>
iii)	<i>Examen de la Loi de 1916 en fonction de la portée de l'article VI.....</i>	<i>152</i>
iv)	<i>Conclusion</i>	<i>156</i>
c)	L'incidence du contexte historique et des travaux préparatoires de la Loi de 1916.....	156
i)	<i>La démarche du Groupe spécial</i>	<i>156</i>
ii)	<i>Examen du contexte historique et des travaux préparatoires.....</i>	<i>157</i>
iii)	<i>Conclusion</i>	<i>161</i>
d)	Incidence de la jurisprudence américaine se rapportant à la Loi de 1916	161
i)	<i>La démarche du Groupe spécial</i>	<i>161</i>
ii)	<i>La Cour suprême des États-Unis et la Loi de 1916.....</i>	<i>162</i>
iii)	<i>L'interprétation du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 au niveau des cours de circuit</i>	<i>163</i>
	Le "dumping" comme notion de commerce international appliquée dans un contexte antitrust.....	163
	Le critère <i>Brooke Group</i> de la récupération.....	165
	Les décisions avant dire droit invoquées par les Communautés européennes.....	167
iv)	<i>Conclusion</i>	<i>169</i>

3.	Conclusions sur l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 à la Loi de 1916	169
a)	La Loi de 1916 se situe dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994.....	169
b)	La Loi de 1916 est une loi impérative au sens de la pratique du GATT de 1947/de l'OMC.....	170
c)	Conclusions sur l'applicabilité de l'article VI au critère de la discrimination de prix de la Loi de 1916	172
E.	VIOLATION DE L'ARTICLE VI:1 ET VI:2 DU GATT DE 1994.....	173
1.	Violation de l'article VI:1 du GATT de 1994	173
a)	La question soumise au Groupe spécial	173
b)	Analyse	174
c)	Conclusion	175
2.	Les droits antidumping comme seule mesure corrective possible en vertu de l'article VI.....	175
a)	Les questions soumises au Groupe spécial	175
b)	Le sens ordinaire des termes de l'article VI:2 du GATT de 1994.....	176
c)	Le contexte.....	177
d)	Les travaux préparatoires.....	179
e)	Conclusion sur la violation de l'article VI:2 du GATT de 1994	181
3.	Remarques finales sur la charge de la preuve en ce qui concerne la violation de l'article VI du GATT de 1994	181
F.	VIOLATION DES DISPOSITIONS DE L'ACCORD ANTIDUMPING.....	182
1.	Remarques préliminaires	182
2.	Examen des allégations des CE au titre de l'Accord antidumping.....	182
a)	Observations générales concernant les allégations des CE au titre de l'article premier et de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping.....	182
b)	Violation de l'article 3.....	183
c)	Violation de l'article 4.....	183
d)	Violation de l'article 5.5.....	184
3.	Conclusion	185
G.	VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994.....	185
H.	VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD INSTITUANT L'OMC.....	186
I.	ANNULATION OU RÉDUCTION D'AVANTAGES	186
J.	RÉSUMÉ DES CONSTATATIONS	187
VII.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	188

I. INTRODUCTION

1.1 Le 4 juin 1998, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis en vertu de l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémoire d'accord"), de l'article XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (ci-après le "GATT de 1994") et de l'article 17.3 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (ci-après l'"Accord antidumping"), au sujet de la non-abrogation par les États-Unis du Titre VIII de leur Loi de finances de 1916, également connu sous l'appellation de Loi antidumping de 1916 des États-Unis (ci-après la "Loi de 1916").¹

1.2 Ces consultations ont eu lieu le 29 juillet 1998 à Genève, mais elles n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant de la question.

1.3 Le 11 novembre 1998, les Communautés européennes ont demandé à l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") d'établir un groupe spécial en vertu de l'article XXIII du GATT de 1994, des articles 4 et 6 du Mémoire d'accord et de l'article 17 de l'Accord antidumping.² Elles alléguaient que la Loi de 1916 était incompatible avec l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'"Accord instituant l'OMC" – l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce y compris ses annexes étant dénommé l'"Accord sur l'OMC"); l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994 et les articles 1^{er}, 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5 de l'Accord antidumping.³ Subsidiairement, les Communautés européennes alléguaient que la Loi de 1916 était contraire à l'article III:4 du GATT de 1994.

1.4 Le 1^{er} février 1999, suite à la demande des Communautés européennes, l'ORD a établi un groupe spécial, conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord. Dans le document WT/DS136/3, le Secrétariat indiquait que les parties étaient convenues que le Groupe spécial serait doté du mandat type. Ce mandat est le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS136/2, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.5 Le document WT/DS136/3 précisait en outre que, le 1^{er} avril 1999, la composition du Groupe spécial avait été arrêtée comme suit:

Président: M. Johann Human

Membres: M. Dimitrij Grčar
M. le Professeur Eugeniusz Piontek

1.6 L'Inde, le Japon et le Mexique se sont réservé le droit de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties. Ils ont tous trois présenté des arguments au Groupe spécial.

¹ Voir WT/DS136/1.

² Voir WT/DS136/2.

³ Aux yeux des Communautés européennes, les dispositions indiquées par elles dans le document WT/DS136/2 ne sont pas nécessairement les seules des accords cités auxquelles la Loi de 1916 soit contraire. Voir WT/DS136/2.

1.7 Le Groupe spécial a tenu des réunions avec les parties les 13 et 14 juillet ainsi que les 14 et 15 septembre 1999, et une autre avec les tierces parties le 14 juillet 1999. Il a remis son rapport intérimaire aux parties le 20 décembre 1999 et son rapport final, le 14 février 2000.

II. ELEMENTS FACTUELS

A. EXPOSE DE LA LOI DE 1916

2.1 La Loi de 1916 contestée dans le présent différend avait été votée par le Congrès des États-Unis avec le Titre VIII de la Loi de finances de 1916, sous l'intitulé "Concurrence déloyale".⁴ Elle dispose ce qui suit:

"Est illicite, pour un importateur ou un agent à l'importation d'articles en provenance d'un pays étranger aux États-Unis, le fait, d'une manière habituelle et systématique, d'importer, vendre ou faire importer ou vendre ces articles aux États-Unis, à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, au moment de l'exportation vers les États-Unis, sur les principaux marchés du pays de production ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés, majoré du fret, des droits et des autres impositions et frais nécessairement afférents à leur importation et leur vente aux États-Unis; *dès lors* que ce ou ces actes sont accomplis avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis.

Quiconque enfreint, ou se concerte ou s'entend avec une autre personne pour enfreindre les dispositions du présent article se rend coupable d'un délit et, en cas de conviction, sera condamné à une amende de 5 000 dollars au plus ou à une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou aux deux peines, à la discrétion du tribunal.

Toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens du fait d'une infraction, ou d'une concertation ou entente ayant pour objet une infraction aux dispositions du présent article peut intenter une action à ce titre devant le tribunal fédéral du district où le défendeur réside ou est découvert ou a un agent, quel que soit le montant du litige, et elle recouvrera le triple du dommage subi, ainsi que les frais de justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable.

Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice de la juridiction des tribunaux d'État compétents dans les actions en dommages-intérêts à ce titre."⁵

2.2 Ainsi, l'activité commerciale que la Loi de 1916 interdit est une forme de discrimination de prix internationale qui comprend deux éléments fondamentaux:

- a) Il faut que l'importateur ait vendu un produit d'origine étrangère aux États-Unis à un prix qui soit "substantiellement inférieur" au prix auquel le même produit est vendu dans le pays du producteur étranger.

⁴ Loi du 8 septembre 1916 (39 Stat. 756 (1916)).

⁵ 15 U.S.C. § 72.

- b) Il faut que l'importateur ait pratiqué cette discrimination de prix "de manière habituelle et systématique".

2.3 Sous l'empire de la Loi de 1916, la responsabilité pénale ou civile de l'importateur n'est engagée que s'il a pratiqué cette discrimination de prix avec "l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis".

2.4 Autre caractéristique de la Loi de 1916, elle ouvre aux personnes privées un droit d'agir devant les tribunaux fédéraux de district, sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts au triple, sur le fondement du dommage subi par elles dans leur activité économique ou leurs biens, et elle prévoit des sanctions pénales en cas de poursuites engagées par l'État fédéral.

2.5 La Loi de 1916 est reprise dans le Code des États-Unis au Titre 15, "Commerce intérieur et international".⁶

B. EXPOSE DES AUTRES LOIS PERTINENTES DES ÉTATS-UNIS

1. Loi antidumping de 1921 et Loi douanière de 1930

2.6 La "Loi antidumping de 1921"⁷, adoptée par les États-Unis en 1921, habilitait le Secrétaire au Trésor à imposer des droits sur les marchandises faisant l'objet d'un dumping sans tenir compte de l'intention de l'auteur. Bien qu'elle ait été par la suite abrogée, c'est sur cette loi que repose l'architecture de la Loi douanière de 1930 (ci-après "Loi douanière de 1930"), modifiée⁸, qui est mise en œuvre à l'aide de procédures régies par des règlements promulgués par le Département du commerce⁹ et par la Commission du commerce international¹⁰ des États-Unis.

2.7 La Loi antidumping de 1921 était, et la Loi douanière de 1930, modifiée, est reprise dans le Code des États-Unis au Titre 19, "Droits de douane".

2.8 Les États-Unis ont notifié le Titre VII de la Loi douanière de 1930, modifiée, ainsi que ses règlements d'application au Comité des pratiques antidumping de l'OMC, conformément à l'article 18.4 et 18.5 de l'Accord antidumping.

2. Loi Robinson-Patman

2.9 Le passage pertinent de l'article 2 de la Loi Clayton, modifié en 1936 par la Loi Robinson-Patman, est ainsi conçu:

"Est illicite, pour un commerçant, le fait, dans le cadre de son activité, de pratiquer, directement ou indirectement, une discrimination de prix entre différents acheteurs de produits de type et qualité similaires, dès lors que l'un au moins des achats visés par cette discrimination sont de nature commerciale, que ces produits sont vendus en vue

⁶ Voir 15 U.S.C. §§ 71-74.

⁷ 19 U.S.C. §§ 160-171 (abrogés).

⁸ 19 U.S.C. §§ 1671 et suivants.

⁹ Voir 19 C.F.R. Part 351.

¹⁰ Voir 19 C.F.R. Part 200.

de leur utilisation, leur consommation ou leur revente aux États-Unis [...] et que ladite discrimination peut avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui en accorde ou qui en accepte en connaissance de cause le bénéfice, ou les clients de l'une ou l'autre."¹¹

2.10 L'article 2 f) de la Loi Clayton, modifié par la Loi Robinson-Patman, fait application des mêmes principes au comportement de l'acheteur, en déclarant illicite le fait de sa part "de susciter ou d'accepter en connaissance de cause une discrimination de prix" prohibée par ailleurs par la Loi.¹² L'infraction à cette disposition est passible de sanctions pénales et ouvre en outre aux personnes privées un droit d'agir, sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts au triple et des mesures provisoires.

2.11 Pour établir l'existence d'une discrimination de prix dans une action intentée au titre de la Loi Robinson-Patman, il faut en premier lieu produire des éléments attestant deux ventes effectives à des prix différents, l'une et l'autre dans le cadre du commerce intérieur aux États-Unis.¹³ La Loi Robinson-Patman ne s'applique donc pas aux discriminations de prix transfrontières.¹⁴ De plus, pour alléguer avec succès une discrimination de prix, il faut justifier d'un effet anticoncurrentiel. Il est établi en jurisprudence que, si le demandeur allègue ce qu'il est convenu d'appeler un "dommage de première ligne", c'est-à-dire un dommage causé aux concurrents directs de l'auteur de la discrimination de prix, ce qui correspond à la situation visée par la Loi de 1916, l'effet anticoncurrentiel prescrit peut être démontré par des éléments indiquant i) la fixation du prix à un niveau inférieur à une mesure appropriée du coût et ii) la probabilité de voir le prédateur récupérer ses pertes dans l'avenir.¹⁵

2.12 La Loi Robinson-Patman est reprise dans le Code des États-Unis au Titre 15, "Commerce intérieur et international".¹⁶

¹¹ 15 U.S.C. 13 a).

¹² Voir 15 U.S.C. 13 f).

¹³ Voir *International Telephone & Telegraph Corp. et al.*, 104 F.T.C. 280, 417, citant E. Kinter, A Robinson-Patman Primer, 3rd ed. (1979), page 35.

¹⁴ En réponse à une question du Groupe spécial concernant, entre autres, le point de savoir si la Loi Robinson-Patman s'applique aux produits importés, les États-Unis notent, cependant, que les produits importés qui se sont intégrés au commerce intérieur peuvent tomber sous le coup de ses dispositions.

¹⁵ Voir *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 et 223 (1993) (ci-après "*Brooke Group*").

¹⁶ Sont également reprises au Titre 15 la Loi Sherman (15 U.S.C. §§ 1-7, 26 Stat. 209 (1890)), la Loi Clayton (15 U.S.C. §§ 12-27, 38 Stat. 730 (1914)) et la Loi instituant la Commission fédérale du commerce (15 U.S.C. §§ 41-58, 38 Stat. 717 (1914)).

C. CAS D'APPLICATION DE LA LOI DE 1916

2.13 La Loi de 1916 a rarement été invoquée devant les tribunaux. Avant les années 70, il n'y avait trace dans les annales que d'une seule affaire la concernant, *H. Wagner et Adler Co. c. Mali*¹⁷.¹⁸

2.14 Comme elle n'a pas été souvent invoquée en justice, les interprétations judiciaires de dispositions précises de la Loi de 1916.¹⁹ sont en nombre restreint. Il est à noter à ce propos que, dans le système de droit américain, c'est le pouvoir judiciaire qui décide en fin de compte de ce que signifient la législation fédérale, notamment les lois votées par le pouvoir législatif, c'est-à-dire le Congrès des États-Unis. Il faut cependant noter aussi que la Cour suprême, qui est la plus haute juridiction fédérale des États-Unis, n'a jamais examiné de requêtes au titre de la Loi de 1916.²⁰ Toutes les décisions de justice rendues à ce jour l'ont été par des cours d'appels de circuit ou des tribunaux de district fédéraux.²¹

2.15 De plus, les décisions portant sur le sens de la Loi de 1916 et de ses diverses dispositions rendues à ce jour l'ont toutes été dans le cadre d'actions privées au civil, et non de procédures pénales - mais aucun demandeur au civil n'a encore jamais obtenu de dommages-intérêts au triple, ni recouvré

¹⁷ F.2d 666 (2d Cir. 1935).

¹⁸ Le Groupe spécial leur ayant demandé s'il avait été fait application de la Loi de 1916 avant les années 70, les États-Unis ont confirmé qu'à leur connaissance il n'y avait trace que d'une seule affaire à son sujet jusque-là. Ils notent aussi, cependant, que les affaires inscrites au rôle n'aboutissent pas toutes à des décisions publiées.

¹⁹ Ces interprétations figurent dans les décisions de justice – définitives ou avant dire droit – suivantes: *H. Wagner and Adler Co. v. Mali*, op. cit.; *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 388 F.Supp. 565 (Judicial Panel on Multidistrict Litigation, [Collège de juges pour litige dans une pluralité de districts] 1975) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products I*"); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F.Supp. 244 (E.D. Pa. 1975) (ci-après "*Zenith I*"); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F.Supp. 251 (E.D. Pa. 1975) (ci-après "*Zenith II*"); *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, 461 F. Supp. 384 (D. Del. 1978); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 471 F. Supp. 793 (E.D.N.Y. 1979); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 637 F.2d 41 (2nd Cir. 1980); *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, 497 F. Supp. 513 (M.D. Fla. 1980); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 494 F.Supp. 1190 (E.D. Pa. 1980) (ci-après "*Zenith III*"); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 723 F.2d 319 (3d Cir. 1983) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products II*"); *Western Concrete Structures Co. v. Mitsui & Co.*, 760 F.2d 1013 (9th Cir. 1985); *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, 631 F. Supp. 984 (S.D.N.Y. 1986); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 807 F.2d 44 (3d Cir. 1986) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products III*"); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F. Supp. 560 (E.D. Mich. 1992) (ci-après "*Helmac I*"); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F.Supp. 581 (E.D. Mich. 1993) (ci-après "*Helmac II*"); *Geneva Steel Company v. Ranger Steel Supply Corp.*, 980 F.Supp. 1209 (D. Utah 1997) (ci-après "*Geneva Steel*"); *Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation v. Mitsui Co.*, 35 F.Supp.2d. 597 (S.D. Ohio 1999) (ci-après "*Wheeling-Pittsburgh*").

²⁰ La seule affaire répertoriée dans laquelle la Cour suprême ait pris la Loi de 1916 en considération est *United States v. Cooper Corp.*, 312 U.S. 600 (1941), mais il s'agissait de savoir si les États-Unis sont une "personne" au sens de l'article 7 de la Loi Sherman et, à ce titre, disposent de l'action en dommages-intérêts triples.

²¹ Aux États-Unis, l'organisation judiciaire fédérale comprend trois degrés de juridiction. En règle générale, le premier degré est celui des tribunaux de première instance ("trial courts"), qui sont les divers tribunaux fédéraux de district. Il existe au moins un tribunal de district dans chacun des 50 États. Au-dessus d'eux, les 12 cours fédérales de circuit sont des juridictions d'appel intermédiaires qui contrôlent leurs décisions. Au sommet du système judiciaire fédéral se trouve la Cour suprême des États-Unis, qui, si elle le juge utile, connaît des recours formés contre les décisions des cours de circuit.

les frais de justice. Cela dit, dans une affaire récente au civil où la Loi de 1916 était invoquée, *Wheeling-Pittsburgh*²², quelques défendeurs ont préféré transiger plutôt que d'aller jusqu'au procès.

2.16 Le Département fédéral de la justice, qui est l'organe chargé des poursuites pour les infractions pénales à la Loi de 1916, n'a jamais exercé l'action publique sur le fondement de cette loi.²³ En conséquence, aucune peine n'a jamais été infligée en application de ladite loi.

III. ALLEGATIONS ET PRINCIPAUX ARGUMENTS

A. DEMANDES TRAITEES PAR LE GROUPE SPECIAL DANS LE COURS DE LA PROCEDURE

1. Exception préliminaire soulevée par les États-Unis et demande de décision du Groupe spécial à son sujet

3.1 À titre préliminaire, les **États-Unis** considèrent²⁴ que les Communautés européennes allèguent pour la première fois dans leur première communication écrite que la Loi de 1916 est contraire aussi aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping parce que ces dispositions font des droits antidumping l'unique mesure corrective possible en cas de dumping. Les dispositions visant le règlement des différends dans le cadre de l'OMC qui sont applicables en l'espèce – les articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord et l'article 17.4 et 17.5 de l'Accord antidumping – interdisent au Groupe spécial de prendre ces deux allégations en considération parce qu'elles ne figuraient pas dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes.²⁵

3.2 Les États-Unis relèvent que, selon l'article 7 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a pour mandat d'examiner la "question" exposée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁶

²² Cette affaire est encore en instance, car les parties qui restent en présence en sont à la communication des pièces.

²³ En réponse à une question du Groupe spécial concernant le nombre d'affaires examinées par le Département de la justice aux fins des poursuites, les États-Unis notent qu'autant qu'ils sachent, celui-ci n'a jamais engagé, ni sérieusement envisagé, d'engager des poursuites pénales en vertu de la Loi de 1916. Dans *Zenith III*, *op. cit.*, page 1212, on trouve, à propos de l'application des dispositions pénales de la Loi de 1916 jusqu'au début des années 70, le commentaire suivant:

"Il y a eu apparemment quatre tentatives pour faire appliquer les dispositions pénales de la Loi, mais aucune d'entre elles n'a abouti et aucune n'a donné lieu à une décision judiciaire publiée. Marks, *United States Antidumping Laws – A Government Overview* 43 Antitrust L.J. 580, 581 (1974)."

²⁴ Voir la première communication écrite des États-Unis, datée du 3 juin 1999, page 2.

²⁵ Les États-Unis font référence au document WT/DS136/3.

²⁶ Les États-Unis notent que l'article 1:2 du Mémoire d'accord explique que les règles et procédures qu'il prévoit s'appliquent à un différend sous réserve des règles et procédures spéciales ou additionnelles contenues dans les accords visés. Ce même article dispose que, dans la mesure où il y a une "différence" entre les règles et procédures du Mémoire d'accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles contenues dans un accord visé, ce sont ces dernières qui "prévaudront". En revanche, comme l'Organe d'appel l'a établi dans son rapport *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, adopté le 25 novembre 1999, WT/DS60/AB/R, paragraphes 65 et 66 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment*"), en l'absence de "différence", les règles et procédures du Mémoire d'accord s'appliquent conjointement avec les règles et procédures spéciales ou additionnelles de l'accord visé. L'Organe d'appel a expressément dit qu'il n'y a pas de "différence" entre les articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord et l'article 17.4 et 17.5 de l'Accord antidumping (*Ibid.*, paragraphes 67 et 68). En conséquence, les articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord s'appliquent conjointement avec l'article 17.4 et 17.5 de l'Accord antidumping lorsque les allégations en cause sont formulées au titre de l'Accord antidumping.

L'Organe d'appel a définitivement décrit la "question" valablement soumise à un groupe spécial pour examen. Dans *Guatemala – Ciment*, il a expliqué que le Membre plaignant doit, dans sa demande, d'établissement d'un groupe spécial,

"indiquer les *mesures précises en cause* et donner un résumé succinct du *fondement juridique de la plainte* qui soit suffisant pour présenter clairement le problème. [...] La "question portée devant l'ORD", par conséquent, se compose de deux éléments: les *mesures précises en cause* et le *fondement juridique de la plainte* (ou les *allégations*)."²⁷

3.3 Selon les États-Unis, l'Organe d'appel a aussi arrêté que le Membre plaignant peut exposer "le fondement juridique de la plainte" – ses "allégations" – de façon sommaire et que le minimum exigé de lui est simplement d'indiquer des dispositions d'un Accord de l'OMC.^{28, 29} Des références vagues à d'"autres" dispositions non précisées, en revanche, ne satisfont pas aux critères de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.³⁰ Si tel ou tel "fondement juridique de la plainte" – une "allégation" – n'est pas énoncé dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, celui-ci n'en est pas valablement saisi. De même, les conditions de l'article 6:2 ne sont pas remplies lorsque les allégations ne sont définies que dans la première communication écrite du Membre plaignant. Dans *Communautés européennes – Bananes*, l'Organe d'appel a expliqué qu'il ne saurait être porté remède à une lacune d'une demande d'établissement d'un groupe spécial par la première communication du Membre plaignant:

"L'article 6:2 du Mémoire d'accord prescrit que les *allégations*, mais non les *arguments*, doivent tous être indiqués de manière suffisante dans la demande d'établissement d'un groupe spécial pour permettre à la partie défenderesse [...] de connaître le fondement juridique de la plainte. Si une *allégation* n'est pas indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, les arguments présentés par une partie plaignante dans sa première communication écrite au groupe spécial ou dans d'autres communications ou exposés présentés ultérieurement pendant la procédure

Appliqués conjointement, ces articles ne permettent pas à un groupe spécial de prendre en considération que la "question" exposée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial du Membre plaignant lorsque, comme en l'espèce, le mandat est défini exclusivement par référence à cette demande (*Ibid.*, paragraphes 70-72).

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel "*Guatemala – Ciment*", *op. cit.*, paragraphe 73 (souligné dans l'original).

²⁸ Le terme "Accord(s) de l'OMC" est employé ci-après pour désigner les divers accords repris aux annexes 1 et 2 de l'Accord sur l'OMC.

²⁹ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel "*Inde – Protection conférée par un brevet à des produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture*", adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R, paragraphes 88-91 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*"); à son rapport "*Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*", adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, paragraphe 141 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Bananes*").

³⁰ Les États-Unis se réfèrent au rapport du groupe spécial "*Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*", adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/R/USA, paragraphes 7.29 et 7.30 (ci-après "rapport du groupe spécial *Communautés européennes – Bananes*").

du groupe spécial ne peuvent ensuite "remédier" à une demande qui présente des lacunes."³¹

3.4 Les États-Unis soutiennent qu'au regard de ces critères la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes dans le différend en cours n'est pas suffisante pour alléguer devant le Groupe spécial que la Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. Dans cette demande, en effet, les Communautés européennes qualifiaient la Loi de 1916 de loi antidumping et affirmaient qu'elle était incompatible avec l'article VI:2 du GATT de 1994, lequel, selon elles, "dispose que les droits antidumping sont les seules mesures correctives possibles en cas de dumping, alors que la Loi de 1916 prévoit des dommages-intérêts triples et des amendes et/ou des peines d'emprisonnement".³² À aucun moment elles n'ont avancé – que ce soit dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial ou même dans leur demande de consultations – que la Loi de 1916 était pareillement incompatible avec une disposition quelconque de l'Accord antidumping ou, en particulier, avec l'article 1^{er} ou l'article 18.1 de cet accord.³³

3.5 Les États-Unis exposent que jusqu'à réception de la première communication des Communautés européennes, ils n'étaient pas avertis que celles-ci formulaient des allégations au titre des articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. L'Organe d'appel a expliqué qu'il ne peut être "remédié" à une demande d'établissement d'un groupe spécial qui présente des lacunes par une communication ou déclaration ultérieures. En conséquence, le Groupe spécial n'est pas valablement saisi des allégations des Communautés européennes fondées sur les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping.

3.6 Les États-Unis demandent donc au Groupe spécial de dire qu'il n'est pas saisi de ces allégations et que celles-ci sont éliminées de la procédure en cours. Ils demandent au Groupe spécial de se prononcer là-dessus sans délai et, si possible, au plus tard à sa première réunion.

3.7 En réponse à une question du Groupe spécial sur leur position à l'égard de la demande des États-Unis, les **Communautés européennes** déclarent³⁴ que les États-Unis demandent au Groupe spécial d'exclure des allégations qu'elles n'ont pas formulées. Ce qu'elles ont allégué est qu'en prévoyant une mesure corrective autre que l'imposition de droits contre le dumping, la Loi de 1916 est contraire à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et à l'article VI:2 du GATT de 1994. Elles ne prétendent pas sous la forme d'une allégation distincte que cet élément de la Loi de 1916 soit contraire aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. Elles n'ont mentionné ces dispositions qu'à titre

³¹ Rapport de l'Organe d'appel "*Communautés européennes – Bananes*", paragraphe 143 (souligné dans l'original).

³² WT/DS136/1.

³³ Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes ont bien mentionné l'article 1^{er} de l'Accord antidumping, mais seulement à propos d'une autre allégation, à savoir que cette disposition exige "qu'une enquête soit menée (en respectant une série de règles de procédure) avant l'imposition de tout droit". Jamais elles ne se sont expressément fondées sur l'article premier de cet accord pour alléguer que les droits antidumping sont la seule mesure corrective possible en cas de dumping. Les États-Unis renvoient aussi au rapport du groupe spécial "*Communautés européennes – Imposition de droits antidumping sur les importations de fils de coton en provenance du Brésil*", adopté le 5 juillet 1995, ADP/137, paragraphes 442-447, où il est dit que s'il y a plus d'un fondement juridique pour alléguer une infraction à la même disposition d'un accord, une allégation différente et distincte est nécessaire.

³⁴ Voir la lettre en date du 6 juillet 1999 adressée par les Communautés européennes au Président du Groupe spécial.

d'arguments à l'appui de leurs allégations. En conséquence, la demande de décision préliminaire présentée par les États-Unis peut être écartée comme étant sans objet.

3.8 La position prise par le Groupe spécial dans le cours de la procédure à l'égard de cette demande des États-Unis est exposée à la section VI.B.1 du présent rapport.

2. Demande de droits de tierce partie renforcés présentée par le Japon

3.9 Le **Japon**, qui est tierce partie en l'espèce et a demandé l'établissement d'un autre groupe spécial à propos de la Loi de 1916³⁵, demande que lui soient accordés des droits de tierce partie renforcés.³⁶ En particulier, le Japon demande à recevoir tous les documents nécessaires, y compris les communications écrites et les versions écrites des déclarations des parties, et à être autorisé à assister à toutes les séances de la deuxième réunion de fond du Groupe spécial.³⁷

3.10 Le Groupe spécial ayant demandé aux parties de lui faire part de leurs vues, les **Communautés européennes** indiquent qu'elles appuieront volontiers la demande du Japon, sous réserve que la demande semblable qu'elles ont elles-mêmes présentée dans la procédure engagée par le Japon à propos de la Loi de 1916 (WT/DS162) soit aussi agréée par le Groupe spécial.

3.11 Les **États-Unis**, pour répondre à la même demande du Groupe spécial, indiquent qu'ils seront fermement opposés à un élargissement des droits de tierce partie en faveur du Japon dans la présente affaire, car les faits de la cause ne le justifient pas.

3.12 Aux yeux des États-Unis, une tierce partie n'a pas besoin d'un élargissement de ses droits pour avoir accès aux communications des parties. Partisans d'une transparence totale à l'OMC, les États-Unis rendront publiques leurs communications et leurs déclarations orales. Qui plus est, ils rappellent qu'ils ont demandé dans les deux procédures de groupe spécial portant sur la Loi de 1916 (WT/DS136 et WT/DS162) que chaque partie fournisse un résumé non confidentiel des renseignements figurant dans chaque communication qui puisse être divulgué, sauf s'il s'agit d'une communication qu'elle a déjà rendue publique. Ils rappellent également que le Mémorandum d'accord prévoit que ces versions non confidentielles seront fournies sur demande. En conséquence, les Communautés européennes comme le Japon auront accès à leurs communications respectives dès qu'ils se seront conformés aux prescriptions du Mémorandum d'accord à cet égard.

3.13 Les États-Unis font valoir, au surplus, qu'en leur qualité de parties plaignantes dans des affaires différentes, le Japon et les Communautés européennes ont plus que suffisamment l'occasion de présenter leurs vues et de répondre aux arguments des États-Unis. Dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*³⁸, le groupe spécial avait autorisé un élargissement des droits de tierce partie parce qu'il avait annoncé son intention de mener des délibérations parallèles dans ces affaires, voulant dire par là que ses délibérations reposeraient sur les arguments et exposés présentés dans les deux affaires, et notamment les exposés présentés par les

³⁵ Voir WT/DS162/3. Ce groupe spécial a été établi le 26 juillet 1999, et sa composition arrêtée le 11 août 1999 (WT/DS162/4).

³⁶ Ainsi qu'il est dit dans la lettre en date du 2 septembre 1999 adressée par le Japon au Président du Groupe spécial.

³⁷ Le Japon a présenté sa demande de droits de tierce partie renforcés après la première réunion de fond du Groupe spécial.

³⁸ Rapport du groupe spécial *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, adopté le 13 février 1999, WT/DS26/R/USA, WT/DS48/R/CAN (ci-après rapport du groupe spécial "*Communautés européennes – Hormones*").

experts à la réunion conjointe des deux groupes spéciaux avec eux. Ce groupe spécial a suivi cette démarche malgré le fait que les États-Unis s'étaient déclarés franchement inquiets de cette formule de "délibérations parallèles". Ainsi, parce que ledit groupe spécial allait examiner les arguments présentés dans une affaire au cours de son examen d'une autre affaire, les États-Unis avaient demandé et s'étaient vu accorder des droits de tierce partie élargis. Autrement, sans la possibilité pour eux de répondre, le groupe spécial aurait examiné ce qui aurait été en réalité des communications *ex parte*.

3.14 Les États-Unis relèvent que, dans la présente affaire, le Groupe spécial n'a pas déclaré l'intention de mener des délibérations parallèles, et, pour les raisons déjà exposées dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, ils ne souscriraient pas à des délibérations parallèles. En conséquence, les Communautés européennes ne se verront pas refuser la possibilité de répondre aux arguments des États-Unis que le Groupe spécial prendra en considération pour statuer dans l'affaire engagée par elles. Il en va de même du Japon dans sa propre affaire. La demande de droits de tierce partie élargis a selon toute apparence pour but de fournir aux tierces parties la possibilité de présenter une communication de plus dans la procédure qu'elles ont elles-mêmes engagée devant un groupe spécial. Rien dans le Mémoire d'accord ne prévoit de telles communications additionnelles.

3.15 La position prise par le Groupe spécial dans le cours de la procédure à l'égard de la demande du Japon est exposée à la section VI.B.2 du présent rapport.

B. APERÇU DES ALLÉGATIONS DES PARTIES ET CONSTATATIONS DEMANDÉES

3.16 Les **Communautés européennes** demandent au Groupe spécial de constater qu'en maintenant en vigueur la Loi de 1916 les États-Unis ont enfreint:

- a) l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994 et les articles 1^{er}, 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping;
- b) l'article III:4 du GATT de 1994³⁹;
- c) l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC;

et que, ce faisant, ils ont annulé et compromis des avantages résultant pour les Communautés européennes de ces accords.

3.17 Les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de dire que la Loi de 1916 est une mesure antidumping, puisqu'elle vise les importations et la discrimination de prix entre le marché du pays d'exportation ou celui d'un pays tiers et le marché du pays importateur en des termes qui sont en substance identiques aux dispositions de l'article VI:1 du GATT de 1994. Étant donné que les conditions dans lesquelles des mesures peuvent être prises en application de la Loi de 1916 autorisent des mesures qui ne seraient pas permises au titre de l'article VI du GATT de 1994 ou de l'Accord antidumping, et du fait en particulier que les mesures correctives prévues dans la Loi de 1916 ne sont pas celles qu'autorise l'article VI:2 du GATT de 1994, le Groupe spécial devrait dire que la Loi de 1916 est en soi contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994 ainsi qu'aux dispositions précitées de l'Accord antidumping.

3.18 Subsidiairement, les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de constater que la Loi de 1916 est contraire au principe du traitement national prescrit par l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle aboutit à l'application de disciplines plus rigoureuses aux produits importés qu'aux produits d'origine nationale.

³⁹ Cette allégation est formulée à titre subsidiaire. Voir plus loin la section III.G.1.

3.19 Enfin, les Communautés européennes considèrent que le Groupe spécial devrait aussi constater que la Loi de 1916 est contraire à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC, parce que les États-Unis n'ont pas, dans le cas de la Loi de 1916, assuré la conformité de leurs lois avec les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC.

3.20 Les **États-Unis** demandent au Groupe spécial de constater que rien dans l'article VI:2 du GATT de 1994 ne dit que les droits antidumping soient la seule mesure corrective possible en cas de dumping. Si le Groupe spécial rejette par conséquent l'allégation des Communautés européennes au titre de l'article VI:2, il n'a pas besoin d'aborder la question de savoir si la Loi de 1916 relève de l'article VI et de l'Accord antidumping. Les États-Unis demandent aussi au Groupe spécial de rejeter les autres allégations des Communautés européennes au titre de l'article VI:1 et de l'Accord antidumping, parce que les Communautés européennes n'ont pas démontré que les procédures de l'article VI:1 et les diverses autres dispositions qu'elles ont invoquées dans le cadre de l'Accord antidumping soient d'application obligatoire pour réagir à un dumping qui cause un dommage.

3.21 Les États-Unis demandent également au Groupe spécial de dire qu'en tout état de cause, la Loi de 1916 n'est incompatible ni avec l'article VI du GATT de 1994, ni avec l'Accord antidumping, parce que cette loi n'est pas une loi antidumping en droit américain et ne relève pas de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Les États-Unis affirment que la Loi de 1916 est spécifiquement dirigée contre un type d'activité économique répréhensible très étroitement circonscrit, qui implique une intention prédatrice du genre de celle qui relève de la législation antitrust.

3.22 Les États-Unis demandent en outre au Groupe spécial de rejeter l'allégation des Communautés européennes selon laquelle la Loi de 1916 réserve aux produits importés un traitement moins favorable que celui que la Loi Robinson-Patman prévoit pour les produits similaires d'origine nationale. Pour prendre une décision éclairée à cet égard, le Groupe spécial doit savoir que la Loi de 1916 institue pour obtenir réparation un critère auquel il n'a jamais été satisfait dans le cas d'importateurs et de produits importés.

3.23 Les États-Unis demandent encore au Groupe spécial de conclure qu'en tout état de cause, la Loi de 1916 est en soi compatible avec les règles de l'OMC parce qu'elle est susceptible d'une interprétation permettant d'agir de manière compatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

3.24 Enfin, les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater l'absence de toute violation de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC. L'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC n'est pas pertinent, à moins qu'il ne soit démontré que la Loi de 1916 est incompatible avec une obligation distincte des États-Unis dans le cadre de l'OMC. Les États-Unis estiment que tel n'est pas le cas.

C. LA DISTINCTION ENTRE LOI DISPOSITIVE ET LOI IMPERATIVE ET SA PERTINENCE EN L'ESPECE

3.25 Le Groupe spécial ayant demandé aux deux parties si la Loi de 1916 doit être considérée comme impérative ou non impérative, au sens donné à ces termes dans la pratique du GATT de 1947/de l'OMC, les **États-Unis** notent que ses dispositions, tant civiles que pénales, ont un caractère non impératif dans le contexte des allégations formulées par les Communautés européennes sur le fondement des articles III:4 et VI:2 du GATT de 1994.

3.26 Les États-Unis rappellent que les groupes spéciaux, dans le cadre du GATT de 1947 comme de l'OMC, ont toujours invariablement fait une distinction entre loi impérative et loi dispositive (ou "discrétionnaire" ou "facultative"). Seule une loi qui impose des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC peut elle-même être incompatible avec ces règles. À ce propos, le groupe spécial chargé de l'affaire *Canada – Mesures affectant l'exportation des aéronefs civils* indiquait récemment:

"Il importe de rappeler que les groupes spéciaux du GATT/de l'OMC ont toujours fait une distinction entre le droit facultatif et le droit impératif. C'est ainsi que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le groupe spécial a "rappelé que les groupes spéciaux avaient toujours jugé qu'une législation qui rendait obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général pouvait être contestée en tant que telle, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif [...] la faculté d'agir de façon incompatible avec l'Accord général ne pouvait pas en soi être contestée; seule l'application effective de cette législation de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée"[citation omise]."⁴⁰

3.27 Les États-Unis notent également que dans l'affaire *CEE – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*⁴¹, le Groupe spécial avait constaté que "la simple existence" de la disposition anti-échappatoire de la législation antidumping communautaire n'était pas incompatible avec les obligations contractées par les Communautés européennes dans le cadre du GATT de 1947, même si celles-ci avaient pris, en application de cette disposition, des mesures incompatibles avec le GATT.⁴² Le groupe spécial s'appuyait pour cette constatation sur sa conclusion que l'échappatoire "ne fai[sai]t pas obligation à la Commission ou au Conseil des Communautés européennes d'imposer des droits ou d'autres mesures; elle les autoris[ait] simplement à entreprendre certaines actions".⁴³ Dans le présent différend, les Communautés européennes ne contestent pas des mesures précises prises en application de la Loi de 1916. Elles contestent au contraire la simple existence de cette loi. Partant, pour obtenir gain de cause, il leur faut démontrer non seulement que la Loi de 1916 autorise des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, mais encore qu'elle les impose. En d'autres termes, elles doivent démontrer que cette loi n'est pas susceptible d'une interprétation qui permettrait au gouvernement des États-Unis de respecter ses obligations dans le cadre de l'OMC.

3.28 Les États-Unis rappellent également que, en faisant application de la distinction dispositive/impérative, des groupes spéciaux ont constaté qu'une loi ordonnant expressément des mesures incompatibles avec les principes du GATT de 1947 n'impose pas de telles mesures dès lors qu'elle prévoit la possibilité pour les autorités de les éviter. Dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et sur certains produits d'importation*⁴⁴, par exemple, la Loi sur le Fonds spécial prescrivait aux importateurs la communication de renseignements suffisants sur les produits chimiques entrant dans la composition des produits imposables afin de permettre aux autorités fiscales de déterminer le montant de la taxe à appliquer; sinon, ils seraient frappés d'une taxe de pénalisation correspondant à 5 pour cent de la valeur de ces produits, ou un taux différent que le Secrétaire au Trésor prescrirait par la voie réglementaire suivant une méthode différente. Le texte réglementaire en question n'avait pas encore été arrêté. Néanmoins, le groupe spécial était parvenu à la conclusion suivante:

⁴⁰ Rapport du groupe spécial *Canada – Mesures affectant l'exportation des aéronefs civils*, adopté le 20 août 1999, WT/DS70/R, paragraphe 9.124 (ci-après "rapport du groupe spécial *Canada – Aéronefs*"), citant le rapport du groupe spécial *"États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur"*, adopté le 4 octobre 1994, WT/DS44/R, paragraphe 118 (ci-après *"États-Unis – Tabac"*).

⁴¹ Rapport du groupe spécial *"CEE – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants"*, adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142 (ci-après *"CEE – Pièces détachées et composants"*).

⁴² Les États-Unis font référence à *CEE – Pièces détachées et composants*, op. cit., paragraphes 5.9, 5.21, 5.25 et 5.26.

⁴³ *Ibid.*, paragraphe 5.25.

⁴⁴ Rapport du groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154 (ci-après *"États-Unis – Fonds spécial"*).

"[On] ne sait toujours pas si [ces règlements] supprimeront la taxe de pénalisation et s'ils établiront une équivalence complète entre produits nationaux et produits importés, comme l'exige la première phrase du paragraphe 2 de l'article III. Du point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il est regrettable que les autorités fiscales américaines soient expressément appelées par la Loi sur le Fonds spécial à imposer une taxe incompatible avec le principe du traitement national, mais, comme cette loi leur donne aussi la possibilité d'éviter d'avoir à le faire en édictant des règlements, l'existence des dispositions concernant la taxe de pénalisation ne constitue pas en soi une violation des obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord général."⁴⁵

3.29 Les États-Unis relèvent d'autre part que, dans l'affaire *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*⁴⁶, le groupe spécial avait examiné la Loi thaïlandaise sur les tabacs, qui instituait pour les cigarettes importées un taux plafond de taxation plus élevé que pour les cigarettes nationales. Certes, cette loi conférait expressément aux autorités thaïlandaises le pouvoir d'appliquer des taux d'imposition discriminatoires, mais elle n'en était pas pour autant impérative. Le groupe spécial en avait conclu que "la possibilité d'une application de la Loi sur les tabacs éventuellement contraire à l'article III:2 n'était pas en soi suffisante pour rendre celle-ci incompatible avec l'Accord général".⁴⁷

3.30 Les États-Unis rappellent enfin les constatations du groupe spécial en l'affaire *États-Unis – Tabac*, qui était analogue du point de vue factuel à la présente espèce et qui peut donc guider le Groupe spécial. Dans cette affaire, le groupe spécial avait constaté qu'une loi ne prescrivait pas des mesures incompatibles avec le GATT dès lors qu'elle était formulée en des termes qui pouvaient avoir diverses significations, dont certaines permettant d'agir de manière compatible avec le GATT. Plus précisément, le groupe spécial avait examiné si une loi prescrivant que les redevances pour inspection soient "comparables" dans le cas du tabac importé et du tabac d'origine nationale exigeait que ces redevances soient identiques, indépendamment des différences de coût d'inspection. Dans l'affirmative, le texte serait incompatible avec l'article VIII:1 a) du GATT de 1947, qui interdisait l'application de redevances supérieures au coût des services rendus.⁴⁸ Les États-Unis faisaient valoir que le terme "comparables" ne devait pas nécessairement s'interpréter dans le sens d'"identiques" et que la loi en question n'interdisait pas une structure des redevances correspondant au coût des services rendus.⁴⁹ Le groupe spécial était tombé d'accord avec les États-Unis:

"[L]e Groupe spécial a noté qu'il n'y avait pas d'interprétation claire du sens du terme "comparables" tel qu'il était utilisé dans l'amendement de 1993. Il apparaissait au Groupe spécial que le terme "comparables", y compris son acception normale, pouvait avoir diverses significations. Il a estimé que ces diverses significations pourraient comprendre l'interprétation donnée par les États-Unis dans la présente affaire, interprétation qui pourrait permettre au Département de l'agriculture des États-Unis de se conformer à l'obligation qui était faite à l'article VIII:1 a) de ne pas

⁴⁵ *Ibid.*, paragraphe 5.2.9.

⁴⁶ Rapport du groupe spécial *"Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes"*, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214 (ci-après *"Thaïlande – Cigarettes"*).

⁴⁷ *Ibid.*, paragraphe 86. Les États-Unis notent également que ce groupe spécial avait constaté, au paragraphe 88, que les taux effectivement appliqués en vertu des règlements étaient eux aussi compatibles avec les obligations de la Thaïlande, puisqu'ils n'étaient pas discriminatoires.

⁴⁸ Les États-Unis font référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 118.

⁴⁹ Les États-Unis font référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 122.

percevoir de redevances qui soient supérieures au coût des services rendus, tout en satisfaisant à l'obligation de comparabilité énoncée [dans la loi américaine considérée]."⁵⁰

Les États-Unis ajoutent que ce groupe spécial avait constaté par conséquent que la partie plaignante n'avait "pas démontré que [la loi en question] *ne pouvait pas* être appliquée d'une manière qui garantisse que les redevances perçues pour l'inspection du tabac importé ne seraient pas supérieures au coût des services rendus".⁵¹

3.31 Aux yeux des États-Unis, la charge de la preuve est donc très rigoureuse pour la partie plaignante qui veut établir que la législation d'un Membre impose *en soi* une violation des obligations contractées par lui dans le cadre de l'OMC: la partie plaignante est tenue de démontrer que cette législation, telle qu'elle est interprétée conformément au droit interne du Membre en question, exclut pour celui-ci toute possibilité d'agir de façon avec ses obligations dans le cadre de l'OMC. Qui plus est, si la loi considérée est susceptible de multiples interprétations, la partie plaignante devra démontrer qu'aucune d'entre elles ne permet d'agir de manière compatible avec les règles de l'OMC.

3.32 Les États-Unis soutiennent qu'en l'espèce les Communautés européennes n'ont pas fait cette démonstration dont la charge leur incombait. La Loi de 1916 est susceptible d'une interprétation qui est compatible avec les règles de l'OMC. C'est d'ailleurs comme telle que l'ont interprétée toutes les décisions judiciaires définitives dans lesquelles cette loi intervenait. Les tribunaux américains ont même averti à maintes reprises que la Loi de 1916 devait être interprétée autant que possible dans un sens parallèle à la Loi sur la concurrence déloyale applicable au commerce intérieur.⁵² Ainsi interprétée, la Loi de 1916 est manifestement compatible avec les obligations prévues dans le cadre de l'OMC parce que les lois sur la concurrence ne sont pas du domaine de l'OMC. Au surplus, même si l'on peut alléguer tel ou tel élément de la Loi de 1916 qui serait susceptible de revêtir diverses significations, c'est finalement sans conséquence, parce que cette loi demeure différente, dans toutes ses interprétations concevables, d'une loi antidumping.

3.33 Passant au fondement de la distinction, les États-Unis notent que celle qui est faite dans la jurisprudence du GATT de 1947/de l'OMC entre législation "facultative" ou "discrétionnaire" et législation impérative ne repose pas sur une disposition particulière de l'un quelconque de l'Accord sur l'OMC, pas plus qu'elle n'est circonscrite dans son application à une disposition particulière d'aucun d'entre eux. Dans les affaires évoquées plus haut, par exemple, cette distinction avait été appliquée dans le contexte tant de l'article III que de l'article VIII du GATT de 1947. Il s'agit d'un principe général élaboré par les groupes spéciaux, qui trouve très probablement sa source dans la présomption d'absence de conflit entre le droit interne et le droit international. Dans la pratique internationale en général, comme dans celle des États-Unis, les textes législatifs et réglementaires doivent être interprétés de manière à éviter les conflits avec les obligations internationales. Il y a donc là une présomption d'absence de conflit entre le droit international et le droit interne. En général,

"[b]ien que les tribunaux nationaux soient tenus d'appliquer les lois nationales même si elles sont contraires au droit international, il existe une présomption à l'encontre de l'existence d'un tel conflit. Le droit international reposant sur le consentement commun des différents États, il est peu vraisemblable qu'un État promulgue délibérément une règle contraire au droit international. Une règle du droit interne qui

⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 123.

⁵¹ *Ibid.* (ce sont les États-Unis qui soulignent).

⁵² Les États-Unis font référence à l'affaire *Zenith III*, *op. cit.*, page 1223.

paraît ostensiblement contraire au droit international doit donc, si possible, être toujours interprétée de manière à éviter ce conflit."⁵³

3.34 Les États-Unis rappellent que, dans leur droit interne, c'est un principe élémentaire d'interprétation des lois qu'"une loi du Congrès ne doit jamais être interprétée comme contraire au droit des gens si une autre interprétation demeure possible".⁵⁴ Sans doute les obligations internationales ne sauraient-elles l'emporter sur les prescriptions du droit interne qui sont incompatibles avec elles, mais "les dispositions légales ambiguës [...] [devraient] être interprétées, autant que possible, dans un sens compatible avec les obligations internationales des États-Unis".⁵⁵

3.35 Selon les États-Unis, la jurisprudence du GATT de 1947 qui établit une distinction entre loi impérative et loi "discrétionnaire" ne fait jamais qu'appliquer le principe général de la présomption d'absence de conflit entre droit interne et droit international. Si une loi est susceptible d'une interprétation compatible avec les règles de l'OMC, les autorités nationales sont présumées l'interpréter de manière à éviter un conflit avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Cette présomption sous-tend visiblement la constatation du groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Tabac* qu'une loi nationale susceptible de multiples interprétations ne serait pas contraire aux obligations internationales d'un État dès lors qu'une seule de ses interprétations possibles permettrait d'agir de manière compatible avec ces obligations.⁵⁶ Ce principe s'applique avec tout autant de force en l'espèce. La Loi de 1916 est une loi non impérative susceptible d'une interprétation permettant aux États-Unis d'agir de manière compatible avec les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC au titre tant de l'article III:4 que de l'article VI:2, ce qui est d'ailleurs un fait établi par toutes les décisions judiciaires rendues à ce jour. En conséquence, le Groupe spécial devrait décider que la Loi de 1916, en soi, est parfaitement compatible avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC.

3.36 En réponse à la question du Groupe spécial et aux arguments des États-Unis, les **Communautés européennes** relèvent que les dispositions de la Loi de 1916 sont "impératives", au sens où ce terme est employé dans la pratique du GATT de 1947/de l'OMC. Suivant cette pratique, sont interdites les mesures qui, en droit interne, obligent l'exécutif à imposer une mesure. Dans *Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, par exemple, on trouve la définition suivante:

"[...] le Groupe spécial a examiné si ces clauses étaient, en tant que telles, compatibles avec l'article I:1. Il a noté que les PARTIES CONTRACTANTES avaient décidé, dans des affaires précédentes, qu'une législation *faisant obligation à l'exécutif d'imposer une mesure* incompatible avec l'Accord général était incompatible avec ledit accord *en tant que telle*, même si l'occasion de l'appliquer effectivement ne s'était pas encore présentée. Le Groupe spécial a rappelé que les dispositions des deux lois en matière de rétroactivité *avaient un caractère impératif*, c'est-à-dire qu'elles *imposaient à l'exécutif des obligations qu'il ne pouvait pas modifier de son*

⁵³ Oppenheim's International Law, 9^{ème} édition, pages 81 et 82 (la note de bas de page est omise).

⁵⁴ *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804).

⁵⁵ *Footwear Distributors and Retailers of America v. United States*, 852 F Supp. 1078, 1088 (CIT), appel rejeté, 43 F.3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994), citant *DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988). Les États-Unis font aussi référence au (troisième) Réexposé du droit des relations extérieures des États-Unis (Restatement (Third) of the Foreign Relations of the United States, s. 114 (1987).

⁵⁶ Les États-Unis font référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 123.

chef; il a donc constaté que ces dispositions en tant que telles, et pas simplement leur application dans des cas concrets, devaient être compatibles avec l'article I:1."⁵⁷

3.37 Les Communautés européennes rappellent que les États-Unis s'appuient en particulier sur l'affaire *CEE – Pièces détachées et composants*. Or, celle-ci concernait des dispositions habilitant l'administration à prendre des mesures si elle le jugeait utile. En pratique, l'effectivité de ces dispositions était laissée à la discrétion d'une administration. Il n'y a pas de tel pouvoir d'appréciation dans le cas de la Loi de 1916.

3.38 Vu ce qui précède, les Communautés européennes considèrent qu'il y a deux grandes raisons qui font que la Loi de 1916 est impérative. D'une part, lorsqu'une personne privée intente une action sur le fondement de la Loi de 1916, l'exécutif n'a absolument aucune latitude pour agir.⁵⁸ D'autre part, lorsqu'un tribunal a constaté qu'il est satisfait au critère de la Loi de 1916, il est tenu d'accorder réparation au plaignant. Le libellé du paragraphe 2 de la Loi de 1916 est sans équivoque:

"Quiconque enfreint ou se concerte, ou s'entend avec une autre personne pour enfreindre les dispositions du présent article se rend coupable d'un délit et, *en cas de conviction*, sera condamné à une amende de 5 000 dollars au plus, ou à une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou aux deux peines, à la discrétion du tribunal".⁵⁹

3.39 Les Communautés européennes observent que la seule marge discrétionnaire laissée au juge porte sur la nature et le niveau de la sanction qui sera infligée. Et même ce pouvoir d'appréciation ne peut s'exercer que dans les limites fixées par la loi. Au surplus, s'il est vrai, comme le soutiennent les États-Unis, que le sens effectif de la Loi de 1916 dépend de l'interprétation que les tribunaux donnent de ses dispositions, il est encore plus évident que l'exécutif n'a absolument aucune latitude pour peser sur leurs décisions. Pas plus qu'il ne peut modifier les prescriptions légales de la Loi de 1916. Cela ne fait que confirmer encore que cette loi est "impérative".

3.40 Les Communautés européennes rappellent également la réponse des États-Unis à une question du Groupe spécial sur ce que les tribunaux américains peuvent avoir comme pouvoir d'appréciation pour classer une affaire concernant la Loi de 1916 ou décider de ne pas infliger de dommages-intérêts au triple, par exemple, parce que ce serait contraire aux obligations des États-Unis au regard du droit international, à savoir:

"il ne serait pas loisible [à un] tribunal de classer une affaire quand elle serait justifiée sur le fondement de la Loi de 1916 [...], pas plus que de ne pas infliger de dommages-intérêts triples quand le dommage aurait été dûment établi."

Les Communautés européennes considèrent donc que ni l'administration ni la justice n'ont de pouvoir discrétionnaire sur les actions au civil.

3.41 Les Communautés européennes signalent au surplus que si la situation est un peu différente dans le cas des dispositions relatives à la responsabilité pénale, cette loi n'est quand même pas pour autant "discrétionnaire" ou "facultative" au sens de la jurisprudence du GATT de 1947/de l'OMC. À ce propos, il importe de noter que la Loi de 1916 rend "illicites" et érige en "délits" les infractions

⁵⁷ Rapport du groupe spécial "*Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*", adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, paragraphe 6.13 (note de bas de page omise; ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

⁵⁸ Les Communautés européennes notent que, dans le cadre de la Loi de 1916, seules les poursuites pénales sont à la discrétion de l'exécutif fédéral.

⁵⁹ Ce sont les Communautés européennes qui soulignent.

qu'elle énonce. L'analogie la plus pertinente que l'on trouve dans la jurisprudence du GATT de 1947 est le rapport du groupe spécial "*États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*"⁶⁰. L'une des nombreuses mesures examinées dans cette affaire concernait les lois du Massachusetts et du Rhode Island sur les plafonds de prix. Le groupe spécial avait jugé que ces lois étaient contraires au GATT de 1947, même si elles n'étaient pas effectivement appliquées, en disant:

"Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influencer sur les décisions des agents économiques."⁶¹

3.42 Les Communautés européennes font valoir que si le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt* a considéré que la législation en cause dans cette affaire produisait des effets juridiques, c'est parce que, comme tous les bons citoyens, les sociétés qui ont le sens civique évitent d'agir de façon illicite et assurément de commettre des délits, que la loi soit ou non effectivement appliquée et qu'elles risquent ou non d'en être effectivement punies. Le même raisonnement vaut en l'espèce.

3.43 De plus, les Communautés européennes notent que le Département de la justice des États-Unis n'a la faculté de se refuser à engager des poursuites pénales que dans certaines conditions bien définies, où il n'a en aucun cas à examiner si l'action serait ou non compatible avec les règles de l'OMC. En outre, une fois la décision de poursuivre prise par le Département de la justice, les tribunaux sont obligés de juger l'affaire et, en présence des conditions et critères de la Loi de 1916, d'infliger une peine. Cela signifie que les tribunaux sont obligés de faire dans les affaires pénales ce que, au dire des États-Unis, ils sont obligés de faire dans les affaires civiles. En d'autres termes, ils sont impérativement tenus de prendre des mesures contre le dumping qui est incompatible avec les règles de l'OMC. Ainsi, les dispositions tant civiles que pénales de la Loi de 1916 créent des effets juridiques et ne dépendent ni les unes ni les autres d'une intervention discrétionnaire de l'administration.

3.44 Les Communautés européennes soutiennent, enfin, que le rapport, non adopté, du groupe spécial *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*⁶² de même que le rapport, adopté, du groupe spécial *États-Unis – Définition de la branche de production du vin et des produits du raisin*⁶³ confirment que, comme elles l'estiment, la Loi de 1916 n'est pas une loi dispositive, ou "discrétionnaire" ou "facultative" au sens où ces termes ont été employés dans la jurisprudence du GATT de 1947/de l'OMC.⁶⁴

3.45 À cela, les **États-Unis** répliquent en réaffirmant qu'à leurs yeux la Loi de 1916 devrait être considérée comme une loi dispositive. Pour répondre à une question du Groupe spécial sur la liberté d'appréciation dont jouit le Département fédéral de la justice quant à l'opportunité des poursuites, ils

⁶⁰ Rapport du groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233 (ci-après "*États-Unis – Boissons à base de malt*").

⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 5.60.

⁶² Rapport du groupe spécial *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136 (non adopté), daté du 28 avril 1995 (ci-après "*CE – Cassettes audio*").

⁶³ Rapport du groupe spécial *États-Unis – Définition de la branche de production du vin et des produits du raisin*, adopté par le Comité des subventions et des mesures compensatoires le 28 avril 1992, IBDD, S39/490 (ci-après "*États-Unis – Définition de la branche de production du vin*").

⁶⁴ Voir plus loin la section III.H.2.

indiquent que ce dernier, organe du pouvoir exécutif, est libre de décider de déclencher ou non l'action publique dans le cadre de la Loi de 1916. Autrement dit, si la Loi de 1916 l'autorise à engager des poursuites pénales, elle ne l'y oblige pas.

3.46 Les États-Unis observent à ce propos que les critères appliqués par le Département de la justice pour décider d'exercer ou non l'action publique, y compris les mesures d'instruction, sont définis dans un document officiel, sorte de manuel du Parquet fédéral connu sous l'appellation de "United States Attorneys' Manual", et plus précisément au chapitre 9-27, consacré aux principes applicables aux poursuites fédérales ("Principles of Federal Prosecution"). Il y est expliqué que le Département jouit d'une très grande liberté d'appréciation en ce qui concerne l'opportunité, le moment et la manière d'engager des poursuites pénales. Le paragraphe 9-27.220, par exemple, précise que, lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve recevables d'une infraction à la législation fédérale, l'exécutif peut néanmoins s'abstenir de poursuivre parce que 1) des poursuites ne serviraient aucun intérêt fédéral substantiel; 2) la personne en cause est effectivement poursuivie dans un autre ressort; ou 3) il existe une autre solution adéquate, non pénale, que les poursuites. Le paragraphe 9-27.230 définit l'"intérêt fédéral substantiel", notamment par "les priorités fédérales en matière de répression" et par "la nature et la gravité de l'infraction".⁶⁵

3.47 Les États-Unis notent également que dans les cas où, agissant par l'entremise du Département de la justice, ils sont eux-mêmes partie à un litige, il leur incombe directement de veiller à ce que leurs propres allégations et actes soient conformes à leurs lois et à leurs obligations et d'informer le juge de ces considérations. De plus, s'il y a lieu, le Département peut demander à intervenir dans un litige civil entre parties privées en vue de protéger un intérêt de l'État fédéral. Cela dit, il ne le fait pas régulièrement, et c'est finalement en fonction de circonstances qu'il apprécie quand et devant quelles juridictions il convient d'intervenir.

3.48 En ce qui concerne les actions au civil, les États-Unis soutiennent que les Communautés européennes se fourvoient en avançant que dans les cas où une personne privée intente une action sur le fondement de la Loi de 1916, l'exécutif ne dispose d'aucune marge d'action. En pareil cas, la question n'est pas de savoir si l'autorité administrative a un pouvoir discrétionnaire, mais si la loi impose un manquement à une obligation contractée dans le cadre de l'OMC. En l'espèce, il faut pour répondre à cette question que le Groupe spécial détermine si cette loi se prête à une interprétation compatible avec les règles de l'OMC. Certes, dans les affaires antérieures où la distinction impérative/dispositive a été retenue, il s'agissait de l'application administrative d'une mesure, mais il n'y a aucune raison pour que le principe ne vaille pas aussi pour une mesure dont l'application est assurée par la voie judiciaire.

3.49 Enfin, les États-Unis font valoir que les Communautés européennes font fausse route quand elles invoquent l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt*. Dans cette affaire, il fallait déterminer si la non-application d'une législation impérative faisait que celle-ci ne pouvait pas donner lieu à une action. C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement du passage cité par elles. Or, dans la présente espèce, telle n'est pas la question. La question en l'espèce est de savoir si la loi est impérative, et non pas si elle est en application.

3.50 Pour répondre à une question du Groupe spécial sur le point de savoir si la distinction impérative/dispositive vaut aussi dans les cas d'application judiciaire d'une mesure, les **Communautés européennes** disent que, contrairement au point de vue exprimé par les États-Unis, cette distinction ne vaut pas en pareils cas. Les tribunaux se bornent à dire le droit. Ou, pour

⁶⁵ Les États-Unis relèvent à ce propos que l'observation des articles premier et deux de la Loi antitrust Sherman de 1890 peut être et bien souvent est assurée par des actions au pénal comme au civil, alors que celle de la Loi antitrust Clayton ne peut l'être que par des actions au civil.

reprendre la formule de Montesquieu, le pouvoir judiciaire est "la bouche de la loi". En conséquence, le juge ne "fait" pas la loi, il ne fait que l'appliquer.

3.51 Les Communautés européennes notent également que la Constitution américaine repose sur le principe de la séparation des pouvoirs. Les États-Unis ne sauraient prétendre que leurs tribunaux se considèrent en général comme dotés d'un pouvoir discrétionnaire d'appliquer ou non la loi, analogue à celui que possède l'exécutif par délégation. Quand bien même il en irait ainsi dans quelques cas particuliers, comme l'octroi de certaines réparations, cela ne vaut pas pour le règlement judiciaire d'un différend dans le cadre de la Loi de 1916.

3.52 Les Communautés européennes reconnaissent effectivement qu'il peut arriver que les tribunaux aient apparemment le choix entre un certain nombre d'interprétations possibles de la loi. Toutefois, c'est là le simple reflet de la difficulté de prédire l'issue d'un débat complexe. Aucun tribunal n'admettrait qu'il soit libre de choisir entre un certain nombre d'options pour interpréter la loi. Tous les tribunaux s'efforcent de bonne foi de définir le sens exact de la loi à partir de son texte et des principes d'interprétation établis.

3.53 Les Communautés européennes considèrent que la décision la plus pertinente pour la présente affaire qui ait été rendue dans le cadre de l'OMC est *Inde – Protection conférée par un brevet*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a conclu que les tribunaux indiens appliqueraient la loi (impérative) même en présence d'une pratique administrative allant directement à son encontre. Cette conclusion est l'expression du principe selon lequel les tribunaux ne possèdent pas le même pouvoir discrétionnaire que les administrations.

3.54 Les Communautés européennes font valoir au surplus que les précédents invoqués par les États-Unis concernent tous des cas où l'administration prenait une mesure et avait aussi le pouvoir de parachever, modifier ou compléter la législation de manière à éviter une violation. De toute évidence, les tribunaux ne sont pas dans la même position et n'ont pas le pouvoir d'adopter des règles additionnelles ou modificatives. En tout état de cause, quand bien même on pourrait imaginer des situations où les tribunaux se voient accorder des pouvoirs discrétionnaires pour modifier ou compléter la législation de la même manière qu'une administration le pourrait d'ordinaire, il n'en va certainement pas ainsi dans le cas de la Loi de 1916.

3.55 Les Communautés européennes indiquent par ailleurs que les dispositions du Protocole d'application provisoire de 1947 démontrent que, de tout temps, c'est le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui a été considéré comme pertinent. C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC parle des "lois, réglementations et procédures *administratives*" de chaque Membre.⁶⁶

3.56 Les Communautés européennes observent pour finir que les États-Unis tentent apparemment d'embrouiller la question portée devant le Groupe spécial en assimilant le pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi à l'ambiguïté qui existerait en l'espèce dans l'interprétation de la loi. Or, il n'y a rien, même dans le cadre du GATT de 1947, qui permette de défendre une législation de prime abord incompatible avec le GATT sous prétexte que les tribunaux pourraient un jour l'interpréter dans un sens compatible avec le GATT.

3.57 Les Communautés européennes rappellent que le seul exemple d'une quelconque référence à cette interprétation dans le cadre du GATT de 1947 est l'affaire *États-Unis – Tabac*, que les États-Unis prétendent particulièrement pertinente pour le présent différend. Dans cette affaire, on se

⁶⁶ L'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC est ainsi conçu: "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe." (non souligné dans l'original)

trouvait dans une situation où la loi nationale était incomplète.⁶⁷ L'administration était tenue de fixer réglementairement les redevances pour l'inspection du tabac importé à un niveau "comparable" à celui qui s'appliquait au tabac d'origine nationale, mais en même temps, elle avait le pouvoir d'ajuster le niveau des redevances pour l'inspection du tabac d'origine nationale. On conçoit que le groupe spécial ait par conséquent estimé que rien ne permettait d'affirmer que l'administration, en fixant le niveau des redevances pour le tabac importé, retiendrait un niveau incompatible avec l'article VIII:1 a) du GATT de 1947. En d'autres termes, le groupe spécial avait jugé qu'à ce stade il n'y avait pas de législation impérative incompatible avec le GATT de 1947. Dans la présente affaire, l'administration américaine n'a bien entendu aucun pouvoir de compléter ou modifier la Loi de 1916 qui lui permettrait de rendre celle-ci compatible avec les règles de l'OMC. Toutes les prescriptions à observer sont déjà énoncées dans la Loi de 1916.

3.58 Les **États-Unis** contestent la description que les Communautés européennes donnent de l'affaire *États-Unis – Tabac* en disant qu'elle mettait en cause une loi nationale qui était "incomplète", voulant dire par là que l'administration compétente n'avait pas encore promulgué son règlement. Les États-Unis ne sont pas d'avis pour leur part que cela fasse une différence quelconque par rapport à la présente affaire en ce qui concerne l'application par le Groupe spécial de la distinction impératif/"discretionnaire". Dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le groupe spécial s'était demandé si un terme figurant dans une loi pouvait être interprété par les autorités compétentes – qui se trouvaient être des autorités administratives – dans un sens compatible avec les règles de l'OMC. La seule différence, par conséquent, est qu'il s'agissait d'autorités administratives au lieu d'autorités judiciaires. Il n'y a aucune raison pour que le même principe ne s'applique pas en l'espèce. L'analyse loi impérative/dispositive n'est pas axée sur le point de savoir quel est l'organe du pouvoir qui applique la loi, mais si, dans l'application de la loi, les autorités compétentes ont la possibilité d'agir d'une manière compatible avec les règles de l'OMC. En l'espèce, non seulement il y a place pour une telle interprétation, mais encore la loi a déjà été interprétée ainsi. En conséquence, le Groupe spécial devrait constater que la Loi de 1916, en tant que telle, est compatible avec les règles de l'OMC.

3.59 Les **Communautés européennes** considèrent que, même s'il y avait la moindre raison d'arguer, sur le fondement du GATT de 1947, que la Loi de 1916 soit dispositive sous un aspect quelconque qui ne constitue pas en soi une violation des obligations des États-Unis, on est en tout état de cause dans une situation différente sous l'empire de l'Accord sur l'OMC, puisque à l'article XVI:4 celui-ci exige expressément des Membres qu'ils "assur[ent] la conformité de [leurs] lois, réglementations et procédures administratives avec [leurs] obligations" au titre des Accords de l'OMC.⁶⁸

3.60 Les **États-Unis** répliquent que la distinction loi impérative/dispositive continue à être appliquée dans les affaires examinées dans le cadre de l'OMC, comme l'atteste le rapport du groupe spécial *Canada – Aéronefs*.

⁶⁷ Les Communautés européennes font référence au rapport *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphes 114-118.

⁶⁸ Voir aussi plus loin la section III.H.

D. APPLICABILITE DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 ET DE L'ACCORD ANTIDUMPING

1. Le sens et la portée de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping

3.61 Les **Communautés européennes** estiment que l'article VI du GATT de 1994⁶⁹ reconnaît l'existence d'un problème particulier dans le commerce international et passe ensuite aux moyens de lui donner une solution. Trois étapes sont envisagées à cet égard: tout d'abord, l'article VI définit la pratique du dumping; ensuite, il fixe certaines autres conditions à remplir pour l'application de mesures correctives, telle l'existence d'un dommage; enfin, il indique les mesures correctives qu'il autorise à prendre pour neutraliser le dumping.

3.62 En ce qui concerne la première étape, c'est-à-dire la définition de la pratique du dumping, les Communautés européennes rappellent que l'article VI:1 du GATT de 1994 définit le dumping en ces termes:

"[...] Aux fins d'application du présent article, un produit exporté d'un pays vers un autre doit être considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix de ce produit est

- a) inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur;
- b) ou, en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur de ce dernier pays, si le prix du produit exporté est

⁶⁹ L'article VI:1 du GATT de 1994 est ainsi conçu:

"Les parties contractantes reconnaissent que le dumping, qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale, est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'une partie contractante ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale. Aux fins d'application du présent article, un produit exporté d'un pays vers un autre doit être considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix de ce produit est

- a) inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur;
- b) ou, en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur de ce dernier pays, si le prix du produit exporté est
 - i) inférieur au prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales;
 - ii) ou inférieur au coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice.

Il sera dûment tenu compte, dans chaque cas, des différences dans les conditions de vente, des différences de taxation et des autres différences affectant la comparabilité des prix."

- i) inférieur au prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales;
- ii) ou inférieur au coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice.

Il sera dûment tenu compte, dans chaque cas, des différences dans les conditions de vente, des différences de taxation et des autres différences affectant la comparabilité des prix."

3.63 Les Communautés européennes considèrent que le premier trait essentiel de cette définition est qu'elle se rapporte à des règles visant les importations. La définition repose sur la notion de discrimination entre le prix de ces importations et la valeur normale des produits, qui est le prix intérieur – le "prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales" – dans le pays exportateur ou, en l'absence d'un tel prix, le prix comparable le plus élevé pour l'exportation vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales, ou le coût de production majoré d'un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice. Cette analyse livre la définition des types de règles qui sont des règles antidumping soumises à la discipline de l'article VI du GATT de 1994:

- i) Ces règles visent les produits importés et par le fait de leur importation.
- ii) La pratique est définie par référence à une discrimination entre les prix des produits importés et les prix intérieurs dans le pays d'exportation ou, en l'absence de tels prix, les prix à l'exportation vers un pays tiers ou le coût de production.

3.64 À propos des conditions préalables de l'adoption de mesures contre le dumping, les Communautés européennes relèvent que celle qui est indiquée comme la plus importante est le dommage. Aux termes de l'article VI:1, le dumping, tel qu'il est défini, est "condamnable" si il "cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'une partie contractante ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale".

3.65 Enfin, s'agissant des mesures correctives qui peuvent être prises, les Communautés européennes rappellent les termes de l'article VI:2:

"En vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit. Aux fins d'application du présent article, il faut entendre par marge de dumping la différence de prix déterminée conformément aux dispositions du paragraphe 1."

Selon les Communautés européennes, cette formulation érige l'application de droits antidumping en unique moyen que le GATT de 1994 autorise une partie contractante à employer pour chercher à régler le problème des importations faisant l'objet d'un dumping.

3.66 Les Communautés européennes soutiennent que seul le dumping répondant à la définition est condamnable, et encore seulement dans les cas indiqués de dommage, menace de dommage ou retard importants. Des droits antidumping peuvent être appliqués "en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping", mais à concurrence seulement d'un montant qui ne dépasse pas la marge de dumping telle qu'elle est définie. En parlant de "neutraliser" comme d'"empêcher", le texte précise bien que les droits antidumping sont le "remède" exclusif institué par le GATT de 1994 pour traiter le problème du dumping, passé, présent ou à venir.

3.67 Les Communautés européennes estiment également que l'Accord antidumping cadre parfaitement avec l'article VI et définit plus en détail les conditions à remplir, et en particulier les prescriptions à observer aux fins d'une enquête, pour être autorisé à adopter des mesures antidumping. L'article premier de l'Accord antidumping confirme qu'une mesure antidumping ne peut être appliquée que dans les circonstances prévues à l'article VI du GATT de 1994 et à la suite d'enquêtes menées conformément aux dispositions de l'Accord, et son article 18.1 dispose qu'une mesure *ne* peut être prise contre le dumping des exportations d'un autre Membre de l'OMC *que si* celui-ci cause ou menace de causer un dommage important, et qu'il ne peut être pris d'autres mesures que celles prévues par l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping.

3.68 Selon les **États-Unis**, l'élément fondamental de l'allégation des Communautés européennes selon laquelle la Loi de 1916 est contraire à l'article VI et à l'Accord antidumping est l'argument que toute mesure qui vise des importations et se fonde sur la notion de discrimination de prix tombe sous le coup des règles antidumping de l'OMC. Or, ni le texte de l'article VI ni celui de l'Accord antidumping ne viennent étayer leur position. Nulle part l'un ou l'autre ne dit que ses disciplines régissent *toute* loi reposant sur la notion de discrimination de prix *indépendamment* de tous autres éléments dont cette loi exigerait la preuve. De fait, l'argument des Communautés européennes est incompatible avec le texte de l'article VI. À cet égard, le paragraphe 1 de l'article VI commence par expliquer que "le dumping [...] est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'un Membre ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale". Le paragraphe 2 prévoit ensuite que, "en vue de neutraliser ou d'empêcher" ce dumping dommageable, tout "Membre pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit". Ainsi, l'article VI ne vise que les mesures prises pour neutraliser ou empêcher un dumping qui cause un dommage. Il n'est pas censé s'attaquer à celles qui, comme la Loi de 1916, ne sont pas destinées à neutraliser ou empêcher le dumping.

3.69 Les États-Unis font valoir, en outre, qu'à suivre les Communautés européennes, comme elles le voudraient, dans leur lecture restrictive du texte de l'article VI en lui faisant dire que toutes les lois renfermant un élément qui vise un type quelconque de discrimination de prix au plan international doivent être conformes aux règles antidumping, on étendrait la portée de ces règles très loin dans une matière qui leur est antérieure et dont les objectifs, les principes fonciers et la cible en matière de comportement sont fort différents – à savoir, celle des lois antitrust ou lois sur la concurrence. Si le Groupe spécial devait décider que l'article VI s'applique à toutes les formes de discrimination de prix internationale, et ce, indépendamment de la nature du dommage subi, la Loi de 1916 ne serait pas la seule victime. Une telle décision paraîtrait signifier que les législations antitrust d'autres Membres interdisant diverses formes de fixation de prix discriminatoires ou très bas, et notamment les articles 81 et 82 du Traité de Rome, la Loi canadienne sur la concurrence, la Loi antimonopole japonaise, la Loi fédérale mexicaine sur la concurrence, la Loi indienne sur les monopoles et les pratiques commerciales restrictives, de même que la Loi Sherman américaine, seraient incompatibles avec les règles de l'OMC dans la mesure où ces lois s'attaquent à la tentative de monopolisation ou à l'abus de position dominante réalisés par des pratiques de prix transfrontières prédateurs. Ce résultat ne saurait correspondre à l'intention de l'article VI et de l'Accord antidumping.

3.70 Selon les États-Unis, l'historique de la négociation du GATT de 1947 vient étayer la thèse que l'article VI du GATT de 1994 n'est pas destiné à remédier à la pratique de prix prédateurs. Le GATT de 1947 avait été conclu dans le cadre de négociations parallèles à celles qui étaient menées en vue de l'adoption d'un accord plus large alors envisagé, la Charte de La Havane instituant une Organisation internationale du commerce. La Charte de La Havane renfermait un article relatif à la lutte contre le dumping et plusieurs articles distincts visant les pratiques anticoncurrentielles du secteur privé, entre autres questions. C'est le GATT de 1947 qui fut arrêté en premier, et il devait constituer un accord intérimaire en attendant que la Charte de La Havane puisse être définitivement mise au point, ce qu'elle n'a, on le sait, jamais été. En tout cas, le GATT de 1947 reprenait textuellement, à l'article VI, l'article sur la lutte antidumping qui avait été négocié dans le cadre de la Charte de La Havane. Par

contre, il ne reprenait aucun des articles de la Charte de La Havane visant les pratiques anticoncurrentielles du secteur privé.

3.71 Au dire des États-Unis, la suite de l'histoire du GATT de 1947 ne fait que le confirmer. En particulier, les parties contractantes décidèrent en 1958 de nommer un groupe d'experts chargé de "procéder à une étude et de présenter des recommandations sur le point de savoir si, et le cas échéant, dans quelle mesure et par quels moyens, les PARTIES CONTRACTANTES devraient se saisir du problème des pratiques commerciales restrictives dans le commerce international".⁷⁰ En 1960, ce groupe d'experts remettait un rapport dans lequel il recommandait aux parties contractantes d'engager des consultations si une pratique commerciale restrictive était alléguée, mais estimait que ce serait méconnaître la réalité que de recommander l'adoption d'un accord multilatéral pour mettre un frein aux pratiques commerciales restrictives dans le commerce international.⁷¹

3.72 Les États-Unis exposent, enfin, qu'un rapport de l'OCDE de 1989 montre lui aussi que les prix prédateurs ne sont pas considérés comme la cible des règles antidumping. Il y est dit que "les prix d'éviction tombent sous le coup des lois et politiques de la plupart des pays de l'OCDE en matière de concurrence, mais les critères à appliquer ont suscité une très vive controverse".⁷²

3.73 Aux yeux des **Communautés européennes**, les États-Unis font du terme "prédateur" un usage trompeur en confondant la notion qu'il désigne dans la législation antitrust américaine avec son sens plus courant. Selon elles, on dit souvent que l'une des cibles les plus évidentes de l'article VI du GATT de 1994 est précisément le dumping "prédateur". C'est même l'une des formes de dumping qui ont toujours été considérées comme visées par l'article VI. À l'époque de la négociation du premier Code antidumping, on avait agité la question de savoir si les mesures autorisées contre le dumping en vertu des règles multilatérales devaient être limitées aux comportements prédateurs. Dans une note présentée en 1966 au Groupe des politiques antidumping pour examen, la délégation des États-Unis formulait les observations suivantes:

"Les mesures antidumping ont traditionnellement pour but d'endiguer la discrimination en matière de prix, dite "prédatrice", dont l'objectif est d'utiliser un pouvoir monopolistique dans un marché intérieur pour y maintenir des prix élevés, et de réduire les prix demandés sur un marché d'exportation afin d'en éliminer les concurrents et de créer un monopole sur un nouveau marché. Le code proposé [...] ne vise pas seulement [cette] pratique [prédatrice], *pas plus d'ailleurs que l'article VI.*"⁷³

3.74 Les Communautés européennes relèvent par ailleurs que les États-Unis déforment la position qu'elles défendent en leur faisant dire que l'article VI et l'Accord antidumping régissent *toute* loi visant les prix internationaux discriminatoires *indépendamment* de ses autres éléments de fond. La pratique de prix discriminatoires exigée pour l'adoption de mesures dans le cadre des lois antidumping est qualitativement différente de celle que visent les lois sur la concurrence. Les critères à retenir pour déterminer si une loi relève des disciplines de l'article VI et de l'Accord antidumping sont i) que la loi vise les importations et ii) qu'elle définisse le comportement tombant sous le coup de ses

⁷⁰ Résolution du 5 novembre 1958 sur les "Pratiques commerciales restrictives – Création d'un groupe d'experts", IBDD, S7/30.

⁷¹ Les États-Unis font référence au document L/1015, adopté le 2 juin 1960, IBDD, S9/178, paragraphes 5 et 7.

⁷² OCDE, Prix d'éviction (1989), page 3.

⁷³ TN.64/NTB/W/3 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

dispositions comme une discrimination de prix revêtant la forme de prix plus bas sur le marché du pays importateur que ceux qui sont pratiqués sur le marché du pays d'exportation. Cette démarche trouve sa confirmation dans la théorie fondamentale de la lutte contre le dumping, qui voit dans ce genre de discrimination de prix un problème particulier, exigeant une analyse distincte de celle qu'appelle la pratique de prix discriminatoires sur un même marché.

3.75 Les Communautés européennes signalent pour finir que la Loi de 1916 est dirigée contre la discrimination de prix sous forme de prix plus bas sur le marché du pays importateur que sur le marché du pays d'exportation. C'est exactement ce que l'article VI du GATT de 1994 définit comme le dumping, et cela n'a rien à voir avec aucune définition "antitrust" connue des prix discriminatoires.

3.76 Les **États-Unis** estiment que la distinction entre antitrust et antidumping ne dépend pas du fait que la discrimination de prix est opérée sur un seul et même marché ou entre plusieurs marchés. Ce n'est pas là le facteur qui distingue l'analyse antidumping de l'analyse antitrust. Aux États-Unis au moins, il n'est pas exact de dire que, dans l'optique antitrust, le problème des prix discriminatoires ne se pose qu'au sein d'un seul et même marché. Dans les affaires de dommage dit "de première ligne" relevant de la Loi Robinson-Patman, par exemple, les différences de prix ont été constatées au sein du même marché ou entre deux marchés.

3.77 Les États-Unis rappellent en outre qu'ils ont demandé aux Communautés européennes si elles considéreraient la Loi de 1916 comme compatible avec les règles de l'OMC dans le cas où elle serait modifiée pour s'appliquer à la fois aux produits d'origine nationale et aux produits importés. Dans leur réponse à cette question des États-Unis, les Communautés européennes reformulent la Loi de 1916 de telle sorte qu'elle s'applique aux ventes discriminatoires entre clients américains et entre clients américains et clients étrangers.⁷⁴ Les Communautés européennes expliquent ensuite cette loi hypothétique en disant qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'article VI et de l'Accord antidumping parce qu'elle ne vise pas les importations et ne définit pas la comparaison à effectuer pour établir la discrimination par la formule "prix sur le marché du pays importateur inférieurs à ceux qui sont pratiqués sur le marché du pays exportateur".

3.78 Or, il n'y a pas, selon les États-Unis, de différence de fond entre la Loi réelle de 1916 et la loi hypothétique rédigée par les Communautés européennes et que celles-ci considèrent comme hors d'atteinte des disciplines antidumping. La même transaction transfrontières tomberait sous le coup des deux versions de cette loi. Dans chaque cas de transaction transfrontières, la comparaison de prix se ferait entre le prix aux États-Unis et le prix sur un marché étranger. Dire qu'une loi est compatible avec les règles de l'OMC parce qu'elle s'applique aussi aux produits d'origine nationale revient à élever la forme au-dessus du fond, et cela démontre que la démarche juridique des Communautés européennes en ce qui concerne la juste portée de l'article VI et de l'Accord antidumping en l'espèce est axée sur les résultats et dénuée de fondement. Suivant leur théorie, si, par exemple, la Loi Sherman et l'article 82 du Traité de Rome avaient été divisés en textes séparés, la mesure applicable aux importations serait incompatible avec les règles de l'OMC; mais du fait que ces instruments s'appliquent aux importations et aux produits d'origine nationale, la portion applicable aux importations serait compatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC.

⁷⁴ La loi hypothétique rédigée par les Communautés européennes est ainsi conçue:

"Est illicite pour un commerçant le fait, dans le cours de son activité, directement ou indirectement, de vendre aux États-Unis des produits de type et de qualité similaires à des prix qui sont inférieurs à ceux appliqués à d'autres acheteurs aux États-Unis ou sur les marchés étrangers [sous réserve des ajustements applicables pour les différences de coûts de transport et autres]; dès lors que ce ou ces actes sont accomplis avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis."

3.79 Les **Communautés européennes** contestent qu'elles élèvent la forme au-dessus du fond. Une Loi Sherman scindée qui ne s'appliquerait qu'aux importations ne ressemblerait pas du tout à la Loi de 1916. Elle ne renfermerait pas d'interdiction des prix discriminatoires ressemblant à la définition du dumping énoncée à l'article VI:1 du GATT de 1994. De plus, il n'est pas possible de rendre la Loi de 1916 applicable aux produits d'origine nationale sans en changer complètement la nature. La Loi de 1916 repose sur la discrimination de prix entre le marché intérieur d'un exportateur et le marché d'importation. Pareilles distinctions ne riment à rien quand elles sont appliquées à un seul et même marché intérieur.

3.80 Les **États-Unis** répondent en maintenant qu'à leur sens l'article VI et l'Accord antidumping ne gouvernent pas les lois sur la concurrence du simple fait que la pratique de prix discriminatoires figure parmi leurs éléments. L'existence, dans une loi visant la discrimination de prix transfrontières, d'un objectif antitrust devrait la situer hors du champ d'application de l'article VI du GATT de 1994. Le problème de la prédation transfrontières fait très légitimement et traditionnellement partie des sujets de préoccupation traités dans les lois antitrust, que ce soit des États-Unis, des pays d'Europe ou d'autres pays. Le comportement prédateur peut constituer une monopolisation, un abus de position dominante ou une discrimination de prix anticoncurrentielle, que les marchés considérés soient locaux, régionaux, nationaux, voire internationaux. Il serait très regrettable que le Groupe spécial décide que les organes chargés de l'application des lois antitrust sont sans pouvoir pour mettre bon ordre à un comportement dommageable parce que celui-ci intervient en partie au-delà des frontières nationales et que seuls le comportement sur le marché national, les agents économiques nationaux, voire les produits d'origine nationale relèvent légitimement de la politique de la concurrence, quelles que soient leurs incidences économiques.

3.81 Les États-Unis ajoutent qu'en tout état de cause le Groupe spécial n'est pas appelé à définir les paramètres exacts de l'article VI et de l'Accord antidumping à toutes les fins possibles. En réalité, il lui faut seulement décider si la Loi de 1916, loi dont les prescriptions sont différentes sur le fond des règles antidumping et qui sont dirigées contre une pratique différente, relève néanmoins de l'article VI et de l'Accord antidumping. Il n'y a tout simplement rien, ni dans le texte, ni dans les objectifs de ces accords, qui justifierait une extension d'aussi grande portée de leurs disciplines.

2. La nature de la Loi de 1916: loi antidumping ou loi antitrust?

a) Le texte et les caractères distinctifs de la Loi de 1916

3.82 Les **Communautés européennes** observent que la question à laquelle le Groupe spécial doit répondre est de savoir si la Loi de 1916 doit par nature être soumise aux règles de l'article VI du GATT de 1994. Elles rappellent que les critères objectifs applicables pour déterminer si une loi relève des disciplines de l'article VI et de l'Accord antidumping sont i) que la loi soit ou non ciblée sur les importations et ii) qu'elle définisse ou non le comportement assujetti comme une discrimination de prix sous forme de prix plus bas sur le marché du pays importateur que ceux qui sont pratiqués sur le marché du pays d'exportation. À ce titre, la Loi de 1916 est une loi qui tombe sous le coup des dispositions de l'article VI du GATT de 1994 parce que

- i) elle est ciblée sur les importations. L'interdiction qu'elle énonce s'adresse à "un importateur ou agent à l'importation d'articles quelconques aux États-Unis". Les personnes qui enfreignent l'interdiction se rendent coupables d'un délit et encourrent le paiement de dommages-intérêts triples aux personnes lésées par le comportement prohibé; et
- ii) le comportement assujetti est défini par référence à la discrimination entre le prix des produits importés et "la valeur commerciale effective ou le prix de gros de ces articles

[...] sur les principaux marchés du pays de production, ou d'autres marchés étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés".

3.83 Aux yeux des Communautés européennes, la Loi de 1916 n'échappe pas à la discipline de l'article VI du seul fait qu'elle exige que le comportement prohibé soit "habituel et systématique", ou que la différence de prix soit "substantielle". L'article VI s'applique indifféremment, que le dumping soit assez rare et sporadique ou qu'il soit fréquent et systématique, que la marge de dumping soit forte ou faible. Il ne tient compte de l'ordre de grandeur et de la fréquence du dumping que par le biais de la règle selon laquelle il ne peut être perçu de droit antidumping dont le montant soit supérieur à celui du dumping constaté.

3.84 Les Communautés européennes font également valoir que la Loi de 1916 n'échappe pas à la discipline de l'article VI du seul fait qu'il ne peut être imposé de sanctions en vertu de cette loi que sur constatation d'une ou plusieurs des intentions particulières qui y sont énumérées. La discipline de l'article VI s'applique à toute réglementation visant le dumping. Dès lors qu'il est établi que la réglementation ou la loi considérée relève de l'article VI, les seules mesures correctives que celui-ci permette sont subordonnées à la constatation i) d'un dumping, au sens de la définition qu'en donne l'article VI, et ii) d'un dommage important, d'une menace de dommage important ou d'un retard important. La substitution des critères d'intention précise figurant dans la Loi de 1916 aux critères de dommage prescrits par l'article VI n'a nullement pour effet de soustraire la Loi de 1916 à la discipline de l'article VI. Bien au contraire, c'est l'un des motifs pour lesquels la Loi de 1916 enfreint l'article VI, puisqu'elle permet l'application de sanctions dans des circonstances autres que les seules envisagées par l'article VI - à savoir, l'existence d'un dommage important, d'une menace de dommage important ou d'un retard important.

3.85 Les Communautés européennes observent que, de même, une loi qui retient des critères autres que ceux prévus par l'article VI ne saurait être sauvée par l'argument que le degré de difficulté, pour la partie qui cherche à obtenir réparation, est plus grand dans le cas de cette loi que si elle se bornait à suivre le critère du dommage de l'article VI. Le fait qu'elle retient des conditions différentes ne la fait pas sortir du cadre de l'article VI du GATT de 1994, elle ne fait qu'enfreindre les prescriptions de l'article VI. En tout état de cause, il est loin d'être évident que les critères d'intention précise de la Loi de 1916 soient nécessairement plus difficiles à satisfaire que les critères de dommage de l'article VI. Pour prendre l'exemple du critère relatif à "l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis", il sera vraisemblablement difficile d'établir une intention d'*éliminer* une branche de production aux États-Unis. En revanche, il sera sans doute beaucoup plus facile d'établir celle de léser une branche de production: un mémorandum interne ou un échange de correspondance entre un importateur et un exportateur, estimant que, moyennant une réduction de prix de 10 pour cent, par exemple, le produit importé accroîtrait sa part de marché de 15 pour cent et que cette fraction serait pour tout ou partie enlevée aux producteurs nationaux, suffirait vraisemblablement à établir une "intention de [...] léser" une branche de production américaine. Il n'y a aucune difficulté à imaginer l'existence de tels éléments de preuve. Étant donné les règles de communication préalable des pièces applicables dans les procès aux États-Unis, il est fort possible qu'un demandeur réussisse à se les procurer.

3.86 Les **États-Unis** font valoir que l'examen du texte de la Loi de 1916 établit qu'il s'agit d'une loi sur les prix prédateurs ayant des objectifs antitrust, et non d'une mesure antidumping relevant de l'article VI et de l'Accord antidumping. La Loi de 1916 n'est pas une loi visant le "dumping" et le "dommage" qui en feraient une loi antidumping au sens de l'article VI du GATT de 1994. Elle est destinée à combattre une forme spécifique de discrimination de prix internationale. Cette discrimination doit non seulement comporter des différences de prix substantielles, mais encore être pratiquée de manière habituelle et systématique, avec une intention qui est spécifiée. La Loi de 1916 n'est pas dirigée contre les simples différences de prix qui causent le dommage important visé par l'Accord antidumping, pas plus qu'elle ne repose sur la notion de dommage important causé à une branche de production nationale retenue dans cet accord. La Loi de 1916 est dirigée contre un type

d'activité économique dommageable très différent de celui que visent l'article VI et l'Accord antidumping.

3.87 Les États-Unis font également valoir que l'examen des diverses prescriptions de fond et de procédure de la Loi de 1916 confirme que ce sont les mêmes que celles qui sont applicables en vertu des lois antitrust américaines ou qu'elles sont analogues. À titre d'exemples:

- a) La Loi de 1916 exige la constatation de différences de prix, comme la Loi Robinson-Patman.⁷⁵ Selon la Loi de 1916, il faut que les différences de prix soient d'un montant "substantiel" et pratiquées "de manière habituelle et systématique", alors que la Loi Robinson-Patman n'exige que deux ventes actuelles, à des acheteurs différents et à des prix différents.⁷⁶
- b) La Loi de 1916 exige la constatation que le prix en cause a été fixé avec une intention prédatrice. Cette exigence d'un prix prédateur est analogue à celle que l'on trouve à l'article 2 de la Loi Sherman et dans les cas dits de dommage de première ligne de la Loi Robinson-Patman, encore que ni l'une ni l'autre de ces lois ne prescrive normalement la preuve d'une quelconque intention, tout au moins dans les actions au civil. L'intention est exigée dans les affaires antitrust au pénal, pour les infractions pénales à la Loi Sherman par exemple.⁷⁷
- c) La Loi de 1916 s'applique aux articles de "type et qualité similaires", exactement au sens où ce terme est employé dans la Loi Robinson-Patman.⁷⁸
- d) La prescription de l'action dans le cadre de la Loi de 1916 est la même que dans celui de la Loi Clayton et de la Loi Robinson-Patman, c'est-à-dire quadriennale.⁷⁹
- e) La Loi de 1916 prévoit son application soit par l'action civile intentée par une partie privée devant une juridiction fédérale, soit par l'action pénale exercée par le Département fédéral de la justice. Ces recours font pendant à ceux qui sont disponibles en vertu des lois antitrust, notamment les Lois Sherman, Clayton et Robinson-Patman.⁸⁰

⁷⁵ Les États-Unis font référence à 15 U.S.C. 13 a).

⁷⁶ Les États-Unis font référence à *International Telephone & Telegraph Corp. et al.*, 104 F.T.C. 280, 417, citant E. Kinter, A. Robinson-Patman Primer, 3rd ed. (1979), page 35.

⁷⁷ Les États-Unis font référence à *U.S. v. Brown*, 936 F.2d 1042, 1046 (9th Cir. 1991).

⁷⁸ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op.cit.*, page 1197. Ils notent que dans cette décision, le tribunal (pages 1226 et 1227) a expliqué ceci: "nous constatons que le même critère des "type et qualité similaires" limitait les comparaisons de produits dans le cadre de l'article 2 de la Loi Clayton avant les amendements apportés par la Loi Robinson-Patman. Comme la Loi Clayton date de 1914, le même critère est applicable au titre de la Loi antidumping de 1916".

⁷⁹ Les États-Unis font référence à *Helmac I*, *op.cit.*, pages 566 et 567, en notant que sur les points où la Loi de 1916 ne fixait pas la prescription applicable, le tribunal s'est appuyé sur le but que visait le Congrès des États-Unis en votant la Loi de 1916 pour interpréter celle-ci comme prévoyant la même prescription que les autres lois antitrust.

⁸⁰ En réponse à une question posée par le Groupe spécial dans un contexte différent, les États-Unis indiquent toutefois que la Loi Clayton n'est sanctionnée que par l'action au civil.

- f) La question de savoir si une partie privée a qualité pour agir au titre de la Loi de 1916 est tranchée par référence aux principes bien établis du droit antitrust.⁸¹
- g) La Loi de 1916 autorise l'allocation à la partie privée gagnante de dommages-intérêts triples. Cette réparation est quelque peu inhabituelle en droit civil américain, mais elle est courante pour les infractions aux lois antitrust. De fait, au troisième paragraphe de la Loi de 1916, le Congrès des États-Unis n'a fait au fond que reprendre les textes qui étaient à l'époque ceux de l'article 4 de la Loi Clayton⁸² et de l'article 7 de la Loi Sherman⁸³, lesquels autorisaient l'allocation de dommages-intérêts triples à "toute personne [...] lésée dans son activité économique ou ses biens" du fait de tout comportement proscrit par les lois antitrust fédérales.
- h) En ce qui concerne ses dispositions pénales, la Loi de 1916 est pratiquement identique à la Loi Sherman en vigueur en 1916 et elle prévoit les mêmes peines.

3.88 Les **Communautés européennes** considèrent que ces différences viennent de l'époque où la Loi de 1916 avait été adoptée et de la forme typiquement américaine des réparations retenues. La possibilité d'obtenir des dommages-intérêts triples, par exemple, n'est nullement l'indication qu'il s'agit d'une mesure antitrust, mais doit bien plutôt être rattachée au fait que le Congrès des États-Unis désapprouve certains comportements ou activités. La législation des États-Unis prévoit des dommages-intérêts triples dans un certain nombre de cas qui n'ont rien à voir avec des mesures antitrust.⁸⁴ D'ailleurs, les Communautés européennes ne connaissent aucun autre système de droit qui prévoie des dommages-intérêts triples de cette manière. Les dommages-intérêts triples ne sont pas la caractéristique d'une mesure antitrust, ils sont l'indication d'une mesure propre aux États-Unis.

3.89 Les **États-Unis** font encore valoir qu'il y a des différences importantes entre la Loi de 1916 et les réglementations antidumping. Étant une mesure corrective commerciale, les réglementations antidumping ne sont déclenchées qu'en réaction à la pratique du "dumping", c'est-à-dire dans une situation où un exportateur vend son produit à l'étranger à des prix plus bas que sur son marché intérieur ou à des prix inférieurs au coût, ce qui cause un "dommage important" aux fabricants du produit dans le pays importateur. Dès lors que ces faits sont établis, les autorités chargées de l'enquête peuvent instituer des droits pour neutraliser sur une base prospective le dumping dommageable. Pour

⁸¹ Les États-Unis font référence, par exemple, à *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, *op.cit.*, pages 988 et 989; *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, *op.cit.*, page 516; *Schwimmer v. Sony Corp.*, *op.cit.*, pages 796 et 797.

⁸² Les États-Unis indiquent que le passage pertinent de la Loi Clayton figure dans 38 Stat. 731 (1914).

⁸³ Les États-Unis indiquent que le passage pertinent de la Loi Sherman se trouve dans 26 Stat. 210 (1890). Ils précisent que le Congrès a par la suite modifié cette partie de la Loi Sherman.

⁸⁴ Les Communautés européennes citent les cas suivants: 35 U.S.C. Sec. 296 (Titre 35 - Brevets/Partie III Brevets et protection des droits de brevet/Chapitre 29 – Recours contre la contrefaçon de brevet, et autres actions); 7 U.S.C. Sec. 2570 (Titre 7 – Agriculture/Chapitre 57 – Protection des variétés végétales/Sous-chapitre III – Protection des variétés végétales et droits concernant les obtentions végétales); 12 U.S.C. Sec. 2607 (Titre 12 – Banques et activité bancaire/Chapitre 27 – Procédures de règlement en matière immobilière); 25 U.S.C.S. § 305e (United States Code Service; Titre 25 – Indiens/Chapitre 7A – Promotion du bien-être social et économique); 15 U.S.C. Sec. 1117 (Titre 15 - Commerce intérieur et international/Chapitre 22 - Marques/Sous-chapitre III - Dispositions générales); 15 U.S.C. Sec 1693f (Titre 15 – Commerce intérieur et international/Chapitre 41 – Protection en matière de crédit à la consommation/Sous-chapitre VI – Transferts de fonds électroniques); 18 U.S.C. Sec. 1964 (Titre 18 – Infractions pénales et procédure pénale/Chapitre 96 - Organisations mafieuses et frauduleuses); 22 U.S.C. Sec. 6082 (Titre 22 – Relations et rapports personnels avec l'étranger/Chapitre 69A – Liberté et solidarité démocratique à Cuba (Libertad)/Sous-chapitre III - Protection des droits réels des ressortissants des États-Unis).

sa part, la Loi de 1916 intervient contre un type différent d'activité commerciale préjudiciable. Dans le cadre de ses dispositions, le simple dumping n'est pas suffisant. Il faut que le demandeur prouve l'existence d'une discrimination de prix qui soit habituelle et systématique en même temps que substantielle et qu'il démontre l'existence d'une intention prédatrice. De plus, elle n'exige pas la preuve d'un "dommage important" effectif ou de la menace d'un tel dommage pour une branche de production nationale. Le demandeur est par contre tenu de justifier de dommages causés à son activité ou à ses biens. Ainsi, si un importateur peut parfois enfreindre la Loi de 1916, on ne saurait dire que les mêmes faits satisferaient aux conditions prescrites pour l'imposition de droits antidumping.

3.90 Les États-Unis soutiennent que les différences entre les règles antidumping et la Loi de 1916 se décèlent aisément lorsque l'on confronte les prescriptions de l'Accord antidumping avec celles de la Loi de 1916:

- a) Les différences de prix requises dans le cadre des deux ensembles de règles sont fort différentes. Dans la Loi de 1916, il faut que le prix aux États-Unis soit "substantiellement inférieur" au prix appliqué à l'étranger. Dans le cadre de l'Accord antidumping, il suffit normalement d'une simple différence de prix qui soit supérieure au niveau *de minimis*, c'est-à-dire que le prix appliqué aux États-Unis doit seulement être inférieur au prix pratiqué à l'étranger.
- b) La Loi de 1916 exige que les différences de prix substantielles soient pratiquées "de manière habituelle et systématique". Il n'y a pas de prescription semblable dans l'Accord antidumping.
- c) La Loi de 1916 exige du plaignant qu'il établisse "l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis". Selon la loi américaine, il faut que cette intention ait un caractère "prédateur". Par contre, l'Accord antidumping n'impose aucune condition d'intention d'aucune sorte.
- d) Dans un litige privé, la Loi de 1916 exige la preuve de dommages subis par la partie plaignante elle-même. L'Accord antidumping, par contre, exige que soit constatée l'existence d'un dommage important causé à une branche de production nationale.

3.91 Les **Communautés européennes** concèdent qu'il y a des différences entre les prescriptions de la Loi de 1916 et celles de l'article VI du GATT de 1994, mais ces différences n'écartent pas toute violation. Ce sont elles qui expliquent en grande partie l'existence d'une violation. En conséquence, les différences dégagées par les États-Unis soulèvent les questions suivantes:

- a) Sur les différences de prix prescrites, les Communautés européennes demandent aux États-Unis s'ils veulent dire que les dispositions de l'Accord sur l'OMC relatives au dumping ne vont pas jusqu'à la discrimination de prix "substantielle", mais visent seulement celle qui se situe entre les niveaux "*de minimis*" et "substantiel".
- b) En ce qui concerne le deuxième trait distinctif indiqué par les États-Unis, c'est-à-dire la fréquence requise de la discrimination de prix, les Communautés européennes leur demandent s'ils considèrent que les dispositions de l'Accord sur l'OMC relatives au dumping ne couvrent pas le dumping "habituel et systématique".
- c) S'agissant de la condition d'intention, les Communautés européennes demandent aux États-Unis s'ils veulent dire que la discrimination de prix causant un "dommage important" échappe aux dispositions de l'Accord sur l'OMC relatives au dumping si

elle est en même temps délibérée. Elles rappellent à cet égard que la Loi de 1916 prévoit un certain nombre d'"intentions" différentes possibles, dont certaines seulement ont trait à la concurrence. L'intention de léser une branche de production américaine suffit à engager la responsabilité et n'exige aucun effet sur la concurrence.

- d) Enfin, à propos du dernier trait distinctif, à savoir la preuve de dommages subis individuellement par des sociétés, les Communautés européennes demandent aux États-Unis si leur position est que, dans les cas de dommage important causé à la branche de production nationale au sens des dispositions de l'Accord sur l'OMC relatives au dumping, il n'y aurait pas de dommage causé individuellement à telle ou telle autre société.

3.92 Les Communautés européennes font de plus valoir que le fait que la Loi de 1916 n'interdit la discrimination de prix que dans les cas où le prix est plus faible aux États-Unis qu'ailleurs et se borne ainsi à protéger le marché américain contre des prix trop bas donne aussi à penser que c'est une mesure antidumping et non une mesure antitrust.

3.93 Répondant au dernier argument des CE, les **États-Unis** observent que la Loi de 1916 comme son interprétation sont nécessairement centrées sur les effets anticoncurrentiels produits aux États-Unis. Pour reprendre la formule de la Cour suprême des États-Unis:

"Les défenseurs au pouvoir ne sauraient recouvrer de dommages-intérêts au titre de la législation antitrust sur le seul fondement d'une prétendue cartellisation du marché japonais, parce que les lois antitrust américaines ne règlent pas les conditions de la concurrence dans les économies des autres nations."⁸⁵

3.94 Les États-Unis réaffirment aussi qu'à leur sens, quelle que soit la manière de qualifier la Loi de 1916, le fait demeure que, pour obtenir gain de cause en s'appuyant sur elle, le demandeur doit invoquer et prouver de nombreux éléments qui la rendent qualitativement différente d'une mesure destinée à porter remède au dumping. Au tout premier rang de ces éléments figure l'exigence d'une intention prédatrice bien précise.

3.95 Les **Communautés européennes** rejettent l'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 est qualitativement différente d'une mesure destinée à porter remède au dumping. Elles rappellent que la condition primordiale prescrite par la Loi de 1916 correspond au dumping au sens de l'article VI du GATT de 1994. Certaines de ses prescriptions supplémentaires, comme le dumping "habituel et systématique" et la marge de dumping "substantielle", peuvent faire que le dumping doive être plus grave que dans le cadre de l'article VI du GATT de 1994, mais cela ne rend pas pour autant inapplicable la définition de l'article VI. L'article VI couvre toutes les pratiques de dumping, y compris celles qui sont "habituelles et systématiques". L'article VI couvre toutes les formes de "dumping des prix", tel que celui-ci y est défini. La seule forme de dumping qu'il ait jamais été question d'exclure du champ d'application du GATT de 1947 est le dumping "hors prix".⁸⁶

3.96 Les **États-Unis** considèrent que les Communautés européennes tentent de minimiser les différences qualitatives qui existent entre la Loi de 1916 et une mesure antidumping en prétendant que la "condition primordiale" prescrite par la Loi de 1916 correspond au "dumping" et que les autres

⁸⁵ *Matsushita Electrical Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 582 (1986) (ci-après "*Matsushita Electrical*"), citant *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416, 433 (2d Cir. 1945) (L. Hand, J.).

⁸⁶ Les Communautés européennes font référence à GATT, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice (1994), page 204 (en anglais seulement).

éléments dont elle requiert la preuve ne sont que "quelques conditions additionnelles" qui ne suffisent pas à la dégager des règles antidumping. Par cette caractérisation erronée, les Communautés européennes essaient de justifier l'étiquette "mesure antidumping" qu'elles accordent à la Loi de 1916.

3.97 À cela les **Communautés européennes** rétorquent que le but de l'article VI et de l'Accord antidumping serait mis en péril si les Membres de l'OMC pouvaient justifier l'application de mesures autres que les droits antidumping – tels des dommages-intérêts dans des actions en responsabilité au civil ou des sanctions pénales – au motif que le comportement auquel elles sont appliquées est défini d'une manière qui, tout en reprenant les éléments essentiels de la définition du dumping, en diffère, parce qu'elle y ajoute telle ou telle autre condition additionnelle, par exemple en prévoyant que la mesure corrective additionnelle est disponible dans les cas de dumping aggravé, ou qu'elle assortit la définition objective du dumping de certaines intentions bien précises. C'est exactement ce que fait la Loi de 1916, étant entendu qu'elle n'avait pas été votée pour tourner la discipline de l'article VI du GATT de 1994, qui ne devait être adoptée qu'une trentaine d'années plus tard. Il n'en reste pas moins qu'admettre que la Loi de 1916 soit compatible avec l'article VI du GATT de 1994 amènerait à admettre qu'une législation nationale puisse tourner l'article VI grâce au simple expédient qui consiste à y "accrocher" quelques éléments de définition additionnels et à prévoir une mesure corrective autre que les droits antidumping.

3.98 Pour les **États-Unis**, il demeure évident, d'après le texte de la loi, les travaux préparatoires et la jurisprudence pertinente que ce sont les éléments additionnels et leur but qui rendent la Loi de 1916 qualitativement différente d'une simple mesure antidumping. Ces éléments ne sont pas plus des "conditions" que l'obligation faite au demandeur d'établir la différence de prix requise. Il faut démontrer l'existence de tous les éléments de la Loi de 1916 pour établir la responsabilité. Rien ne permet de postuler que l'un d'entre eux soit plus important qu'un autre ou l'emporte sur un autre.

b) La distinction théorique entre antidumping et antitrust

3.99 Selon les **Communautés européennes**, rien dans le GATT de 1994, l'Accord antidumping ou aucun autre texte de l'OMC ne vient étayer la thèse que, dans l'optique de l'OMC, il existe une nette séparation entre deux catégories mutuellement exclusives de législation nationale, la législation antidumping, soumise à l'article VI du GATT de 1994 et à l'Accord antidumping, d'une part, et la législation antitrust, qui n'est pas soumise à leurs règles, d'autre part. Il n'y a même rien dans le GATT de 1994 ni dans l'Accord antidumping qui traite ou effleure aucunement les questions antitrust. En conséquence, il n'y a rien dans ces textes qui empêche les lois et règlements considérés par les tribunaux ou les législateurs nationaux comme "antitrust" par nature d'être soumis aux dispositions de l'article VI et de l'Accord antidumping. C'est sur une fausse dichotomie que les États-Unis fondent leur argument.⁸⁷

3.100 Le Groupe spécial ayant demandé en quoi diffèrent les traits fondamentaux, les principes et les hypothèses économiques de base respectifs des réglementations antidumping et des réglementations antitrust, les Communautés européennes observent, tout d'abord, que, dans bien des cas, les unes et les autres ont des origines communes et reposent sur les mêmes notions.⁸⁸ Les

⁸⁷ Les Communautés européennes observent qu'en tout état de cause il a été reconnu même aux États-Unis que la Loi de 1916 vise les mêmes pratiques que la législation antidumping d'autres pays, à savoir les pratiques définies comme "la vente d'une marchandise importée à un prix inférieur à son prix courant sur le marché ou son prix de gros dans le pays de production". Les Communautés européennes font référence à United States Tariff Commission, Information Concerning Dumping and Other Foreign Competition in the United States and Canada's Anti-Dumping Law, brochure imprimée à l'usage de la Commission des voies et moyens de la Chambre des représentants (1919), page 9.

⁸⁸ Les Communautés européennes notent que c'est pour cette raison que la Loi de 1916 s'inspire sur certains points des dispositions de la Loi Sherman.

législations antidumping ont commencé à faire leur apparition dans divers pays au début du XXe siècle, vers la même époque que la législation antitrust aux États-Unis. Si les deux types de législation étaient bien l'une comme l'autre les enfants des idées de l'époque, la législation antidumping a cependant dès le départ été fondée sur le principe que le commerce international pose un ensemble de problèmes particulier exigeant des solutions législatives et des mesures correctives spécifiques. Cette conception a pris de l'importance à mesure que les droits de douane et autres obstacles au commerce international étaient réduits. Dans la négociation de l'Accord antidumping de l'OMC, "les Communautés européennes et les États-Unis [...] se sont déclarés d'avis que des règles antidumping efficaces et pragmatiques sont indispensables pour préserver un système commercial ouvert et libéral".⁸⁹

3.101 Les Communautés européennes indiquent également que, dans la plupart des analyses, ce qui est présenté comme la raison d'être essentielle du dumping est la possibilité pour les agents économiques opérant sur un marché, lorsque les marchés nationaux sont économiquement indépendants, de mettre à profit les différences de conditions économiques existant entre les deux marchés pour y appliquer des prix différents. En particulier, lorsqu'il y a des obstacles à l'entrée sur un marché, les producteurs nationaux peuvent les exploiter pour appliquer sur ce marché des prix élevés et utiliser les bénéfices ainsi réalisés pour subventionner leurs exportations vers un autre marché. Ces pratiques peuvent causer un dommage aux producteurs actuels ou potentiels du marché d'exportation considéré. Pour les Communautés européennes, l'une des définitions classiques de la notion économique de dumping est la suivante:

"Pour l'économiste, le dumping, dans sa définition classique, n'est qu'une discrimination de prix entre des marchés nationaux, définition proposée à l'origine par Viner. Il fallait une définition restreinte pour les besoins de la théorie économique, et celle qu'avancait Viner permettait d'englober la question dans la théorie générale du monopole et de la concurrence imparfaite.

La condition nécessaire d'une discrimination de prix est que le marché total d'un produit puisse être décomposé en deux ou plusieurs sous-marchés, dont au moins un soit isolé des autres. De plus, il faut que le vendeur exerce un certain pouvoir de monopole sur un ou plusieurs des sous-marchés isolés. Dans ces conditions, la discrimination de prix est profitable s'il y a une différence d'élasticité de la demande entre les sous-marchés indépendants, car elle lui permet de demander pour le produit un prix plus élevé sur le marché où la demande est moins élastique.

Les facteurs qui entraînent l'isolement dans le commerce international sont les droits de douane élevés, les restrictions à l'importation et d'autres obstacles non tarifaires comme les normes techniques imposées par la loi. Ces facteurs sont présents d'ordinaire sur le marché intérieur du fournisseur, dont ils renforcent le pouvoir sur ce marché. Ils y créent une demande moins élastique du produit et lui permettent de demander des prix plus élevés. La discrimination de prix ne doit cependant pas nécessairement jouer entre le marché intérieur et le marché d'exportation et peut se pratiquer entre différents marchés d'exportation."⁹⁰

3.102 Les Communautés européennes signalent qu'on trouve le même genre de raisonnement dans une note d'une revue de droit américaine, dont elles citent le passage suivant:

⁸⁹ M. Koulen, "The New Anti-Dumping Code Through its Negotiating History", The Uruguay Round Results, J. Bourgeois, dir. publ. (1995), page 160.

⁹⁰ H.-F. Beseler et N. Williams, Anti-dumping and Anti-subsidy Law, The European Communities, (1986), page 41 (citations omises).

"[L]'exigence d'une récupération – au moins telle qu'elle est définie dans *Brooke Group* – est trop restreinte dans le contexte international parce qu'elle ignore l'aptitude des entreprises qui exercent un monopole ou un oligopole sur leur marché intérieur à récupérer aussitôt les pertes entraînées par le dumping en augmentant les bénéfices qu'elles tirent de leur monopole sur ce marché. En pratiquant le dumping aux États-Unis, les producteurs étrangers sont à même de profiter des économies d'échelle qu'assure la production au taux optimal d'utilisation des capacités tout en limitant leurs ventes sur leur marché intérieur pour y protéger leurs prix de monopole."⁹¹

3.103 Les Communautés européennes soutiennent également que le GATT de 1947 laisse transparaître le fait qu'à cette date s'était déjà cristallisée l'idée que, pour décider s'il y avait lieu d'appliquer des mesures antidumping, il fallait considérer dans l'enquête un ensemble d'effets dommageables possibles bien définis, dont l'existence devait être déterminée par référence à une "branche de production" du pays d'importation. La "branche de production" signifie les producteurs. L'existence d'un "dommage" doit donc être déterminée par référence à la situation des producteurs. Sans doute peut-il y avoir à l'arrière-plan l'hypothèse que le dommage causé aux producteurs finira par aboutir à un dommage causé aux consommateurs, mais elle n'est pas explicite dans les règles, et il n'est nullement prescrit qu'une enquête sur le dommage englobe les effets des pratiques de dumping sur les consommateurs.

3.104 Les Communautés européennes relèvent que, par contre, on dit souvent que les lois antitrust protègent la concurrence, et non les concurrents.⁹² La théorie antitrust moderne tend de plus en plus à poser expressément une équation entre la concurrence et le bien-être des consommateurs.⁹³ Cela transparaît dans le raisonnement et le langage que tient la Cour suprême des États-Unis qui, dans l'affaire *Brooke Group*, a jugé que pour prouver une infraction "de première ligne" à la Loi Robinson-Patman, le demandeur est tenu d'invoquer et de prouver la prédation, c'est-à-dire i) l'application de prix inférieurs à "une mesure appropriée" des coûts du défendeur et ii) l'existence démontrée de chances raisonnables pour le concurrent de récupérer ce qu'il a investi en fixant des prix inférieurs à ses coûts. La Cour a dit que les conditions essentielles à remplir pour établir une infraction "de première ligne" à la Loi Robinson-Patman sont les mêmes que lorsqu'on allègue la monopolisation par des prix prédateurs dans le cadre de l'article 2 de la Loi Sherman. Notant les critiques adressées à la jurisprudence antérieure à la lumière du "souci du bien-être des consommateurs et de la concurrence sur les prix qui a toujours inspiré les lois antitrust", la Cour a déclaré que, "en substance, l'allégation est la même dans le cadre des deux lois: une entreprise rivale

⁹¹ Note, Rethinking the 1916 Antidumping Act, 110 Harv. L. Rev. 1555, 1566 (1997).

⁹² Les Communautés européennes signalent que les lois antitrust, du moins dans le cas des États-Unis, emploient des formules générales se rapportant à la concurrence en tant que telle: "restreindre le commerce dans ou entre les différents États, ou avec les nations étrangères" (article premier de la Loi Sherman); "monopolis[ant] ou tent[ant] de monopoliser [...] une quelconque fraction du commerce dans ou entre les différents États, ou avec les nations étrangères" (article 2 de la Loi Sherman); une discrimination de prix pouvant avoir pour effet "de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui en accorde ou qui en a accepté en connaissance de cause le bénéfice, ou les clients de l'une ou l'autre" (article 2 de la Loi Clayton, modifié par la Loi Robinson-Patman).

⁹³ Les Communautés européennes observent aussi qu'il n'existe cependant aucun critère communément admis de ce qui définit une loi "sur la concurrence".

a fixé le prix de ses produits d'une manière déloyale dans le dessein d'éliminer ou de retarder la concurrence pour s'assurer et exercer ainsi une emprise sur les prix sur le marché considéré".⁹⁴

3.105 Pour les Communautés européennes, il découle de ces considérations théoriques que la caractéristique essentielle d'une loi antidumping visée par la discipline de l'article VI et de l'Accord antidumping est qu'elle est destinée à fournir un recours contre les importations en cas de discrimination de prix consistant à vendre les produits ainsi importés à un prix inférieur à celui qui est appliqué dans les ventes des mêmes produits sur le marché d'où ils sont exportés. La théorie et la législation antidumping reposent sur l'idée que le genre de discrimination de prix entre des marchés différents décrit à l'article VI du GATT de 1994 pose un problème différent de celui de la discrimination de prix pratiquée sur un seul et même marché, et exige un ensemble de mesures correctives différent.

3.106 Les **États-Unis** s'inscrivent en faux contre l'idée avancée par les Communautés européennes d'une dichotomie complète entre les lois antitrust, à la recherche du bien-être du consommateur, et les lois commerciales, centrées sur la prospérité des producteurs. Cette prétendue dichotomie est une exagération de la réalité. S'il est assurément vrai que quelques lois antitrust très connues ont pour but de renforcer l'efficacité économique et d'accroître le bien-être des consommateurs, il est vrai aussi cependant qu'il existe un nombre non négligeable de lois antitrust qui ont d'autres finalités, et notamment la protection des petites entreprises ou d'autres concurrents considérés individuellement.

3.107 Les États-Unis signalent que l'on trouve un exemple de ces autres finalités des lois antitrust dans la Loi Robinson-Patman, où, dans le contexte des dommages "de deuxième ligne"⁹⁵, le législateur se préoccupe des effets préjudiciables qui s'exercent individuellement sur les concurrents comme sur la concurrence elle-même. En outre, même les principaux instruments antitrust des Communautés européennes, à savoir les articles 81 et 82 du Traité de Rome, conservent un certain souci des concurrents aussi bien que de la concurrence:

"Aux Communautés européennes, cependant, on craint aussi que les grandes entreprises ne rendent la concurrence difficile à soutenir pour les petites entreprises, même si celles-ci sont moins efficaces. Le préambule du Traité [de Rome] mentionne de nombreux facteurs en dehors de l'efficacité, tels que la politique sociale, la concurrence loyale, les petites et moyennes entreprises, la paix et la liberté. Pour protéger les petites entreprises qui sont moins efficaces, il peut être nécessaire de réglementer le comportement des entreprises qui n'ont aucun pouvoir sur les prix."⁹⁶

3.108 Les États-Unis rappellent aussi que, à la différence de leur propre droit antitrust, les dispositions parallèles du droit communautaire condamnant les abus de position dominante n'exigent pas d'indices d'une "récupération" des pertes pour prouver la pratique de "prix prédateurs".⁹⁷ Au surplus, les lois antitrust des États membres des Communautés européennes eux-mêmes adoptent dans certains cas des positions analogues. La France, par exemple, notait dans son rapport de 1996 au

⁹⁴ *Brooke Group, op. cit.*, page 222.

⁹⁵ Les États-Unis rappellent que dans le cas du dommage "de deuxième ligne", certains acheteurs d'un produit se voient appliquer par un vendeur des conditions de vente moins avantageuses que d'autres acheteurs qui sont leurs concurrents.

⁹⁶ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, sixième édition, Oxford (1997), page 76; voir aussi Amato, *Antitrust and the Boundaries of Power* (1997), chap. 3 et 5.

⁹⁷ Les États-Unis font référence à Korah, *op. cit.*, pages 97 à 107; *Tetra Pak II* (C333/94P) [1997] C.E.C., 4 MLR 662.

Comité du droit et de la politique de la concurrence de l'OCDE que "le but des dispositions de la Loi du 1^{er} juillet 1996 est de combattre la pratique de prix de détail artificiellement bas sans être dans la nécessité de prouver l'existence d'un accord anticoncurrentiel ou d'une position dominante".⁹⁸ De même, l'Office britannique de la concurrence (OFT) a récemment publié un projet ("Consultation Draft") analysant la disposition de la Loi britannique de 1998 sur la concurrence relative à l'"abus de position dominante", où l'on peut lire:

"Dans *Akzo* et *Tetra-Pak II*, la Cour européenne de justice a jugé le comportement des entreprises abusif sans considérer explicitement si la récupération de leurs pertes serait réalisable. Le Directeur général [de l'OFT] ne s'estimerait donc pas nécessairement tenu d'établir que la prédation était réalisable."⁹⁹

3.109 Selon les États-Unis, il ressort de ces exemples que le fait qu'une mesure puisse englober la protection des concurrents ne la raye pas de la catégorie des lois antitrust. La difficulté demeure donc pour les lois antitrust de protéger la concurrence sans protéger par trop les concurrents, ou de protéger les concurrents sans porter par trop atteinte à la concurrence. Ce "paradoxe du droit antitrust" est l'expression de cette réalité ancrée dans l'histoire que les lois antitrust ont des finalités sociales et politiques aussi bien qu'économiques.

3.110 Les **Communautés européennes** récusent l'argument des États-Unis selon lequel elles se fondent sur une "dichotomie complète entre les lois antitrust et les lois antidumping". Elles ont au contraire la position inverse. Les réglementations antitrust et antidumping ont dans bien des cas des origines communes et reposent sur des notions communes. Ce qui compte, c'est qu'il existe une définition des mesures antidumping et des disciplines les concernant, si bien que la seule question à trancher pour le Groupe spécial est de savoir si la Loi de 1916 relève des disciplines antidumping et leur est contraire, et non s'il existe une "dichotomie".

3.111 Les **États-Unis** soutiennent également, pour répondre à la même question posée par le Groupe spécial aux Communautés européennes, que les réglementations antidumping et les lois antitrust ont des objectifs différents, sont fondées sur des principes différents et visent à remédier à des problèmes différents. Les réglementations antidumping ne sont pas destinées à porter remède aux pratiques de prix prédateurs des entreprises, pas plus qu'à aucune autre des pratiques anticoncurrentielles individuelles généralement condamnées par les lois antitrust. Elles constituent un instrument d'action corrective commerciale, dont les Membres de l'OMC sont convenus qu'il était nécessaire au maintien du système commercial multilatéral. Sans elles et d'autres instruments commerciaux du même type, il n'aurait pas été possible de s'entendre, dans le cadre du GATT de 1947 et plus tard de l'OMC, sur des ensembles plus larges d'accords prévoyant l'ouverture des marchés, ne serait-ce qu'à cause des imperfections qui subsistent dans ce système. Par contre, les lois antitrust corrigent, entre autres choses, les pratiques de certaines entreprises en matière de prix qui sont contestables parce que ce sont des instruments de constitution d'entente, de monopolisation ou d'abus de position dominante. S'il est vrai que les réglementations antidumping visent certaines pratiques individuelles en matière de prix, ce n'est pas parce que ces pratiques – c'est-à-dire le dumping causant un dommage – sont anticoncurrentielles au sens du droit antitrust. Les pratiques de dumping dommageable ne peuvent pas normalement être considérées comme anticoncurrentielles quand on les analyse dans le cadre des règles bien spécifiques de la plupart des lois antitrust nationales.

3.112 Les États-Unis indiquent en outre que les réglementations antidumping, étant une mesure corrective commerciale, ne sont actionnées que par la pratique du "dumping", c'est-à-dire en réaction

⁹⁸ DAF/CLP(97)11/08, octobre 1997, paragraphe 68.

⁹⁹ Office of Fair Trading, Formal Consultation Draft – Competition Act 1998 – the Chapter II Prohibition (OFT 402 1998), Part 4, en particulier le paragraphe 4.31.

à la situation où un exportateur vend son produit à l'étranger à des prix plus bas que sur son marché intérieur ou à des prix inférieurs au coût de production, ce qui cause un "dommage important" aux fabricants dudit produit dans le pays importateur. Une fois ces faits établis, les autorités chargées des enquêtes peuvent imposer des droits pour neutraliser le dumping dommageable sur une base prospective. Sans doute cette définition simple du dumping causant un dommage peut-elle suggérer certaines comparaisons avec les lois sur la concurrence qui visent la discrimination de prix, mais une analyse attentive permet de constater des différences capitales entre les principes sur lesquels se fondent respectivement les réglementations antidumping et les lois sur la concurrence.

3.113 Les États-Unis rappellent à cet égard que, bien que le dumping puisse parfois tenir à des avantages commerciaux et à une segmentation des marchés nés d'une réaction à des forces commerciales, ce sont le plus souvent la politique industrielle d'un gouvernement ou les aspects essentiels du système économique national créé, encouragé ou toléré par un gouvernement qui permettent le dumping causant un dommage. En particulier, on peut s'inquiéter de certaines politiques ou pratiques industrielles gouvernementales qui, dans la plupart des cas, ne sont directement ou entièrement soumises à aucune des prohibitions ou disciplines prévues dans le cadre de l'OMC. Dans d'autres cas, ces politiques ou pratiques peuvent ne pas être entièrement conformes aux disciplines de l'OMC ou, même si elles le sont, ne pas placer tous les Membres sur un pied d'égalité, parce que le degré d'ouverture et de transparence est variable au départ d'un pays à l'autre. Elles n'en restent pas moins contestables, parce qu'elles faussent les structures ou les mécanismes du marché et, de ce fait, confèrent des avantages artificiels aux producteurs du pays exportateur, bien souvent d'ailleurs aux dépens des consommateurs de ce pays. Ces avantages artificiels se traduisent généralement par des bénéfices accrus pour ces producteurs sur leur marché intérieur, qui leur permettent de pratiquer à l'étranger un dumping qui cause un dommage et, pour diverses raisons, risquent de les y encourager.

3.114 Selon les États-Unis, on peut ranger dans une même grande catégorie de politiques industrielles contestables celles qui à la fois imposent des limites à la concurrence intérieure et dressent des obstacles à l'accès au marché des concurrents étrangers - combinaison dont les variantes possibles sont fort nombreuses. D'une part, la limitation de la concurrence intérieure peut procéder de diverses sortes de politiques sectorielles entrant dans le cadre de l'action menée par le gouvernement pour influencer la structure du marché intérieur en vue de peser sur le nombre ou le type de producteurs, à savoir 1) les politiques qui limitent le nombre des producteurs dans telle ou telle branche de production, par des restrictions à la délivrance de licences par exemple, 2) les monopoles d'État, 3) les politiques consistant à favoriser une entreprise nationale "championne" dans une branche de production, 4) les politiques de répartition et de stabilisation des parts de marché et 5) toute une gamme d'autres politiques qui réglementent le commerce en créant, favorisant ou tolérant des monopoles ou des oligopoles ou en privilégiant certains producteurs nationaux par rapport à leurs concurrents nationaux et étrangers. Les autres grandes catégories de politiques contestables sont le contrôle des prix intérieurs, les subventions publiques et le commerce d'État.

3.115 Les États-Unis font valoir que les réglementations antidumping constituent une forme de riposte pratique, quoique indirecte, à ces politiques qui faussent les échanges. Elles permettent à tout Membre, en présence d'un certain effet préjudiciable de ces politiques - à savoir la pratique, de la part des producteurs qui bénéficient de ces réglementations, d'un dumping dommageable, à l'exportation, - d'y parer en imposant des droits qui le compensent. Vues sous cet angle, les réglementations antidumping représentent un effort pour maintenir "l'égalité des conditions" de la concurrence entre producteurs de pays différents. Les droits antidumping sont destinés à neutraliser, quantitativement, les avantages artificiellement obtenus par les producteurs du pays exportateur afin que les producteurs du pays importateur puissent soutenir la concurrence, au moins sur leur marché intérieur, à égalité avec ceux du pays exportateur.

3.116 Les États-Unis indiquent que les réglementations antidumping aident aussi à neutraliser les injustices qui peuvent découler des différences existant entre les systèmes économiques nationaux, même à mesure que le commerce international se libéralise. Ainsi, des dispositifs différents, sur le

double plan juridique et social, en matière d'emploi et de sous-emploi, ou des différences dans la structure de l'endettement et la charge de la dette, souvent rendues possibles par l'intervention indirecte des pouvoirs publics dans le système bancaire, peuvent favoriser les producteurs du pays exportateur par rapport à ceux du pays importateur et aboutir à un dumping dommageable. Parmi les autres circonstances qui peuvent aussi aboutir à ce résultat figurent certains comportements individuels entravant la concurrence, le subventionnement croisé que peuvent entraîner l'organisation juridique et le fonctionnement de groupes d'entreprises étrangères, ou encore, dans le cas des économies autres que de marché ou de certaines économies en transition, des directives à l'exportation et des prix et des coûts qui ne reposent pas entièrement sur les principes de l'économie de marché.

3.117 Les États-Unis considèrent que les réglementations antidumping sanctionnent ainsi implicitement l'existence d'une norme admise de comportement des gouvernements dans le contexte commercial multilatéral général, à savoir qu'un gouvernement ne doit pas appliquer une politique industrielle qui fausse les structures ou le jeu des mécanismes du marché et assure ainsi aux producteurs nationaux des avantages artificiels au détriment des producteurs étrangers. Elles confirment aussi qu'il doit y avoir un moyen de corriger certains préjudices causés par l'interaction de systèmes économiques différents.

3.118 Passant aux lois sur la concurrence, les États-Unis notent qu'à juste titre elles ne tiennent pas compte de ces considérations et ne s'attaquent pas aux problèmes fondamentaux sur lesquels précisément sont axées les réglementations antidumping. Les lois sur la concurrence, par contre, viennent remédier aux pratiques des entreprises privées qui sont en soi contestables parce qu'elles sont anticoncurrentielles dans l'optique antitrust. Les objectifs primordiaux de la politique de la concurrence, tels qu'ils trouvent leur expression dans les lois sur la concurrence, sont de promouvoir l'efficacité économique et de maximiser le bien-être des consommateurs par l'innovation et l'affectation optimale des ressources sur des marchés concurrentiels. Les lois sur la concurrence visent donc dans une large mesure les pratiques des entreprises privées en matière de concurrence et la structure du marché, l'objectif étant d'assurer la concurrence sur le marché. Dans certains pays, elles ont encore d'autres objectifs, moins importants, comme la sauvegarde d'une économie décentralisée, le soutien des petites entreprises ou le maintien de la stabilité économique et sociale.

3.119 Les États-Unis reconnaissent que les réglementations antidumping visent certaines pratiques de prix des entreprises privées à l'instar des lois sur la concurrence. Toutefois, la pratique du dumping n'est pas anticoncurrentielle au sens du droit antitrust. Les réglementations antidumping offrent un remède contre le dumping causant un dommage qui est une riposte indirecte à une politique industrielle étrangère faussant le marché ou à des différences entre les systèmes économiques nationaux. De ce fait, même si le dumping pratiqué par les producteurs étrangers peut, par exemple, adresser au marché du pays importateur de faux signaux qui provoquent des distorsions dans la structure des investissements, le dumping ne peut pas normalement être considéré comme une pratique anticoncurrentielle quand on l'analyse dans le cadre des règles bien spécifiques de la plupart des législations nationales de la concurrence.

3.120 Les États-Unis rappellent qu'au sein du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence les Communautés européennes ont reconnu en 1998 la distinction entre lois antidumping et lois sur la concurrence, en ces termes:

"La législation antidumping et le droit de la concurrence s'appliquent dans des contextes économiques, juridiques et institutionnels différents. Le second interdit, sous peine de sanctions strictes, certaines formes de fixation des prix par les entreprises. Alors qu'il s'applique en principe dans le cadre d'un marché intégré, la législation antidumping s'applique dans un contexte économique où il existe toujours

des mesures à la frontière ainsi que d'autres obstacles réglementaires au commerce et des distorsions des échanges."¹⁰⁰

3.121 Les États-Unis observent qu'en outre, à la réunion où le Groupe de travail avait examiné le document cité ci-dessus, le représentant des Communautés européennes avait "répété que la communication de sa délégation soutenait que la législation antidumping et le droit de la concurrence s'appliquaient dans des contextes économiques, juridiques et institutionnels différents et que, par conséquent, il ne pouvait être question de remplacer l'une par l'autre, ni de simplement transposer mécaniquement, du droit de la concurrence dans la législation antidumping, des notions visant à régler des problèmes de nature totalement différente et qui étaient à la base d'instruments entièrement différents".¹⁰¹

3.122 Les **Communautés européennes** rétorquent que les États-Unis cherchent à élaborer une théorie nouvelle du dumping qui est inconciliable avec le texte de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, comme avec l'application que les États-Unis ont faite de la législation antidumping pendant des décennies. Elles demandent aux États-Unis s'ils vont désormais s'abstenir d'appliquer des droits antidumping en l'absence de politique ou pratique nationale étrangère qui en sous-œuvre fausse les échanges. De même, elles se demandent s'ils vont à l'avenir admettre, comme moyen de défense des exportateurs dans les affaires de dumping, des arguments du genre "je n'ai pas de marché intérieur protégé" ou "je ne me livre pas au dumping, je pratique des prix prédateurs".

3.123 Les Communautés européennes ajoutent que l'assertion selon laquelle la réglementation antidumping est une riposte aux politiques nationales qui faussent les échanges peut avoir des conséquences de très grande portée, que les parties contractantes au GATT de 1947 n'avaient certainement jamais voulues. Cet argument implique que les réglementations antidumping exercent une sorte de contrainte indirecte sur la politique intérieure du pays de l'auteur du dumping – même dans des domaines étrangers à la politique commerciale comme la politique industrielle ou les relations sociales, auxquelles se réfèrent les États-Unis. Cela ne trouve aucun appui dans le texte des dispositions de l'Accord sur l'OMC relatives au dumping ni dans l'historique de leur négociation. La seule restriction foncière à leur liberté d'action que les règles de l'OMC visant le dumping imposent aux Membres est l'obligation de suivre une politique antidumping conforme à ces règles et de prendre des mesures antidumping qui soient compatibles avec elles.

3.124 Les **États-Unis** contestent qu'ils soient en train d'élaborer une nouvelle théorie du dumping. Ils rappellent que leur conception du dumping est analysée en détail dans la note qu'ils ont présentée au Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence. D'ailleurs, au sein de ce même groupe de travail, les Communautés européennes elles-mêmes ont admis en gros les mêmes notions. En outre, il n'est pas inutile de noter que dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal de district a même consacré cette distinction – en disant qu'"il est depuis longtemps notoire que le dumping lui-même constitue une pratique commerciale internationale préjudiciable qui peut, à travers *l'intervention gouvernementale, par opposition à l'action des forces du marché*, provoquer de fortes hausses des importations, au détriment des producteurs nationaux".¹⁰²

c) Déclarations de représentants de l'exécutif américain

3.125 Les **Communautés européennes** font valoir qu'en refusant d'admettre que la Loi de 1916 est un instrument d'action contre le dumping le gouvernement des États-Unis contredit en outre un certain

¹⁰⁰ WT/WGTCP/W/78.

¹⁰¹ WT/WGTCP/M/5, paragraphe 71.

¹⁰² *Wheeling-Pittsburgh*, op. cit., page 604 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

nombre de déclarations officielles faites par de hauts fonctionnaires américains en 1985 et 1986, à l'occasion des débats sur l'adoption de l'article 236 et de l'article 1655, deux projets de loi portant modification de la Loi de 1916.¹⁰³

3.126 Les Communautés européennes observent que, dans une lettre du 17 juin 1985 adressée à la Commission judiciaire du Sénat des États-Unis, le Président de la Commission fédérale du commerce écrit que les dispositions de la Loi de 1916 "établissent la responsabilité, dès lors que le *dumping* est consommé", dans les conditions qui y sont exposées. Il précise en outre, dans une note de bas de page, que "[d]ans le cadre de la Loi antidumping de 1916, le dumping est la différence entre le prix aux États-Unis et le prix à l'étranger".¹⁰⁴ Au surplus, dans sa déposition du 18 juillet 1986 devant la Commission des finances du Sénat, le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, déclare, entre autres choses, que la Loi de 1916 n'est licite au regard du GATT de 1947 et du Code antidumping que parce qu'elle a été exemptée au bénéfice de l'antériorité en vertu du Protocole d'application provisoire de 1947.¹⁰⁵ L'ancien Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Clayton Yeutter, et le Département de la justice ont aussi fait des déclarations analogues.¹⁰⁶

3.127 Aux yeux des Communautés européennes, cela prouve que, naguère, les organes de l'État fédéral estimaient non seulement que la Loi de 1916 visait les pratiques de dumping, mais encore que sans le bénéfice de l'antériorité, elle aurait été illicite au regard du GATT. Les États-Unis n'ont pas

¹⁰³ Les Communautés européennes relèvent que ces modifications, qui visaient notamment à assouplir les critères d'application de la Loi de 1916, n'ont jamais été adoptées.

¹⁰⁴ Ce sont les Communautés européennes qui soulignent.

¹⁰⁵ Les Communautés européennes font référence aux pages 4 et 5 de la déposition, où il est dit, notamment, que "le Code antidumping [...] limite expressément la mesure corrective en cas de dumping au recouvrement de droits antidumping sur une base prospective pour neutraliser la marge de dumping. [...] L'article 16 [du Code antidumping du Tokyo Round, devenu l'article 18.1 de l'Accord antidumping de l'OMC] revient nécessairement à affirmer qu'un gouvernement peut offrir à ses administrés un remède et un seul au dumping. Ce remède est la perception de droits, dans des conditions compatibles avec le Code antidumping. Nous estimons que notre lecture découle logiquement de la lettre et de l'esprit du GATT et du Code antidumping. Il s'ensuit aussi que l'article 1655 serait contraire au Code en imposant des sanctions additionnelles en sus des droits antidumping normaux. [...] On peut certes adresser la même critique à la Loi antidumping de 1916, mais celle-ci a été exemptée au bénéfice de l'antériorité par le Protocole d'application provisoire lorsque les États-Unis sont entrés au GATT en 1947. Cette subtilité juridique fait que la Loi de 1916, sous sa forme actuelle, est licite au regard du GATT."

¹⁰⁶ Les Communautés européennes font référence à une lettre en date du 18 février 1986, adressée au sénateur S. Thurmond, par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, C. Yeutter, où l'auteur dit, en critiquant les projets de modification de la Loi de 1916, que "si bon nombre des objections qui précèdent peuvent être adressées à la Loi antidumping de 1916, cette loi a cependant été exemptée au bénéfice de l'antériorité par le Protocole d'application provisoire à l'accession des États-Unis au GATT, et elle est par conséquent licite au regard du GATT". Les Communautés européennes se réfèrent aussi à une autre lettre, en date du 4 février 1986, adressée au sénateur S. Thurmond, par l'Assistant Attorney General, J. Bolton, où il est dit que "pour autant que des dispositions de l'actuelle Loi de 1916 soient incompatibles avec le GATT, elles sont protégées par la "clause d'antériorité" du paragraphe 1 b) du Protocole de 1947 portant application provisoire du GATT".

cherché à obtenir le bénéfice d'une exception pour antériorité dans le cadre du GATT de 1994.¹⁰⁷ Selon les Communautés européennes, la conclusion logique à en tirer est que, puisque les autorités américaines ont admis que la Loi de 1916 bénéficiait de la clause d'antériorité dans le cadre du GATT de 1947 et puisqu'elle ne bénéficie d'aucune clause semblable dans le cadre du GATT de 1994, elle contrevient à l'Accord sur l'OMC et au GATT de 1994.

3.128 De plus, les Communautés européennes évoquent les Directives de 1995 pour l'application de la législation antitrust aux opérations internationales du Département de la justice et de la Commission fédérale du commerce des États-Unis. Ces directives mentionnent expressément le fait que "la Loi de 1916 n'est pas une loi antitrust [...]". C'est une loi commerciale qui ouvre aux particuliers une action contre les importateurs [...].¹⁰⁸

3.129 Les **États-Unis** répondent que, en admettant pour les besoins de la discussion que la manière dont les Communautés européennes caractérisent les déclarations en question soit exacte, la réponse simple à leur argument est qu'en réalité les deux administrations fédérales qui ont fait des observations sur les projets de loi de 1986, à savoir le Département de la justice et le Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, se trompaient.

3.130 Les États-Unis considèrent que le document L/2375/Add.1, du 19 mars 1965, qui remonte à l'époque du GATT de 1947, permet de constater que le gouvernement américain n'avait nulle part fait figurer la Loi de 1916 dans l'inventaire de la législation impérative en vigueur qui n'était pas en conformité avec la Partie II du GATT de 1947. Il avait même, à un moment donné, spécifiquement notifié les lois qui n'étaient pas conformes aux articles III et VI du GATT de 1947, lesquels sont les deux articles auxquels les Communautés européennes prétendent que la Loi de 1916 est contraire. La Loi de 1916 ne figurait pas parmi elles. En clair, ce que signifie le document L/2375/Add.1, c'est que, pour les États-Unis, la Loi de 1916 était licite au regard du GATT et n'avait donc pas besoin de se voir accorder le bénéfice de l'antériorité.

3.131 Les États-Unis confirment que la notification qu'ils avaient présentée dans le document L/2375/Add.1 ne les liait pas, mais ils soutiennent que c'était néanmoins une déclaration officielle exposant la position du gouvernement américain sur la licéité de la Loi de 1916 au regard du GATT de 1947, faite dans une enceinte du GATT. Les États-Unis n'ont pas eu l'occasion d'aborder cette question de la licéité dans la seule autre enceinte possible sous le régime du GATT de 1947, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure de règlement des différends, du fait qu'aucune partie contractante n'a contesté la Loi de 1916 au titre du GATT de 1947, et ce, malgré le fait que les États-Unis ne s'étaient jamais prévalus de la protection offerte par le Protocole d'application provisoire au titre de l'antériorité.

3.132 Les États-Unis signalent également que leur notification contenue dans le document L/2375/Add.1, déclaration officielle du gouvernement américain, est un fait qui dément les déclarations citées par les Communautés européennes. Le Groupe spécial ne devrait par conséquent accorder aucun poids à ces déclarations pour décider si la Loi de 1916 est ou non contraire aux articles III:4 et VI:2 du GATT de 1994.

¹⁰⁷ Les Communautés européennes relèvent, dans le texte liminaire qui ouvre le GATT de 1994, le paragraphe 3 a), qui se borne à mentionner les "mesures prises par un Membre en vertu d'une législation impérative spécifique, promulguée par ce Membre avant qu'il ne devienne partie contractante au GATT de 1947, qui interdit l'utilisation, la vente ou la location de navires construits à l'étranger ou remis en état à l'étranger pour des usages commerciaux entre des points situés dans les eaux nationales ou dans les eaux d'une zone économique exclusive".

¹⁰⁸ Article 2.82 des Directives. Les Communautés européennes observent que le texte intégral peut en être consulté sur Internet à l'adresse suivante: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.txt>.

3.133 Les États-Unis jugent plus important, en revanche, le fait que la conclusion tirée par les Communautés européennes des déclarations faites par les deux administrations n'est pas exacte. Dans chacune de ces déclarations, l'auteur commence par examiner pourquoi le projet de loi, qui aurait modifié la Loi de 1916, était illicite dans le cadre du GATT. Il explique ensuite que si la Loi de 1916 est antérieure au GATT de 1947 et peut donc prétendre au bénéfice de l'antériorité si jamais elle vient à être contestée pour illicéité au regard du GATT, elle ne pourrait plus en revanche y être admise, en vertu de la jurisprudence du GATT de 1947, si elle était modifiée. Ainsi, le représentant du Département de la justice, John Bolton, déclare:

*"Pour autant que des dispositions de l'actuelle Loi de 1916 soient incompatibles avec le GATT, elles sont protégées par la "clause d'antériorité" du paragraphe 1 b) du Protocole de 1947 portant application provisoire du GATT. Toute modification de la Loi de 1916 qui serait incompatible avec le GATT ou avec le Code [antidumping] serait en revanche exclue du bénéfice de cette protection et, en conséquence, violerait nos obligations internationales."*¹⁰⁹

3.134 Pour les États-Unis, il ressort clairement de cette déclaration que l'auteur n'admet pas et ne laisse même pas entendre que la Loi de 1916, sans les modifications envisagées, soit illicite dans le cadre du GATT. Il se contente de dire qu'elle ne peut bénéficier de l'exception d'antériorité que si elle n'est pas modifiée et qu'elle serait illicite au regard du GATT si elle était modifiée dans le sens envisagé, étant donné que les modifications proposées le sont.

3.135 Les États-Unis considèrent que les déclarations des deux hauts fonctionnaires du Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales sont très semblables et tâchent de faire passer le même message, encore qu'elles ne soient peut-être pas aussi clairement formulées. L'ancien Représentant des États-Unis pour les questions commerciales, Clayton Yeutter, par exemple, après avoir indiqué en détail diverses raisons pour lesquelles les projets de modification de la Loi de 1916 étaient illicites au regard du GATT, déclare:

*"Si bon nombre de ces objections peuvent être adressées à la Loi antidumping de 1916, cette loi a cependant été exemptée au bénéfice de l'antériorité [...] à l'accession des États-Unis au GATT, et elle est par conséquent licite au regard du GATT. En modifiant très sensiblement la Loi de 1916, l'article 1655 supprimerait la protection assurée par la "clause d'antériorité" du GATT [...]"*¹¹⁰

3.136 Aux yeux des États-Unis, il ressort de cette déclaration qu'à l'instar du représentant du Département de la justice, l'ancien Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, C. Yeutter, cherche simplement à faire remarquer que le bénéfice de la clause d'antériorité disponible pour protéger la Loi de 1916 contre des objections analogues à celles que l'on peut faire aux modifications envisagées serait perdu si la Loi de 1916 était modifiée. Il ne cherche pas à émettre l'avis que ces objections seraient effectivement valides si elles étaient adressées à la Loi de 1916.

¹⁰⁹ Lettre du 4 février 1986 adressée par l'Assistant Attorney General, J. Bolton, au Sénateur Thurmond, page 5 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

¹¹⁰ Lettre en date du 18 février 1986, adressée au Sénateur S. Thurmond par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, C. Yeutter (ce sont les États-Unis qui soulignent). Les États-Unis font aussi référence à la lettre du 4 février 1986 adressée au Sénateur S. Thurmond par l'Assistant Attorney General, J. Bolton, page 5.

3.137 Les États-Unis indiquent aussi que les Communautés européennes ont donné une citation incomplète des Directives de 1995 pour l'application de la législation antitrust aux opérations internationales du Département de la justice et de la Commission fédérale du commerce des États-Unis.¹¹¹

3.138 Les États-Unis considèrent que, pour toutes ces raisons, les déclarations citées par les Communautés européennes ne méritent pas que le Groupe spécial leur accorde le moindre poids pour déterminer si la Loi de 1916 est contraire aux articles III:4 et VI:2 du GATT de 1994.

d) Le classement de la Loi de 1916 dans le système juridique américain

3.139 Les **États-Unis** observent que la place où figure la Loi de 1916 dans le Recueil de la législation fédérale ("United States Code") constitue une preuve supplémentaire de son caractère de loi antitrust. Lorsqu'elle y fut intégrée, elle fut placée sous le Titre 15, "Commerce intérieur et international", où figurent aussi la Loi Sherman, la Loi Clayton et la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce, qui sont toutes des lois antitrust. Par contre, les lois antidumping des États-Unis figurent au Titre 19, "Droits de douane". Il est à noter d'ailleurs que la Loi de 1916 avait été votée sous l'intitulé "Concurrence déloyale", au Titre VIII de la Loi de finances de 1916. Pour les États-Unis, dans la terminologie américaine, le dumping n'est pas de la concurrence déloyale.

3.140 Les **Communautés européennes** répliquent que, dès lors que la Loi de 1916 présente les critères objectifs qui la font tomber sous le coup de l'article VI du GATT de 1994, peu importe qu'elle soit classée dans le système juridique américain comme loi antitrust ou comme loi antidumping. De fait, la Loi de 1916 n'est pas considérée comme une mesure antitrust aux États-Unis, ainsi que l'attestent les Directives pour l'application de la législation antitrust aux opérations internationales arrêtées par le Département fédéral de la justice.

3.141 Il est clair en outre, aux yeux des Communautés européennes, que le dumping est une forme de concurrence déloyale, tandis que les mesures antitrust se distinguent tout particulièrement par le fait qu'elles sont destinées à protéger la concurrence, et non les concurrents. Les États-Unis eux-mêmes ont invariablement admis que le dumping est une concurrence déloyale. Ainsi, dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*¹¹², la position qu'ils avaient prise sur la nature de l'article VI du GATT de 1947 est rapportée en ces termes:

"Les rédacteurs de l'Accord général avaient admis en 1947 que les pratiques commerciales déloyales pouvaient causer des distorsions de la *concurrence* internationale si graves que des mesures correctives efficaces étaient indispensables

¹¹¹ L'article 2.82 des Directives de 1995 pour l'application de la législation antitrust est ainsi conçu:

"La Loi de finances de 1916, plus connue sous l'appellation de Loi antidumping (15 U.S.C. 71, 74), n'est pas une loi antitrust, mais son objet est intimement lié aux règles antitrust relatives à la prédation. C'est une loi commerciale, qui ouvre aux particuliers une action contre les importateurs vendant des produits aux États-Unis à des prix substantiellement inférieurs aux prix pratiqués pour les mêmes produits sur leur marché d'origine. Dans sa demande, le plaignant doit prouver à la fois que ces prix inférieurs étaient demandés de manière habituelle et systématique et que l'importateur avait l'intention précise de léser ou éliminer une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production."

¹¹² Rapport du groupe spécial *États-Unis – Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, adopté par le Comité des pratiques antidumping le 27 avril 1994, ADP/87 (ci-après "*États-Unis – Droits antidumping sur les saumons de Norvège*").

pour réduire ces distorsions – aussi indispensables même à un programme général de libéralisation du commerce international que, par exemple, le principe NPF et celui du traitement national."¹¹³

3.142 Les **États-Unis** rejettent l'assertion des Communautés européennes selon laquelle la Loi de 1916 n'est pas considérée aux États-Unis comme une mesure antitrust. Au moins jusqu'à une date aussi récente que 1994, le Congrès des États-Unis a toujours considéré la Loi de 1916 comme une loi antitrust parce qu'elle figure dans une sélection de lois antitrust réunies sous le titre "Principales lois antitrust", qui a été établie par ses soins.¹¹⁴

3.143 Les **Communautés européennes** observent qu'elles n'ont pas connaissance du document de 1994 du Congrès des États-Unis et maintiennent qu'il est d'invention récente de considérer la Loi de 1916 comme une loi antitrust.

e) Introduction simultanée ou consécutive d'actions au titre de la Loi de 1916 et de requêtes au titre de la Loi douanière de 1930 dans des affaires mettant en jeu la même question

3.144 Le Groupe spécial leur ayant demandé s'il y avait jamais eu de cas où des plaintes portant sur la même question aient été déposées simultanément au titre de la Loi de 1916 et au titre des dispositions antidumping pertinentes de la Loi douanière de 1930, les **États-Unis** répondent que ce qui s'en rapproche le plus est l'exemple de la question qui était à l'origine de l'affaire *Geneva Steel*. Dans cette affaire, le plaignant avait introduit en septembre 1996 une action au titre de la Loi de 1916 devant un tribunal fédéral en attaquant ce qu'il prétendait être la pratique de prix prédateurs de certains importateurs de tôles en acier et, deux mois plus tard, des requêtes antidumping sur les tôles en acier auprès du Département du commerce des États-Unis. Ainsi, sans être simultanés, ces dépôts étaient proches dans le temps. Bien entendu, quand bien même ils auraient été simultanés, il ne serait pas exact de dire qu'ils visaient la "même question", comme le suggère la question du Groupe spécial. À cet égard, la Loi de 1916 fournit une réparation rétroactive, c'est-à-dire des dommages-intérêts triples pour un comportement passé. Au contraire, la Loi antidumping américaine prévoit une mesure corrective sur une base prospective. Elle redresse, par l'imposition de droits, les opérations qui ont lieu après l'ouverture de l'enquête antidumping. De ce fait, le dépôt simultané d'une plainte au titre de la Loi de 1916 et d'une requête antidumping ne remédierait pas aux mêmes opérations.

3.145 Les États-Unis notent qu'on s'est trouvé devant une situation semblable mais plus compliquée avec la question qui était à l'origine de l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*. Le demandeur avait intenté une action contre des importateurs japonais et russes d'acier laminé à chaud devant un tribunal d'État en faisant valoir des prétentions nouvelles au titre de la législation de l'État considéré, mais aucune au titre de la Loi de 1916, loi fédérale. Pour diverses raisons, l'affaire fut par la suite renvoyée devant une juridiction fédérale et les prétentions fondées sur la loi dudit État furent toutes rejetées. Le demandeur fut néanmoins autorisé à modifier sa plainte pour former une demande sur le fondement de la Loi de 1916. Les États-Unis croient se souvenir qu'au moment où ce fut chose faite, des enquêtes antidumping sur l'acier laminé à chaud étaient déjà en cours.

3.146 Les États-Unis observent pour finir que la question à l'origine de l'affaire *Zenith III*, des récepteurs de télévision japonais, avait entraîné à la fois des actions en justice au titre de la Loi de 1916 et des requêtes antidumping. Celles-ci furent déposées en mars 1968 auprès de l'administration qui était alors compétente, à savoir le Département du Trésor. En décembre 1970, la société National Union Electric Corporation déposait une demande introductive d'instance au titre,

¹¹³ *Ibid.*, paragraphe 74 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

¹¹⁴ Le document auquel les États-Unis font référence n'a pas été communiqué au Groupe spécial.

entre autres, de la Loi de 1916. En septembre 1974, la société Zenith introduisait une action sur le fondement de la Loi de 1916.

3.147 Le Groupe spécial leur ayant par ailleurs demandé s'il y avait jamais eu de cas où une plainte au titre de la Loi de 1916 aurait été déposée après une enquête antidumping négative sur la même question, les États-Unis indiquent qu'ils n'ont connaissance d'aucun exemple de plainte au titre de la Loi de 1916 faisant suite à une enquête antidumping infructueuse.

f) La jurisprudence américaine pertinente

i) *La distinction entre questions de fait et questions de droit*

3.148 Les **Communautés européennes** notent que la question de savoir si une loi nationale donnée relève des disciplines de l'Accord sur l'OMC et du GATT de 1994 est une question de droit de l'OMC qu'il appartient au Groupe spécial de trancher en application du Mémorandum d'accord, sa décision étant susceptible d'appel devant l'Organe d'appel. Le Groupe spécial ne saurait être lié par les opinions des tribunaux nationaux des Membres de l'OMC sur cette question. Des mots comme "antitrust", "concurrence déloyale" et "prédateur" peuvent avoir des sens différents selon les États Membres. Ils peuvent être employés différemment à des époques différentes. Laisser leur usage déterminer le champ d'application de la discipline de l'article VI reviendrait en fait à inviter les Membres à choisir eux-mêmes de soustraire leur législation aux disciplines de l'OMC en se contentant de choisir la bonne étiquette. D'un autre côté, les décisions des tribunaux nationaux sont pertinentes dans la mesure où elles offrent des indications sur le sens ou l'interprétation des lois nationales, et il y a lieu pour le Groupe spécial d'en tenir compte pour élucider cette question.

3.149 Les Communautés européennes affirment qu'il ressort clairement dès l'abord de la Loi de 1916 qu'elle vise les produits importés à travers des sanctions appliquées aux importateurs et que le comportement assujéti est défini par référence à la discrimination entre le prix à l'importation et les prix sur le marché intérieur ou à l'exportation vers un pays tiers. Le débat qui se poursuit depuis des années parmi les juridictions inférieures aux États-Unis sur le point de savoir si la Loi antidumping de 1916 est une loi commerciale ou une loi antitrust¹¹⁵ n'est donc pas pertinent pour les besoins de l'OMC.

3.150 Les Communautés européennes considèrent que, tout en étant tenu de prendre en considération la jurisprudence et les autres déclarations officielles américaines en vue d'établir le sens et la substance de la Loi de 1916, le Groupe spécial n'a pas nécessairement à attacher de l'importance au fait que les tribunaux américains l'aient qualifiée ou non de mesure antidumping, puisqu'il s'agit là d'une question de droit de l'OMC, dont le juge américain ne s'occupe pas, mais dont le Groupe spécial doit s'occuper. Dans l'accomplissement de cette tâche, le Groupe spécial ne devrait pas tenir compte d'appellations comme "antitrust" ou "protectionniste", que les juridictions nationales appliquent à telle ou telle fin interne, et ne devrait en tout cas pas être lié par elles.

3.151 Selon les Communautés européennes, le Groupe spécial devrait tenir compte des éléments qui sont pertinents aux fins de l'application de l'article VI du GATT de 1994, c'est-à-dire pour déterminer si la pratique qui est la cible de la Loi de 1916 tombe sous le coup des dispositions de l'article VI. Celui-ci ne se borne pas à réglementer le dumping. Il définit aussi ce qu'il faut entendre par dumping. Partant, le Groupe spécial devrait examiner si la Loi de 1916, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux américains, est dirigée contre ce type de pratique, indépendamment des cas où la justice américaine aurait rattaché cette loi à la "législation antitrust" et de la manière dont elle en aurait qualifié le but dans l'intention du législateur pour ses besoins internes.

¹¹⁵ Les Communautés européennes font référence à *Zenith III*, *op. cit.*; *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*; *Geneva Steel*, *op. cit.*

3.152 Les Communautés européennes trouvent un appui pour leur position dans le rapport du groupe spécial *CEE – Pièces détachées et composants*. Dans cette affaire, le groupe spécial avait examiné si la description ou qualification d'une imposition dans le droit interne d'une partie contractante était à prendre en considération pour déterminer si cette imposition était soumise aux prescriptions de l'article II ou à celles de l'article III:2 du GATT de 1994. Il avait constaté que "si la description ou la qualification d'une imposition dans la législation nationale d'une partie contractante devait permettre d'établir qu'il y a perception "à l'occasion d'une importation" comme cela est exigé, les parties contractantes pourraient déterminer elles-mêmes lesquelles de ces dispositions s'appliqueraient à leurs impositions.¹¹⁶ De même, pour la Loi de 1916, si la qualification de loi antidumping par les juridictions et les autorités américaines était nécessaire ou pertinente pour établir l'existence d'un dumping au sens de l'article VI du GATT de 1994, les États-Unis pourraient déterminer eux-mêmes si l'article VI s'appliquerait à leur loi. De toute évidence, le but de cette disposition pourrait alors être aisément tourné.

3.153 Selon les **États-Unis**, le rôle d'un groupe spécial est fondamentalement le même dans toutes les affaires: il lui faut commencer par apprécier les faits présentés, puis en déterminer la conformité avec l'accord pertinent, ce qui l'amène généralement à interpréter la portée de ces accords et leur applicabilité aux faits en question. En l'espèce, l'appréciation des faits pourrait facilement être brouillée ou confondue avec l'interprétation du champ d'application des accords pertinents. Il importe que le Groupe spécial ne perde pas de vue la distinction entre ses deux rôles, établir les faits en l'espèce et trancher les questions de droit. L'interprétation correcte de la Loi de 1916 est une question de fait à établir, car c'est un principe généralement admis du droit international que le droit interne est un fait à prouver devant une juridiction internationale.¹¹⁷ Comme cela les arrange vu leurs positions en l'espèce, les Communautés européennes voudraient que le Groupe spécial ignore la jurisprudence américaine qui interprète la Loi de 1916. Or, le Groupe spécial n'a pas à interpréter la Loi de 1916 en soi. Ce qu'il doit faire, c'est apprécier l'état actuel de la jurisprudence américaine concernant la Loi de 1916 pour établir le fait que constitue la Loi de 1916. Ce n'est pas son rôle que de marquer son accord ou son désaccord avec les décisions judiciaires qui interprètent et appliquent cette loi. Le danger qu'il y aurait pour le Groupe spécial à interpréter la Loi de 1916 comme telle serait d'adopter une interprétation de cette loi qui ne cadre pas avec l'application exacte qui en est faite aux États-Unis. S'il le faisait, son rapport reposerait sur des faits hypothétiques. Pour éviter un tel résultat, le Groupe spécial devrait considérer la jurisprudence interprétant la Loi de 1916 comme déterminante aux fins de l'établissement du fait qu'est le droit américain.¹¹⁸

3.154 Au soutien de leur position, les États-Unis évoquent l'affaire des *Emprunts brésiliens*, dans laquelle la Cour permanente de justice internationale (ci-après la "CPJI") avait considéré comme déterminante la manière dont les tribunaux français avaient interprété la législation française. La CPJI avait rappelé dans cette affaire qu'une juridiction de droit international devait "tenir le plus grand

¹¹⁶ *CEE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, paragraphe 5.7.

¹¹⁷ Les États-Unis font référence aux arrêts de la Cour permanente de justice internationale (ci-après la "CPJI") en l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPJI Rec. 1926, série A - n° 7, page 19 et l'*Affaire relative au paiement en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, CPJI Rec. 1929, série A - n° 21, pages 124 et 125 (ci-après "*Emprunts brésiliens*").

¹¹⁸ Les États-Unis font référence à l'opinion individuelle du Juge Lauterpacht jointe à l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice (ci-après "la CIJ") en l'*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, CIJ Rec. 1958, *op. ind.*, page 91. Selon les États-Unis, il est de pratique constante parmi les États que les juridictions internationales doivent accepter, et traiter comme s'imposant à elles, les questions de droit et de pratique internes tranchées par les tribunaux nationaux compétents. Les États-Unis font référence à l'arrêt de la CPJI en l'*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, CPJI, Rec. 1929, série A - n° 20, page 46; *Emprunts brésiliens*, *op. cit.*, pages 124 et 125.

compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra[it] déterminer quelles [étaient] vraiment les règles qui, en fait, [étaient] appliquées dans le pays dont le droit [était] reconnu applicable en l'espèce".¹¹⁹ Ce principe "repose à la fois sur la notion de "domaine réservé" et sur la nécessité pratique d'éviter les versions contradictoires de la loi nationale issues de sources différentes".¹²⁰

3.155 Aux yeux des États-Unis, il s'ensuit que l'interprétation donnée par les tribunaux américains de la Loi de 1916 offre plus que de simples indications au Groupe spécial. C'est elle qui est décisive pour établir la nature de la Loi de 1916. Le Groupe spécial n'est pas appelé à donner son avis sur la loi elle-même, ni à l'interpréter, en approuvant ou en désapprouvant telle ou telle interprétation judiciaire particulière. Dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel a relevé que le groupe spécial avait eu raison de ne pas interpréter la législation indienne comme telle et de se contenter d'examiner la loi pour déterminer si elle était ou non compatible avec les règles de l'OMC. En conséquence, il incombe au Groupe spécial de vérifier l'interprétation conférée à la Loi de 1916 par le poids de la jurisprudence aux États-Unis. Cela ne veut pas dire que le Groupe spécial n'ait aucun rôle d'interprète en l'espèce. Comme l'Organe d'appel l'a confirmé dans l'affaire *Inde – Brevets*, une fois que le Groupe spécial aura déterminé quelle est l'interprétation de la législation nationale en tant que fait, sa fonction exige qu'il évalue l'applicabilité des Accords pertinents de l'OMC à ce fait.¹²¹ Ce sont là des questions de droit que le Groupe spécial devra trancher en premier lieu. En l'espèce, il incombe au Groupe spécial de déterminer la portée de l'article VI et de l'article III du GATT de 1994.

3.156 Les **Communautés européennes** rejettent l'assertion des États-Unis selon laquelle elles ne considèrent pas les décisions judiciaires américaines comme pertinentes aux fins de l'OMC. L'interprétation de la Loi de 1916, c'est-à-dire la détermination de ce qu'elle signifie, y compris, en particulier, ce qu'il faut invoquer et prouver pour justifier une allégation à ce titre, est une question de droit américain, et par conséquent de fait devant le présent Groupe spécial: celui-ci devrait bien entendu se reporter au texte de la loi ainsi qu'aux déclarations des tribunaux et d'autres autorités des États-Unis pour se prononcer sur cette question. Par contre, la question du sens et de l'étendue des disciplines énoncées à l'article VI du GATT de 1994, comme celle de savoir si la législation d'un Membre présentant certains caractères relève de l'article VI et se trouve en conformité avec lui sont des points de droit de l'OMC qui doivent être tranchés par le Groupe spécial.

3.157 En réponse à une question du Groupe spécial sur la pertinence en l'espèce du rapport de l'Organe d'appel en l'affaire *Inde – Brevets*, les Communautés européennes indiquent que ce rapport est particulièrement pertinent en l'espèce parce qu'il énonce en termes très clairs la tâche qui incombe au Groupe spécial. Dans ce rapport, l'Organe d'appel faisait une distinction entre les différents objectifs auxquels peut répondre l'interprétation du droit interne par les juridictions et autres instances internationales de règlement des différends, notamment dans le cadre de l'OMC, et confirmait l'examen de la législation indienne auquel le groupe spécial s'était livré. Les considérations développées par l'Organe d'appel dans ce rapport valent aussi pour le présent différend. Comme l'Organe d'appel le constatait dans cette affaire, il est indispensable au Groupe spécial "d'examiner les aspects pertinents de la législation nationale [des États-Unis]" pour déterminer si ses dispositions sont conformes aux obligations définies dans le GATT de 1994, l'Accord instituant l'OMC et l'Accord antidumping. Pour reprendre l'observation de l'Organe d'appel, "[i]l [est] simplement *impossible pour*

¹¹⁹ *Emprunts brésiliens, op. cit.*, page 124.

¹²⁰ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., Clarendon Press (1990), page 41.

¹²¹ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets, op. cit.*, paragraphes 65 et 66.

le Groupe spécial de procéder à cette détermination sans examiner la législation [nationale]".¹²² Dans le même ordre d'idées que l'argumentation développée par les Communautés européennes devant le présent Groupe spécial, l'Organe d'appel en concluait que "[d]ire que le Groupe spécial aurait dû agir autrement reviendrait à dire que seule l'Inde peut déterminer si sa législation est compatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC. Or, il est évident qu'il ne peut pas en être ainsi".¹²³

3.158 Les **États-Unis** répliquent en notant que les Communautés européennes conviennent que la nature de la Loi de 1916 est une question de fait pour le Groupe spécial et que les décisions judiciaires américaines interprétant cette loi sont décisives pour la régler.

ii) *Observations sur la jurisprudence en général*

3.159 Les **Communautés européennes** affirment que les vues des tribunaux américains sur le point de savoir si la Loi de 1916 est une loi commerciale ou une loi antitrust sont loin d'être concordantes. Il suffit de noter que certaines décisions, et surtout celles du tribunal de district et de la cour d'appel de circuit dans l'affaire *Zenith III*, donnent à penser que la Loi de 1916 est uniquement une loi antitrust et non une loi commerciale, mais que ce point de vue a été vivement contesté. Dans l'affaire *Geneva Steel*, par exemple, le tribunal de district a dit:

"La Loi de 1916 signifie ce qu'elle dit en clair. Outre ses prohibitions antitrust, elle renferme un élément protectionniste qui interdit les comportements destinés à léser l'industrie sidérurgique nationale."¹²⁴

3.160 Les Communautés européennes signalent que même les juridictions qui prétendent que la Loi de 1916 est exclusivement une loi antitrust reconnaissent qu'établir la réalité d'un dumping demeure la première condition préalable de l'application de la Loi de 1916. Ainsi, dans l'affaire *In re Japanese Electronic Products II*, où la Loi de 1916 était qualifiée de "législation antitrust complexe", la Cour d'appel du troisième circuit a dit:

"La Loi de 1916 rend illicite le fait de pratiquer le *dumping* de marchandises importées sur le marché des États-Unis en vue de détruire ou léser une branche de production américaine. [...] Le premier élément nécessaire pour constater le *dumping* dans le cadre de la Loi de 1916 est la preuve qu'il existe une différence de prix entre deux produits comparables, dont l'un est importé ou vendu aux États-Unis et l'autre vendu dans le pays exportateur."¹²⁵

3.161 Les Communautés européennes répètent à ce propos que le fait que le comportement visé par une loi se définit par référence à une discrimination entre le prix des produits importés et un étalon qui est généralement le prix du produit dans le pays exportateur est suffisant pour établir que cette loi est dirigée contre le dumping et soumise aux disciplines de l'article VI du GATT de 1994. Il est donc inutile de poursuivre la discussion sur la jurisprudence.

3.162 Les Communautés européennes n'admettent pas davantage que, pour établir l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994, il soit nécessaire d'examiner si la loi protège les concurrents par

¹²² *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 66 (non souligné dans l'original).

¹²³ *Ibid.*, paragraphe 66.

¹²⁴ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1214.

¹²⁵ *In re Japanese Products II*, *op. cit.*, pages 322 et 324 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

opposition à la concurrence, ou si l'intention précise qu'elle exige est une intention de causer un dommage à une branche de production par opposition à celle de porter atteinte à la concurrence. La phrase précitée indique clairement que les tribunaux américains eux-mêmes ont pris des positions très divergentes sur ces questions, et rien ne donne à penser qu'il y aura davantage de clarté dans l'avenir prévisible.

3.163 Les **États-Unis** soutiennent que l'opinion dominante parmi les juridictions américaines qui ont traité la question valide l'interprétation de la Loi de 1916 qui en fait une loi de type antitrust. Contrairement à ce qu'avancent les Communautés européennes quand elles disent que la justice américaine est divisée, l'opinion dominante parmi les juridictions qui ont abordé la question, y compris la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Cooper*, est que la Loi de 1916 est une loi de type antitrust. C'est leur interprétation de cette loi qui, en tant que fait, doit nécessairement commander dans le présent différend. Plus fondamentalement, l'interprétation dominante de la Loi de 1916 prouve que cette loi ne s'attaque pas au "dumping" et au "dommage" qui en feraient une loi antidumping au sens de l'article VI du GATT de 1994. Comme les tribunaux l'ont constaté, la Loi de 1916 est destinée à combattre une forme spécifique de discrimination de prix au plan international. Cette discrimination de prix doit non seulement comporter des différences de prix substantielles, mais encore être pratiquée de manière habituelle et systématique et avec une intention spécifiée. La Loi de 1916 n'est pas dirigée contre les simples différences de prix causant un dommage important visées par l'Accord antidumping, pas plus qu'elle ne repose sur la notion de dommage important causé à une branche de production nationale retenue dans cet accord.

3.164 Les États-Unis relèvent que, dans l'affaire *Zenith III*, le juge américain a expliqué dans sa décision sur l'interprétation des dispositions précises de la Loi de 1916 que cette loi faisait partie du corps des lois antitrust américaines de l'époque et que, par conséquent, n'importe laquelle de ses dispositions particulières devait en règle générale être interprétée dans un sens compatible avec les principes de la législation antitrust.¹²⁶ Toutes les autres décisions judiciaires définitives et sans recours rendues aux États-Unis en la matière sont d'ailleurs venues corroborer l'analyse faite dans *Zenith III*.¹²⁷ Plus précisément, ces décisions judiciaires confirment que la Loi de 1916 est dirigée contre un type d'activité commerciale préjudiciable très différent de celui que visent l'article VI et l'Accord antidumping. Si la Cour d'appel du troisième circuit a bien employé le terme "dumping" à propos de la Loi de 1916, elle l'a fait visiblement dans un sens non technique. Au surplus, contrairement à ce qu'affirment les Communautés européennes, elle n'a pas dit qu'une constatation de "dumping" soit en elle-même la condition nécessaire pour faire application de la Loi de 1916.

3.165 Les **Communautés européennes** ajoutent que la jurisprudence interne sur laquelle les États-Unis ont si largement fait fond va beaucoup moins dans le sens de leur position qu'ils ne voudraient le faire croire au Groupe spécial. Dans la plupart des cas cités par eux où la Loi de 1916 aurait été désignée comme "de type antitrust", une lecture attentive révèle que le problème de la catégorie a été soulevé à titre d'étape à franchir pour résoudre d'autres questions très éloignées de celle dont le Groupe spécial est présentement saisi. Parmi ces autres questions figurent les suivantes: le critère de "comparabilité" prévu par la Loi de 1916 est-il le même que celui de la Loi Robinson-Patman, ou est-il différent?¹²⁸ Quelle est la prescription de l'action au titre de la Loi

¹²⁶ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, pages 1212, 1223.

¹²⁷ Les États-Unis font référence à *Schwimmer v. Sony Corp.*, *op. cit.*; *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, *op. cit.*; *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, *op. cit.*; *Western Concrete Structures Co. v. Mitsui & Co.*, *op. cit.*; *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, *op. cit.*; *Helmec I*, *op. cit.*; *Helmec II*, *op. cit.*

¹²⁸ Les Communautés européennes font référence à *Zenith III*, *op. cit.*

de 1916?¹²⁹ Un importateur de produits concurrents peut-il intenter une action sur le fondement de la Loi de 1916, ou bien la qualité pour agir est-elle limitée aux producteurs nationaux?¹³⁰

3.166 Les **États-Unis** maintiennent leur position et répètent que l'opinion dominante parmi les tribunaux américains est que la Loi de 1916 est une loi de type antitrust, et que c'est leur interprétation qui doit commander dans le présent différend.

iii) *United States c. Cooper Corp.*

3.167 Les **États-Unis** affirment que la Cour suprême des États-Unis, qui est la plus haute juridiction du pays et l'arbitre en dernier ressort de la signification d'une loi, a confirmé dans l'affaire *United States c. Cooper Corp.*¹³¹ que la Loi de 1916 est une loi antitrust. Dans cette affaire, la Cour suprême avait expressément qualifié la Loi de 1916 de "complémentaire" de la Loi Sherman, la première en date et la plus fondamentale des lois antitrust des États-Unis.¹³²

3.168 Les **Communautés européennes** contestent cette assertion des États-Unis. Selon elles, la question à trancher dans l'affaire *Cooper* était de savoir si les États-Unis étaient une "personne" au sens de l'article 7 de la Loi Sherman, ayant qualité pour intenter une action en dommages-intérêts au triple sur le fondement de cette loi. Ce que la Cour avait fait en examinant la Loi Sherman, c'était d'énumérer ce qu'elle qualifiait de "législation complémentaire". Cette liste comprenait "les dispositions antidumping de la Loi de finances de 1916"¹³³, ce qui, venant de la Cour suprême, devrait plutôt être interprété comme une confirmation du fait que la Loi de 1916 est une loi antidumping.

3.169 Les **États-Unis** ne considèrent pas, contrairement aux Communautés européennes, qu'en qualifiant la Loi de 1916 de "complémentaire" de la Loi antitrust Sherman, principale loi antitrust américaine, la Cour ait ainsi "confirmé" que c'est une mesure antidumping. En tout état de cause, il est à noter que la décision en première instance qui a fait jurisprudence sur l'interprétation à donner de dispositions précises de la Loi de 1916 est *Zenith III*. Le juge y avait "conclu [...]"¹³⁴ sur la base du texte de la loi, que la Loi de 1916 est une loi antitrust, et non une loi protectionniste".

iv) *Zenith Radio Corp. c. Matsushita Electric Industrial Co. et In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*

3.170 Les **Communautés européennes** affirment qu'en réalité aucune des affaires évoquées par les États-Unis n'établit clairement, même à des fins purement internes – sans parler d'une manière qui serait pertinente pour l'OMC – que la Loi de 1916 soit une loi antitrust. L'exemple qui s'en rapprocherait le plus est la décision du tribunal de district dans l'affaire *Zénith III*. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si des produits vendus par les défendeurs aux États-Unis et au Japon étaient suffisamment comparables pour ouvrir une action en vertu de la Loi de 1916. Le tribunal a jugé que

¹²⁹ Les Communautés européennes font référence à *Helmac I*, *op. cit.*

¹³⁰ Les Communautés européennes font référence à *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, *op. cit.*; *Western Concrete Structures Co., Inc. v. Mitsui & Company (USA) Inc.*, *op. cit.*; *Jewel Foliage Company v. Uniflora Overseas Florida, Inc.*, *op. cit.*; *Schwimmer v. Sony Corp.*, *op. cit.*; *Outboard Marine Corporation v. Pezetel*, *op. cit.*

¹³¹ 312 U.S. 600 (1941) (ci-après "*Cooper*").

¹³² Les États-Unis font référence à *Cooper*, *op. cit.*, pages 608-610.

¹³³ Les Communautés européennes font référence à *Cooper*, *op. cit.*, pages 608-610.

¹³⁴ *Zenith III*, *op. cit.*, page 1214 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

ce n'était pas le cas, jugement infirmé par la cour d'appel de circuit. La décision du tribunal de district repose sur une analyse de la Loi de 1916 qui y distingue deux éléments:

- i) La Loi de 1916 est "destinée à compléter les lois antitrust en imposant aux importateurs des restrictions légales à la discrimination de prix qui sont sensiblement les mêmes que celles qui avaient déjà été imposées aux entreprises nationales par la Loi antitrust Clayton de 1914", moyennant quoi le critère des "type et qualité similaires" de la Loi Robinson-Patman devrait aussi être utilisé pour la Loi de 1916.¹³⁵ Le tribunal a constaté que ce critère était plus restreint que la règle de la Loi antidumping de 1921, qui laisse une certaine latitude sur ce point à l'autorité administrative.
- ii) La valeur de la marchandise importée est déterminée par référence aux ventes d'une marchandise "semblable", parce que la Loi de 1916 reprend les termes de la Loi douanière de 1913.

3.171 Les Communautés européennes indiquent que la question de savoir si les critères de la Loi de 1916 étaient plus rigoureux que ceux de la Loi antidumping de 1921 s'était posée parce que certains des produits en jeu dans l'instance introduite au titre de la Loi de 1916 avaient été frappés de droits antidumping et que les demandeurs cherchaient à s'appuyer sur la liquidation de ces droits pour établir la comparabilité.

3.172 Les Communautés européennes rappellent également que la cour d'appel a admis qu'il fallait interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec son but, lequel était "de prohiber les pratiques de prix anticoncurrentielles".¹³⁶ Mais elle a jugé que les produits pouvaient être comparables, dans le cadre de cette loi, même si "les produits vendus au Japon [avaient] des composants techniques qui les [faisaient] fonctionner au Japon, et ceux qui [étaient] vendus aux États-Unis, des composants techniques qui les [faisaient] fonctionner aux États-Unis. Dans l'optique de l'utilité pour le consommateur, c'est-à-dire l'usage qu'il en fait et ses préférences, la qualité marchande et l'interchangeabilité commerciale, l'acheteur d'un appareil électronique grand public au Japon achète la même chose que celui qui en achète un autre aux États-Unis: un appareil électronique grand public utilisable. Comme les deux consommateurs achètent la même chose, on s'attendrait, en l'absence d'autres facteurs, à ce qu'ils paient le même prix".¹³⁷

3.173 Les Communautés européennes affirment que l'analyse faite par le tribunal de district des rapports entre la Loi de 1916 et les lois antitrust n'est d'ailleurs pas convaincante aux fins de l'application des règles de l'OMC, ni même, comme le prouvent les affaires américaines ultérieures, de la législation américaine. Au soutien de cette assertion, elles font valoir les arguments suivants:

- a) Les documents des travaux préparatoires qui ont été invoqués datent des années 1916-1921, époque où il n'y avait pas de distinction théorique clairement admise entre législation antitrust et législation protectionniste.
- b) L'"intention" d'une loi ne saurait déterminer si elle est soumise à la discipline de l'article VI du GATT de 1994. Autrement, on pourrait se soustraire à cette discipline en se contentant de modifier l'appellation d'une loi et l'explication qui en est donnée.

¹³⁵ Les Communautés européennes font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1197.

¹³⁶ *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, page 324.

¹³⁷ *Ibid.*, page 325.

- c) Rien dans les opinions ni du tribunal de district ni de la cour d'appel de circuit ne dit ni ne laisse même entendre que les critères de prédation qui sont applicables dans le cadre des lois antitrust, mais qui n'avaient pas été entièrement mis au point à l'époque des décisions *Zenith*, devraient aussi être mis dans la Loi de 1916 où ils ne figurent pas.

3.174 Aux yeux des **États-Unis**, la nature de la Loi de 1916 avait été spécifiquement traitée dans l'affaire *Zenith III*. Dans cette affaire, le tribunal de district avait précisément examiné le caractère de la Loi de 1916, parce que, selon lui, "le caractère de cette loi [était] de première importance dans son analyse".¹³⁸ À cette fin, le tribunal avait dit que sa tâche consistait "à vérifier si la Loi était censée faire partie du corps de la législation antitrust ou être une loi "protectionniste", au sens où ce terme [était] employé à propos des obstacles tarifaires à la liberté des échanges".¹³⁹ Après avoir examiné les similitudes entre la Loi de 1916 et les autres lois antitrust, le tribunal conclut que la Loi de 1916 "[était] une loi antitrust, et non une loi protectionniste".¹⁴⁰ Il expliqua aussi que "cette conclusion [était] solidement étayée par l'histoire politique et juridique de l'époque et par les travaux préparatoires de la Loi de 1916".¹⁴¹

3.175 Les États-Unis observent que ce même tribunal dans sa décision en l'affaire *Zenith III* citait aussi le rapport pertinent au Congrès, où il était dit que le but recherché à travers la Loi de 1916 était d'adopter des dispositions "[p]our que les personnes, sociétés de personnes, sociétés anonymes et associations étrangères, dont les produits sont vendus dans ce pays, puissent être placées dans la même position que nos fabricants par rapport à la concurrence déloyale [...]".¹⁴² Le tribunal relatait aussi que M. Kitchin, Président de la Commission des voies et moyens de la Chambre des représentants et qui avait proposé la Loi de 1916 à la Chambre, avait déclaré "en des termes dépourvus de toute ambiguïté" que celle-ci "était censée ne rien faire de plus que d'imposer aux importateurs les mêmes restrictions en matière de fixation des prix que celles qui avaient déjà été imposées aux entreprises nationales par la Loi antitrust Clayton de 1914".¹⁴³ Le tribunal s'exprimait en ces termes:

"Le représentant Kitchin, expliquant sa proposition de loi au seuil de l'examen de ce texte par la Chambre des représentants réunie en assemblée plénière, avait précisé:

Nous estimons que la *même* loi sur la concurrence déloyale qui s'applique actuellement au commerçant national sur le marché intérieur devrait s'appliquer au commerçant étranger à l'importation."¹⁴⁴

3.176 Les États-Unis signalent aussi que ce tribunal expliquait également qu'à l'époque du vote de la Loi de 1916 la "concurrence déloyale" désignait les activités visées par les lois antitrust qui existaient

¹³⁸ *Zenith III*, *op. cit.*, page 1212.

¹³⁹ *Ibid.*, page 1212.

¹⁴⁰ *Ibid.*, page 1214 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

¹⁴¹ *Ibid.*, page 1214.

¹⁴² *Ibid.*, page 1221, citant H.R. Rep. n° 922, 64th Cong., 1st Sess. 9-10 (1916).

¹⁴³ *Ibid.*, page 1222.

¹⁴⁴ *Ibid.*, page 1222, citant 53 Cong. Rec. App. 1938 (1916) (note de bas de page omise; ce sont les États-Unis qui soulignent).

alors. Le tribunal citait le Secrétaire au commerce, William Redfield, qui, en 1915, avait donné les explications suivantes:

"La "concurrence déloyale" est prohibée par la loi dans le commerce intérieur, et la Commission fédérale du commerce est là pour établir les faits, et elle prend des mesures pour extirper ce fléau partout où il se rencontre. La porte reste cependant ouverte à une "concurrence déloyale" de l'étranger, qui risque de porter gravement atteinte aux industries américaines pour leur plus grand malheur. Ce n'est pas de la concurrence normale que je parle, mais de la concurrence anormale. [...] Si elle vient à dépasser les limites de la concurrence loyale et à exercer ou chercher à exercer un pouvoir monopoliste sur une fraction quelconque de notre commerce, il est de notre devoir de l'empêcher."¹⁴⁵

3.177 Les États-Unis rappellent en outre que ledit tribunal devait finalement conclure qu'il se guiderait pour interpréter la Loi de 1916 sur les principes suivants:

"Le principal enseignement que nous tirons des travaux préparatoires de la Loi de 1916, replacés dans le contexte historique du premier gouvernement [Woodrow] Wilson, est que cette loi devrait être interprétée autant que possible dans un sens parallèle à celui de la loi sur la "concurrence déloyale" applicable au commerce intérieur. La Loi antidumping de 1916 étant une loi sur la discrimination de prix, il convient de la lire en tandem avec la loi sur la discrimination en matière de prix intérieurs, à savoir l'article 2 de la Loi Clayton, qui a été modifié par la Loi Robinson-Patman en 1936. Et, pour être fidèles à l'intention du Congrès de soumettre les importateurs à la "même loi sur la concurrence déloyale", nous ne devons pas interpréter la Loi de 1916 comme une loi imposant aux importateurs des restrictions légales plus rigoureuses que celles qui s'appliquent aux entreprises nationales."¹⁴⁶

3.178 Les États-Unis observent pour finir qu'en appel la Cour d'appel du troisième circuit a constaté que la Loi de 1916 avait été votée "pour mettre un terme à la concurrence déloyale" et a conclu que le "but primordial de la Loi de 1916 est de proscrire les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix".¹⁴⁷ Elle a aussi jugé que le demandeur était tenu de prouver une intention prédatrice précise, et non pas simplement générale, de léser ou éliminer une branche de production.¹⁴⁸

3.179 Les **Communautés européennes** répondent en maintenant qu'il n'y a aucun précédent disant que les demandeurs à l'action sur le fondement de la Loi de 1916 doivent fournir la preuve d'une intention prédatrice au sens de la Loi Robinson-Patman et de la définition donnée dans la décision *Brooke Group*. Dans son arrêt rendu en 1983 dans le cadre de l'affaire *Zenith*, la Cour du troisième circuit emploie indifféremment la formule "intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis", qui est tirée de la Loi de 1916, et la formule "intention prédatrice précise".¹⁴⁹ Toutefois, le mot "prédatrice" n'est pas employé comme un terme technique recouvrant les notions de ventes à un prix "inférieur à une mesure appropriée du coût" et de perspective raisonnable de récupérer ses pertes. Il est nécessaire de citer longuement son opinion pour montrer exactement ce

¹⁴⁵ *Ibid.*, page 1219, citant Annual Report of the Secretary of Commerce 43 (1915).

¹⁴⁶ *Ibid.*, page 1223 (note de bas de page omise; ce sont les États-Unis qui soulignent).

¹⁴⁷ *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, page 324 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

¹⁴⁸ Les États-Unis font référence à *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, pages 327 et 328.

¹⁴⁹ Les Communautés européennes font référence à *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, pages 327 et 328.

que la Cour veut dire. Le passage qui suit résume les éléments de preuve que la Cour jugeait suffisants pour poser une véritable question de fait¹⁵⁰ sur le problème de l'intention précise dans le cadre de la Loi de 1916:

"Pour établir le bien-fondé d'une allégation d'entente entre les défendeurs au sens des lois antitrust, il suffit aux demandeurs de prouver que les défendeurs ont formé une entente dans l'intention générale de restreindre le commerce [citations]. Toutefois, la preuve d'une intention générale ne constitue pas nécessairement une présomption de l'intention précise exigée par la Loi de 1916 [...]. Ayant examiné les pièces du dossier en l'espèce, nous considérons que les éléments produits par les demandeurs à l'appui de leur thèse pour prouver que les défendeurs ont formé l'entente alléguée soulèvent aussi une véritable question de fait, celle de savoir si les défendeurs se sont mis d'accord pour inonder le marché des États-Unis d'appareils électroniques grand public à bas prix avec l'intention précise d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis.

Les éléments de preuve produits à l'appui de la thèse de l'entente soutenue par les demandeurs étayeraient la déduction qu'il y a eu prédation sur le marché des États-Unis. Ces éléments sont présentés pour prouver que les défendeurs japonais étaient convenus de stabiliser les prix à des niveaux artificiellement élevés au Japon, en s'isolant par un accord de la guerre des prix sur leur marché intérieur. Certains éléments indiquent aussi que les défendeurs ont en même temps conclu un accord pour vendre aux États-Unis à bas prix la production correspondant aux capacités excédentaires de l'industrie japonaise de l'électronique grand public. Nous supposons que l'accord sur un prix minimum, dont tous les défendeurs japonais étaient signataires, avait été imposé par le Ministère du commerce international et de l'industrie [MITI]. Les demandeurs produisent ces éléments pour prouver que les défendeurs ont utilisé les prix fixés dans cet accord comme prix de référence. Enfin, les demandeurs signalent des éléments indiquant que les défendeurs ont cherché à dissimuler leurs ventes à des prix inférieurs à ceux du MITI par un système de ristournes.

Les défendeurs japonais auraient aussi éliminé la possibilité d'une guerre des prix entre eux aux États-Unis en acceptant [certaines règles de répartition de la clientèle] [...]. En se répartissant ainsi le marché, les défendeurs auraient fait jouer à plein leur entente sur de bas prix contre leurs concurrents américains pour tâcher de les évincer du marché.

Qui plus est, les experts des demandeurs [...] ont conclu que durant la période où l'entente alléguée était en vigueur, les défendeurs appliquaient une entente à l'exportation dirigée contre les États-Unis avec l'intention précise de battre leurs concurrents américains en vendant moins cher et de finir par les conduire à la cessation d'activité. [...]

Nous estimons que les éléments de preuve figurant dans ce dossier du jugement en procédure simplifiée soulèvent une véritable question de fait, à savoir si les défendeurs ont formé une entente pour vendre à bas prix leurs appareils électroniques

¹⁵⁰ Les Communautés européennes notent qu'une "véritable question de fait" se pose lorsque le tribunal conclut que, sur la base des faits invoqués et des éléments de preuve présentés avant le procès, le juge du fait pourrait parvenir à une conclusion favorable au demandeur.

grand public aux États-Unis avec l'intention précise de léser ou éliminer une branche de production aux États-Unis [...]."¹⁵¹

3.180 Selon les Communautés européennes, il n'y a manifestement dans le passage cité aucune référence à des ventes à des prix inférieurs aux coûts ni à la récupération des pertes. Les éléments de preuve cités sont présentés comme des indices indirects de l'intention de léser et éliminer une branche de production, les mots "léser et éliminer" et "prédation" étant employés dans le sens non technique qu'ils ont dans le langage courant.

3.181 Les Communautés européennes observent aussi à ce propos que dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, le juge dit que, dans le cadre de la Loi de 1916, les "prix prédateurs" n'ont pas le même sens que dans la législation antitrust et que du fait de cette distinction, l'élément prix prédateurs, au sens de la définition retenue dans *Brooke Group*, est inapplicable aux "affaires de dumping", fondamentalement parce que, dans le contexte du commerce international, les prémisses sur lesquelles repose la décision *Brooke Group* font entièrement défaut. C'est ce dont on trouve un écho dans un passage d'une note d'une revue de droit américaine, où il est dit:

"[L]'exigence d'une récupération – au moins telle qu'elle est définie dans *Brooke Group* – est trop restreinte dans le contexte international parce qu'elle ignore l'aptitude des entreprises qui exercent un monopole ou un oligopole sur leur marché intérieur à récupérer aussitôt les pertes entraînées par le dumping en augmentant les bénéfices qu'elles tirent de leur monopole sur ce marché. En pratiquant le dumping aux États-Unis, les producteurs étrangers sont à même de profiter des économies d'échelle qu'assure la production au taux optimal d'utilisation des capacités tout en limitant les ventes sur leur marché intérieur pour y protéger leurs prix de monopole."¹⁵²

3.182 Les Communautés européennes indiquent qu'à leur sens le dumping peut permettre de recouvrer ces pertes en appliquant des prix élevés sur le marché intérieur tout en vendant en même temps à bas prix sur un marché d'exportation, ce qui est exactement ce dont les demandeurs se plaignaient dans *Zenith III*. Suivant cette théorie du dumping, il ne saurait être nécessaire de prouver l'existence de la perspective de récupération ultérieure dont il est question dans *Brooke Group*, puisque cette récupération est en cours au même moment sur un autre marché.

3.183 Les **États-Unis** concèdent que la Cour d'appel du troisième circuit n'a pas développé davantage l'élément "intention prédatrice précise" dans sa décision de 1983, mais ils indiquent que le sens de cet élément a en tout état de cause été éclairci dans une décision ultérieure. En 1986, la Cour suprême a renvoyé l'affaire *Zenith* à la Cour d'appel du troisième circuit, qui a eu à nouveau l'occasion d'examiner les allégations des demandeurs sur le fondement de la Loi de 1916. Les États-Unis considèrent qu'il est utile de connaître un peu le contexte pour comprendre parfaitement la décision de 1986 de cette cour.

3.184 Ainsi, les États-Unis rappellent que *Zenith* et une autre société américaine dénommée NEU avaient intenté une action contre des fabricants japonais de récepteurs de télévision au début des années 70 pour infractions à la Loi Sherman, à la Loi Robinson-Patman, à la Loi de 1916 et à d'autres lois fédérales. Dans une série de décisions rendues par le tribunal de district et la Cour d'appel dans les années 1980-1983, leurs demandes au titre de la Loi Sherman et de la Loi de 1916 avaient d'abord été rejetées par le tribunal de district pour défaut de preuves, puis restaurées par la Cour du troisième circuit. La Cour suprême des États-Unis accepta ensuite d'examiner les plaintes invoquant les

¹⁵¹ *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, pages 328 et 329.

¹⁵² Note, Rethinking the 1916 Anti-Dumping Act, *op. cit.*, pages 1555-1572.

dispositions antitrust de la Loi Sherman. Celles-ci reposaient sur la thèse d'une entente formée par les défendeurs pour monopoliser le marché américain en utilisant les superbénéfices réalisés sur le marché intérieur japonais pour lancer une offensive de prix prédateurs contre les États-Unis. La Cour suprême annula la décision de la Cour d'appel et lui renvoya l'affaire en disant que le demandeur n'avait produit aucune preuve crédible de l'existence d'une entente illicite à des fins de monopolisation. Elle jugea que le bien-fondé des allégations d'ententes ou tentatives en vue de monopoliser le marché par la pratique de prix prédateurs abusivement bas ne pourrait être établi que par la preuve que ces prix étaient inférieurs à une mesure appropriée des coûts de production ainsi que par des éléments de preuve indiquant qu'il était réaliste de tabler sur une récupération des pertes antérieures dans l'avenir grâce à la rente de monopole.¹⁵³ La Cour d'appel se vit ordonner de réexaminer ses décisions antérieures dans l'affaire *Zenith* à la lumière de la décision de la Cour suprême. Sur renvoi, la Cour du troisième circuit a débouté les plaignants de leurs demandes, au titre de la Loi de 1916 comme de la Loi Sherman, pour absence de tout élément attestant la possibilité d'une récupération. Elle a motivé cette décision en disant que "[p]uisque l'accusation d'entente en infraction à la Loi Sherman a échoué devant la Cour suprême, notre conclusion sur l'allégation d'entente en infraction à la Loi antidumping [de 1916] doit nécessairement succomber avec elle".¹⁵⁴

3.185 Selon les États-Unis, la décision de la Cour suprême en l'affaire *Matsushita Electrical* a en fait préparé le terrain à celle qu'elle devait rendre quelque sept ans plus tard dans *Brooke Group*. Dans cette affaire, la Cour suprême va réexaminer les dispositions dites "de première ligne"¹⁵⁵ de la Loi Robinson-Patman et juger qu'il faut rapporter la preuve de la récupération pour établir le bien-fondé d'une allégation de prix prédateurs. Pour statuer ainsi, la Cour suprême fait largement fond sur son arrêt *Matsushita Electrical*.

3.186 Les États-Unis font valoir par conséquent que, contrairement à l'assertion des Communautés européennes selon laquelle les tribunaux n'ont jamais lu la Loi de 1916 en y ajoutant des critères de prédation antitrust, la Cour d'appel, en l'affaire *In re Japanese Electronic Products III*, a rejeté les allégations au titre de la Loi de 1916 en se fondant sur les critères mêmes de prix prédateurs et de récupération qui seront établis quelques années plus tard pour la Loi Robinson-Patman par l'arrêt *Brooke Group*. L'arrêt *Matsushita Electronical* rendu par la Cour suprême en 1986 était et demeure un pilier de la jurisprudence antitrust américaine sur les questions de prix prédateurs.

3.187 Selon les **Communautés européennes**, il n'est pas juste de déduire de la décision *In re Japanese Electronic Products III* de 1986 qu'elle appliquait pour les allégations au titre de la Loi de 1916 le même critère juridique que celui que la Cour suprême devait appliquer aux allégations fondées sur la Loi Sherman. Pour comprendre le sens exact de beaucoup des énonciations des diverses juridictions en question, il est nécessaire d'étudier dans le détail le contexte dans lequel elles s'inscrivaient. Dans l'affaire *Zenith III*, la plainte initiale se fondait à la fois sur les articles premier et 2 de la Loi Sherman et sur la Loi de 1916. Le tribunal de district avait rendu un jugement en procédure sommaire sur chacun des deux ensembles d'allégations.¹⁵⁶ La Cour d'appel infirma les

¹⁵³ Les États-Unis font référence à *Matsushita Electrical*, *op. cit.* Ils observent que la Cour suprême a réaffirmé cette règle la même année dans une autre affaire antitrust, *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986), en décidant ce qui constitue la preuve d'une atteinte à la concurrence dans le contexte des fusions et acquisitions de la Loi Clayton.

¹⁵⁴ *In re Japanese Electronic Products III*, *op. cit.*, pages 48 et 49.

¹⁵⁵ Les États-Unis rappellent que le terme "de première ligne" désigne les effets défavorables subis par les concurrents directs du défendeur, par opposition à "de deuxième ligne", qui désigne les effets défavorables exercés en aval sur les concurrents des clients privilégiés du défendeur.

¹⁵⁶ Les Communautés européennes rappellent que le tribunal accorde un tel jugement lorsqu'il conclut que, sur la base des faits invoqués et des éléments de preuve présentés avant le procès, le juge du fait ne pourrait

jugements du tribunal de district sur les deux, de sorte que, s'il n'y avait pas eu de recours devant la Cour suprême, ceux-ci auraient été jugés par le tribunal de district. La Cour suprême, au demeurant, accorda l'ordonnance de *certiorari* pour les allégations au titre de la Loi Sherman, mais non pour celles qui se fondaient sur la Loi de 1916. Elle annula l'arrêt de la Cour d'appel du troisième circuit et lui renvoya l'affaire "pour statuer à nouveau en conformité avec l'opinion de la Cour [suprême]". Dans son arrêt subséquent de 1986, la Cour d'appel se montre assez perplexe quant à la signification de ces instructions pour les allégations au titre de Loi de 1916. Elle examine d'abord les conséquences de la décision de la Cour suprême pour les allégations sur le fondement de la Loi Sherman, les seules que celle-ci ait considérées. Elle conclut à la nécessité de rétablir le jugement en procédure sommaire du tribunal de district sur les allégations au titre de la Loi Sherman, à l'aide d'un raisonnement auquel il est difficile de rendre justice sans le citer *in extenso*:

"L'entente sur laquelle les demandeurs s'appuient pour étayer leurs allégations au titre de la Loi Sherman est une entente horizontale entre fabricants japonais d'appareils électroniques grand public pour appliquer des prix artificiellement élevés sur le marché intérieur japonais afin qu'ils contribuent au financement de leurs ventes à bas prix sur le marché d'exportation américain, lésant ainsi les fabricants américains qui se trouvent en concurrence avec eux sur ce dernier marché. Lorsque [nous] avons examiné pour la première fois le dossier du jugement en procédure sommaire, nous avons conclu qu'il permettait de constater: qu'il existe des barrières élevées à l'entrée du marché intérieur japonais; que les coûts fixes et les ratios d'endettement des fabricants japonais sont plus élevés que ceux de leurs homologues américains; que les fabricants japonais, individuellement et globalement, se sont dotés de capacités de production supérieures à ce que le marché intérieur japonais pourrait raisonnablement absorber, ce qui les incite à écouler leurs capacités excédentaires sur un marché extérieur [citation] [...]. Nous avons aussi conclu à l'existence de preuves directes et d'indices indirects d'un accord visant à stabiliser les prix sur le marché intérieur japonais pour réaliser les bénéfices nécessaires au financement de ventes à bas prix aux États-Unis [citation]. Malgré ces conclusions, la Cour suprême a souverainement estimé que les défendeurs "n'avaient aucun motif de former l'entente alléguée". [citation] [...]. La Cour suprême [...] a souverainement estimé que "vu l'absence de tout motif rationnel de former une entente, ni les pratiques de prix [des défendeurs], ni leur comportement sur le marché japonais, ni leurs accords de prix et de distribution sur le marché américain ne suffisent à soulever une "véritable question à trancher par un procès". [citation]. Ces conclusions ont l'autorité de la chose jugée en l'espèce et s'imposent à la Cour [d'appel]. En conséquence, les plaignants ne peuvent plus à présent soutenir qu'il y avait un motif de former l'entente alléguée. Ils ne peuvent plus non plus soutenir que les preuves directes et les indices indirects auxquels la Cour [d'appel] faisait référence dans sa décision antérieure sont suffisants pour combattre une demande de jugement en procédure sommaire."¹⁵⁷

3.188 Les Communautés européennes concèdent que, pour conclure à l'absence de motif de former l'entente alléguée, la Cour suprême avait invoqué la théorie antitrust des prix prédateurs, y compris celle qui affirme qu'il ne peut y avoir de véritable prédation que dans les cas où les ventes sont faites à un prix inférieur à "une mesure appropriée des coûts" et où il existe une perspective raisonnable de récupération des pertes ainsi encourues. Mais elles relèvent que la Cour suprême l'avait fait dans le cadre de son examen en plénière des pièces justificatives du dossier pour établir s'il se posait une véritable question de fait qui aurait exigé le rejet de la demande de jugement en procédure sommaire.

pas conclure dans un sens favorable aux demandeurs (il n'y a pas de "véritable question de fait"), de sorte que l'affaire devrait être réglée sans aller jusqu'au procès.

¹⁵⁷ *In re Japanese Electronic Products III*, *op. cit.*, page 46.

Selon les observations de la Cour suprême, les sociétés japonaises "n'[avaient] pas de motif de subir [les pertes résultant de ventes à bas prix sur le marché américain] sans une probabilité de voir l'entente alléguée [sur ce marché] être un jour rentable", et d'ajouter que "les tribunaux ne devraient pas permettre que des ententes soient déduites de faits constatés lorsque de telles déductions ne sont pas plausibles".¹⁵⁸ C'était là une conclusion portant sur les faits présentés dans cette affaire, et non sur l'interprétation du texte de la Loi Sherman, et elle fut traitée comme telle par la Cour d'appel.

3.189 Les Communautés européennes observent que c'est dans ce contexte que la Cour d'appel du troisième circuit en est venue, dans sa décision de 1986, à reconsidérer les allégations au titre de la Loi de 1916 que la Cour suprême n'avait pas traitées. La Cour d'appel a dit ceci:

"Puisque l'autorité de la chose jugée s'attache à présent en l'espèce à la conclusion qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve d'une entente en vue de l'application de prix prédateurs sur le marché américain, il est nécessaire de reconsidérer notre solution concernant l'allégation au titre de la Loi antidumping. Comme nous l'expliquions dans notre décision antérieure, la Loi antidumping de 1916 prescrit, comme condition de fond de l'ouverture de l'action, que les actes attaqués "soient accomplis avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis" [citation]. Les demandeurs affirment que les fabricants japonais se sont livrés, individuellement et collectivement, à un dumping illicite. *En ce qui concerne les allégations d'entente, nous avons précédemment jugé "que les éléments produits par les demandeurs à l'appui de leur thèse pour prouver que les défendeurs ont formé l'entente alléguée soulèvent aussi une véritable question de fait, celle de savoir si les défendeurs se sont mis d'accord pour inonder le marché des États-Unis [d'appareils électroniques grand public] à bas prix avec l'intention précise d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis".* [citation] *Puisque l'accusation d'entente en infraction à la Loi Sherman a échoué devant la Cour suprême, notre conclusion sur l'allégation d'entente en infraction à la Loi antidumping doit nécessairement succomber avec elle. Les allégations au titre de cette loi qui visaient individuellement les fabricants japonais sont également vulnérables, parce que nous nous sommes appuyés, pour infirmer le jugement rendu en procédure sommaire sur ces allégations, sur les éléments tendant à prouver que les différents fabricants avaient formé une entente pour vendre sur le marché américain à des prix prédateurs [...].*"¹⁵⁹

3.190 Les Communautés européennes soutiennent qu'il ressort à l'évidence de ce qui précède que le raisonnement de la Cour d'appel est strictement logique:

- a) en se fondant sur un examen en plénière des éléments de fait du dossier, la Cour suprême a jugé qu'il ne se posait pas de question de fait justifiant un procès à propos des allégations au titre de la Loi Sherman;
- b) la Cour d'appel du troisième circuit avait jugé dans une décision antérieure que les éléments de preuve des faits allégués figurant dans le dossier de l'affaire qui étayaient la constatation d'une infraction à la Loi Sherman étaient ceux-là mêmes qui pouvaient étayer la constatation de l'existence d'un accord passé par les exportateurs japonais pour se livrer à un comportement contrevenant à la Loi de 1916 et celle d'infractions individuelles de leur part à la Loi de 1916;

¹⁵⁸ *Matsushita Electrical*, op. cit., page 593.

¹⁵⁹ *In re Japanese Electronic Products III*, op. cit., pages 47 et 48 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

- c) partant, à la suite de la décision de la Cour suprême, et vu que celle-ci avait précédemment insisté sur l'identité des éléments de fait qui étaient à la base des plaintes au titre de la Loi Sherman et des plaintes au titre de la Loi de 1916, la Cour d'appel s'est jugée contrainte de rejeter les plaintes au titre de la Loi de 1916.

3.191 Pour les Communautés européennes, il est manifeste que la Cour d'appel du troisième circuit n'a nullement jugé qu'il existe, par interprétation de la loi, une obligation générale de prouver l'application de prix inférieurs au coût et une perspective raisonnable de récupération pour obtenir gain de cause dans le cadre de la Loi de 1916, lorsqu'on invoque l'intention précise d'éliminer ou léser une branche de production américaine. C'est ce que confirme encore le fait qu'aucune juridiction n'a par la suite jamais tenté de prêter à la décision de 1986 de la Cour d'appel du troisième circuit en l'affaire *In re Japanese Electronic Products III* la signification que les États-Unis cherchent à lui donner.

3.192 Aux yeux des Communautés européennes, la particularité décisive de l'affaire *Zenith III* est que, dans ce cas précis, l'allégation au titre de la Loi de 1916 avait été examinée sur la base des mêmes éléments de preuve que ceux qui furent rejetés pour l'allégation antitrust. La Cour d'appel du troisième circuit a conclu en ces termes:

"Il n'y a pas d'autre élément qui tende à prouver qu'aucun des défendeurs encore en présence ait pratiqué le *dumping* d'appareils électroniques grand public avec l'intention prescrite de léser ou d'éliminer une branche de production américaine."¹⁶⁰

Les Communautés européennes considèrent que cette énonciation de la Cour renferme le critère juridique qui est pertinent dans le cas de la Loi de 1916, à savoir si les importations font ou non l'objet d'un *dumping*. Qui plus est, elle ne prouve pas qu'une plainte sur le fondement de la Loi de 1916 n'aurait pas été retenue si elle avait reposé sur d'autres éléments de preuve ou arguments, et ce, indépendamment du sort des plaintes antitrust possibles. En d'autres termes, s'il y avait eu d'autres éléments de preuve, la Cour d'appel du troisième circuit aurait pu constater une infraction à la Loi de 1916, quand bien même il n'y aurait pas eu d'infraction à la législation antitrust.

3.193 Les États-Unis affirment que l'analyse faite par les Communautés européennes de la décision de 1986 *In re Japanese Electronic Products III* n'est pas défendable. En constatant que les éléments de preuve du dossier ne corroboraient pas une allégation au titre de la Loi de 1916 parce que c'étaient ceux-là mêmes que la Cour suprême avait jugés insuffisants en droit dans le cadre de la Loi Sherman, la Cour d'appel du troisième circuit a nécessairement fait application du même critère juridique. L'insuffisance de ces éléments au regard de la Loi de 1916 tenait à l'absence dans le dossier de faits pouvant satisfaire au critère juridique appliqué par la Cour. Et le critère juridique qui fut appliqué par la Cour du troisième circuit dans cette affaire était le même que celui que la Cour suprême avait appliqué aux allégations au titre de la Loi Sherman – à savoir, la nécessité d'établir l'application de prix inférieurs au coût et la possibilité de récupération.

3.194 Les États-Unis indiquent en outre que, même l'auteur de la note extraite d'une revue de droit que les Communautés européennes ont jointe à leur seconde communication est d'accord avec leur raisonnement. Il déclare en effet:

"Sur renvoi, la Cour du troisième circuit n'a pas reconnu de différences appréciables entre une allégation au titre de la Loi de 1916 et une allégation de prix prédateurs dans le cadre de la Loi Sherman, disant que "[p]uisque l'accusation d'entente en infraction à la Loi Sherman a échoué devant la Cour suprême, notre conclusion sur l'allégation d'entente au titre de la Loi antidumping doit nécessairement succomber

¹⁶⁰ *Ibid.*, page 48 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

avec elle." Cette décision implique qu'un défendeur dans le cadre de la Loi de 1916 doit nécessairement avoir une perspective raisonnable de récupérer son manque à gagner avant qu'une intention "prédatrice" puisse rationnellement lui être imputée."¹⁶¹

v) *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*

3.195 Les **Communautés européennes** soutiennent que la décision *Helmac I* est loin de trancher catégoriquement le point de savoir si la "nature" de la Loi de 1916 est celle d'une loi antitrust classique comme la Loi Sherman ou la Loi Robinson-Patman.¹⁶² Le fait que la Loi de 1916 a d'autres objectifs que la protection de la concurrence se trouve confirmé par le passage de la décision *Helmac I* où il est dit que "[o]utre l'atteinte à la concurrence, la Loi antidumping prévoit aussi comme motif d'action le fait de la part des défendeurs de tenter, entre autres choses, de léser une branche de production aux États-Unis".¹⁶³

3.196 Les Communautés européennes observent aussi que dans l'affaire *Helmac I*, le tribunal a déclaré:

"Cela ne signifie pas qu'il faille interpréter la Loi antidumping de 1916 dans un sens compatible avec les lois antitrust dans toutes les situations. Les différences de formulation peuvent comporter des conséquences sérieuses dans d'autres contextes. Cette possibilité est reconnue dans *Zenith Radio*. "Le principal enseignement que nous tirons des travaux préparatoires de la Loi de 1916 [...] est que celle-ci devrait être interprétée *autant que possible* dans un sens parallèle à la Loi sur la concurrence déloyale applicable au commerce intérieur". [citation] Bien qu'il ait qualifié la Loi antidumping de 1916 de loi antitrust, [le juge en l'affaire] *Zenith Radio* a conclu que l'intention du Congrès était d'y incorporer certains principes prévus dans la *Loi douanière* de 1913."¹⁶⁴

3.197 Au-delà de la question de la simple appellation de la Loi de 1916, la décision *Helmac I* confirme, aux yeux des Communautés européennes, comme c'était le cas dans l'affaire *Zenith III*¹⁶⁵, que l'existence d'un dumping, au sens classique du mot, est la condition préalable de l'action dans le cadre de la Loi de 1916:

¹⁶¹ Note, *op. cit.*, page 1559 (note de bas de page omise et passage souligné par les États-Unis).

¹⁶² Les Communautés européennes rappellent que le point essentiel à trancher pour le juge en l'affaire *Helmac I* était de décider quelle est la prescription applicable à la Loi de 1916, c'est-à-dire la prescription quadriennale de la Loi Clayton ou la prescription quinquennale de la Loi douanière.

¹⁶³ *Helmac I*, *op. cit.*, pages 575 et 576.

¹⁶⁴ *Helmac I*, *op. cit.*, page 566 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

¹⁶⁵ Les Communautés européennes rappellent que dans *In re Japanese Electronic Products II*, la Cour d'appel a déclaré (pages 321 et 324) que "la Loi de 1916 rend illicite le dumping de produits importés sur le marché des États-Unis dans le but d'éliminer ou léser une branche de production américaine. [...] Le premier élément nécessaire à une constatation de dumping dans le cadre de la Loi de 1916 est la preuve de l'existence d'une différence de prix entre deux produits comparables, dont l'un est importé ou vendu aux États-Unis et l'autre est vendu dans le pays exportateur".

"Si Zenith est utile pour l'analyse de l'applicabilité de la législation antitrust à une affaire *antidumping* dans le cadre de la Loi antidumping de 1916 [...]." ¹⁶⁶

[...]

"Dans une plainte *antidumping*, il y a deux concurrents, l'un étranger, l'autre national, dont l'activité se situe au même niveau de la chaîne commerciale. [...] Dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, il y a deux niveaux d'activité en litige." ¹⁶⁷

3.198 Les Communautés européennes observent également que, dans *Helmac I*, le juge considère que dans les actions sur le fondement de la Loi de 1916, à la différence de la Loi Robinson-Patman, la prescription exigeant que des ventes aient eu lieu avant que des mesures ne soient prises ne devrait pas être maintenue:

"Il n'y a pas de condition semblable exigée dans une plainte *antidumping*. Lorsqu'un concurrent décide unilatéralement d'abaisser son prix avec l'intention prescrite, l'infraction est constituée. Je conclus donc que la condition de ventes effectives prescrite dans le cadre de la Loi Robinson-Patman ne saurait être transmise à une action *antidumping*." ¹⁶⁸

3.199 De ces citations, les Communautés européennes déduisent que

- a) *Helmac I*, mais aussi *Zenith III*, considèrent que l'existence d'un dumping, c'est-à-dire d'une discrimination de prix entre deux marchés nationaux différents, est indispensable pour intenter une action dans le cadre de la Loi de 1916;
- b) *Helmac I* considère plutôt que l'objectif foncier de la Loi de 1916 est de combattre le dumping;
- c) *Helmac I* considère par conséquent qu'il y a des différences d'interprétation et d'application entre la Loi de 1916 et les réglementations antitrust classiques comme la Loi Robinson-Patman, c'est-à-dire, dans l'affaire *Helmac I*, sur le point de savoir si une mise en vente est suffisante pour déclencher l'action.

3.200 Les **États-Unis** jugent indéfendable l'allégation des Communautés européennes selon laquelle le juge de l'affaire *Helmac I* a constaté que "l'objectif foncier de la Loi de 1916 est de combattre le dumping". Cette décision est le simple reflet de la constatation par le tribunal de district de la multiplicité des objectifs des lois, qui, en gros, peuvent tous être considérés comme relevant de la "politique de la concurrence". Au surplus, il ressort de l'examen de cette décision que l'assertion des Communautés européennes est contredite par les faits. Comme elles l'ont noté, le juge de l'affaire *Helmac I*, citant la décision *Zenith III*, recommande que la Loi de 1916 "[soit] interprétée autant que possible dans un sens parallèle à la loi sur "la concurrence déloyale" applicable au commerce intérieur". ¹⁶⁹ En tout état de cause, peu importe pour l'analyse du Groupe spécial que ce tribunal ait dit que la Loi de 1916 n'a pas obligatoirement à recevoir une interprétation compatible avec les autres lois antitrust. Le point à retenir est que la Loi de 1916 pourrait être interprétée dans un sens compatible avec les règles de l'OMC et que, de fait, c'est ainsi qu'elle a été interprétée jusqu'ici.

¹⁶⁶ *Helmac I*, op. cit., page 573 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

¹⁶⁷ *Ibid.*, page 574 (souligné par les Communautés européennes).

¹⁶⁸ *Helmac I*, op. cit., page 574 (souligné par les Communautés européennes).

¹⁶⁹ *Ibid.*, page 566.

vi) *Geneva Steel Corp. c. Ranger Steel Supply Corp. et Wheeling-Pittsburgh c. Mitsui & Co.*

3.201 Les **Communautés européennes** font valoir que les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* ont confirmé le lien étroit qui existe entre la Loi de 1916 et la Loi douanière de 1930, modifiée, qui prévoit l'application de droits antidumping. Dans *Wheeling-Pittsburgh* par exemple, qui est la plus récente des deux, le juge a dit:

"En vertu de la Constitution des États-Unis, seuls le Congrès et le Président peuvent réglementer le commerce international. Le Congrès a voté tant [la Loi de 1916] que la Loi douanière de 1930, modifiée [citation]. [La Loi de 1916] permet à toute partie lésée par un dumping international d'intenter une action devant une juridiction fédérale et de recouvrer le triple du montant des dommages subis, ainsi que les honoraires d'avocat. [...] La Loi sur le commerce extérieur permet à la Commission du commerce international des États-Unis, sur constatation de l'existence d'un dumping, de porter plainte au nom de toute la branche de production. Sur la base d'une constatation de dumping, le Département du commerce est autorisé à relever le droit de douane frappant des produits étrangers lorsqu'ils ont fait l'objet d'un dumping illicite, d'un montant qui porte le coût du produit importé à sa valeur loyale et marchande."¹⁷⁰

3.202 Les Communautés européennes font également valoir que, à la différence des autres affaires citées par les États-Unis, *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* traitent spécifiquement de la nature de la Loi de 1916, et ce, pour déterminer s'il convient de lire la Loi de 1916 en ajoutant les critères de prédation antitrust à ses prescriptions spécifiques. Ces décisions disent qu'il n'est pas nécessaire de satisfaire à ces critères en ce qui concerne l'intention précise d'éliminer ou léser une branche de production américaine. Dans l'affaire *Zenith III*, il n'a pas été statué en sens contraire. La jurisprudence antérieure examine effectivement l'intention du Congrès, mais non, comme le prétendent les États-Unis, "l'interprétation de l'élément intentionnel de la Loi de 1916". En conséquence, la Loi de 1916 présente un élément protectionniste qui proscriit le dumping destiné à léser la branche de production nationale. C'est ce que confirme le passage suivant de la décision *Geneva Steel*:

"[L]e texte même de la Loi, outre qu'il proscriit les infractions aux lois antitrust, prohibe clairement et littéralement un comportement en matière de prix qui n'est ni anticoncurrentiel au sens de la législation antitrust ni prédateur. Par les mots qu'il a choisis, le Congrès a protégé les industries américaines contre le dumping déloyal, que son auteur ait eu ou non une intention prédatrice."¹⁷¹

3.203 Les Communautés européennes reconnaissent bien, cependant, que les décisions des deux tribunaux de district établissent une distinction entre "le dumping pratiqué avec l'intention de léser la branche de production", soient les trois premières intentions, et "le dumping pratiqué avec une intention prédatrice anticoncurrentielle", soient les deux dernières intentions. Les deux tribunaux admettent que les deux derniers types d'intention visés par la Loi de 1916, c'est-à-dire restreindre ou monopoliser le commerce, présentent des similitudes avec la législation antitrust régissant le commerce intérieur et n'excluent pas que les conditions posées dans la décision *Brooke Group* puissent fort bien s'appliquer ici. Toutefois, ils n'examinent pas cette question plus avant, du fait que ces motifs n'étaient pas invoqués par les demandeurs dans les deux affaires. L'un et l'autre indiquent

¹⁷⁰ *Wheeling-Pittsburgh Steel Corp. v. Mitsui & Co.*, 1999 WL 38856, (S.D. Ohio), 22 janvier 1999.

¹⁷¹ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1217.

aussi que leur raisonnement trouve un appui dans la majeure partie de la jurisprudence, et en particulier *Helmac I*, à l'exception, il est vrai, de *Zenith III*.

3.204 Les Communautés européennes soutiennent cependant que cette distinction faite par les deux tribunaux de district entre deux sortes de dumping se fondent exclusivement sur les notions et principes du droit antitrust américain, à savoir l'"intention" qu'il faut prouver chez les défendeurs. Dans le cadre de l'article VI du GATT de 1994, le dumping n'est pas affaire d'intention. Il s'agit du fait de vendre à un prix inférieur à celui qui est pratiqué dans le pays d'exportation, et c'est précisément là le comportement dont il faut rapporter la preuve en premier lieu sous l'empire de la Loi de 1916. Dans le régime de la Loi de 1916, la démonstration de l'intention ne vient qu'après que le "dumping" a été établi.

3.205 À cela, les **États-Unis** répondent tout d'abord en observant que c'est la décision préliminaire en l'affaire *Geneva Steel* qui dit que la Loi de 1916 prévoit cinq intentions possibles. Tel n'est pas l'avis de la plus haute juridiction américaine qui ait examiné la question.

3.206 Les États-Unis observent également, à titre liminaire, que les décisions *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* - qui sont des décisions de tribunaux de district sur des demandes de classement - sont des jugements avant dire droit et ne sont donc ni définitives ni sans recours en droit américain. Elles ne peuvent par conséquent pas, à l'heure qu'il est, être considérées par le Groupe spécial comme des interprétations du droit américain faisant autorité. Ces deux affaires en sont actuellement au stade de la communication des pièces, ce qui veut dire qu'il n'y a pas eu de procès. La décision d'un tribunal fédéral de district sur une demande de classement n'est considérée comme "définitive" qu'une fois que les allégations en l'affaire ont toutes été jugées ou tranchées d'une autre manière et que le tribunal de district a prononcé un jugement.¹⁷² À ce stade, la décision du tribunal de district devient "susceptible d'appel", ce qui veut dire qu'une partie au litige peut interjeter appel devant une cour d'appel de circuit. Si aucune des parties ne se pourvoit en appel, la décision du tribunal de district devient "sans recours" et devient donc obligatoire pour les parties. Cela dit, même une décision définitive de tribunal de district ne s'impose pas aux autres tribunaux de district ou aux cours d'appel et elle n'a pas d'autorité morale si elle n'a pas été solidement motivée.¹⁷³ Si une partie se pourvoit en appel, la cour d'appel, à son tour, examinera l'affaire et confirmera, réformera ou annulera la décision du tribunal de district. La décision de la cour d'appel est alors la décision "sans recours" en l'espèce, à supposer qu'elle ne soit pas ultérieurement réexaminée par la Cour suprême des États-Unis.¹⁷⁴ Un arrêt "sans recours" d'une cour d'appel est un précédent qui s'impose à tous les tribunaux de district du circuit de la cour d'appel, de même qu'aux autres formations de juges siégeant à la même cour d'appel, mais qui n'a qu'une autorité morale pour les juridictions des autres circuits.¹⁷⁵

3.207 Les États-Unis considèrent au surplus que, selon la jurisprudence de l'OMC, il est prématuré de la part des Communautés européennes de fonder le moindre aspect de leur contestation de la Loi de 1916 au titre de l'article VI du GATT de 1994 sur les décisions *Geneva Steel* ou *Wheeling-Pittsburgh*.

¹⁷² Les États-Unis font référence à *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 545-47 (1949); *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Air Canada*, 727 F.2d 253, 254-55 (2d Cir. 1984).

¹⁷³ Les États-Unis font référence à *Threadgill v. Armstrong World Industries Inc.*, 928 F.2d 1366, 1371 (3d Cir. 1991).

¹⁷⁴ Les États-Unis font référence à *Metropolitan Water Co. v. Valley Drainage District*, 223 U.S. 519, 524 (1912).

¹⁷⁵ Les États-Unis notent qu'il y a 12 circuits fédéraux aux États-Unis. Un circuit est assigné à chaque tribunal de district aux fins des appels.

De même que pour le pouvoir discrétionnaire que l'exécutif peut exercer ou non¹⁷⁶, la simple possibilité que les décisions de tribunaux de district dans ces affaires deviennent définitives et sans recours en droit américain n'est pas suffisante pour permettre à l'une ou l'autre décision de servir en quoi que ce soit de fondement à une constatation d'incompatibilité avec l'article VI:2 du GATT de 1994 de la part du Groupe spécial. Tant qu'il reste possible que soit le tribunal de district, soit, sur appel, la cour de circuit, interprète la Loi de 1916 d'une manière entièrement compatible avec l'article VI:2 du GATT de 1994, ni l'une ni l'autre de ces décisions ne devrait être prise en considération.

3.208 Les États-Unis sont aussi d'avis que, même si le Groupe spécial les prenait en considération, il devrait se borner à examiner en quoi ces décisions préliminaires affectent l'interprétation dominante aux États-Unis. Il ne peut pas se demander si elles constituent elles-mêmes des violations, parce que son mandat n'englobe pas de telles décisions parmi les mesures contestées. Les Communautés européennes ont contesté la Loi de 1916 en soi, et non une quelconque application précise de cette loi.

3.209 Les États-Unis font valoir aussi que, en tout état de cause, les décisions *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* ne traitent pas la Loi de 1916 comme une loi antidumping. Plus précisément, elles n'interprètent pas la Loi de 1916 dans un sens qui en fasse une loi visant le "dumping" et le "dommage" condamnés par l'article VI. Elles ne diffèrent des autres décisions judiciaires que par leur interprétation plus extensive d'un élément prescrit par la Loi de 1916 au plaignant, c'est-à-dire celui qui énonce l'intention requise. En réalité, dans la décision *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal a jugé qu'il faut justifier d'une intention "prédatrice", encore qu'il ne soit pas nécessaire de prouver la possibilité d'une récupération. Selon la décision *Geneva Steel*, le demandeur pourrait démontrer soit la traditionnelle intention prédatrice antitrust, soit l'intention de léser une branche de production américaine. Exactement comme toutes les autres décisions judiciaires, cependant, ces deux-là exigent du demandeur qu'il démontre l'intention au même titre que chacun des autres éléments d'une plainte au titre de la Loi de 1916. Ainsi, même dans ces décisions, les différences fondamentales entre la Loi de 1916 et l'Accord antidumping subsistent.

3.210 Les États-Unis soutiennent, pour finir, que la conclusion que la Loi de 1916 n'est pas une loi antidumping demeure valide, même si cette loi pouvait être considérée comme renfermant un élément "protectionniste". Pour commencer, la notion de "protectionnisme" signifie ici le souci de protéger la branche de production. On peut quand même dire que cet élément de la Loi de 1916 est le reflet des règles antitrust d'époques antérieures, comme celles que l'on trouve dans la Loi Robinson-Patman de 1936. D'ailleurs, bon nombre de gouvernements, dont celui des États-Unis, continuent à appliquer aujourd'hui des lois qui à certains égards protègent les concurrents. Le fait qu'une mesure puisse comprendre une protection des concurrents ne l'élimine pas de la catégorie des lois antitrust.

3.211 Les **Communautés européennes** observent que, selon les États-Unis, les décisions *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* ne "font pas autorité". Or, les États-Unis ne sauraient contester, et ne nient pas, que ces décisions ne sont pas purement hypothétiques et qu'elles existent bel et bien. Pour les Communautés européennes, cela suffit pour qu'elles soient pertinentes. De plus, le simple fait qu'elles s'écartent de ce qu'ils semblent bien présenter comme la décision la plus autorisée à ce jour, c'est-à-dire *Zenith III*, révèle plutôt que cette dernière n'a pas valeur de précédent.

3.212 Les **États-Unis** rétorquent que, même si les deux décisions préliminaires rendues dans les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* sont prises en considération par le Groupe spécial dans le cadre d'une analyse des interprétations possibles de la Loi de 1916, elles ne changent rien au fait que cette loi pourrait recevoir une interprétation compatible avec les règles de l'OMC. C'est ce que

¹⁷⁶ Les États-Unis font référence, par exemple, à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphes 118 et 121; *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, rapport non adopté, daté du 3 septembre 1991, DS21/R, paragraphes 5.20 et 5.21; *États-Unis – Fonds spécial*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.9.

démontre la jurisprudence *Zenith III*, de même que les autres décisions faisant application des principes antitrust pour trancher la question considérée. En tout état de cause, les décisions *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* ne diffèrent de la jurisprudence *Zenith III* que dans leur qualification de l'intention prescrite. Pour autant, cette interprétation ne transforme pas la Loi de 1916 en loi antidumping. Les deux tribunaux ont quand même exigé que l'intention précise de léser ou éliminer exigée soit invoquée au même titre que les autres éléments de la Loi de 1916. Dans *Wheeling-Pittsburgh* le tribunal a expressément qualifié l'intention prescrite de "prédatrice".¹⁷⁷ Qui plus est, aucun des deux tribunaux n'a exigé du plaignant qu'il invoque et prouve un dommage important causé à la branche de production nationale comme il faut le faire dans les cas de dumping.

E. VIOLATION DE L'ARTICLE VI:2 DU GATT DE 1994

1. Arguments d'ordre général

3.213 Les **Communautés européennes** exposent que les règles antidumping de l'OMC, énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping, instituent un régime multilatéral global et complet pour définir et traiter la question du dumping dans le commerce international. Ce caractère global s'attache aussi à la réglementation des mesures qui peuvent être prises lorsqu'un dumping dommageable au sens de l'article VI du GATT de 1994 a été constaté. En pareil cas, comme le précise l'article VI:2 du GATT de 1994, "[e]n vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit". Ce caractère exclusif ne peut qu'apparaître encore plus clairement si l'on examine conjointement les diverses dispositions de l'article VI. Cet article, entre autres choses, assigne une fonction spécifique aux mesures antidumping et fixe pour elles à plusieurs reprises les limites quantitatives admissibles. Les mesures antidumping ont pour fonction de "neutraliser" le dumping, ou de l'"empêcher" en cas de menace de dommage important. C'est ce que souligne encore l'article 9.1 de l'Accord antidumping, où il est suggéré de limiter le droit au montant nécessaire pour compenser le *dommage* subi par la branche de production nationale, montant qui peut être inférieur à la marge totale de dumping. L'imposition de droits se trouve par surcroît limitée par les paragraphes de l'article VI du GATT de 1994 qui interdisent aux parties d'appliquer à la fois des droits antidumping et des droits compensateurs en vue de remédier à la même pratique. Il ne peut échapper à personne que toutes ces restrictions et réserves applicables à l'imposition de droits antidumping ne rimeraient absolument à rien et n'aboutiraient absolument à rien si les Membres de l'OMC étaient libres de choisir n'importe quel type de mesure, et qui plus est sans qu'il y ait de limites à leur montant et à leur impact.

3.214 Les Communautés européennes rappellent que les mesures correctives prévues par la Loi antidumping de 1916 sont des dommages-intérêts triples et/ou des sanctions pénales. Ce ne sont pas des droits. Elles n'entrent pas dans la seule catégorie de mesures autorisée en vertu des règles antidumping multilatérales pour remédier aux pratiques de dumping, et elles ne sont pas davantage autorisées par d'autres dispositions des accords de l'OMC.

3.215 Les Communautés européennes soutiennent que les autorités américaines ont à nouveau reconnu le fait que les droits sont les seules mesures autorisées. Dans la déposition de Alan Holmer, Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devant la Commission des finances du Sénat américain le 18 juillet 1986, on peut lire notamment:

"Le Code antidumping, cependant, *limite* expressément les mesures correctives en cas de dumping à la perception non rétroactive de droits antidumping *pour neutraliser la marge* de dumping. Aux termes de l'article 16 du Code, "il ne pourra être pris aucune mesure particulière contre le dumping des exportations d'une autre partie, si ce n'est

¹⁷⁷ Les États-Unis font référence à *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, page 604.

conformément aux dispositions de l'Accord général, tel qu'il est interprété par le présent accord". *Ces termes interdisent le recours à des sanctions additionnelles telles qu'amendes, embargo, emprisonnement ou autres mesures draconiennes.*

[...]

On a aussi fait valoir que "le Code en outre n'affecte pas les autres mesures ne revêtant pas le caractère de "droits" qui peuvent frapper les marchandises faisant l'objet d'un "dumping"". L'idée maîtresse de cet argument est que si un gouvernement choisit de s'attaquer au dumping en imposant des droits, il est tenu de le faire suivant les procédures exposées dans le Code antidumping, mais reste en même temps libre d'avoir recours à n'importe quel autre moyen de son choix pour réprimer le dumping. Cette interprétation de l'article 16 apparaît cependant assez peu plausible si l'on en considère les conséquences. Suivant ce point de vue, en effet, *un gouvernement étranger serait parfaitement fondé à condamner un homme d'affaires américain pour dumping et à le jeter en prison pour dix ans, puisqu'il aurait le droit de recourir à son gré à toutes les sanctions possibles en cas de dumping.*

Il s'ensuit que l'article 16 veut nécessairement dire qu'un gouvernement peut offrir à ses administrés un et un seul moyen de remédier au dumping. Ce remède est la perception de droits d'une manière compatible avec le Code antidumping. Nous estimons que notre interprétation découle logiquement de la lettre et de l'esprit de l'Accord général et du Code antidumping. Il s'ensuit aussi que l'article 1655 serait contraire au Code en imposant des sanctions additionnelles en sus des droits antidumping normaux.

*Si l'on peut adresser le même reproche à la Loi antidumping de 1916, il reste que cette loi a été exemptée au bénéfice de l'antériorité par le Protocole d'application provisoire lorsque les États-Unis sont entrés au GATT en 1947."*¹⁷⁸

Les Communautés européennes ajoutent que l'article 16 du Code antidumping de 1979 est identique à l'article 18 de l'Accord antidumping de l'OMC.

3.216 Les Communautés européennes maintiennent que l'objectif de la mesure autorisée à l'article VI du GATT de 1994 étant de compenser et de corriger, il faut supposer que seule une mesure de prix chiffrable pourra neutraliser une marge de dumping précisément chiffrée ou, éventuellement, un niveau de dommage inférieur. En d'autres termes, seule une mesure alourdissant les coûts des exportateurs au point de les forcer en quelque sorte à relever leurs prix sur leurs marchés d'exportation où il a été constaté qu'ils pratiquaient le dumping est réellement apte à "neutraliser" le dumping. La responsabilité et les sanctions pénales ne sauraient être d'aucune utilité pour y remédier quand elles ont pour résultat de "priver de liberté" l'un des acteurs économiques faisant le commerce de produits étrangers, tels les importateurs dans le cas de la Loi de 1916. Quant aux sanctions pénales pécuniaires, même si elles restaient dans les limites du niveau maximum imposé par l'article VI du GATT de 1994, elles comportent un élément additionnel de responsabilité pénale qui se situe déjà au-delà de l'objectif défini à l'article VI et dans l'Accord antidumping. Il le dépassera à l'évidence aussi dans tous les cas où le montant de l'amende sera supérieur à la marge de dumping.

3.217 Les **États-Unis** font valoir que, pour assurer le succès de leur allégation au titre de l'article VI:2, les Communautés européennes doivent établir deux éléments: tout d'abord, il leur faut

¹⁷⁸ Déposition faite le 18 juillet 1986 par Alan Holmer, Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devant la Commission des finances du Sénat des États-Unis, pages 4 et 5 (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

établir que l'article VI:2 prévoit que les droits antidumping sont la seule mesure corrective en cas de dumping et, deuxièmement, que la Loi de 1916 est le type de mesure régi par l'article VI et l'Accord antidumping. Leur allégation au titre de l'article VI:2 est dès le départ entachée d'un vice, parce que rien dans cette disposition ne vise le point de savoir si les droits antidumping sont la seule mesure corrective en cas de dumping. En admettant même, pour les besoins de la discussion, que l'article VI:2 prévoie l'unique mesure corrective possible en cas de dumping, leur allégation demeure vaine, parce que la Loi de 1916, étant dirigée contre les comportements anticoncurrentiels, ne relève pas de l'article VI du GATT de 1994, pas plus que de l'Accord antidumping.

2. Le texte et le contexte pertinent de l'article VI:2 du GATT de 1994

3.218 Les **États-Unis** sont d'avis que l'allégation des Communautés européennes est d'emblée vouée à l'échec parce que rien dans l'article VI:2 du GATT de 1994¹⁷⁹ ne vise le point de savoir si les droits antidumping sont la mesure corrective exclusive en cas de dumping.

3.219 Les États-Unis observent que le paragraphe 2 dit simplement qu'un Membre "pourra" percevoir un droit antidumping pour neutraliser ou empêcher le dumping. Il ne donne nullement à entendre qu'en cas de dumping des mesures correctives autres que les droits antidumping soient interdites. Il ne dit pas, par exemple, qu'un Membre "pourra seulement" percevoir des droits antidumping. Si le mot "seulement" avait été voulu, le texte pouvait le dire et l'aurait dit. Tout en se polarisant sur le membre de phrase "en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping", les Communautés européennes ignorent le fait que la directive énoncée dans ce paragraphe est une faculté et n'est pas assortie de restrictions.

3.220 Aux yeux des **Communautés européennes**, les États-Unis interprètent l'article VI:2 du GATT de 1994 hors contexte et contrairement à son objet et à son but manifestes. Une disposition d'un accord comme le GATT de 1994 disant que quelque chose "pourra" être fait ne signifie pas nécessairement qu'aucune autre mesure possible, qui pourrait être plus ou moins restrictive pour les échanges, ne sont aucunement soumises à des restrictions. Que ce soit là sa signification, ou qu'elle implique au contraire qu'aucune autre mesure ne peut être prise, dépend du contexte dans lequel le mot "pourra" est employé.

3.221 Les Communautés européennes font remarquer que le contexte de l'article VI comprend les articles III à XIX du GATT de 1994, qui tous règlent des problèmes de commerce international. Ainsi, l'article VI régit ce que les Membres peuvent faire contre le dumping et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire. L'article VI:2 dit expressément que la mesure qui peut être prise consiste à percevoir un droit antidumping. Il est contraire à l'objet et au but de l'article VI de prétendre, comme le font apparemment les États-Unis, que rien dans l'article VI ne restreint l'aptitude des Membres à prendre d'autres mesures pour empêcher le dumping, par exemple en mettant les importateurs en prison.

3.222 Les **États-Unis** considèrent que l'argument des Communautés européennes au sujet du sens du terme "pourra" pêche en ce qu'elles négligent le contexte immédiat fourni par les paragraphes 3 à 6 de l'article VI et préfèrent prétendre que le contexte de l'article VI comprend les articles III à XIX du

¹⁷⁹ Le paragraphe 2 de l'article VI est ainsi conçu:

"En vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit. Aux fins d'application du présent article, il faut entendre par marge de dumping la différence de prix déterminée conformément aux dispositions du paragraphe premier."

GATT de 1994, sans pour autant expliquer pourquoi cela transforme "pourra" à l'article VI:2 en "devra" ou "pourra seulement".

3.223 De l'avis des États-Unis, il est significatif que l'emploi à l'article VI:2 du terme facultatif "pourra" contraste avec les quatre paragraphes de l'article VI qui suivent immédiatement, où sont énoncées des interdictions expresses au sujet de l'imposition de droits. Dans chacun de ces paragraphes, l'article VI emploie [en anglais] l'auxiliaire "shall" [en français la forme impérative du futur] et désigne clairement ce qui n'est pas permis. Le paragraphe 5, par exemple, est ainsi conçu:

"Aucun produit du territoire d'un Membre, importé sur le territoire d'un autre Membre, *ne sera* soumis à la fois à des droits antidumping et à des droits compensateurs en vue de remédier à une même situation résultant du dumping ou de subventions à l'exportation."¹⁸⁰

3.224 Les États-Unis notent que le paragraphe 6 a) de l'article VI fait appel à une formulation analogue:

"Aucune partie contractante *ne percevra* de droits antidumping [...] à l'importation d'un produit du territoire d'une autre partie contractante, à moins qu'elle ne détermine que l'effet du dumping [...] est tel qu'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale établie, ou qu'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale."¹⁸¹

3.225 Les États-Unis affirment, au surplus, que les seules dispositions des accords de l'OMC dont on puisse prétendre qu'elles visent la question d'éventuelles restrictions aux mesures correctives disponibles contre le dumping ne figurent pas dans le GATT de 1994 mais dans l'Accord antidumping. Toutefois, ils n'examinent la pertinence possible d'aucune des dispositions de cet accord, parce que les Communautés européennes n'ont pas saisi le Groupe spécial d'allégations au titre de ces dispositions.

3.226 Les **Communautés européennes** répliquent qu'il faut toujours interpréter les mots dans leur contexte. En l'espèce, le contexte pertinent est l'article VI du GATT de 1994, qui vise à régler le problème du dumping, comme d'autres dispositions de cet accord règlent d'autres problèmes. Les États-Unis envisagent le contexte d'une manière simpliste. Ils se bornent à indiquer que les paragraphes 3 à 6 de l'article VI emploient [dans la version anglaise] le mot "shall" [en français le futur] et que ce n'est pas le cas du paragraphe 2. Ils ne prêtent aucune attention à la structure de l'article VI. Cet article s'ouvre au paragraphe 1 par la définition d'un problème, puis précise la mesure qui peut être prise pour le combattre et enfin impose certaines restrictions à l'imposition de ces droits.

3.227 Les Communautés européennes soutiennent également que la seule raison pour laquelle le paragraphe 2 de l'article VI emploie [en anglais] le mot "shall" [en français le mot "pourra"] est que les Membres de l'OMC n'étaient pas censés devoir être obligés d'imposer des droits antidumping, c'est-à-dire d'intervenir du tout contre le dumping. Le sens ordinaire de l'article VI:2 lorsqu'on le replace dans son contexte et que l'on tient compte de la structure de l'article VI est que d'autres mesures correctives que ces droits, telles qu'amendes et dommages-intérêts triples, ne peuvent pas être imposées.

¹⁸⁰ Ce sont les États-Unis qui soulignent.

¹⁸¹ Ce sont les États-Unis qui soulignent.

3. L'historique de la négociation

3.228 Les **Communautés européennes** affirment que leur point de vue selon lequel les droits sont les seules mesures correctives autorisées trouve sa confirmation dans l'historique de la négociation de l'article VI du GATT de 1994. Selon elles, malgré les tentatives de quelques parties contractantes au GATT de 1947 pour prévoir d'autres types de mesures compensatoires, tant au cours des travaux préparatoires que de la Session d'examen de 1955, l'article VI avait été intentionnellement limité aux droits antidumping.

3.229 Les Communautés européennes signalent que le texte original de l'article VI du GATT de 1947 - c'est-à-dire le texte effectivement adopté en 1947 – renfermait bel et bien une interdiction explicite des mesures antidumping autres que les droits. La structure de l'article VI était différente dans le texte original de ce qu'elle est à présent. À l'examen de ce texte, on constate qu'il commençait par interdire les droits dépassant un certain niveau autorisé à titre de mesure corrective¹⁸² et se terminait par l'affirmation explicite que les droits étaient la seule mesure corrective autorisée.

3.230 Les Communautés européennes rappellent que le texte révisé, qui trouve sa source dans l'article 34 de la Charte de La Havane, fut rédigé suivant une technique différente. Dans la nouvelle optique adoptée pour cette révision, il n'était plus jugé nécessaire de poser une règle explicite faisant des droits la mesure corrective exclusive. Il est instructif à cet égard de rappeler les explications données par le Groupe de travail de 1948 sur "Les modifications apportées à l'Accord général" au remplacement de l'article VI du GATT de 1947. Dans son rapport, ce groupe de travail indique à ce propos:

"Bien qu'il ait reconnu qu'il n'existe aucune différence de fond entre l'article VI de l'Accord général et l'article 34 de la Charte, le groupe de travail recommande de remplacer le texte de l'Accord par le texte de la Charte, car le texte adopté à La Havane fournit une indication utile sur le principe qui préside à l'application de cet article et énonce plus clairement les règles qui y sont établies. Le groupe de travail fait siennes les vues exprimées par [la Sous-Commission chargée de l'article 34 à la Conférence de La Havane]; il estime que des mesures autres que les droits antidumping et les droits compensateurs ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping ou le recours aux subventions à l'exportation, si ce n'est pour autant que ces mesures sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général."¹⁸³

3.231 Les Communautés européennes considèrent qu'en disant expressément qu'il n'y avait pas de changement de fond, le Groupe de travail précise bien qu'il n'était pas question, en modifiant le texte de l'article VI du GATT de 1947, d'autoriser contre le dumping d'autres mesures correctives que les droits.

3.232 Les Communautés européennes rappellent aussi une autre déclaration pertinente du même groupe de travail. Celui-ci, dans son rapport, note en effet qu'il [...] "estime que des mesures autres que les droits antidumping et les droits compensateurs ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping ou le recours aux subventions à l'exportation, si ce n'est pour autant que ces autres mesures

¹⁸² Les Communautés européennes font référence au libellé du texte original de l'article VI:1, qui est ainsi conçu:

"Il ne sera perçu sur un produit du territoire d'une partie contractante, importé sur le territoire d'une autre partie contractante, aucun droit antidumping dépassant un montant égal à la marge de dumping appliquée à l'importation de ce produit [...]."

¹⁸³ IBDD, II/44, 45, paragraphe 12.

sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général".¹⁸⁴ Aux yeux des Communautés européennes, il confirme par-là "l'accord général" de la Sous-Commission compétente de la Conférence de La Havane, à laquelle il emprunte le texte de l'article VI. Par conséquent, il découle non seulement de l'historique de la négociation du GATT de 1947, mais encore de son interprétation ultérieure que les droits sont la seule mesure corrective autorisée pour contrecarrer les pratiques de dumping dans le cadre de l'article VI du GATT de 1994.

Les Communautés européennes signalent en outre que les États-Unis eux-mêmes ont reconnu que l'historique de la négociation de l'article VI confirme l'exclusivité des droits comme mesure corrective. Comme l'indique le rapport du groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping appliqués au saumon importé de Norvège*, ils avaient fait valoir devant ce groupe spécial l'argument suivant:

"Au sujet de l'historique de la négociation de l'Accord général, les États-Unis ont également fait observer que, durant les négociations initiales, le dumping préjudiciable avait suscité de telles préoccupations qu'il avait été proposé d'autoriser l'imposition de contre-mesures plus rigoureuses que des droits servant simplement à compenser le préjudice. Toutefois, les mesures correctives prévues par l'article VI *avaient finalement été limitées à ce type de droits*."¹⁸⁵

3.233 Les **États-Unis** contestent que l'historique de la négociation confirme la position des Communautés européennes. L'historique de la négociation de l'article VI prouve qu'à l'origine l'article VI du GATT de 1947 comprenait un paragraphe – le paragraphe 7 – dont le passage pertinent disposait:

"Aucune partie contractante n'aura recours, pour neutraliser les effets d'un dumping [...] à des mesures autres que les droits antidumping [...]"¹⁸⁶

3.234 Or, rappellent les États-Unis, ce paragraphe 7 n'avait existé que durant un an environ. L'article VI avait été modifié peu après l'entrée en vigueur du GATT de 1947, les premières discussions sur cette question ayant lieu au début de 1948 au cours de la "Conférence de La Havane", qui examinait le projet de charte de l'Organisation internationale du commerce (ci-après l'"OIC"), document qui était, à bien des égards, semblable au GATT de 1947. À l'époque, les membres de la Sous-Commission chargée de l'article 34 avaient examiné une disposition du projet de charte de l'OIC, identique au paragraphe 7 original de l'article VI du GATT de 1947, et décidé de la supprimer. On en lit l'explication dans le compte rendu de ces débats:

"La Sous-Commission a approuvé la suppression du paragraphe 6 du projet de Genève qui interdisait expressément le recours à des mesures autres que les droits antidumping et les droits compensateurs contre le dumping ou le subventionnement. Elle l'a fait étant bien entendu que des mesures autres que les droits antidumping compensateurs [...] ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping [...], si ce

¹⁸⁴ *Ibid.*, réimprimé dans GATT, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice (1994), pages 216 et 217 (anglais seulement).

¹⁸⁵ *États-Unis – Droits antidumping appliqués au saumon importé de Norvège*, *op. cit.*, paragraphe 75 (note de bas de page omise; ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

¹⁸⁶ Reproduit dans GATT, Index analytique: Guide des règles et pratiques du GATT, sixième édition (1995), page 238.

n'est pour autant que ces autres mesures sont permises par d'autres dispositions de la Charte."¹⁸⁷

3.235 Les États-Unis observent encore que, plus tard dans cette même année, au cours de la deuxième Session du GATT de 1947, le Groupe de travail sur les modifications de l'Accord général s'était reporté aux travaux de la Sous-Commission de l'OIC sur l'article 34 et était convenu, entre autres choses, de remplacer en son entier l'article VI alors existant par le texte correspondant du projet de charte de l'OIC, qui, dans sa version finale, ne renfermait pas de disposition analogue au paragraphe 7 de l'article VI du GATT de 1947. Dans un rapport, ce groupe de travail expliquait:

"Le groupe de travail fait siennes les vues exprimées par [la Sous-Commission de l'OIC chargée de l'examen de l'article 34]; il estime que des mesures autres que les droits antidumping [...] ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping [...], si ce n'est pour autant que ces autres mesures sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général."¹⁸⁸

3.236 Les États-Unis signalent que, bien des années plus tard, un paragraphe semblable à bien des égards au paragraphe 7 original de l'article VI du GATT de 1947 allait apparaître à l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round. Il était ainsi conçu:

"Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre le dumping des exportations d'une autre partie, si ce n'est conformément aux dispositions de l'Accord général, tel qu'il est interprété par le présent accord."

3.237 Les États-Unis rappellent aussi que dans une note de bas de page relative à cet article 16:1, il était dit que cette disposition "ne vis[ait] pas à empêcher que des mesures soient prises dans les cas appropriés au titre d'autres dispositions pertinentes de l'Accord général". Une disposition pratiquement identique audit article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round figure à présent dans l'Accord antidumping, à l'article 18.1, à ceci près qu'elle renvoie maintenant au GATT de 1994 au lieu du GATT de 1947.

3.238 Aux yeux des **Communautés européennes**, l'introduction, à l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round, d'une interdiction explicite de mesures autres que les droits ne saurait avoir changé le sens de l'article VI du GATT de 1947.¹⁸⁹ Au contraire, elle en a confirmé la signification. Ainsi, il n'y a visiblement pas une règle de l'article VI qui ne fasse référence au Code ou qui n'en soit reprise. Cela s'explique par le fait que le Code et le GATT de 1947 constituaient des ensembles de règles juridiques bien distincts, avec des parties différentes et des instruments d'application autonomes. Un plaignant qui se fondait sur le Code devait être en mesure d'invoquer n'importe quelle règle de l'article VI. Si la répétition était nécessaire pour les dispositions expresses de l'article VI, elle l'était *a fortiori* pour celles qui avaient été reconnues comme implicites dans cet article. À la lumière des considérations qui précèdent, il n'est donc pas surprenant que le Code ait explicitement répété la règle implicite de l'article VI en vertu de laquelle les droits sont la mesure corrective exclusive en cas de dumping.

¹⁸⁷ Rapports des Commissions et des principales Sous-Commissions, ICITO 1/8, page 81, paragraphe 25 (Genève, septembre 1948), cités dans GATT, Index analytique: Guide des règles et pratiques du GATT, *op. cit.*, page 255.

¹⁸⁸ IBDD, II/43, page 45, paragraphe 12.

¹⁸⁹ Les Communautés européennes font référence à J. H. Jackson, World Trade and the Law of GATT, The Bobbs-Merrill Co. (1969), pages 405-408 et 420.

3.239 Les Communautés européennes exposent également que lorsque le Code du Tokyo Round a été modifié et transposé dans le texte de l'Accord de l'OMC, l'opération a consisté en la conversion d'un traité antérieur et la non-suppression plutôt que l'insertion d'une clause. Il aurait été assez insolite de supprimer une clause explicite d'un accord au motif que son objet était implicite. Cela aurait ressemblé plutôt à une abrogation délibérée de la règle.

3.240 Les **États-Unis** répliquent qu'en tout état de cause l'historique de la négociation de l'article VI n'indique pas quelle est celle des dispositions de l'article VI du GATT de 1947 qui a rendu le paragraphe 7 original inutile en érigeant implicitement les droits antidumping en mesure corrective exclusive contre le dumping. Rien n'indique que la disposition en question soit le paragraphe 2.

4. La pertinence de l'article 18.1 de l'Accord antidumping

3.241 Les **Communautés européennes** soutiennent que l'adoption de l'Accord antidumping de l'OMC n'a pas modifié la teneur de l'article VI en ce qui concerne la limitation des mesures correctives aux droits, parce qu'il ne prévoit ni dérogation ni règle contradictoire sur ce point. Au contraire, cet accord, et plus précisément son article 18.1, ne fait que confirmer l'article VI à cet égard.

3.242 Les Communautés européennes considèrent par conséquent qu'il suffit de s'appuyer sur l'article VI pour alléguer que la Loi de 1916 contrevient aux règles de l'OMC en prévoyant des mesures correctives autres que les droits pour contrecarrer les pratiques de dumping.

3.243 Les **États-Unis** repoussent l'argument des Communautés européennes selon lequel l'article VI:2 du GATT de 1994 érige les droits antidumping en mesure corrective exclusive contre le dumping, moyennant quoi il suffit au Groupe spécial de s'appuyer sur cette seule disposition pour cette thèse. Au surplus, les Communautés européennes se trompent aussi en disant que l'article 18.1 de l'Accord antidumping de l'OMC "ne fait que confirmer l'article VI à cet égard".

3.244 Les États-Unis font valoir, tout d'abord, que l'historique de la négociation de l'article VI n'indique pas quelle est celle des dispositions de l'article VI du GATT de 1947 qui a rendu le paragraphe 7 original inutile en posant implicitement que les droits antidumping sont la mesure corrective exclusive en cas de dumping. Rien n'indique que la disposition en question soit le paragraphe 2.

3.245 Les États-Unis notent, deuxièmement, qu'au cours du Tokyo Round une disposition entièrement distincte de l'article VI:2 du GATT de 1947 – l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round – a été adoptée pour traiter directement la question de savoir si, et dans quelle mesure, les droits antidumping sont la mesure corrective exclusive contre le dumping. Cette disposition, comme l'article 18.1 de l'Accord antidumping de l'OMC qui lui a succédé, fait appel à une formulation soigneusement choisie pour exprimer la limitation recherchée des mesures correctives autres que les droits antidumping, et elle est beaucoup plus précise que toute règle qui pourrait être tirée de l'historique de la négociation de l'article VI. L'insertion de ces dispositions plus tardives paraîtrait suggérer le contraire de l'argument des Communautés européennes. Plus précisément, le fait qu'il ait été nécessaire d'ajouter l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round et l'article 18.1 de l'Accord antidumping qui lui a succédé attestent que l'article VI:2 ne signifie pas ce que les Communautés européennes prétendent. Autrement, ces dispositions plus tardives seraient redondantes et inutiles. Il convient d'éviter les interprétations qui rendent superflues des portions d'un traité.

3.246 Les États-Unis rappellent, enfin, qu'avec le Cycle d'Uruguay et l'entrée en vigueur du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping de l'OMC un autre changement fondamental s'est encore produit, qui rend encore moins pertinent le recours des Communautés européennes à l'historique de la négociation de l'article VI. Plus précisément, la relation entre l'article VI et l'Accord antidumping est différente de celle qui existait auparavant entre l'article VI et le Code antidumping du Tokyo Round.

S'il était auparavant possible à un groupe spécial de constater une violation sur le fondement autonome d'un paragraphe de l'article VI du GATT de 1947, ce n'est plus le cas désormais. Pour toute violation, il faut désormais invoquer aussi une disposition particulière de l'Accord antidumping. Dans *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*¹⁹⁰, l'Organe d'appel a expliqué ce changement fondamental à propos du point de savoir si l'article VI du GATT de 1994 peut être appliqué indépendamment de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (ci-après "Accord SMC"). À l'appui de sa constatation que l'article VI ne peut pas être appliqué indépendamment, l'Organe d'appel a dit que l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord SMC représentent à présent un "ensemble de droits et d'obligations", étant donné la structure de l'Accord sur l'OMC, auquel le GATT de 1994 et l'Accord SMC sont annexés.¹⁹¹ Citant le rapport du groupe spécial, il a déclaré que l'Accord SMC et l'article VI "considérés ensemble, définissent, clarifient et dans certains cas modifient l'ensemble global de droits et d'obligations d'un utilisateur éventuel de mesures compensatoires".¹⁹² À l'instar de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord SMC, l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping représentent un ensemble global de droits et d'obligations concernant l'utilisation de mesures antidumping. Le texte simple des articles premier et 18.1 prouve que ces dispositions ne se bornent pas à interpréter l'article VI mais vont au-delà en imposant une limitation des mesures antidumping, alors que l'article VI:2 n'en prévoit aucune. Il n'est donc pas légitime de la part d'un groupe spécial d'appliquer l'article VI séparément.

3.247 Les États-Unis relèvent qu'en l'espèce, inexplicablement, les Communautés européennes ont exclu de leur demande d'établissement d'un groupe spécial ce qui est peut-être la seule portion pertinente de l'ensemble global de droits et d'obligations concernant l'utilisation de mesures antidumping, c'est-à-dire l'article 18.1 de l'Accord antidumping. De fait, que ce soit ou non la seule portion pertinente de cet ensemble, ç'en est certainement une portion essentielle. De plus, si le Groupe spécial accueillait une allégation fondée exclusivement sur l'article VI:2 du GATT de 1994, il courrait le risque très réel d'aller au devant de décisions contradictoires, tel groupe spécial examinant une allégation fondée sur le seul article VI:2, cependant que tel autre examinerait une allégation au titre de l'article 18.1 de l'Accord antidumping.

3.248 Les États-Unis estiment que, pour toutes ces raisons, le Groupe spécial devrait rejeter l'argument des Communautés européennes selon lequel l'article VI:2, *considéré isolément*, impose les droits antidumping comme seule mesure corrective contre le dumping.

3.249 Les **Communautés européennes** répondent en relevant que les États-Unis paraissent admettre que l'article VI n'autorise pas d'autres mesures correctives contre le dumping que les droits quand ils affirment avec insistance "que l'historique de la négociation de l'article VI n'indique pas quelle est celle des dispositions de l'article VI du GATT de 1947 qui a rendu le paragraphe 7 original inutile en posant implicitement les droits antidumping comme mesure corrective exclusive en cas de dumping". D'ailleurs, à propos de l'argument des États-Unis selon lequel "rien n'indique que la disposition en question soit le paragraphe 2", les Communautés européennes demandent quelle disposition ce pourrait être en dehors du paragraphe 2, lu dans le contexte des autres dispositions de l'article VI.

3.250 En ce qui concerne l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round, les Communautés européennes répètent qu'à leur sens on ne saurait prétendre que l'introduction dans cette disposition

¹⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R (ci-après "*Brésil – Noix de coco desséchée*").

¹⁹¹ Les États-Unis font référence à *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, page 16.

¹⁹² *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, page 18, citation extraite du paragraphe 246 du rapport du groupe spécial.

d'une interdiction explicite des mesures autres que les droits ait changé le sens de l'article VI du GATT de 1947.¹⁹³ Au contraire, elle en a confirmé la signification. Ainsi, il n'y a visiblement pas une règle dans l'article VI qui ne fasse référence au Code ou n'en soit reprise. Cela s'explique par le fait que le Code et le GATT de 1947 étaient des ensembles de règles juridiques bien distincts, avec des parties différentes et des instruments d'application autonomes. Un plaignant se fondant sur le Code devait être en mesure d'invoquer n'importe quelle règle de l'article VI. Si la répétition était nécessaire pour les dispositions expresses de l'article VI, elle l'était *a fortiori* pour celles qui avaient été reconnues comme implicites dans cet article. À la lumière de ce qui précède, il n'est donc pas surprenant que le Code ait explicitement répété la règle implicite de l'article VI en vertu de laquelle les droits sont la mesure corrective exclusive contre le dumping.

3.251 Les Communautés européennes exposent également que lorsque le Code du Tokyo Round a été modifié et transposé dans le texte de l'Accord de l'OMC, l'opération a consisté en la conversion d'un traité antérieur, ainsi que la non-suppression plutôt que l'insertion d'une clause. Il aurait été assez insolite de supprimer une clause explicite d'un accord au motif que son objet était implicite. Cela aurait ressemblé plutôt à une abrogation délibérée de la règle.

3.252 En ce qui concerne le recours des États-Unis à *Brésil – Noix de coco desséchée*, les Communautés européennes relèvent que l'évocation par l'Organe d'appel d'une relation indivisible entre l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord SMC vient plutôt corroborer l'idée qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de citer séparément l'Accord antidumping. Dans *Brésil – Noix de coco desséchée*, l'Organe d'appel a dit que l'article VI ne saurait être lu indépendamment de l'Accord SMC et que tous deux "considérés ensemble définissent, clarifient et dans certains cas modifient l'ensemble global de droits et d'obligations [...]".¹⁹⁴ Les Communautés européennes estiment elles aussi que cela vaut pour l'Accord antidumping. Et cependant, les États-Unis demandent en réalité au Groupe spécial de faire le contraire de ce que l'Organe d'appel a jugé nécessaire. Ils paraissent admettre qu'il existe à l'intérieur de cet "ensemble global" une obligation de ne pas appliquer contre le dumping d'autres mesures correctives que des droits, mais ils demandent au Groupe spécial de ne considérer que l'article VI:2 et d'écarter tout argument faisant appel à l'article premier et à l'article 18 de l'Accord antidumping.

3.253 Les Communautés européennes font valoir qu'en tout cas leur demande d'établissement d'un groupe spécial distinguait clairement une violation de l'obligation de ne pas recourir à d'autres mesures que les droits pour combattre le dumping et considérait cette obligation comme implicite à l'article VI:2 du GATT de 1994. Si d'autres parties de "l'ensemble global" sont jugées pertinentes pour cette obligation, elles peuvent et doivent être appliquées par le groupe spécial, tout comme ont été appliquées par le groupe spécial et l'Organe d'appel dans *Brésil – Noix de coco desséchée* les dispositions de l'Accord SMC qui n'avaient pas été mentionnées dans la demande d'établissement de ce Groupe spécial.

3.254 Pour conclure, les Communautés européennes réaffirment qu'à leurs yeux la disposition enfreinte est l'article VI:2 du GATT de 1994. Si le Groupe spécial n'était pas pour sa part d'avis que c'est dans cette disposition que la violation est clairement définie, il devrait faire application de l'article 18.1 de l'Accord antidumping pour suivre scrupuleusement les conclusions de l'Organe d'appel dans *Brésil – Noix de coco desséchée*. L'article 18.1 de l'Accord antidumping n'est pas en conflit avec l'article VI, comme les États-Unis l'ont aussi admis. Partant, l'article 18.1 ne saurait modifier le sens de l'article VI.

¹⁹³ Les Communautés européennes font référence à J.H. Jackson, *op. cit.*, pages 405-408 et 420.

¹⁹⁴ *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, page 18, citation extraite du paragraphe 246 du rapport du groupe spécial.

3.255 Les **États-Unis** observent que les Communautés européennes tentent de remédier aux lacunes de leur demande d'établissement d'un groupe spécial en donnant à entendre, alors qu'elles ne font pas valoir d'allégations au titre des articles premier et 18.1 de l'Accord antidumping, que le Groupe spécial devrait voir là de simples "arguments". Le Groupe spécial devrait repousser cette tentative. Les Communautés européennes ont choisi de s'appuyer sur l'article VI:2 du GATT de 1994 pour défendre leur position, à savoir que l'article VI et l'Accord antidumping prévoient la seule mesure corrective possible contre le dumping. Elles auraient pu faire figurer les articles premier et 18.1 de l'Accord antidumping dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, mais, inexplicablement, elles s'en sont délibérément abstenues. Elles ne devraient pas être autorisées à insinuer dans la présente espèce ce qui est en réalité des allégations nouvelles en avançant qu'il ne s'agit que d'"arguments". Si le Groupe spécial analysait ces articles fraîchement invoqués pour voir s'ils étaient les autres allégations des Communautés européennes, cela reviendrait à les traiter comme des allégations proprement dites. Dans les deux cas, le Groupe spécial serait tenu de déterminer si ces dispositions prévoient une mesure corrective exclusive en cas de dumping. Les Communautés européennes ne devraient pas être autorisées à tourner si facilement les prescriptions du Mémoire d'accord.

3.256 Les États-Unis, à vrai dire, sont d'avis que le Groupe spécial n'est même pas habilité à examiner si les articles premier et 18.1 de l'Accord antidumping corroborent la thèse que l'article VI du GATT de 1994 prévoit la seule mesure corrective possible contre le dumping. En le faisant, il outrepasserait sa compétence. Dans *Inde - Brevets*, l'Organe d'appel a précisé qu'un groupe spécial n'est habilité à examiner que les allégations figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de la partie plaignante.¹⁹⁵ L'Organe d'appel a conclu définitivement dans cette affaire qu'"un groupe spécial ne peut pas assumer une compétence qu'il n'a pas". Du fait que les articles premier et 18.1 de l'Accord antidumping ne figuraient pas dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes, le Groupe spécial n'est pas habilité à les examiner.

3.257 Pour répondre à l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial ne peut pas analyser les articles premier et 18.1 de l'Accord antidumping pour voir s'ils étaient la position qu'elles soutiennent, les **Communautés européennes** rappellent que, dans *Communautés européennes - Bananes*, l'Organe d'appel a déclaré:

"L'article 6:2 du Mémoire d'accord prescrit que les *allégations*, mais non les *arguments*, doivent toutes être indiquées de manière suffisante dans la demande d'établissement d'un groupe spécial pour permettre à la partie défenderesse et aux éventuelles tierces parties de connaître le fondement juridique de la plainte."¹⁹⁶

3.258 Les Communautés européennes observent en outre qu'il n'y a rien dans le Mémoire d'accord qui prescrive la mention des *numéros* des dispositions des accords visés dans une demande d'établissement d'un groupe spécial. L'obligation énoncée à l'article 6:2 du Mémoire d'accord consiste à faire un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Dans *Communautés européennes - Bananes*, l'Organe d'appel a simplement dit qu'il suffit de citer les numéros des dispositions, il n'a pas dit que ce soit là le seul moyen d'exposer le fondement juridique.¹⁹⁷ Il ne fait aucun doute que les Communautés européennes

¹⁹⁵ Les États-Unis font référence à *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphes 92 et 93.

¹⁹⁶ *Communautés européennes – Bananes*, *op. cit.*, paragraphe 143.

¹⁹⁷ Les Communautés européennes font référence au rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Bananes*, *op. cit.*, paragraphe 141.

ont clairement exposé l'obligation considérée et que les États-Unis ne l'ont pas contesté, pas plus qu'ils ne se sont mépris sur l'obligation exposée, leur désaccord porte purement sur le numéro à lui attribuer.

3.259 Les **États-Unis** rejettent l'argument des Communautés européennes selon lequel "[i]l n'y a rien dans le Mémoire d'accord qui prescrive la mention des *numéros* des dispositions des accords visés dans une demande d'établissement d'un groupe spécial". Ils se demandent comment un Membre identifie une disposition d'un accord visé autrement que par l'indication de son numéro. L'Organe d'appel s'attend certainement à voir le Membre plaignant indiquer le numéro de la disposition pertinente lorsque celui-ci formule une allégation. Dans *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel a donné les explications suivantes:

"Dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, nous avons approuvé le point de vue du groupe spécial selon lequel il "suffisait que les parties plaignantes indiquent les dispositions des accords spécifiques dont il était allégué qu'ils avaient été violés sans présenter des arguments détaillés concernant la question de savoir quels aspects spécifiques des mesures en cause se rapportaient à quelles dispositions spécifiques de ces accords", et nous pensions aussi comme le groupe spécial que la demande présentée en l'espèce était suffisamment spécifique pour satisfaire aux "règles minimales" établies par l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Dans la présente affaire, en revanche, aucune disposition spécifique d'un accord dont il est allégué qu'il a été violé n'a été indiquée. Cela ne satisfait pas aux "règles minimales" que nous avons pu accepter dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes*."¹⁹⁸

3.260 Les États-Unis rappellent que, dans la présente affaire, la question n'est pas simplement que les Communautés européennes ont omis d'indiquer le *numéro* de la disposition sur laquelle elles fondaient leur allégation. Elles n'ont même pas désigné *l'accord visé*. Les Communautés européennes savent qu'elles auraient dû désigner l'article 18.1 de l'Accord antidumping. Or, en formulant leur allégation dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, elles n'ont pas seulement omis de mentionner l'article 18.1. Elles ont même omis aussi de désigner l'Accord antidumping comme l'accord visé pertinent. Il ne leur reste donc plus aucun élément sur lequel se fonder pour soutenir que les droits antidumping sont la mesure corrective exclusive en cas de dumping. Elles ne peuvent pas s'appuyer sur l'article VI:2 du GATT de 1994, et elles n'ont pas indiqué l'article 18.1 de l'Accord antidumping dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial.

5. L'interprétation de la note relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping

3.261 En réponse à une question posée par le Groupe spécial aux deux parties au sujet de l'interprétation correcte de la note de l'article 18.1¹⁹⁹ de l'Accord antidumping, les **Communautés européennes** indiquent que le sens ordinaire de la note relative à cette disposition comme de la précédente, relative à l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round, est que l'Accord antidumping n'empêche pas les Membres de prendre des mesures appropriées en vertu d'autres instruments de défense commerciale prévus par le GATT de 1994, tels que des droits compensateurs ou des mesures de sauvegarde.

¹⁹⁸ *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 91 (note de bas de page omise).

¹⁹⁹ L'article 18.1 et sa note de bas de page sont ainsi conçus:

"18.1 Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre le dumping des exportations d'un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, tel qu'il est interprété dans le présent accord."²⁴
[...]

²⁴ Cette disposition ne vise pas à empêcher que des mesures soient prises, selon qu'il sera approprié, au titre d'autres dispositions pertinentes du GATT de 1994."

3.262 Les Communautés européennes affirment que cette interprétation se trouve confirmée par l'historique de la négociation. Les facteurs dont les négociateurs avaient tenu compte pour décider de supprimer une disposition correspondante étaient exactement les mêmes quand la Charte de La Havane avait été élaborée et quand le GATT de 1947 avait été modifié. Il est vrai que, dans le premier cas, les négociateurs avaient employé l'expression "autres dispositions de la Charte", alors que dans le second, ils avaient parlé d'"autres dispositions de l'Accord général", mais il est évident que les négociateurs de la Charte songeaient aux dispositions de la Charte incorporées à l'Accord général.

3.263 Au soutien de leur position, les Communautés européennes font référence au Rapport du Groupe de travail établi par la Sous-Commission C de la troisième Commission de la Conférence de La Havane où, selon elles, il ressort clairement des paragraphes 3 iv) et 6 que l'interdiction expresse d'autres mesures contre le dumping avait d'un commun accord été jugée inutile, supprimée et remplacée par une déclaration consignée au procès-verbal précisant que d'autres mesures n'étaient pas autorisées parce que certaines parties s'inquiétaient des conséquences qu'elles impliqueraient quand il s'agirait de faire valoir leurs droits au titre des articles 13 et 14, lesquels correspondent à ce qui est à présent l'article XVIII du GATT de 1994.²⁰⁰

3.264 Les Communautés européennes estiment que, même si l'on pouvait avancer que les négociateurs de la Charte entendaient préserver une gamme plus large de mesures possibles, ce n'était manifestement pas le cas de ceux qui avaient négocié les amendements de 1948 au GATT de 1947, puisqu'ils renvoient expressément aux "autres dispositions de l'Accord général". Les négociateurs du GATT de 1947 étaient prêts à se référer à la Charte de La Havane dans les cas où telle était leur intention, ainsi qu'il ressort, par exemple, de la Note *ad* article II:4 du GATT de 1947.

3.265 Les Communautés européennes considèrent, enfin, que le fait que cette note de bas de page a été jugée nécessaire confirme simplement leur avis que d'autres mesures contre le dumping, tels les dommages-intérêts triples, les amendes et les peines d'emprisonnement, ne sont pas compatibles avec les règles de l'OMC.

3.266 À la même question du Groupe spécial, les **États-Unis** répondent en réaffirmant d'emblée qu'à leur sens celui-ci ne devrait pas même aborder la question de l'interprétation correcte de l'article 18.1 de l'Accord antidumping ou de sa note de bas de page. En droit, l'article 18.1 n'entre pas dans le mandat du Groupe spécial.

3.267 Néanmoins, pour répondre à la question du Groupe spécial, les États-Unis observent que la note de l'article 18.1 devrait être interprétée comme signifiant qu'un Membre peut prendre des mesures qui règlent un problème de dumping dommageable, même si ces mesures ne sont pas expressément énoncées à l'article VI du GATT de 1994 ou dans l'Accord antidumping, dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec d'autres dispositions du GATT de 1994.

3.268 Les États-Unis rappellent que l'on trouve des termes presque identiques à ceux qui sont employés à l'article 18.1 et dans sa note de bas de page dans le texte de l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round et de sa note de bas de page. Le sens de cette note de l'article 16:1 était clair. Aucune mesure ne pouvait être prise contre le dumping, sauf de manière compatible avec le GATT de 1947. Ce n'est là que la réaffirmation du principe fondamental *pacta sunt servanda*: tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Cependant, il est évident aussi qu'il n'y a jamais eu la moindre intention d'éliminer les autres options compatibles avec le GATT disponibles pour remédier à une situation de fait constituant un cas de dumping dommageable. Une partie contractante qui était partie au Code conservait la faculté de traiter ce dumping en éliminant le

²⁰⁰ Les Communautés européennes font référence au document E.CONF.2/C.3/C/18, paragraphes 3 iv) et 6.

dommage, par exemple en relevant le droit qui frappait le produit considéré sur une base NPF, à concurrence d'un niveau ne dépassant pas la consolidation tarifaire correspondante. Ou bien, il pouvait renégocier le droit frappant ce produit d'une manière compatible avec l'article XXVIII du GATT de 1947. Ou encore, il pouvait fournir une aide à l'ajustement à la branche de production ou aux travailleurs lésés par le dumping. Ou même, si la situation de fait justifiait aussi une mesure de sauvegarde en application de l'article XIX du GATT de 1947 ou un droit compensateur en vertu de l'article VI du GATT de 1947, la partie contractante en question pouvait s'engager dans ces voies.

3.269 Les États-Unis signalent également que, pris au pied de la lettre, l'article 16:1 tout seul aurait pu passer à tort pour forcer un gouvernement à percevoir invariablement des droits antidumping dans toute situation de fait constitutive de dumping dommageable. La note de bas de page préservait la faculté de prendre toute autre mesure qui serait par ailleurs compatible avec le GATT. Les mêmes conclusions valent aujourd'hui. Si un Membre de l'OMC se trouve devant une situation de fait qui constitue un dumping dommageable, il n'est pas obligé de percevoir des droits antidumping, il peut choisir de prendre d'autres mesures qui sont conformes au GATT de 1994. Si c'est une mesure d'une sorte qui n'est tout simplement pas réglementée par le GATT de 1994, ce qui est le cas de la Loi de 1916, elle est *a fortiori* compatible avec ses dispositions.

F. VIOLATION DE L'ARTICLE VI:1 DU GATT DE 1994 ET DES ARTICLES 1^{ER}, 2.1 ET 2.2, 3, 4 ET 5.5 DE L'ACCORD ANTIDUMPING

3.270 Les **Communautés européennes** relèvent que la Loi de 1916 interdit le dumping dans des conditions différentes de celles qui sont énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping et qu'elle prévoit des procédures et des mesures correctives différentes. De ce fait, il y a de très nombreux cas où elle est contraire à des dispositions précises de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.²⁰¹

3.271 Les Communautés européennes exposent que, selon l'article VI:1 du GATT de 1994, le dumping est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important et que l'article 3 de l'Accord antidumping énonce une définition détaillée de cette notion et détermine comment le dommage peut être établi. La Loi de 1916 n'exige pas du tout de dommage effectif, sans parler de dommage important, mais seulement une ou plusieurs des intentions qu'elle indique, y compris celle de léser une branche de production nationale, quel que soit le danger que cette intention puisse effectivement représenter. En pratique, la preuve d'un dommage effectif servira souvent à prouver l'intention de nuire dans le cadre de la Loi de 1916. En pareil cas, rien dans la Loi de 1916 ne garantit que le dommage prouvé devra correspondre au critère du "dommage important" de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Qui plus est, du fait que d'autres intentions sont pertinentes dans le cadre de la Loi de 1916, il y a certaines circonstances où des mesures seront autorisées en vertu de cette loi sans la moindre recherche des effets subis par la branche de production américaine. En conséquence, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 du GATT de 1994 et à l'article 3 de l'Accord antidumping.

3.272 Les Communautés européennes font également valoir que les particuliers disposent de recours en vertu de la Loi de 1916 sans passer par l'intermédiaire de l'autorité administrative. L'absence de procédure administrative signifie qu'il n'est pas mené d'enquête conforme aux prescriptions de l'Accord antidumping. Les procédures judiciaires ne sont pas un substitut de ces enquêtes administratives. Dans le cas des actions au civil en dommages-intérêts, la procédure s'inscrit dans le cadre de la confrontation entre les parties. Au civil et au pénal, les faits sont constatés en définitive

²⁰¹ Les Communautés européennes observent que, même si le Groupe spécial considérait que les dispositions de l'article VI:2 ne renferment pas de termes impératifs, toutes les autres dispositions de l'article VI:1 et de l'Accord antidumping invoquées par les Communautés européennes renferment des termes manifestement impératifs.

par le juge et/ou un jury, qui ne possèdent pas la connaissance spécialisée du sujet qu'en ont les autorités nationales – ce qui compte beaucoup dans un domaine aussi technique. Ce sont les parties qui déterminent la conduite de la procédure, en dehors de toute intervention et responsabilité des autorités administratives du pays importateur. En conséquence, la Loi de 1916 ne respecte pas un certain nombre de prescriptions et garanties procédurales énoncées dans l'Accord antidumping, par exemple, celles qui exigent:

- a) que les autorités nationales vérifient l'information fournie dans la plainte avant d'ouvrir l'enquête²⁰²;
- b) qu'avant l'ouverture d'une enquête antidumping le gouvernement du pays exportateur en soit avisé²⁰³;
- c) qu'une plainte ne soit présentée qu'au nom de la branche de production nationale et soit soutenue par une certaine proportion au moins de cette branche de production. Cette condition de représentativité a pour fonction importante d'éviter les plaintes abusives et le harcèlement d'exportateurs et d'importateurs²⁰⁴;
- d) que la possibilité soit laissée aux gouvernements des pays exportateurs de faire des observations sur les constatations envisagées²⁰⁵;
- e) que la possibilité soit laissée aux utilisateurs industriels et aux organisations de consommateurs représentatives de communiquer des renseignements sur le dumping, le dommage et le lien de causalité²⁰⁶;
- f) que les mesures ne soient pas rétroactives.²⁰⁷

3.273 Les **États-Unis** considèrent que les allégations des Communautés européennes au titre de l'article VI:1 du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping sont des accessoires de leur allégation au titre de l'article VI:2 du GATT de 1994 et que chacune d'entre elles repose sur l'hypothèse que le Groupe spécial a d'ores et déjà constaté que la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994. Ainsi, chacune de ces allégations part des deux mêmes prémisses de la prétendue violation de l'article VI:2 du GATT de 1994, à savoir que l'article VI:2 du GATT de 1994 fait des droits antidumping la mesure corrective exclusive en cas de dumping et, de plus, que la Loi de 1916 est une loi antidumping qui prévoit contre le dumping des mesures correctives autres que les droits antidumping. Ces deux prémisses étant fausses, les diverses allégations des Communautés européennes au titre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping sont dénuées de fondement. Rien dans l'article VI:2 du GATT de 1994 ne dit que les droits antidumping soient la mesure corrective exclusive en cas de dumping. Au surplus, en admettant même, pour les besoins de la discussion, que cette disposition érige les droits antidumping en moyen exclusif de remédier au dumping, il n'en reste pas moins qu'elle ne régit pas la Loi de 1916 parce que cette loi n'est pas une loi antidumping et qu'elle ne prévoit pas de mesures correctives dirigées contre le type de comportement dommageable

²⁰² Les Communautés européennes font référence à l'article 5.3 de l'Accord antidumping.

²⁰³ Les Communautés européennes font référence à l'article 5.5 de l'Accord antidumping.

²⁰⁴ Les Communautés européennes font référence aux articles 4 et 5.4 de l'Accord antidumping.

²⁰⁵ Les Communautés européennes font référence à l'article 6.9 et 6.11 de l'Accord antidumping.

²⁰⁶ Les Communautés européennes font référence à l'article 6.12 de l'Accord antidumping.

²⁰⁷ Les Communautés européennes font référence à l'article 10 de l'Accord antidumping.

condamné par l'article VI. En conséquence, tout de même que leur allégation au titre de l'article VI:2, le Groupe spécial devrait rejeter les diverses autres allégations des Communautés européennes au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

3.274 Les **Communautés européennes** récusent l'argument des États-Unis qui fait dépendre les allégations qu'elles fondent sur l'article VI:1 du GATT de 1994 et les articles 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping de celle selon laquelle les droits sont le seul remède possible, et qui fait succomber ces allégations si elle-même échoue.

3.275 Les Communautés européennes font valoir que l'article VI:1 définit le dumping et dispose qu'il est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage ou un retard importants. Il s'ensuit clairement que des mesures prises contre le dumping ne sont compatibles avec l'article VI:1 que sur constatation, à la fois, i) d'un dumping correspondant à la définition donnée dans cet article et ii) d'un dommage, d'une menace de dommage ou d'un retard importants causés par ce dumping. Il n'est pas fait mention des droits antidumping, de sorte que ces principes s'appliqueraient même si d'autres mesures pouvaient être prises en conformité avec l'article VI:2.

3.276 Selon les Communautés européennes, le même argument vaut pour les articles cités de l'Accord antidumping. Aux termes du passage pertinent de l'article premier, "une mesure antidumping sera appliquée dans les seules circonstances prévues à l'article VI du GATT de 1994, et à la suite d'enquêtes ouvertes et menées en conformité avec les dispositions du présent accord". L'article 2.1 et 2.2 reprend en les développant les règles de définition technique du dumping. L'article 3 fait de même pour le dommage. L'article 4 définit la "branche de production nationale" à retenir pour la définition du dommage. L'article 5.5 prévoit que, "après avoir été saisies d'une demande dûment documentée et avant de procéder à l'ouverture d'une enquête, les autorités aviseront le gouvernement du Membre exportateur concerné". On voit aisément qu'aucune de ces dispositions ne mentionne l'application de droits à titre de mesure corrective et qu'elles devraient toutes être appliquées même s'il était décidé que d'autres mesures que les droits, telles que dommages-intérêts au civil et sanctions pénales pourraient, en conformité avec l'article VI du GATT de 1994, être appliquées pour corriger les effets du dumping.

3.277 Les **États-Unis** considèrent que les Communautés européennes n'ont pas démontré que les diverses prescriptions, de procédure et de fond, qui figurent à l'article VI:1 et dans l'Accord antidumping soient en soi et par soi impératives. Elles avancent que les dispositions énonçant ces prescriptions de forme et de fond n'indiquent pas elles-mêmes qu'elles s'appliquent seulement lorsqu'un Membre impose une mesure prévue dans l'Accord antidumping telle que des droits. De cette assertion, elles concluent que lesdites prescriptions s'appliquent même lorsqu'est imposée une mesure corrective qui n'est pas énoncée dans l'Accord antidumping. Cet argument ne repose sur rien. Pour commencer, il ignore totalement le contexte que constituent le reste des dispositions de l'article VI et celles de l'Accord antidumping, qui sont toutes axées sur l'imposition par un Membre d'une mesure prévue dans l'Accord antidumping, tels les droits. Si les droits ne sont pas la mesure corrective exclusive, il ne rime à rien d'interpréter les autres dispositions de l'article VI et de l'Accord antidumping en considérant qu'elles obligent à se conformer à leurs procédures et à leurs prescriptions en matière d'enquête.

3.278 Selon les États-Unis, l'argument des Communautés européennes pêche aussi à un niveau plus profond. Il porte sur des dispositions qui elles-mêmes sont muettes sur le point de savoir si elles s'appliquent seulement aux mesures énoncées dans l'Accord antidumping ou, subsidiairement, à toutes les mesures contrecarrant le dumping, même si elles ne figurent pas dans l'Accord antidumping. Puis, sans donner d'explication, les Communautés européennes lisent arbitrairement dans ce silence la solution qui vient étayer leurs allégations en l'espèce. Or, lorsqu'un Accord de l'OMC est vraiment

muet sur un point particulier, rien ne permet à un groupe spécial de constater une violation. Un groupe spécial doit aller au bout de son analyse et constater l'absence de violation.²⁰⁸

3.279 Les **Communautés européennes** rétorquent que cet argument ne leur paraît pas convaincant, car ces dispositions sont également muettes sur le point de savoir si elles s'appliquent à la sidérurgie ou non, mais nul ne songerait – ou tout au moins les Communautés européennes ne songeraient pas – à prétendre que par conséquent "rien ne permet à un groupe spécial de constater une violation" lorsqu'elles sont ainsi appliquées. Une obligation dont le champ d'application n'est pas restreint s'applique en général. En l'occurrence, l'obligation de se conformer aux prescriptions procédurales de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping s'applique à toutes les mesures antidumping, et non pas seulement aux droits.

3.280 Les **États-Unis** font valoir que, en tout état de cause, le Groupe spécial n'a même pas besoin d'aborder ces questions s'il conclut, comme il le devrait, que les Communautés européennes n'ont pas prouvé que la Loi de 1916 soit une loi antidumping relevant de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

G. VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

1. Introduction

3.281 Les **Communautés européennes** font valoir que si le Groupe spécial considère que la Loi de 1916 se situe entièrement dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994 et se trouve donc soumise à ses disciplines, il n'a nul besoin d'examiner leur allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Si, en revanche, le Groupe spécial considère que la totalité ou une portion quelconque de la Loi de 1916 est compatible avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping, il devra examiner leur allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 en ce qui concerne la portion de la Loi de 1916 dont il aura constaté qu'elle est compatible avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping.

3.282 Les Communautés européennes estiment que la Loi de 1916 est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994²⁰⁹, puisqu'elle applique aux produits des parties contractantes importés aux États-Unis un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires des États-Unis.

3.283 Les **États-Unis** considèrent que les annales de l'application de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman démontrent parfaitement que la Loi de 1916 ne soulève pas de question de

²⁰⁸ Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, non adopté, daté du 4 décembre 1992, SCM/153, paragraphes 243-246 et 247-249; rapport du groupe spécial *Nouvelle-Zélande – Importations de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, adopté le 18 juillet 1985, IBDD, S32/57, paragraphes 4.2 et 4.3.

²⁰⁹ L'article III:4 du GATT de 1994 est ainsi conçu:

"Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit."

traitement national relevant de l'article III:4 du GATT de 1994. De plus, même si l'on compare la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman en procédant élément par élément, aucun problème de traitement national ne se pose.

2. La Loi de 1916 en tant que loi affectant la vente des produits importés sur le marché intérieur et la Loi Robinson-Patman en tant que législation comparable

3.284 Pour les **Communautés européennes**, la Loi de 1916 est une loi visant les produits importés et elle affecte aussi la vente de ces produits sur le marché intérieur parce qu'elle interdit, notamment, la vente ou la mise en vente de ces produits en deçà d'un certain prix. Le fait qu'un produit ne peut pas être vendu à un prix librement établi en affecte, et risque même d'en empêcher, la vente. Le fait que la mesure en question s'applique aux importateurs n'empêche pas l'article III:4 d'être applicable. La mesure prise par les États-Unis dont le groupe spécial était saisi dans l'affaire *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*²¹⁰ s'appliquait aussi aux importateurs à travers des amendes, mais elle a quand même été jugée affecter les produits importés.²¹¹ Par surcroît, les circonstances dans lesquelles un produit est importé ne sauraient empêcher celui-ci d'être "similaire" par rapport aux produits d'origine nationale comparables. En réalité, le fait même que la Loi de 1916 s'applique exclusivement à des produits importés établit déjà une présomption de violation de l'article III du GATT de 1994, puisque les produits d'origine nationale ne sont pas soumis aux prescriptions de la Loi de 1916.

3.285 Les Communautés européennes notent également que la Loi de 1916 est une loi relative à la discrimination de prix qui vise le cas précis de différences entre le prix sur le marché américain des produits importés aux États-Unis et le prix des mêmes produits sur le marché intérieur de l'exportateur ou sur les marchés de pays tiers. La législation comparable applicable à la discrimination de prix sur le marché intérieur américain en ce qui concerne les produits d'origine nationale est la Loi Robinson-Patman.²¹² Celle-ci dispose:

"Est illicite de la part d'un commerçant le fait, dans le cadre de son activité, de pratiquer, directement ou indirectement, une discrimination de prix entre différents acheteurs de produits de type et qualité similaires, dès lors [...] que ladite discrimination peut avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui en accorde ou qui en accepte en connaissance de cause le bénéfice, ou les clients de l'une ou l'autre."²¹³

3.286 Les **États-Unis** contestent que, comme l'affirment les Communautés européennes, le fait que la Loi de 1916 s'applique exclusivement aux produits importés établisse une présomption d'infraction. Selon eux, cela ne fait naître aucune présomption. Dans l'affaire *États-Unis - L'article 337*, le groupe spécial a reconnu que, dans un différend au titre de l'article III:4, c'est une analyse de fond, et non de forme, qu'il y a lieu de faire. Comme il l'a expliqué:

²¹⁰ Rapport du groupe spécial *États-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386 (ci-après "*États-Unis - L'article 337*").

²¹¹ Les Communautés européennes font référence à *États-Unis - L'article 337*, *op. cit.*, paragraphe 5.10.

²¹² Les Communautés européennes font référence à l'article 2 de la Loi Clayton, modifié en 1936 par la Loi Robinson-Patman (15 U.S.C. paragraphe 13). Selon elles, il est établi que cette loi ne s'applique qu'aux différences de prix sur le marché américain, et non aux différences entre les prix appliqués sur le marché américain et les prix pratiqués sur un marché étranger. Les Communautés européennes font référence à *Zenith I*, *op. cit.*, page 248.

²¹³ 15 U.S.C. paragraphe 13 a).

"le simple fait que les produits importés sont soumis [...] à des dispositions différentes de celles qui s'appliquent aux produits d'origine nationale ne suffit pas en soi à établir de façon concluante l'incompatibilité avec l'article III:4. Dans des cas de ce genre, il faut évaluer si ces différences de régime se traduisent ou non par un traitement moins favorable des produits importés".²¹⁴

3.287 Cela dit, les États-Unis sont effectivement d'accord avec les Communautés européennes pour considérer que le texte applicable aux produits d'origine nationale comparable est l'article 2 de la Loi Clayton, tel qu'il a été modifié par la Loi Robinson-Patman.²¹⁵

3. La règle du "traitement non moins favorable"

a) Arguments d'ordre général

3.288 Selon les **Communautés européennes**, on peut constater en comparant les textes de la Loi Robinson-Patman et de la Loi de 1916, que si tous deux exigent la constatation d'une discrimination de prix relativement aux marchés pertinents respectivement dans chaque cas, ils diffèrent en ce qui concerne les autres éléments dont il faut rapporter la preuve pour qu'il y ait infraction à la loi. Dans le cas de la Loi de 1916, ces prescriptions supplémentaires sont l'intention i) d'éliminer une branche de production américaine, ou ii) de léser une branche de production américaine, ou iii) d'empêcher la création d'une branche de production américaine, ou iv) de restreindre le commerce international et le commerce intérieur ou v) de monopoliser le commerce international et intérieur. Par contre, dans la Loi Robinson-Patman, ces prescriptions supplémentaires sont que:

"cette discrimination [puisse] avoir pour effet de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui en accorde ou qui en accepte en connaissance de cause le bénéfice, ou les clients de l'une ou l'autre."

3.289 Les Communautés européennes observent également que, parmi les cas qu'elle prévoit, la Loi Robinson-Patman fait une distinction entre l'impact probable de la discrimination de prix i) sur les concurrents directs du vendeur appliquant des prix discriminatoires (dommage de première ligne), ii) sur les acheteurs privilégiés et désavantagés du vendeur en question (dommage de deuxième ligne) et iii) sur les clients des uns ou des autres (dommage de troisième ligne). La discrimination en première ligne est le seul analogue direct sur le plan intérieur de la discrimination de prix au plan international condamnée par la Loi de 1916. La Cour suprême des États-Unis a jugé en l'affaire *Brooke Group* que pour que l'effet prescrit sur la concurrence soit constitué, il doit être prouvé que i) le défendeur a appliqué des prix inférieurs à une mesure appropriée du coût et ii) il a une perspective raisonnable de récupérer ce qu'il a investi en pratiquant des prix inférieurs au coût.

3.290 À la lumière des considérations qui précèdent, les Communautés européennes soutiennent qu'une comparaison attentive des deux lois, tenant compte non seulement de leurs textes respectifs mais encore des prescriptions supplémentaires qui ont été lues dans la Loi Robinson-Patman comme condition de la constatation d'infractions entraînant un dommage de première ligne, démontre qu'il est nettement plus difficile de prouver une infraction à la Loi Robinson-Patman qu'à la Loi de 1916. En conséquence, la Loi de 1916 autorise l'application de mesures aux produits importés dans des conditions moins favorables que celles qui valent pour les produits d'origine nationale, d'où l'octroi

²¹⁴ États-Unis – L'article 337, *op. cit.*, paragraphe 5.11.

²¹⁵ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, pages 1213 et 1214.

d'un traitement moins favorable aux produits importés, ce qui est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994.

3.291 Les Communautés européennes signalent, pour finir, que dans l'affaire *Zenith III*, le tribunal de district s'est borné à dire que la Loi de 1916 devrait "autant que possible" être interprétée dans un sens parallèle à la Loi Robinson-Patman [...]. La formule "autant que possible" donne à penser que ce ne devrait pas nécessairement être toujours le cas, comme cela a été confirmé dans l'affaire *Helmac I*.

3.292 De l'avis des **États-Unis**, toute analyse de la compatibilité de la Loi de 1916 avec les dispositions relatives au traitement national de l'article III:4 du GATT de 1994 devrait se résumer à un seul point fondamental. La Loi de 1916 a rarement été invoquée. De plus, et c'est plus important, elle établit un critère pour obtenir réparation auquel il n'a jamais été satisfait dans le cas d'importateurs et de produits importés. La Loi Robinson-Patman, au contraire, a été invoquée avec succès dans un très grand nombre d'actions au civil.²¹⁶ Vue sous cet angle, la Loi de 1916 traite les importateurs et les marchandises importées *plus* favorablement que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs américains et leurs produits.

3.293 À ce propos, les États-Unis rappellent que, depuis la décision *Brooke Group* de 1993, il y a eu plus de quarante décisions de cours d'appel et de tribunaux de district publiées dans plus de quarante affaires différentes où avaient été alléguées des infractions aux dispositions de la Loi Robinson-Patman relatives à la discrimination de prix, dont plus de dix décisions de cours d'appel et de tribunaux de district pour la seule année 1998.²¹⁷ Par comparaison, il n'y a eu sur la même période que deux décisions de tribunaux de district – au tout début de la procédure en chaque cas – portant sur des allégations d'infraction à la Loi de 1916. Cette énorme différence établit à elle seule que les dispositions de la Loi Robinson-Patman proscrivant la discrimination de prix crée pour les entreprises nationales un bien plus grand danger de voir leur responsabilité mise en jeu que ne le fait la Loi de 1916 pour les importateurs, d'où il s'ensuit que la Loi Robinson-Patman applique aux entreprises nationales un traitement beaucoup moins favorable que celui que la Loi de 1916 réserve aux importateurs. En outre, si la responsabilité d'un importateur ne peut être engagée en vertu de la Loi de 1916 que du fait d'un dommage causé aux entreprises avec lesquelles il est en concurrence, celle d'une entreprise nationale, dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, peut naître à la fois de ce type de dommage et d'un dommage causé à un ou plusieurs acheteurs en aval. En conséquence, outre les affaires mettant en jeu la responsabilité pour dommage de première ligne, il faut tenir compte dans

²¹⁶ Les États-Unis relèvent qu'il n'y a eu au fil des ans qu'un très petit nombre d'affaires dans lesquelles le Département de la justice ait invoqué les dispositions pénales de la Loi Robinson-Patman ou obtenu des condamnations. Ils renvoient à un ouvrage de référence sur le droit antitrust américain, *ABA Antitrust Law Developments*, 4th éd. (1997), où il est noté, page 490: "Il a rarement été fait application de l'article 3 [la disposition de droit pénal de la Loi Robinson-Patman], et il n'y a pas eu de poursuites engagées sur le fondement de cet article depuis les années 60."

²¹⁷ Les États-Unis font référence, par exemple, à *Godfrey v. Pulitzer Publishing Co.*, 161 F.3d 1137 (8th Cir. 1998); *George Haug Co. v. Rolls Royce Motor Cars, Inc.*, 148 F.3d 136 (2^d Cir. 1998); *Kentmaster Manufacturing Co. v. Jarvis Products Corp.*, 146 F.3d 691 (9th Cir. 1998), amendé, n° 96-56341, 1999 WL 19636 (9th Cir. Jan. 20, 1999); *Metro Ford Truck Sales, Inc. v. Ford Motor Co.*, 145 F.3d 320 (5th Cir. 1998); *Sally Bridges v. MacLean-Stevens Studios, Inc.*, 35 F.Supp. 2d 20, 28 (D. Me. 1998); *Malek Wholesaler, Inc. v. First Film Extruding, Ltd.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3674 (N.D. III. Mar. 20, 1998); *City of New York v. Coastal Oil New York, Inc.*, 1998-1 Trade Cas. (CCH) 72 087 (S.D.N.Y. 1998); *Liberty Lincoln-Mercury v. Ford Motor Co.* 134 F.3d 557 (3^d Cir. 1998); *Hoover Color Corp. v. Bayer Corp.* 24 F. Supp. 2d 571 (W.D. Va. 1998); *Bell v. Fur Breeders Agricultural Cooperative*, 3 F. Supp. 2d 1241 (D. Utah 1998); *Precision Printing Co. v. Unisource Worldwide, Inc.*, 993 F. Supp. 338 (W.D. Pa. 1998); *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 957 F. Supp. 1184, 1192 (D. Nev. 1997), confirmé 146 F.3d 1088 (9th Cir.), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998).

toute comparaison avec la Loi de 1916 de celles dans lesquelles intervient une responsabilité de deuxième ligne.

3.294 Les États-Unis observent également que le nombre des affaires de discrimination de prix de première ligne jugées depuis l'arrêt *Brooke Group* confirme la conclusion que la Loi Robinson-Patman réserve aux entreprises nationales un traitement moins favorable que la Loi de 1916 aux importateurs. En particulier, depuis cet arrêt, quatre décisions de cours d'appel ont été rendues dans trois affaires concernant des allégations de discrimination de prix de première ligne.²¹⁸ Pour autant que le succès d'une affaire particulière se mesure au degré de juridiction auquel elle parvient dans le système judiciaire fédéral, ces litiges où était alléguée une discrimination de première ligne ont tous eu plus de succès qu'aucune des deux actions intentées sur le fondement de la Loi de 1916. Qui plus est, outre celles qui ont abouti à certaines des décisions de cours d'appel susmentionnées, quatorze décisions ont été rendues par des tribunaux de district dans des affaires de discrimination en première ligne.²¹⁹ Ces chiffres donnent à penser que les allégations de discrimination en première ligne dans le cadre de la Loi Robinson-Patman – sans même tenir compte de celles qui concernent la discrimination en deuxième ligne – ont continué à représenter pour les entreprises nationales un risque beaucoup plus sérieux de mise en jeu de leur responsabilité que celui que la Loi de 1916 fait courir aux entreprises étrangères.

3.295 Les États-Unis soutiennent, au surplus, que, même si l'on compare la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman en détail, il ne se pose pas de problèmes de traitement national. En effet, la Loi de 1916 est destinée à empêcher la concurrence déloyale en étendant aux importateurs les prohibitions établies à son encontre dans le commerce intérieur par l'article 2 de la Loi Clayton de 1914.²²⁰ Cadrant avec cette analyse, l'interprétation dominante, parmi les juridictions qui ont examiné la Loi de 1916, est une adhésion, explicite ou implicite, aux principes ci-après énoncés par le tribunal de district dans *Zenith III*:

²¹⁸ Les États-Unis font référence à *Kentmaster Manufacturing Co., v. Jarvis Products Corp.*, 146 F.3d 691, 694-95 (9th Cir. 1998), amendé, n° 96-56341, 1999 WL 19636 (9th Cir. Jan. 20, 1999); *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, 188 (1st Cir. 1996); *Rebel Oil Co. Atlantic Richfield Co.*, 146 F.3d 1088, 1091 (9th Cir. 1998), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998), et 51 F.3d 1421, 1429 (9th Cir. 1995).

²¹⁹ Les États-Unis font référence à *J&S Oil, Inc. v. Irving Oil Corp.*, 1999-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 72 615 (D.Me. August 4, 1999), p. 85551-54; *Wynn ex rel. Alabama v. Philip Morris Inc.*, 51 F. Supp. 2d 1232, 1247 (N.D. Ala. 1999); *Malek Wholesaler, Inc. v. First Film Extruding, Ltd.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3674 (N.D. Ill. March 24, 1998); *Taylor Publishing Company v. Jostens, Inc.*, 36 F. Supp. 2d 360, 372-73 (E.D. Tex. 1999); *Sally Bridges v. MacLean-Stevens Studios, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 20, 27-28 (D. Me. 1998); *City of New York v. Coastal Oil New York, Inc.*, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72 087 (S.D.N.Y. 1998); *Stearns Airport Equip. Co. v. FMC Corp.*, 977 F. Supp. 1269, 1273 (N.D. Tex. 1997); *Cardinal Indus. v. Pressman Toy Corp.*, 1997-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71 738 (S.D.N.Y. Dec. 17, 1996); *The Zeller Corp. v. Federal-Mogul Corp.*, 1997-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71 805 (N.D. Ohio June 25, 1996); *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, 958 F. Supp. 895, 906 (S.D.N.Y. 1997), et 1995-2 Trade Cas. ¶ 71 095 (S.D.N.Y. 1995), p. 75 241; *Clark v. Flow Measurement, Inc.*, 948 F. Supp. 519, 522-29 (D. S.C. 1996); *C.B. Trucking, Inc. v. Waste Management, Inc. and WMX*, 944 F. Supp. 66, 68-69 (D. Mass. 1996); *En Vogue v. UK Optical, Ltd. and British Optical Import Company*, 843 F. Supp. 838, 845-47 (E.D.N.Y. 1994); *Lago & Sons Dairy, Inc. v. H.P. Hood, Inc.*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12909 (D. N.H. 1994).

²²⁰ Les États-Unis notent que le Département de la justice, dans une lettre de Samuel J. Graham, Assistant Attorney General, datée du 30 juin 1916 et publiée dans le *New York Times* du 4 juillet 1916 (page 10), affirmait: "le "but" de la Loi de 1916 devrait être d'empêcher la concurrence déloyale. De même que nous avons dit à nos concitoyens, par la Loi Clayton, qu'ils ne devaient pas se laisser aller à une concurrence déloyale, nous avons l'intention de le dire à l'étranger".

"Le principal enseignement que nous tirons des travaux préparatoires de la Loi de 1916, replacés dans le contexte historique du premier gouvernement Wilson, est que cette loi devrait être interprétée autant que possible dans un sens parallèle à la Loi sur "la concurrence déloyale" applicable au commerce intérieur. La Loi antidumping de 1916 étant une loi sur la discrimination de prix, elle devrait être lue en tandem avec la Loi sur la discrimination de prix sur le marché intérieur, à savoir l'article 2 de la Loi Clayton, qui a été modifié en 1936 par la Loi Robinson-Patman."²²¹

3.296 Pour ce qui est de l'emploi par le tribunal de district de la formule "autant que possible", les États-Unis observent qu'ils ne sauraient conjecturer les raisons pour lesquelles celui-ci l'a retenue. Un tribunal règle une affaire à la fois et n'agit pas comme s'il était un parlement. Ce qui compte, c'est que le tribunal de district a constaté la similitude de langage avec d'autres lois antitrust et jugé que la question considérée, à savoir le critère de la comparabilité des produits, devait être résolue sur la base des principes antitrust. Il est à noter que dans *Zenith III*, le tribunal a aussi déclaré ce qui suit:

"[La Loi de 1916] était destinée à compléter les lois antitrust en imposant aux importateurs des restrictions juridiques en matière de discrimination de prix qui étaient en substance les mêmes que celles qui avaient déjà été imposées aux entreprises nationales par la Loi antitrust Clayton de 1914."²²²

[...]

[P]our être fidèles à l'intention du Congrès de soumettre les importateurs à "la même loi sur la concurrence déloyale" [que celle qui est applicable au commerce intérieur], nous ne devons pas interpréter la Loi de 1916 comme imposant aux importateurs des restrictions juridiques plus rigoureuses que celles qui s'appliquent aux entreprises nationales."²²³

3.297 Selon les États-Unis, conformément à ces énonciations, la comparaison des dispositions de la Loi de 1916 et de celles de la Loi Robinson-Patman fait clairement apparaître que la Loi de 1916 assure en fait un traitement à bien des égards *plus* favorable que la Loi Robinson-Patman et, en tout état de cause, ne prévoit en aucun cas un traitement moins favorable.

b) La pertinence des effets sur les échanges

3.298 Les **Communautés européennes** affirment que la démarche adoptée par les États-Unis à l'égard de l'allégation qu'elles ont formulée au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 est entachée d'un vice fondamental. En substance, le critère qu'ils veulent ainsi appliquer consiste à déterminer quelle loi – celle qui s'applique aux importations ou celle qui s'applique aux produits d'origine nationale – est le plus souvent invoquée avec succès et quels sont les degrés de difficulté à obtenir gain de cause dans le cadre de chacune de ces lois respectivement. Or, comme une longue série de rapports de groupes spéciaux l'ont établi et comme l'Organe d'appel l'a confirmé, l'article III du GATT

²²¹ *Zenith III*, *op. cit.*, page 1223. Les États-Unis font aussi référence à la page 1214 de la même décision, où il est dit que "[é]tant une loi sur la discrimination de prix, la Loi antidumping de 1916 est fonctionnellement semblable aux lois sur la discrimination de prix qui sont applicables à l'activité économique intérieure".

²²² *Zenith III*, *op. cit.*, pages 1196 et 1197.

²²³ *Ibid.*, page 1223.

de 1994 protège les possibilités de concurrence et non pas les flux commerciaux.²²⁴ Partant, il n'est pas nécessaire pour établir une violation de l'article III:4 de prouver que la mesure attaquée a réellement eu un effet quelconque. La simple possibilité de la voir se traduire éventuellement dans certaines circonstances par l'application aux produits importés d'un traitement moins favorable est déjà suffisante pour établir qu'une mesure est contraire à l'article III:4. C'est ainsi que dans l'affaire *CEE – Protéines destinées à l'alimentation des animaux*:

"[...] le Groupe spécial a examiné si un règlement en matière d'achat qui n'établit pas nécessairement une discrimination à l'égard de produits importés, mais est susceptible de le faire, est compatible avec les dispositions de l'article III:4. Le Groupe spécial a noté que le fait qu'un produit importé donné risquait de faire l'objet d'une discrimination constituait, en soi, une forme de discrimination. Il a donc conclu que les règlements en matière d'achat qui font naître un tel risque doivent être considérés comme accordant un traitement moins favorable, au sens de l'article III:4."²²⁵

3.299 Aux yeux des Communautés européennes, il est totalement indifférent aux fins de l'établissement du bien-fondé d'une allégation au titre de l'article III:4, que les conditions d'application de la Loi de 1916 la rendent plus ou moins difficile à appliquer.

3.300 Les **États-Unis** répliquent qu'ils ne prétendent pas que l'allégation des Communautés européennes au titre de l'article III:4 doive être rejetée parce que la Loi de 1916 n'a eu aucun effet sur les échanges. Bien que cet argument ne soit sans doute pas sans valeur, ils ont préféré ne pas le faire valoir.

c) Pertinence du fait que la Loi de 1916 n'a jamais été invoquée avec succès

3.301 Les **Communautés européennes** rejettent l'affirmation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 traite les importateurs de marchandises étrangères plus favorablement que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs de marchandises américaines parce que cette dernière loi a été invoquée avec succès beaucoup plus souvent que la première. Les Communautés européennes invitent le Groupe spécial à se référer au rapport du groupe spécial *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*²²⁶ dans lequel le groupe spécial avait rejeté l'argument selon lequel les mesures des États-Unis en cause en l'espèce pouvaient être justifiées parce que l'essence importée était traitée "dans l'ensemble" de façon non moins favorable que l'essence nationale. Les États-Unis n'ont pas fait appel de cet élément du rapport au Groupe spécial. Le groupe spécial, dans l'affaire des normes concernant l'essence, avait rejeté le raisonnement fondé sur la notion "dans l'ensemble" car il signifierait qu'un traitement moins favorable dans un cas pouvait être compensé par un traitement plus favorable dans un autre cas et avait noté que cette approche avait aussi été rejetée

²²⁴ Les Communautés européennes font référence, par exemple, au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 16, ainsi qu'aux rapports de groupes spéciaux qui y sont cités.

²²⁵ Rapport du groupe spécial *CEE – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, paragraphe 141.

²²⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/R (ci-après dénommé "Rapport du Groupe spécial États-Unis - Essence").

dans le cadre du GATT de 1947.²²⁷ Il est donc clair qu'une analyse au titre de l'article III:4 doit être effectuée au niveau d'un produit particulier et non au niveau de l'application de la loi à tous les produits possibles. Tout produit particulier doit être traité de façon non moins favorable qu'un produit national similaire, et cela dans tous les cas.

3.302 Les **États-Unis** répondent que les Communautés européennes n'ont pas compris leur position. Ils ne font pas valoir que la Loi de 1916, dans l'ensemble, traite les produits importés de façon plus favorable que les produits nationaux et, dans quelques cas seulement, traite les produits importés de façon moins favorable que les produits nationaux. L'argument des États-Unis n'est assorti d'aucune restriction, pas plus que l'article III:4. C'est un fait que la Loi de 1916 établit un critère pour obtenir réparation auquel il est virtuellement impossible de satisfaire et qui n'a jamais été rempli dans le cas d'importateurs et de produits importés. La prescription de la Loi de 1916 relative à l'intention constitue un facteur primordial qui est présent dans chaque cas et pas seulement "dans l'ensemble" et exerce une influence qui compense tout autre désavantage perçu. La Loi Robinson-Patman, par contre, a été invoquée avec succès à d'innombrables occasions pour obtenir réparation dans des affaires mettant en cause des vendeurs américains et leurs produits.

3.303 Les États-Unis ne suggèrent pas que le Groupe spécial fasse entièrement reposer ses constatations relatives à l'allégation formulée par les Communautés européennes au titre de l'article III:4 sur le fait que la Loi de 1916 n'a jamais été invoquée avec succès. Mais ce fait peut être pris en compte par le Groupe spécial quand il se prononcera sur la question de savoir si les différences alléguées entre la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman entraînent un traitement moins favorable. La différence quant à la possibilité d'invoquer avec succès chacune de ces deux lois montre que les prescriptions de la Loi de 1916, prises dans leur ensemble, sont moins rigoureuses pour *chaque* importateur que les prescriptions énoncées dans la Loi Robinson-Patman. En conséquence, la Loi de 1916 traite les importateurs et les produits importés de façon plus favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs américains et leurs produits.

3.304 Les **Communautés européennes** estiment que le fait que la Loi de 1916 n'a pas souvent été invoquée est dû à un certain nombre de facteurs qui ne démontrent en rien que cette loi traite les importations de façon plus favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits nationaux. Les facteurs suivants expliquent pourquoi la Loi de 1916 n'a pas été invoquée aussi souvent:

- a) les procédures sont en général complexes et longues et donc très coûteuses pour les défenseurs;
- b) il existe pour les plaignants une autre procédure possible, consistant à engager une action antidumping normale (conformément à l'article VI). Cela peut souvent être plus commode et explique pourquoi il n'y a pas eu beaucoup d'affaires au titre de la Loi de 1916. On peut donc soutenir qu'il faudrait en réalité faire une comparaison entre toutes les affaires de discrimination due à des prix de dumping et les affaires intérieures au titre de la Loi Robinson-Patman;
- c) dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, les parties sont parvenues à un accord, ce qui signifie que le plaignant a effectivement obtenu réparation. Les conditions de l'accord n'ont pas été rendues publiques mais on sait que les sociétés ont accepté certaines restrictions à l'importation et se sont engagées à acheter une certaine quantité d'acier Wheeling-Pittsburgh.

²²⁷ Les Communautés européennes se réfèrent au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, *op. cit.*, paragraphe 6.14, où il est fait mention du rapport du Groupe spécial *États-Unis – L'article 337*, *op. cit.*, paragraphe 5.14.

3.305 Les **États-Unis** réaffirment que la raison fondamentale pour laquelle il n'a jamais été possible d'obtenir réparation au titre de la Loi de 1916 tient au fait que la partie plaignante est tenue de montrer une intention prédatrice spécifique de la part de l'importateur mis en cause. Les tribunaux ont indiqué que, dans le contexte particulier de la Loi de 1916, cette prescription était quasiment impossible à respecter. Même dans la décision avant dire droit rendue dans l'affaire *Geneva Steel*, sur laquelle est fondée dans sa quasi-totalité la position des Communautés européennes en l'espèce, il était reconnu ce qui suit:

"[...] il peut ne pas être facile de prouver l'existence d'une telle intention illicite. En l'absence de certains éléments de preuve déterminants, cela peut être *presque impossible*."²²⁸

3.306 Malgré cette affirmation des États-Unis, les **Communautés européennes** soutiennent que la Loi de 1916 est encore considérée comme un moyen d'action efficace. Récemment, par exemple, un cabinet de conseil juridique de San Francisco a encouragé des clients (éventuels) à se prévaloir de la Loi de 1916 dans une affaire d'exportations illicites, ce qui montre que la Loi de 1916 est toujours considérée comme un moyen d'action efficace. La partie pertinente de la lettre est ainsi rédigée:

"Nous estimons qu'une action juridique au nom des nombreuses entreprises sidérurgiques qui ont subi un dommage du fait du dumping illicite pratiqué sur l'acier par des sociétés japonaises, brésiliennes, sud-coréennes, russes et d'autres pays est un moyen efficace et approprié de récupérer les pertes subies. Les plaintes seraient fondées sur la Loi antidumping de 1916 [...] qui ouvre aux personnes privées une action pour cause de dumping [...]. L'action que nous envisageons est semblable à des actions déjà engagées par Wheeling-Pittsburgh et Geneva Steel, bien qu'elle s'en écarte sur certains points importants. Ces plaignants n'avaient pas tiré parti du poids que peuvent avoir des plaignants multiples lorsqu'il s'agit d'obtenir une réparation importante."

Selon les Communautés européennes, la lettre montre aussi l'efficacité croissante de la capacité de harcèlement de la Loi de 1916.

3.307 Les **États-Unis** maintiennent qu'un élément de toute plainte au titre de la Loi de 1916 – la prescription relative à l'intention prédatrice spécifique – fait que cette loi est plus favorable dans chaque cas pour les importateurs et les produits importés que la Loi Robinson-Patman ne l'est pour les vendeurs américains et leurs produits. Selon l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux, cette prescription est quasiment impossible à respecter et une étude des cas dans lesquels la Loi de 1916 a été appliquée étaye cette opinion car aucune affaire engagée au titre de la Loi de 1916 n'a jamais abouti. Quand on prend en compte ce facteur pour autant qu'il serait éventuellement capable d'exercer une influence compensatrice dans chaque cas considéré individuellement, la seule conclusion raisonnable est que la Loi de 1916 traite les importateurs et les produits importés de façon plus favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs américains et leurs produits.

3.308 Les États-Unis soutiennent en outre que cette approche a été suivie par le Groupe spécial *États-Unis – L'article 337*. Dans cette affaire, le Groupe spécial a expliqué qu'"un élément de traitement plus favorable ne serait à prendre en considération que s'il accompagnait et compensait dans tous les cas un élément du traitement différencié causant un traitement moins favorable".²²⁹ Il a constaté que quelques-uns des avantages procéduraux donnés aux défenseurs étrangers au titre de l'article 337 jouaient dans tous les cas et a donc "pris en compte ces facteurs pour autant qu'ils seraient

²²⁸ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1224 (ce sont les États-Unis qui soulignent).

²²⁹ *États-Unis – L'article 337*, *op. cit.*, paragraphe 5.16.

éventuellement capables d'exercer une influence compensatrice dans chaque cas considéré individuellement d'un traitement moins favorable résultant d'un élément cité par la Communauté".²³⁰

3.309 Les États-Unis concluent donc qu'il serait tout à fait approprié que le Groupe spécial commence et termine son analyse de l'allégation formulée par les Communautés européennes au titre de l'article III:4 en se fondant sur le fait que la prescription relative à l'intention est quasiment impossible à respecter.

d) Comparaison élément par élément de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman

3.310 Les **Communautés européennes** affirment qu'il existe quatre différences principales entre la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman qui ont pour conséquence que les produits importés reçoivent un traitement défavorable en violation de l'article III:4 du GATT de 1994. Ces différences concernent i) les prescriptions relatives à l'intention dans le cadre de chacune des lois, ii) la mesure de la discrimination par les prix, iii) la question de savoir si des mises en vente sont suffisantes pour étayer des plaintes au titre de chacune des lois et iv) les moyens de défense disponibles dans le cadre de chacune des lois.

3.311 Les **États-Unis** réaffirment que la prescription relative à l'intention énoncée dans la Loi de 1916 est quasiment impossible à respecter. Il n'est donc pas nécessaire que le Groupe spécial compare un élément de la Loi de 1916 avec un élément correspondant de la Loi Robinson-Patman ou, du moins, cela n'aura pas de conséquence. Même si le Groupe spécial devait constater qu'un élément particulier de la Loi de 1916 était plus rigoureux qu'un élément correspondant de la Loi Robinson-Patman, cette constatation ne transformerait pas la Loi de 1916 en un texte plus rigoureux que la Loi Robinson-Patman étant donné que, quand toutes les prescriptions de la Loi de 1916 sont examinées dans leur ensemble, elles ne sont pas plus rigoureuses que celles de la Loi Robinson-Patman, compte tenu du critère de l'intention figurant dans la Loi de 1916.

3.312 Les États-Unis font aussi observer qu'en tout état de cause, une étude soigneuse de chacune de ces différences confirme ce qui ressort clairement d'un examen de l'application effective des lois, c'est-à-dire que la Loi de 1916 accorde en fait aux produits importés un traitement *plus* favorable que ne le fait la Loi Robinson-Patman aux produits nationaux.

i) *Les critères du dommage/de la prédation*

3.313 Les **Communautés européennes** font observer que, dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, les prescriptions auxquelles un plaignant alléguant un dommage de première ligne doit satisfaire sur le plan de l'argumentation et des preuves pour démontrer qu'il est victime d'une politique de prix prédateurs sont maintenant bien établies depuis que la Cour suprême des États-Unis a rendu sa décision dans l'affaire *Brooke Group*. Deux conditions doivent être remplies pour démontrer avec succès une pratique de prix prédateurs: i) le défendeur demande des prix inférieurs à une mesure appropriée du coût, c'est-à-dire les coûts variables moyens²³¹ et ii) il a une perspective raisonnable de récupérer ce qu'il a investi en appliquant des prix inférieurs aux coûts. Dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Brooke Group*, la Cour suprême définit en détail les conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait récupération de l'investissement:

²³⁰ *Ibid.*, paragraphe 5.17.

²³¹ Les Communautés européennes se réfèrent par exemple aux affaires *McGahee v. Northern Propane Gas Co.*, 858 F.2d 1487, 1504 (11th Cir. 1988), *cert.*, requête rejetée, 490 U.S. 1084 (1989); *Northeastern Tel. Co. v. AT&T*, 651 F.2d 76, 87-88 (2d Cir. 1981), *cert.*, requête rejetée, 455 U.S. 943 (1982); *Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.*, 615 F.2d 427, 432 (7th Cir. 1980); *Janich Bros. v. American Distilling Co.*, 570 F.2d 848, 858 (9th Cir. 1977); *cert.*, requête rejetée, 439 U.S. 829 (1978).

- i) La fixation de prix inférieurs aux coûts doit pouvoir éliminer les rivaux de l'entreprise du marché ou les amener à relever leurs prix à des niveaux supérieurs au niveau concurrentiel dans le cadre d'un oligopole discipliné;
- ii) il doit être probable que le mécanisme prédateur fera monter les prix à un niveau supérieur au niveau concurrentiel qui serait suffisant pour compenser les dépenses occasionnées par l'action prédatrice.

3.314 Les Communautés européennes indiquent à cet égard que pour déterminer si la récupération des pertes dues à la prédation est probable, il faut disposer d'une estimation du coût de la prédation alléguée et d'une analyse approfondie du mécanisme allégué par le plaignant ainsi que de la structure et des conditions du marché intéressé. Cela représente une charge de la preuve dont il est très difficile de s'acquitter, comme la Cour suprême elle-même l'a reconnu.²³² Dans sa décision sur l'affaire *Brooke Group*, la Cour a affirmé que "les procès pour mécanismes de prix prédateurs [étaient] rares et aboutissaient encore plus rarement" et que "les erreurs dans la mise en jeu de la responsabilité [étaient] coûteuses".²³³

3.315 Les Communautés européennes rappellent en outre que les intentions et les effets anticoncurrentiels dont l'existence doit être prouvée afin d'établir une infraction pour dommage de première ligne à la Loi Robinson-Patman ne sont pas requis par la Loi de 1916. Conformément à cette loi, une pratique de prix discriminatoires doit plutôt être engagée avec l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis ou d'en empêcher la création. Dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal de district de l'Ohio, dans son jugement du 22 janvier 1999²³⁴, a constaté que la partie plaignante devait démontrer que les défendeurs avaient vendu leurs produits avec l'intention de léser ou d'éliminer l'industrie nationale de l'acier laminé à chaud mais que les critères additionnels de "fixation de prix prédateurs" qui avaient été exposés dans l'affaire *Brooke Group* n'étaient pas applicables dans l'affaire dont il était saisi puisqu'une telle preuve n'était pas requise dans les affaires de dumping.

3.316 Les Communautés européennes soutiennent que la différence entre le critère de la "fixation de prix prédateurs" établi dans la Loi Robinson-Patman et le critère de l'"intention de léser" établi dans la Loi de 1916 a pour résultat pratique que le même comportement adopté par deux entreprises, l'une vendant des produits importés et l'autre des produits nationaux, pourrait être considéré comme constituant une infraction à la Loi de 1916 dans le cas des produits importés et ne constituant pas une infraction à la Loi Robinson-Patman dans le cas des produits nationaux. Cela a été reconnu par le tribunal dans l'affaire *Helmac I*.²³⁵

3.317 Les Communautés européennes reconnaissent que s'il devait être établi définitivement par une décision de la Cour suprême des États-Unis qu'une prédation du type de celle de l'affaire *Brooke Group* était nécessaire pour qu'il y ait violation de la Loi de 1916, toute possibilité de

²³² Les Communautés européennes se réfèrent à *Matsushita Electric, op. cit.*

²³³ Les Communautés européennes rappellent que les dispositions de l'article 2 a) de la Loi Robinson-Patman, relatives au dommage de première ligne, qui rendent illicite la discrimination par les prix "[dès lors] que ladite discrimination peut avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence" tout vendeur concurrent du produit en question, ont été interprétées comme "se référant en réalité à l'effet sur la concurrence et pas seulement sur les concurrents".

²³⁴ Les Communautés européennes se réfèrent à *Wheeling-Pittsburgh, op. cit.*, page 603.

²³⁵ Les Communautés européennes se réfèrent à *Helmac I, op. cit.*, pages 575 et suivantes.

discrimination au sens de l'article III:4 du GATT de 1994 serait éliminée en ce qui concerne les éléments dommage/prédation. Mais les Communautés européennes ne pensent pas que l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que cela se produise. Une telle décision serait contraire aux termes clairs de la Loi de 1916.

3.318 À cet égard, les Communautés européennes affirment que, si certains tribunaux ont affirmé d'une façon générale que la Loi de 1916 était une loi antitrust et non une loi commerciale, d'autres, plus récemment, ont affirmé qu'elle était les deux à la fois. À supposer qu'elle soit saisie d'une affaire dans laquelle cette question était soulevée, la Cour suprême des États-Unis resterait libre d'interpréter la Loi de 1916 selon ses propres convictions. Dans sa décision du 22 janvier 1999, rendue dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal de district de l'Ohio a noté que la Constitution des États-Unis n'exigeait pas que le Congrès impose les mêmes normes de conduite aux importateurs de marchandises qu'aux producteurs nationaux. Si l'on suivait l'approche hypothétique adoptée par les États-Unis en ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême, on pourrait dire par déduction, en se fondant sur la jurisprudence actuelle relative à la Loi de 1916, qu'on peut tout au moins s'attendre raisonnablement à ce que la Cour suprême soit du même avis.

3.319 Les Communautés européennes concluent que, dans ces circonstances, le Groupe spécial ne peut que considérer que la Loi de 1916 signifie ce que disent ses termes clairs et ce que les tribunaux qui l'ont examinée jusqu'ici ont considéré qu'elle signifiait. Puisqu'un certain nombre d'entre eux estiment manifestement que la Loi de 1916 est tout au moins en partie une loi commerciale n'incluant pas de prescriptions antitrust en matière de prédation, et puisque des plaignants continuent manifestement à engager des actions en se fondant sur cette hypothèse, il y a discrimination au sens de l'article III:4 du GATT de 1994.

3.320 Les **États-Unis** précisent que la Loi de 1916 exige qu'un plaignant montre que le défendeur avait une intention spécifiée, c'est-à-dire l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis ou d'en empêcher la création, ou de restreindre ou monopoliser le commerce. L'interprétation de la Loi de 1916 donnée le plus couramment par les tribunaux est que l'intention prescrite est une intention prédatrice. Dans la Loi Robinson-Patman, l'élément comparable est la prescription selon laquelle le plaignant doit montrer l'existence d'un "effet anticoncurrentiel" communément appelé "fixation de prix prédateurs". Il doit pour cela établir que le prix a été fixé à un niveau inférieur à une mesure appropriée du coût et prouver la possibilité de récupérer les pertes dues à la prédation.²³⁶

3.321 Les États-Unis font observer que la question est donc maintenant de savoir si cette différence supposée entre les lois constitue un traitement défavorable pour les produits importés. Les Communautés européennes reconnaissent que l'existence dans la Loi de 1916 d'une prescription en matière d'intention prédatrice semblable à celle qui figure dans la Loi Robinson-Patman éliminerait toutes les préoccupations liées à l'article III:4 qui ont été mentionnées à propos de la Loi de 1916. En fait, la jurisprudence américaine actuelle affirme que l'intention requise qui doit être prouvée conformément à la Loi de 1916 est pour l'essentiel la même intention prédatrice que celle qui est prévue dans la Loi Robinson-Patman. Le fait est que c'est la jurisprudence américaine concernant l'interprétation de la Loi de 1916 qui détermine la nature de cette loi. Ainsi, en se fondant sur l'affirmation des Communautés européennes et l'interprétation de la prescription relative à l'intention donnée le plus couramment par les tribunaux, le Groupe spécial devrait constater que la Loi de 1916 est pleinement compatible avec l'article III:4 car elle accorde aux produits étrangers exactement le même traitement que celui que la Loi Robinson-Patman accorde aux produits nationaux similaires.

3.322 Selon les **Communautés européennes**, les États-Unis n'ont pas démontré que l'intention requise par la Loi de 1916 était pour l'essentiel la même intention prédatrice que celle qui était prévue

²³⁶ Les États-Unis se réfèrent à *Brooke Group, op. cit.*, pages 222 et 223.

dans la Loi Robinson-Patman. Ils utilisent les termes "prédation" et "intention prédatrice" de façon très vague, sans reconnaître la différence qui existe entre i) le sens étroit et utilisé spécifiquement dans le domaine antitrust, qui s'applique aussi maintenant aux infractions à Loi Robinson-Patman pour dommage de première ligne à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Brooke Group*, qui exige, en tant que condition à remplir pour établir la prédation, de montrer que des ventes ont été effectuées à un prix inférieur à une mesure appropriée du coût et qu'il existe une perspective raisonnable de récupération des pertes résultant des ventes effectuées à un prix inférieur au coût et ii) le sens courant, plus large, de "prédateur" qui correspond effectivement à une "intention de léser ou d'éliminer".

3.323 En réponse, les **États-Unis** indiquent qu'ils connaissent mal le "sens courant, plus large" du terme "prédateur" et que les Communautés européennes ont omis d'indiquer la source de cette définition. En tout état de cause, que ce terme soit considéré comme un terme "courant" ou non, les Communautés européennes ne peuvent contester que le terme "prédateur" soit un terme antitrust.

3.324 Les **Communautés européennes** maintiennent cependant leur position selon laquelle, lorsque la Loi de 1916 fait référence à une "intention de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis", cela signifie "léser ou éliminer" au sens courant et large de ces termes et ne renvoie pas à la prédation au sens technique antitrust dans lequel ce mot a été utilisé dans l'affaire *Brooke Group*. C'est à cette conclusion que sont parvenus – après la décision dans l'affaire *Brooke Group* – les deux tribunaux de district dans les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*. Ces affaires sont importantes parce qu'elles sont les seules, parmi celles qui ont été citées par les États-Unis ou dont les Communautés européennes ont connaissance, dans lesquelles les tribunaux avaient spécifiquement à se prononcer sur la question de savoir si, dans une action engagée au titre de la Loi de 1916 et fondée sur une intention spécifique de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis, il fallait alléguer et prouver une prédation au sens technique antitrust par opposition au sens ordinaire. Dans l'affaire *Geneva Steel*, le tribunal a dit ce qui suit:

"Les décisions sur l'affaire Zenith Radio [portant sur les critères de comparabilité] n'ont pas abordé la question précise soulevée en l'espèce. Toutefois, dans la mesure où ces décisions peuvent être interprétées comme imposant de constater que la Loi de 1916 ne présente pas d'aspect protectionniste, par opposition aux aspects antitrust, le tribunal souhaite exprimer son désaccord. Le pouvoir judiciaire ne pourrait parvenir à cette décision qu'en réécrivant la Loi et, par conséquent, en empiétant indûment sur les compétences du pouvoir législatif."²³⁷

3.325 Les Communautés européennes rappellent en outre que le tribunal, dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, avait dû examiner exactement la même question et avait donné une réponse similaire:

"Le tribunal constate que, conformément à [la Loi de 1916] [...] Wheeling-Pitt doit montrer que les défendeurs ont vendu leur produit à un niveau de prix interdit par la Loi, avec l'intention de léser ou d'éliminer l'industrie nationale de l'acier laminé à chaud. La preuve additionnelle de la "fixation de prix prédateurs", au sens où ces termes ont été utilisés dans l'affaire *Brooke Group*, n'est pas d'application en l'espèce. [...] Selon la législation nationale antitrust, la "fixation de prix prédateurs", après l'affaire *Brooke Group*, signifie la fixation de prix inférieurs au coût, effectuée avec l'attente raisonnable que, grâce à la part de marché acquise ultérieurement, les coûts résultant du faible niveau des prix pratiqués antérieurement seront récupérés. Dans le cadre de la Loi antidumping de 1916 [...] la "fixation de prix prédateurs" a un sens différent. Les prix artificiellement bas doivent être fixés dans le but de léser ou

²³⁷ *Geneva Steel*, op. cit., page 1219.

d'éliminer une branche de production aux États-Unis ou d'en empêcher la création. Il entre certainement dans le domaine de compétence du Congrès de distinguer le préjudice causé par des concurrents nationaux des préjudices causés par des concurrents internationaux. Par exemple, il est depuis longtemps notoire que le dumping lui-même constitue une pratique commerciale internationale préjudiciable qui peut, à travers l'intervention gouvernementale, par opposition à l'action des forces du marché, provoquer de fortes hausses des importations au détriment des producteurs nationaux."²³⁸

3.326 Selon les Communautés européennes, que ces deux décisions soient ou non "définitives" ou "sans recours", elles constituent les déclarations les plus récentes de tribunaux américains sur la Loi de 1916. Il semble que ce soient les seules déclarations faites par des tribunaux, récemment ou non, qui portent spécifiquement et précisément sur la question de savoir si les normes antitrust relatives à la prédation s'appliquent à ce qui doit être invoqué et prouvé dans une action engagée au titre de la Loi de 1916 et fondée sur une allégation d'"intention de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis". S'il est vrai qu'aucune de ces décisions n'était "définitive" au sens de "susceptible d'appel", il s'agit dans les deux cas de décisions bien argumentées, auxquelles les autres tribunaux devant se prononcer sur la même question – question qui ne s'est pas posée dans les affaires sur lesquelles s'appuient les États-Unis – devraient accorder un certain poids.

3.327 En ce qui concerne l'avis émis par les États-Unis selon lequel les décisions de tribunaux de district, avant dire droit ou autres, n'ont pas de poids, les Communautés européennes estiment qu'il suffit de lire les différentes décisions dont il est question. Toute la jurisprudence qui a été citée, à l'exception de deux décisions de la Cour d'appel du troisième circuit, sont des décisions de tribunaux de district. Elles mentionnent et citent des décisions rendues par des tribunaux de district, qu'il s'agisse de décisions avant dire droit ou de décisions définitives, ainsi que les décisions des cours d'appel de circuit. L'argumentation est très nuancée, attachant une importance particulière à la question précise examinée dans chaque affaire, mais montre aussi la volonté, comme cela apparaît dans les décisions sur les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, d'examiner la logique suivie par une cour d'appel de circuit autre que celle dont relève le tribunal de district en question, et de la désapprouver. Cela est compatible avec le régime de droit jurisprudentiel tel qu'il est appliqué par les tribunaux fédéraux des États-Unis. Selon ce régime, les décisions des cours d'appel de circuit sont contraignantes pour les tribunaux de district situés dans le circuit en question quand elles portent sur la question spécifique dont est saisi le tribunal de district mais sinon, ces tribunaux sont libres d'examiner les questions dont ils sont saisis quant au fond, en étudiant tous les précédents et les arguments pertinents, et le font effectivement.

3.328 Résumant leur position, les Communautés européennes réaffirment qu'il reste vrai, en ce qui concerne la différence entre l'intention de léser prévue dans la Loi de 1916 et l'intention prédatrice prévue dans la Loi Robinson-Patman, qu'il existe des circonstances dans lesquelles des faits visés par la première quand il s'agit de produits importés ne seraient pas visés par la deuxième quand il s'agit de produits nationaux. Pour prendre un exemple simple, un mémoire interne du défendeur déclarant son intention de prendre une part du marché à un concurrent américain pourrait, en lui-même, constituer un élément de preuve montrant l'intention de léser dans le cadre de la Loi de 1916 mais ne suffirait pas à montrer la prédation dans le cadre de la Loi Robinson-Patman.

3.329 En réponse, les **États-Unis** font valoir que les Communautés européennes n'ont pas étayé la conclusion qu'elles ont tirée de leur exemple hypothétique concernant le mémoire interne. Selon les États-Unis, il existe des éléments de preuve crédibles permettant d'étayer la conclusion opposée. Par exemple, l'analyse des Communautés européennes contredit totalement l'observation suivante faite par le tribunal de district dans l'affaire *Geneva Steel*:

²³⁸ *Wheeling-Pittsburgh*, op. cit., pages 603 et 604.

"le simple fait que l'importateur sait que ses ventes pourront lui permettre de prendre une part de marché à son concurrent américain ne suffit pas à lui seul à démontrer une intention de léser l'industrie sidérurgique des États-Unis tout entière et sera donc inadéquat pour établir une violation de la loi".²³⁹

3.330 Les États-Unis font aussi observer qu'en 1983, la Cour d'appel du troisième circuit dans l'affaire *In re Japanese Electronic Products II*, a débouté les demandeurs de leurs plaintes contre Sony, Motorola et Sears parce qu'elle a constaté que les éléments de preuve des plaignants étaient insuffisants sur le plan juridique. Ces éléments de preuve étaient notamment les suivants: les défendeurs vendaient des appareils électroniques grand public aux États-Unis à des prix substantiellement inférieurs aux prix auxquels des appareils comparables étaient vendus au Japon; ils savaient que les autres défendeurs en faisaient de même et ils savaient qu'un dumping concerté pouvait léser ou éliminer l'industrie de ces appareils aux États-Unis. La Cour a estimé que ces éléments de preuve ne suffisaient pas à montrer une "intention prédatrice spécifique".

3.331 Les États-Unis considèrent donc qu'il est tout au moins très douteux que l'exemple concernant le mémoire interne donné par les Communautés européennes aboutisse à une constatation de la responsabilité dans le cadre de la Loi de 1916.

3.332 En conclusion, les États-Unis rappellent que la juridiction la plus élevée des États-Unis à avoir examiné la question de la prescription relative à l'intention, la Cour d'appel du troisième circuit, a jugé que montrer l'intention requise par la Loi de 1916 était pour l'essentiel la même chose que montrer l'intention prédatrice requise pour établir une discrimination par les prix causant un dommage de première ligne dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, selon l'interprétation donnée par la Cour suprême dans sa décision sur l'affaire *Brooke Group*.

3.333 Les États-Unis font valoir cependant que même si la prescription ne portait pas sur la récupération, le Groupe spécial devrait malgré tout conclure que la Loi de 1916 traite les importations d'une façon non moins favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits nationaux. Premièrement, les Communautés européennes n'ont pas expliqué ni étayé leur opinion selon laquelle il est plus difficile de prouver la récupération des pertes qu'une intention spécifique d'éliminer une branche de production. L'opinion des Communautés européennes est aussi contredite par l'application effective de la Loi de 1916 ainsi que par des déclarations expresses des tribunaux et de la Commission tarifaire. Deuxièmement, la jurisprudence indique qu'il est quasiment impossible de satisfaire à l'élément de l'intention prédatrice spécifique. Ainsi, les importateurs ne bénéficient en aucun cas d'un traitement moins favorable.

ii) *Mesure de la discrimination par les prix*

3.334 Les **Communautés européennes** relèvent une différence dans l'approche à suivre pour établir une discrimination par les prix dans le cadre de la Loi de 1916 et dans le cadre de la Loi Robinson-Patman. Selon elles, la Loi de 1916 est applicable chaque fois que des marchandises sont importées aux États-Unis à des prix *substantiellement inférieurs aux prix pratiqués dans le pays* de production ou d'autres pays vers lesquels les marchandises sont couramment exportées. La partie pertinente de la loi dispose ce qui suit:

²³⁹ *Geneva Steel, op. cit.*, page 1224.

"Est illicite [...] le fait [...] d'importer, vendre ou faire importer ou vendre ces articles aux États-Unis à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, au moment de l'exportation vers les États-Unis."²⁴⁰

3.335 Les Communautés européennes rappellent que, par contre, pour établir une infraction pour dommage de première ligne à la Loi Robinson-Patman, il doit être montré que le défendeur *demande des prix inférieurs à une certaine mesure des coûts qu'il a encourus*. Les tribunaux considèrent généralement que cette mesure est le coût de production variable moyen. Quand les prix sont supérieurs au coût de production variable moyen, il n'y a pas infraction, même si la société accusée applique des prix différents à des consommateurs différents.

3.336 Selon les Communautés européennes, dans beaucoup sinon la plupart des cas de discrimination par les prix au niveau international, les prix des produits importés sont encore supérieurs aux coûts de production variables moyens.²⁴¹ En pareils cas, les importateurs risquent de faire l'objet de poursuites au titre de la Loi de 1916 pour pratique de prix supérieurs au coût variable moyen alors que les producteurs nationaux ne risqueraient pas de tomber sous le coup de la Loi Robinson-Patman pour des ventes faites à des prix d'un niveau similaire.²⁴² Le fait que des sanctions peuvent être imposées et des dommages-intérêts accordés dans des situations dans lesquelles des marchandises étrangères ont été vendues à un prix représentant une proportion donnée du coût de production, alors que le même prix, représentant la même proportion du coût de production, pratiqué par des producteurs nationaux ne peut être mis en cause dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, représente un traitement moins favorable pour les produits importés, interdit par l'article III:4 du GATT de 1994.

3.337 Les **États-Unis** affirment qu'en ce qui concerne la discrimination par les prix requise, la Loi de 1916 traite les produits étrangers *plus* favorablement que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits nationaux, car la Loi de 1916 exige dans ce domaine une démonstration par le plaignant qui est plus difficile à effectuer que celle qu'exige la Loi Robinson-Patman.

3.338 Le premier argument présenté par les États-Unis à l'appui de cette affirmation est que la Loi de 1916 exige que soit prouvé un nombre beaucoup plus élevé de différences illicites de prix - imposées de façon systématique - pour établir la responsabilité. En particulier, le plaignant doit montrer que le défendeur a effectué "d'une manière habituelle et systématique" des ventes interdites par la Loi de 1916. En revanche, selon la Loi Robinson-Patman, la responsabilité peut être établie sur la base de deux ventes effectives seulement.²⁴³

3.339 Les États-Unis avancent un deuxième argument, selon lequel la Loi de 1916 exige que soit prouvée une différence de prix plus grande en valeur absolue que ne le fait la Loi Robinson-Patman. En particulier, conformément à la Loi de 1916, le plaignant doit établir que les articles en cause sont vendus aux États-Unis à un prix "substantiellement inférieur à leur valeur effective ou leur prix de gros [...] sur les principaux marchés du pays de production, ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés". En revanche la Loi Robinson-Patman exige simplement que soit

²⁴⁰ 15 U.S.C. paragraphe 72.

²⁴¹ Selon les Communautés européennes, l'utilisation du terme "substantiellement" dans la Loi de 1916 ne modifie pas cette conclusion car dans beaucoup de cas, la discrimination par les prix répond au critère du caractère "substantiel" même si le prix du produit importé ne tombe pas en dessous du coût variable moyen.

²⁴² Les Communautés européennes font observer que les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* en sont deux exemples concrets.

²⁴³ Les États-Unis se réfèrent à l'affaire *International Telephone & Telegraph Corp. et al.*, *op. cit.*, page 417, qui cite E. Kinter, *A Robinson-Patman Primer*, troisième édition (1979), page 35.

montrée une différence "perceptible" de prix, qui doit seulement être supérieure à une différence *de minimis*. Ainsi, par exemple, une cour d'appel de circuit a récemment jugé qu'une différence de prix de 2,38 pour cent permettait d'établir une responsabilité dans le cadre de la Loi Robinson-Patman.²⁴⁴ Une différence aussi petite suffirait difficilement à répondre à la prescription établie dans la Loi de 1916 selon laquelle le prix doit être "substantiellement inférieur".

3.340 Les États-Unis considèrent que les Communautés européennes négligent ces faits en centrant plutôt leur attention sur la question de savoir quel type de pratiques de prix conduira à accorder des dommages-intérêts dans le cadre des deux lois. Les États-Unis estiment aussi que l'argument des Communautés européennes est contredit par la jurisprudence américaine. Selon la Cour suprême des États-Unis, conformément à la Loi Robinson-Patman, le plaignant doit seulement "prouver que les prix incriminés sont inférieurs à une mesure appropriée du coût encouru par le rival".²⁴⁵ Or les juridictions inférieures ne se sont pas entendues sur ce qui constituait une mesure appropriée des coûts encourus par le rival. Certaines, par exemple, ont jugé que les prix incriminés devaient seulement être inférieurs au coût moyen alors que d'autres ont considéré qu'ils devaient être inférieurs aux coûts variables moyens. D'un autre côté, dans le contexte de la Loi de 1916, le seul tribunal à avoir examiné précisément cette question s'est seulement prononcé en faveur du critère plus strict que constituent les coûts variables moyens. Comme ce tribunal l'a expliqué:

"Il est quelque peu abusif de donner à entendre que la Loi [de 1916] justifie l'octroi de dommages-intérêts quand les prix [demandés par le défendeur] sont égaux ou supérieurs au coût variable moyen [...]. Par conséquent, le tribunal n'accordera de dommages-intérêts que dans les cas où [le défendeur] a fixé des prix inférieurs au coût variable moyen."²⁴⁶

3.341 Les États-Unis estiment donc que, dans une affaire relevant de la Loi de 1916, le plaignant peut avoir à établir deux éléments: premièrement, la différence entre le prix pratiqué sur le marché américain et celui qui est pratiqué sur le marché étranger, et deuxièmement, le prix pratiqué sur le marché américain, qui doit être inférieur aux coûts variables moyens. Par contre, dans une affaire relevant de la Loi Robinson-Patman, le plaignant doit seulement établir que le prix a été fixé à un niveau inférieur à une certaine mesure du coût. Ainsi, le traitement accordé en fait par la Loi de 1916 aux importations est plus favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux par la Loi Robinson-Patman.

3.342 Les États-Unis concluent donc que l'argument des Communautés européennes méconnaît ou ignore délibérément la jurisprudence pertinente, qui confirme qu'en ce qui concerne cette différence aussi, la Loi de 1916 est appliquée de façon plus stricte que la Loi Robinson-Patman.

3.343 En réponse à l'argument des États-Unis selon lequel il y a un certain désaccord entre les tribunaux américains au sujet de ce qui constitue une mesure appropriée des coûts encourus par un rival, les **Communautés européennes** rappellent tout d'abord la raison pour laquelle, dans le système juridictionnel fédéral des États-Unis, des tribunaux parviennent à des résultats différents sur le même point de droit. Aux fins des juridictions fédérales, les États-Unis sont divisés en circuits, chaque circuit ayant sa propre cour d'appel. Les appels de décisions rendues par les tribunaux de district sont examinés par la cour d'appel du circuit auquel appartiennent ces tribunaux. Les tribunaux de district sont liés par les positions adoptées par la cour d'appel de leur circuit, qui est à son tour lié par la

²⁴⁴ Les États-Unis se réfèrent à l'affaire *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, 1997-1 Trade Cas (CCH) 71 836 (9th Cir. 1997), page 79 885.

²⁴⁵ *Brooke Group*, *op. cit.*, pages 222 et 223.

²⁴⁶ *Helmac II*, *op. cit.*, page 583.

position adoptée par la Cour suprême des États-Unis. Tant que la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur un point de droit particulier, il peut arriver que les tribunaux de circuit adoptent des positions différentes et contradictoires.

3.344 Passant à un examen sur le fond du désaccord entre les tribunaux des États-Unis sur la question de savoir ce qui constitue la "mesure appropriée des coûts", les Communautés européennes notent qu'au moins deux circuits, le deuxième et le cinquième, ont clairement et sans équivoque adopté le critère du "coût variable moyen". Ils ont jugé que les ventes à un prix inférieur au "coût variable moyen" sont présumées de façon irréfragable être prédatrices alors que les ventes à un prix supérieur à ce niveau sont présumées de façon irréfragable ne pas l'être.²⁴⁷ D'autres circuits ont adopté des positions plus nuancées, laissant la possibilité d'établir une prédation pour des prix supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens, selon qu'il existe ou non d'autres indices de l'intention prédatrice.²⁴⁸ Toutefois, selon les Communautés européennes, ce qui compte, c'est que le critère établi par la Loi de 1916 concerne uniquement des différences entre les prix de vente alors que la Loi Robinson-Patman, après la décision prise par la Cour suprême dans l'affaire *Brooke Group*, exige non seulement des différences de prix mais aussi un prix inférieur aux coûts. Quelle que soit la "mesure appropriée des coûts", il est clair qu'il peut exister des situations dans lesquelles un prix aux États-Unis est "substantiellement" inférieur au prix de vente pratiqué sur le marché intérieur mais n'est pas inférieur aux coûts. Dans une telle situation, la Loi de 1916 pourrait s'appliquer alors que dans une situation comparable concernant des produits nationaux, la Loi Robinson-Patman ne pourrait pas s'appliquer.

3.345 Les Communautés européennes sont conscientes du fait qu'un tribunal de district du Michigan dans l'affaire *Helmac II* a refusé d'accorder des dommages-intérêts au titre de la Loi de 1916 quand il n'avait pas été montré que les prix étaient inférieurs aux coûts variables moyens. Tout le raisonnement fait par le tribunal pour justifier cette décision tenait dans l'observation selon laquelle "il [était] quelque peu abusif" d'accorder des dommages-intérêts pour des prix supérieurs à ce niveau. Il n'a pas été fait appel de cette décision et le raisonnement non étayé donné par le tribunal aurait constitué une question intéressante en appel s'il y en avait eu un. Le manque de plausibilité de cette décision est renforcé par le fait que le même tribunal, dans la même affaire, quelques mois plus tôt, avait explicitement jugé que l'autre élément de la prédation antitrust – la perspective raisonnable de récupération des pertes dues aux ventes effectuées à un prix inférieur aux coûts – n'avait pas à être prouvé dans les actions engagées au titre de la Loi de 1916.²⁴⁹

3.346 Les Communautés européennes font enfin observer que même si, compte tenu de la décision du tribunal dans l'affaire *Helmac II*, un plaignant ne pouvait obtenir aucune réparation (dommages-intérêts) si le prix n'était pas inférieur aux coûts, il resterait malgré tout une différence entre la Loi Robinson-Patman et la Loi de 1916. Dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, il n'y a absolument aucune responsabilité si le prix n'est pas inférieur au coût. Dans le cadre de la Loi de 1916, cela n'empêcherait pas que la responsabilité soit engagée, mais conduirait simplement à l'obtention de dommages-intérêts symboliques. Cela ne présente qu'un intérêt limité pour un

²⁴⁷ Les Communautés européennes se réfèrent à *Northeastern Telephone Company v. AT&T*, *op. cit.*; *International Air Industries v. American Excelsior Co.*, 517 F.2d 714 (5th Cir. 1975).

²⁴⁸ Les Communautés européennes se réfèrent par exemple à *McGahee v. Northern Propane Gas Company*, *op. cit.*; *Chillicothe Sand & Gravel Co. v. Martin Marietta Corp.*, *op. cit.*

²⁴⁹ Les Communautés européennes se réfèrent à *Helmac I*, *op. cit.*, page 576, où le tribunal indique ce qui suit: "Helmac allègue que Roth (plastics) a tenté de léser Helmac, "branche de production" ("industry") des États-Unis. Cette allégation, si son bien-fondé est prouvé, établirait une violation de la Loi antidumping de 1916. Il n'est toutefois pas nécessaire que Helmac prouve que Roth (plastics) avait la possibilité de récupérer les pertes subies en éliminant Helmac de la concurrence".

importateur qui a dû faire face aux dépenses et à l'incertitude liées à une procédure prolongée dans les tribunaux américains.

3.347 les **États-Unis** répondent que la décision définitive rendue dans l'affaire *Helmac II* est la seule dans laquelle la question ait été abordée. Le tribunal de district a appliqué précisément, dans l'action engagée au titre de la Loi de 1916, la même mesure de la discrimination que celle qu'il avait appliquée dans de nombreuses affaires concernant des dommages de première ligne relevant de la Loi Robinson-Patman. La seule réponse que les Communautés européennes peuvent apporter sur ce point est de dire que, selon elles, le raisonnement fait par le tribunal est "non étayé" ou "non plausible", ce que les États-Unis contestent. Cependant, l'opinion des Communautés européennes n'est pas pertinente. Il n'appartient pas aux parties ni au Groupe spécial d'approuver ou de désapprouver les interprétations de la Loi de 1916 données par les tribunaux. La question de l'interprétation correcte de la Loi de 1916 est une question de fait pour le présent groupe spécial.

3.348 Les États-Unis font valoir qu'en tout état de cause, il existe un certain nombre de bonnes raisons pouvant justifier la décision, prise par le tribunal dans l'affaire *Helmac II*, de mesurer la discrimination par les prix de la même façon dans le cadre de la Loi de 1916 et dans le cadre de la Loi Robinson-Patman. En particulier, comparer le prix demandé par une entreprise particulière et la structure des coûts de cette entreprise peut aider à établir si le prix représente sur le fond le niveau concurrentiel ou s'il a au contraire été fixé dans l'intention de porter atteinte à la concurrence dans le cadre d'une stratégie prédatrice. Par exemple, le coût variable moyen constitue le niveau de prix en dessous duquel il vaut mieux fermer complètement l'entreprise plutôt que de la maintenir en activité. Si une entreprise vend à des prix inférieurs au coût variable moyen pendant une longue période, cela donne à penser qu'elle a l'intention de porter atteinte à la concurrence, parce qu'il n'existe aucune raison, du point de vue de la concurrence, de vendre à de tels prix.

iii) *Mise en vente contre vente effective en tant que condition minimale pour le dépôt d'une plainte*

3.349 Pour les **Communautés européennes**, une autre raison pour laquelle le dumping est plus facile à établir dans le cadre de la Loi de 1916 que dans le cadre de la Loi Robinson-Patman est que, dans le premier cas, une simple *mise en vente* de produits étrangers suffit à ouvrir le droit de demander des dommages-intérêts au triple alors que pour engager une action pour discrimination par les prix dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, des ventes effectives sont nécessaires.²⁵⁰

3.350 Les **États-Unis** reconnaissent qu'un tribunal de district a donné à entendre qu'une mise en vente pouvait suffire à justifier une demande au titre de la Loi de 1916 mais rappellent que cette loi exige malgré tout que les mises en vente aient été faites "d'une manière habituelle et systématique". Si cette différence a une importance quelconque, celle-ci est plus que compensée par le fait qu'il est plus difficile d'établir l'existence d'une différence de prix dans le cadre de la Loi de 1916 que dans le cadre de la Loi Robinson-Patman. La Loi de 1916 exige que le plaignant prouve que les différences de prix en cause - qu'elles concernent des mises en vente ou des ventes effectives - sont imposées "d'une manière habituelle et systématique". En revanche, il suffit de deux ventes effectives pour satisfaire aux prescriptions de la Loi Robinson-Patman.

iv) *Moyens de défense disponibles dans le cadre de la Loi Robinson-Patman mais non expressément prévus dans la Loi de 1916*

3.351 Les **Communautés européennes** estiment qu'une discrimination par les prix peut être plus facile à justifier dans le cadre de la Loi Robinson-Patman étant donné que les dispositions de cette loi permettent d'invoquer des moyens de défense supplémentaires spécifiques en cas de discrimination

²⁵⁰ Les Communautés européennes se réfèrent à *Helmac I*, *op. cit.*, pages 575 et 576.

par les prix établie *prima facie*. Dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, un moyen de défense est possible en cas de discrimination par les prix établie *prima facie* lorsque:

- a) le vendeur montre "qu'il a pratiqué un prix plus faible ou fourni des services ou des facilités à un acheteur quelconque *de bonne foi, pour faire face à un prix également faible pratiqué par un concurrent ou à la fourniture de services par un concurrent*" (moyen de défense relatif à la nécessité de "faire face à la concurrence");
- b) les prix ont été modifiés "*compte tenu de l'évolution des conditions* influant sur le marché ou sur la possibilité de vente des produits visés" (moyen de défense relatif à l'"évolution des conditions du marché").²⁵¹

3.352 Les Communautés européennes font observer qu'aucun des moyens de défense mentionnés ci-dessus n'est prévu dans la Loi de 1916. Selon elles, ces deux exemples apportent une démonstration supplémentaire du fait qu'il est plus difficile de sanctionner la discrimination par les prix dans le cadre de la Loi Robinson-Patman que dans le cadre de la Loi de 1916.

3.353 Les **États-Unis** conviennent qu'apparemment, la Loi de 1916 n'autorise pas spécifiquement de moyens de défense. La Loi Robinson-Patman, quant à elle, permet trois moyens de défense: un moyen de défense relatif à la nécessité de "faire face à la concurrence", un moyen de défense fondé sur l'"évolution des conditions du marché" et un moyen de défense relatif à la "justification des coûts".²⁵² Les États-Unis soutiennent que ces différences ne remettent pas en cause la conclusion selon laquelle la Loi de 1916 accorde aux produits étrangers un traitement non moins favorable que celui qu'accorde la Loi Robinson-Patman aux produits nationaux parce que ces mêmes moyens de défense sont inhérents à l'obligation, établie dans la Loi de 1916, de prouver une intention de léser ou d'éliminer une branche de production. C'est aussi ce qui est reconnu dans l'extrait suivant d'un traité sur le droit de la concurrence des États-Unis et des CE:

"Contrairement à la Loi Robinson-Patman, la Loi de 1916 ne prévoit pas expressément de moyens de défense relatifs à la nécessité de faire face à la concurrence et à la justification des coûts. Ces considérations sembleraient être en rapport avec l'intention prédatrice et devraient donc être incluses implicitement dans la Loi de 1916".²⁵³

3.354 Les États-Unis estiment donc que dans une affaire relevant de la Loi de 1916, tout élément de preuve qui étayerait les moyens de défense prévus dans la Loi Robinson-Patman serait également et directement pertinent pour la question de savoir s'il est possible de montrer qu'une intention prédatrice existait en premier lieu. Les éléments de preuve montrant que les pratiques de fixation de prix suivies par le défendeur ne l'ont été que dans l'intention de faire face à la concurrence ou de répondre à l'évolution des conditions de marché, ou pour tenir compte de réductions des coûts, seraient utilisés pour montrer si le défendeur avait eu au départ l'intention prédatrice requise. Les éléments de preuve de ce type n'auraient pas à être présentés en tant que moyen de défense mais plutôt pour détruire tous autres éléments de preuve utilisables tendant à montrer que le défendeur avait eu une intention prédatrice. En fait, l'une des affaires sur lesquelles s'appuient les Communautés européennes, l'affaire *Geneva Steel*, le montre bien. Dans cette affaire, le tribunal a expliqué que l'une des raisons pour lesquelles il était difficile de prouver l'intention requise conformément à la Loi de 1916 était que "les éléments de preuve montrant des réductions normales de prix [...] seraient insuffisants pour établir une

²⁵¹ 15 U.S.C. 13 a), b) (ce sont les Communautés européennes qui soulignent).

²⁵² 15 U.S.C. 13 a), b).

²⁵³ B. Hawk, *United States, Common Market and International Antitrust* (1996-1 Suppl.), page 357.

responsabilité dans le cadre de la Loi de 1916".²⁵⁴ Dans une affaire relevant de la Loi Robinson-Patman, il est nécessaire de prévoir ces moyens de défense. Sans eux, un comportement adopté uniquement pour faire face à la concurrence ou à d'autres fins pourrait être puni.

3.355 En réponse à une question du Groupe spécial concernant les incidences, aux fins du droit des États-Unis, de la distinction entre les moyens de défense codifiés et non codifiés, les États-Unis indiquent que, pour le défendeur, il n'est pas particulièrement avantageux d'avoir un moyen de défense codifié dans une loi plutôt que de faire valoir que les mêmes éléments de preuve détruisent la démonstration qui est exigée du plaignant. En fait, il semblerait que ce soit l'inverse. Si un moyen de défense est codifié, il incomberait au défendeur de l'invoquer et de le prouver. En revanche, si les mêmes éléments de preuve sont utiles pour réfuter la démonstration exigée du plaignant, le défendeur peut les présenter sans que la charge de la preuve lui revienne en dernier ressort.

3.356 Les **Communautés européennes** reconnaissent que, dans bien des cas, les mêmes éléments de preuve peuvent être pertinents à la fois dans des affaires relevant de la Loi Robinson-Patman et des affaires relevant de la Loi de 1916. Toutefois, elles affirment qu'à l'évidence, les éléments de preuve établissant les moyens de défense relatifs à la nécessité de "faire face à la concurrence" ou à l'"évolution des conditions du marché" dans le cadre de la Loi Robinson-Patman ne suffiront pas dans tous les cas pour nier l'intention prédatrice prévue dans la Loi de 1916. Il y a des circonstances autres que la fixation de prix prédateurs, à plus forte raison de prix prédateurs au sens antitrust, dans lesquelles la responsabilité serait engagée dans le cadre de la Loi de 1916.

3.357 Les **États-Unis** font observer que les Communautés européennes ne donnent aucun exemple, concret ou hypothétique, à l'appui de cette allégation. Il leur semble impossible d'imaginer, par exemple, qu'un tribunal puisse conclure qu'un défendeur particulier avait l'intention d'éliminer une branche de production particulière si le défendeur s'est simplement aligné sur les prix pratiqués par des entreprises concurrentes dans cette branche ou a facilité la vente de marchandises périssables.

H. VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD INSTITUANT L'OMC

1. Sens et portée de l'article XVI:4

3.358 Les **Communautés européennes** estiment que, puisque, selon elles, la Loi de 1916 est une loi antidumping visée par les disciplines de l'article VI du GATT de 1994 et par l'Accord antidumping, elle devrait, conformément à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC²⁵⁵, être mise en pleine conformité avec les règles énoncées à l'article VI et dans l'Accord antidumping.

3.359 Les Communautés européennes soutiennent que l'article XVI:4 énonce une obligation nouvelle et additionnelle dans le cadre du système commercial multilatéral. Il impose l'obligation positive d'assurer la conformité des lois, réglementations et procédures administratives intérieures d'un Membre avec les obligations de ce Membre dans le cadre de l'OMC. Du fait de cette obligation, dans les cas où la législation intérieure préexistante d'un Membre pouvait être incompatible avec les nouvelles obligations dans le cadre de l'OMC, notamment celles qui résultent de l'article VI du GATT de 1994 et des articles 1^{er}, 2.1, 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping, ce membre était tenu de la modifier afin d'éviter tout conflit à compter du 1^{er} janvier 1995.

²⁵⁴ *Geneva Steel, op. cit.*, page 1220.

²⁵⁵ L'article XVI:4 de l'Accord établissant l'OMC est ainsi libellé:

"Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

3.360 Selon les Communautés européennes, le nouveau principe régissant le rapport entre les lois, réglementations et procédures administratives intérieures et les obligations dans le cadre de l'OMC qui est énoncé à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC est un principe fondamental.²⁵⁶ Étant donné qu'il est énoncé dans l'accord de base du système, il s'applique à tout l'ensemble des Accords figurant en annexe, qu'ils puissent ou non énoncer spécifiquement le même principe. En outre, en vertu de l'article XVI:3 de l'Accord instituant l'OMC, il constitue une règle de rang plus élevé que les dispositions des Accords figurant en annexe.

3.361 Les **États-Unis** estiment que le sens du texte de l'article XVI:4 est sans ambiguïté. Si une loi, une réglementation ou une procédure administrative d'un Membre n'est pas conforme aux obligations de ce membre telles qu'elles sont énoncées dans les Accords de l'OMC, ce membre a l'obligation positive de la mettre en conformité. Inversement, si ces lois, réglementations et procédures administratives sont conformes à ses obligations, le Membre n'a pas besoin de prendre de mesure. Ainsi, en l'espèce, l'article XVI:4 n'est pas pertinent à moins qu'il ne soit montré que la Loi de 1916 est incompatible avec une obligation distincte des États-Unis énoncée dans un accord de l'OMC.

3.362 Les États-Unis considèrent en outre que les nouvelles prétendues "obligations" dont les Communautés européennes ont affirmé l'existence ont été créées de toutes pièces. L'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC dispose que "[c]haque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations *telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe*".²⁵⁷ Cette disposition, vu ses termes, ne prévoit pas d'obligation nouvelle et additionnelle au-delà de celles qui sont énoncées dans les Accords figurant en annexe.

3.363 Les **Communautés européennes** ajoutent que l'article XVI:4 s'applique en sus des obligations similaires prévues dans le droit international public général, telles qu'elles sont énoncées dans les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 26 de cette convention codifie le principe coutumier selon lequel les obligations découlant de traités internationaux doivent être mises en œuvre de bonne foi et l'article 27 de la Convention énonce une obligation négative, c'est-à-dire l'obligation de ne pas invoquer le droit interne pour justifier le non-respect d'une obligation internationale contractée par un État. L'obligation de respecter les obligations découlant de l'OMC résulte donc directement de la présence de ces règles dans l'Accord sur l'OMC et l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC deviendrait redondant s'il était interprété comme ne contenant pas une obligation additionnelle et différente.

3.364 Les Communautés européennes font valoir en outre que l'obligation énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC doit aller au-delà de la simple abrogation de la "clause d'antériorité" du Protocole d'application provisoire, qui permettait le maintien d'une législation impérative incompatible avec le GATT de 1947. Cette abrogation est prévue dans le texte introductif du GATT de 1994.

3.365 Les **États-Unis** sont embarrassés par l'argument des Communautés européennes concernant les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne, parce que cette convention n'est pas un accord visé dans le cadre de l'OMC. En fait, c'est par le biais des dispositions de l'article XVI:4 que les principes de l'article 26 de la Convention de Vienne sont devenus juridiquement contraignants pour tous les

²⁵⁶ Les Communautés européennes se réfèrent au rapport de l'arbitre sur l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, daté du 14 février 1997, WT/DS11/13, paragraphe 9, où il est indiqué que "[l']article XVI:4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'Accord sur l'OMC)", qui impose à tous les Membres de l'OMC une obligation fondamentale de nature générale, dispose que chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans l'Accord sur l'OMC".

²⁵⁷ Ce sont les États-Unis qui soulignent.

Membres de l'OMC, bien que les Membres ne soient pas tous parties à cette convention. Par exemple, les États-Unis n'y sont pas partie.

3.366 En ce qui concerne l'argument des Communautés européennes fondé sur le texte introductif du GATT de 1994, les États-Unis font valoir que, par définition, l'article 1 a) et b) est applicable uniquement au GATT de 1994 et non aux autres Accords de l'OMC comme l'Accord général sur le commerce des services (ci-après dénommé l'"AGCS") et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après dénommé l'"Accord sur les ADPIC"). L'article XVI:4 énonce donc dans l'Accord instituant l'OMC un principe général, clairement applicable à tous les Accords figurant en annexe et pas seulement au GATT de 1994, selon lequel aucune mesure n'est exemptée pour cause d'antériorité. L'article XVI:4 a donc pour objet d'éliminer tout doute qui aurait pu exister en son absence quant au fait que toutes les mesures doivent être mises en conformité à compter du 1^{er} janvier 1995. En fait, c'est précisément de cette façon et à cette fin que l'Organe d'appel a cité l'article XVI:4 dans l'affaire *Inde – Brevets*. Dans cette affaire, l'Inde avait tenté de faire valoir qu'elle pouvait différer de modifier sa législation pour satisfaire aux prescriptions de l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC en raison de différences entre le texte de cette disposition et celui d'autres articles de l'Accord sur les ADPIC. En particulier, l'Inde avait soutenu que si d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC exigeaient explicitement des modifications de la législation interne, l'article 70:9 ne l'exigeait pas. L'Organe d'appel a rejeté cet argument, indiquant d'emblée que "[l]es arguments de l'Inde [devaient] être examinés à la lumière de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC".²⁵⁸ L'article XVI:4 a donc aidé à préciser que l'Inde ne pouvait s'appuyer sur des différences alléguées à l'intérieur du texte de l'Accord sur les ADPIC pour différer la mise en conformité.

3.367 Selon les États-Unis, outre qu'il remplit cette fonction générale consistant à fournir un contexte aux dispositions des Accords de l'OMC, l'article XVI:4 a imposé aux Membres l'obligation d'examiner la législation existante au moment où l'Accord sur l'OMC devait entrer en vigueur pour s'assurer que les lois, réglementations et procédures administratives existantes étaient bien conformes aux obligations des Membres dans le cadre de l'OMC et, dans le cas où ces lois ne l'étaient pas, de les mettre en conformité. Aux États-Unis, par exemple, un examen général de la législation a été entrepris après l'Acte final du Cycle d'Uruguay pour déterminer quelles étaient les lois, réglementations ou procédures administratives qu'il faudrait peut-être modifier pour respecter l'article XVI:4. Quand une modification de la législation était nécessaire, elle a été proposée au Congrès des États-Unis et adoptée dans le cadre de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay, signée le 8 décembre 1994. Toutes les modifications des réglementations et procédures administratives qui étaient nécessaires pour que les États-Unis respectent leurs obligations découlant de l'Accord sur l'OMC ont été décrites dans l'Énoncé des mesures administratives, présenté par le pouvoir exécutif et approuvé par le Congrès en tant qu'élément de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay.

3.368 Malgré les contre-arguments des États-Unis, les **Communautés européennes** maintiennent qu'à leur avis, l'article XVI:4 ne contient pas seulement l'obligation d'éviter de violer les Accords de l'OMC. Selon elles, il contient aussi l'obligation d'adopter des mesures positives pour faire en sorte que rien dans les "lois, réglementations et procédures administratives" d'un Membre de l'OMC ne soit incompatible avec les Accords de l'OMC, que rien dans ces lois, réglementations et procédures ne contienne de conditions ou de critères ou n'habilite à prendre des mesures qui soient contraires à ces accords. Cela a déjà été reconnu par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets*. Dans cette affaire, le Groupe spécial comme l'Organe d'appel ont admis le bien-fondé de l'allégation des États-Unis selon laquelle la législation interne peut être incompatible avec les dispositions de l'OMC non seulement parce qu'elle impose des mesures incompatibles avec l'OMC, mais aussi parce qu'elle n'offre pas une "base juridique solide" pour les procédures ou toute autre mesure administratives nécessaires au

²⁵⁸ *Inde – Brevets*, op. cit., paragraphe 79.

respect des obligations découlant de l'OMC.²⁵⁹ La justification sous-jacente était qu'en l'absence d'une base juridique solide pour le dépôt de demandes de brevet dans la législation interne, l'objectif fondamental du droit de l'OMC, à savoir créer des conditions de concurrence prévisibles, ne pouvait être atteint.

3.369 Les Communautés européennes soutiennent que la Loi de 1916 n'offre pas non plus de "base juridique solide" de ce type pour la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Son libellé est contraire à l'article VI du GATT de 1994 et à l'Accord antidumping pour les raisons que les Communautés européennes ont indiquées. Les États-Unis cherchent à minimiser cela en faisant valoir que certains tribunaux ont donné à entendre que la Loi de 1916 pouvait avoir certaines caractéristiques d'une législation antitrust. Il est clair que cette jurisprudence, même considérée en même temps que les extrapolations que les États-Unis cherchent à en donner et qui, selon eux, pourraient être adoptées à l'avenir, est loin d'"assurer la conformité" avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping. Les deux décisions les plus récentes de tribunaux américains, celles qui ont été rendues dans les affaires *Geneva Steel et Wheeling-Pittsburgh*, interprètent en fait et permettent d'appliquer la Loi de 1916 d'une façon qui violerait ces dispositions. À cet égard, les Communautés européennes font observer que l'article XVI:4 n'est pas applicable exclusivement aux décisions définitives et que, en tout état de cause, les États-Unis n'ont rien fait pour remplir l'obligation découlant pour eux de l'article XVI:4. Ils n'ont pas modifié la Loi de 1916 et ne sont pas non plus intervenus dans les affaires citées afin de veiller à ce que cette loi ne soit pas appliquée d'une façon contraire à leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Ils n'ont même pas non plus indiqué qu'ils désapprouvaient les décisions adoptées par les tribunaux de district dans ces deux affaires.

3.370 En réponse, les **États-Unis** rappellent que l'examen de la "base juridique solide" fait par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets* s'inscrivait dans le contexte d'une analyse de l'obligation textuelle spécifique en cause dans cette affaire, l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition crée pour les Membres l'obligation positive de prévoir dans leur système juridique interne un mécanisme pour le dépôt des demandes de brevet qui en protège la nouveauté et la priorité. L'Inde a au contraire adopté une loi qui interdit explicitement de telles demandes, c'est-à-dire qui impose spécifiquement un manquement à ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'Inde a allégué que des "instructions administratives" non écrites et non publiées, qui n'ont jamais été présentées au Groupe spécial, l'emportaient sur la loi impérative mais le Groupe spécial et l'Organe d'appel n'ont rien trouvé pour étayer cette allégation. C'est dans ce contexte, le contexte de l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC qui exige un mécanisme juridique intérieur servant à des fins spécifiques, que le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont conclu que les "instructions administratives" ne constituaient pas une base juridique solide.²⁶⁰ Cette notion n'a pas été analysée de façon abstraite, comme une notion obtenue, d'une certaine façon, indépendamment de l'article 70 a). En outre, il faut noter que l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial relatives aux "attentes légitimes" en général et à la dissipation des "doutes raisonnables" parce que ces constatations ne reposaient pas sur des textes. De même, la théorie des Communautés européennes selon laquelle la Loi de 1916 viole l'article XVI:4 parce qu'elle n'offre pas de "base juridique solide" pour la mise en œuvre de l'article VI n'est pas fondée sur des textes et doit donc être rejetée.

2. Pertinence, pour un examen au titre de l'article XVI:4, de la distinction entre législation impérative et législation dispositive

3.371 Les **Communautés européennes** font valoir que, même s'il était possible d'interpréter la Loi de 1916 d'une façon compatible avec l'article VI du GATT de 1994, l'article XVI:4 de l'Accord

²⁵⁹ Les Communautés européennes se réfèrent à *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 58.

²⁶⁰ Les États-Unis se réfèrent à *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 56 à 58.

instituant l'OMC exigerait d'un Membre de l'OMC qu'il prenne des mesures positives pour assurer la conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC et éliminer toute incompatibilité même potentielle avec ces obligations. Les États-Unis ne peuvent se retrancher derrière l'excuse qu'une action contraire à leurs obligations dans le cadre de l'OMC pourrait un jour ne pas être autorisée par la Cour suprême des États-Unis. Le fait que les tribunaux interprètent régulièrement la Loi de 1916 d'une façon contraire à l'article VI du GATT de 1994 devrait obliger les États-Unis à intervenir pour empêcher cela.

3.372 Selon les **États-Unis**, l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle les Membres doivent prendre des mesures positives pour éliminer toute incompatibilité, même "potentielle", donne à entendre qu'elles estiment que les Membres de l'OMC ont l'obligation positive d'inclure dans leur législation intérieure des limites explicites au pouvoir discrétionnaire. Cette formulation des obligations découlant de l'OMC est diamétralement opposée au principe énoncé dans chacun des rapports des groupes spéciaux qui ont abordé la question – à savoir que la législation doit imposer une action incompatible avec le GATT ou avec l'OMC et pas seulement laisser la possibilité d'une telle action. De même, cette formulation est aussi incompatible avec l'approche suivie à d'autres occasions dans le contexte du GATT de 1947, par exemple lorsque des groupes de travail ont examiné la législation d'une partie contractante ou d'un pays en cours d'accession afin de déterminer si cette législation *imposait* des résultats incompatibles avec le GATT et non si elle *pouvait* aboutir à de tels résultats.²⁶¹ Par conséquent, une analyse de la question de savoir si la Loi de 1916 est incompatible avec l'article XVI:4 doit être fondée sur une analyse de la question de savoir si cette loi impose une violation du texte de l'article VI et de l'Accord antidumping.

3.373 Les **Communautés européennes** répondent que même si, sur la base du GATT de 1947, on pouvait faire valoir que chacun des aspects de la Loi de 1916 était de caractère dispositive et n'était pas en lui-même incompatible avec les obligations des États-Unis, la situation est en tout état de cause différente avec l'Accord sur l'OMC, puisque l'article XVI:4 de cet accord exige maintenant expressément qu'un Membre "assure la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations" découlant des Accords de l'OMC. L'article XVI:4 porte à la fois sur la législation intérieure elle-même et sur ses applications à des cas spécifiques.

3.374 Les Communautés européennes font observer en outre que l'un des effets de l'article XVI:4 est de déplacer la frontière entre législation dispositive et législation impérative afin de faire entrer la législation ayant un caractère "moins impératif" dans le champ d'application des disciplines de l'OMC. L'article XVI:4, quelles que soient les autres conséquences qu'il puisse avoir, élargit tout au moins la gamme des lois pouvant être considérées comme "impératives". C'est ce que montre clairement la décision prise par le groupe spécial relevant du GATT de 1947 dans l'affaire *CE - Cassettes audio*. Dans cette affaire, le Groupe spécial a appliqué la clause "assurera la conformité" de ce qui était alors l'article 16.6 a) du Code antidumping du Tokyo Round pour juger que la législation antidumping de la CE enfreignait le Code, bien que l'ouverture d'une procédure conformément à la législation ait été une fonction discrétionnaire. Il a ensuite examiné des règles particulières prévues dans la législation afin de voir si elles imposaient des infractions du Code ou si elles laissaient aux administrateurs la liberté d'agir de façon licite. Le groupe spécial a indiqué ce qui suit:

"[L]e Groupe spécial a considéré, en tout état de cause, que sa tâche ne consistait pas en l'espèce à déterminer si le Règlement de base de la CE dans sa totalité était non impératif en ce sens que l'ouverture des enquêtes et l'institution de droits n'étaient pas des fonctions impératives. Si des groupes spéciaux acceptaient cette approche, ils ne pourraient jamais examiner la teneur d'une législation antidumping d'une Partie, résultat qui compromettrait la prescription de l'article 16:6 de l'Accord exigeant que

²⁶¹ Les États-Unis se réfèrent au *Rapport sur la Communauté économique européenne*, adopté le 29 novembre 1957, IBDD, S6/75, pages 86 et 87, paragraphe 10.

les Parties mettent leurs lois, règlements et procédures administratives en conformité avec les dispositions de l'Accord. Le Groupe spécial a considéré que sa tâche consistait en l'espèce à déterminer si le Règlement de base de la CE était impératif en ce sens que la CE était tenue, par sa législation, d'utiliser la méthode de calcul des moyennes faisant l'objet de la plainte du Japon."²⁶²

3.375 Les Communautés européennes soutiennent que l'affaire *CE – Cassettes audio* montre que les critères et conditions énoncés dans la législation dont l'application peut être discrétionnaire d'une façon générale doivent aussi être compatibles avec les obligations découlant de l'OMC. Ce raisonnement peut être étendu à la présente affaire. Par exemple, la Loi de 1916 dit que les poursuites pénales sont discrétionnaires mais une fois que des poursuites ont été engagées, la question se pose de savoir s'il y a infraction.

3.376 Les Communautés européennes sont conscientes du fait que le rapport du Groupe spécial *CE - Cassettes audio* n'a jamais été adopté mais font observer que la raison pour laquelle il n'a pas été adopté n'a rien à voir avec la distinction entre mesures impératives et mesures dispositives. En outre, l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* a fait observer ce qui suit à propos du statut juridique d'un rapport de groupe spécial non adopté:

"un groupe spécial [peut] néanmoins s'inspirer utilement du raisonnement présenté dans un rapport de groupe spécial non adopté qu'il [juge] en rapport avec l'affaire dont il [est] saisi".²⁶³

3.377 Les Communautés européennes ajoutent que le groupe spécial *États-Unis - Définition de la branche de production du vin* a adopté la même position que le groupe spécial *CE – Cassettes audio*. Le rapport de ce groupe spécial a été adopté. Dans l'affaire *États-Unis – Définition de la branche de production du vin*, les États-Unis ont fait valoir que, la loi n'ayant pas été appliquée, l'affaire devrait être close puisque la violation était purement "hypothétique". Le groupe spécial a rejeté cet argument et s'est prononcé sur la compatibilité de la loi des États-Unis en déclarant ce qui suit:

"[Le Groupe spécial] a souligné qu'il avait été chargé, aux termes de son mandat, d'examiner les faits de la cause soumis au Comité par la Communauté économique européenne dans le document SCM/54 et que la question soulevée dans ce document était celle de la conformité d'une loi des États-Unis (ou, plus précisément, de l'article 612 a) 1) de la Loi de 1984 relative au commerce extérieur et au tarif douanier) [en tant que telle] avec les dispositions du Code, conformité exigée par l'article 19:5 a)."²⁶⁴

3.378 Les Communautés européennes font observer que l'article 19:5 a) de l'Accord sur les subventions du Tokyo Round était quasiment identique à l'article 16.6 a) du Code antidumping du Tokyo Round sur lequel s'était fondé le groupe spécial *CE – Cassettes audio*. Tous deux sont équivalents à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

3.379 Les Communautés européennes font en outre remarquer que l'un des buts de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC est d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans le système commercial international. Menacer les importateurs de sanctions civiles et pénales draconiennes peut avoir un "effet restrictif" sur les importations même si la législation, pour une raison quelconque, n'a pas

²⁶² *CE – Cassettes audio*, op. cit., paragraphe 362.

²⁶³ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, op. cit., page 17.

²⁶⁴ *États-Unis – Définition de la branche de production du vin*, op. cit., paragraphe 4.1.

jusqu'alors été appliquée jusqu'à l'imposition de sanctions.²⁶⁵ Paradoxalement, plus une loi est efficace en tant que facteur de dissuasion, moins on constatera de cas d'application effective par opposition à des cas d'application possible. Le passage suivant du rapport du groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt* est pertinent:

"[...] [la législation] continuait d'être impérative et pouvait influencer sur les décisions des agents économiques".²⁶⁶

3.380 Les Communautés européennes soutiennent que le rapport du groupe spécial relevant du GATT de 1947 *Japon – Commerce des semi-conducteurs*²⁶⁷ illustre aussi ce point. Il indique clairement que même une mesure qui n'est pas formellement contraignante peut quand même être susceptible de constituer une infraction. On peut en dire de même de mesures contraignantes qui ne sont pas souvent mises en œuvre, comme la Loi de 1916.

3.381 Les **États-Unis** maintiennent que, puisque la Loi de 1916 peut être interprétée d'une façon pleinement compatible avec la totalité des obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC et a été interprétée ainsi jusqu'à ce jour, l'article XVI:4 n'impose pas aux États-Unis de prendre des mesures pour la modifier. En outre, la distinction est encore appliquée dans des affaires portées devant l'OMC, comme le montre le rapport du groupe spécial *Canada – Aéronefs*.

3.382 Les **Communautés européennes** répondent que l'interprétation des États-Unis rendrait inutile et redondant l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC. L'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 "peut être interprétée d'une façon pleinement compatible avec la totalité des obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC" repose sur l'impossibilité alléguée d'engager une action au sujet d'une législation dispositive au titre du GATT de 1947 et ne tient pas compte de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC, selon lequel une législation doit maintenant être en tout cas sensiblement moins impérative pour pouvoir donner lieu à une action.

3.383 Les Communautés européennes reconnaissent que la distinction impératif/dispositif reste importante, par exemple, dans les cas où une autorité administrative est habilitée, d'une façon générale, à réglementer le commerce et à adopter des mesures de politique commerciale. L'autorité a ainsi la possibilité de prendre des mesures incompatibles avec les obligations découlant de l'OMC mais peut aussi naturellement choisir de rester dans les limites de ce qui ne violerait pas les règles de l'OMC. Le fait que l'autorité a la possibilité de prendre des mesures incompatibles ne constitue pas en lui-même un manquement aux obligations découlant de l'OMC. Il y a manquement quand des mesures incompatibles sont adoptées ou quand l'administration est obligée de tenir compte de critères ou d'appliquer des conditions qui sont incompatibles avec ceux qui sont prescrits dans les accords de l'OMC. C'est cette dernière situation que l'on constate dans le cas de la Loi de 1916.

3.384 En ce qui concerne la pertinence du rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*, les Communautés européennes rappellent que dans cette affaire le Groupe spécial avait constaté que la mesure autorisant les subventions ne pouvait pas constituer une infraction à l'Accord SMC puisque l'organe en question n'était pas tenu d'accorder une subvention, c'est-à-dire d'enfreindre l'Accord SMC.²⁶⁸ Le Groupe spécial a ensuite examiné si l'organe avait effectivement accordé des

²⁶⁵ Les Communautés européennes font observer que le simple fait de la non-application peut être accidentel, peut évoluer et peut être totalement indépendant de la volonté du gouvernement.

²⁶⁶ *États-Unis – Boissons à base de malt*, op. cit., paragraphe 5.60.

²⁶⁷ Rapport du Groupe spécial *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126.

²⁶⁸ Les Communautés européennes se réfèrent à *Canada – Aéronefs*, op. cit., paragraphe 9.127.

subventions. Cette affaire n'est cependant d'aucune assistance en l'espèce vu le contexte dans lequel le groupe spécial a mené ce raisonnement. Il cherchait alors à savoir, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, si des subventions étaient en préparation pour voir s'il s'agissait *de facto* de subventions subordonnées à l'exportation et par conséquent prohibées. Les subventions ne sont pas en tant que telles incompatibles avec l'Accord sur l'OMC, comme il est en fait reconnu dans la note de bas de page 23 relative à l'Accord SMC. Elles ne violent l'Accord sur l'OMC que si certaines conditions sont remplies, en particulier si elles sont subordonnées à l'exportation. Par conséquent, le simple pouvoir d'accorder des subventions n'est *a fortiori* pas critiquable. Même si le groupe spécial *Canada – Aéronefs* est peut-être arrivé à une conclusion globale correcte, l'utilisation qu'il a faite de la distinction entre caractère discrétionnaire/caractère impératif pour y parvenir semble injustifiée et inappropriée. En tout état de cause, cette partie du rapport n'a pas eu l'avantage d'être examinée par l'Organe d'appel.

3. Rapport avec l'article 18.4 de l'Accord antidumping

3.385 En réponse à une question que le Groupe spécial a posée aux deux parties au sujet du rapport entre l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC et l'article 18.4 de l'Accord antidumping, les **Communautés européennes** font valoir que l'article 18.4 de l'Accord antidumping rappelle et confirme, pour ce qui est du domaine spécifique visé par cet accord, l'obligation générale énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC en ce qui concerne tous les Accords figurant dans les annexes de cet accord. L'article XVI:4 a donc une portée plus large que l'article 18.4 de l'Accord antidumping et s'applique aussi, par exemple, à l'article VI du GATT de 1994.

3.386 Les Communautés européennes font aussi observer qu'en ce qui concerne leur teneur respective, il n'y a pour l'essentiel aucune différence entre l'article 18.4 et l'article XVI:4. La seule différence de fond résulte de la restriction suivante figurant dans l'Accord antidumping: "dans la mesure où [les dispositions de l'OMC] pourront s'appliquer au Membre en question". Outre que la présence de cette clause s'explique sur le plan historique par le fait qu'elle a été reprise du Code du Tokyo Round, dans le nouvel Accord antidumping, les possibilités de traitement différencié pour des pays spécifiques sont assez limitées. L'article 15 concernant les pays en développement Membres en donne un exemple. En outre, la légère différence dans le libellé ne retire pas les dispositions de l'OMC relatives au dumping du champ d'application de l'article XVI:4. Par exemple, dans l'affaire *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, le groupe spécial a examiné une allégation formulée au titre de l'article 5.5 de l'Accord antidumping à la lumière de l'article XVI:4.²⁶⁹

3.387 Les Communautés européennes ajoutent que l'article XVI:4 a généralisé l'obligation qui avait tout d'abord été établie dans un contexte plus sectoriel et au sein d'un groupe plus limité de parties contractantes au GATT de 1947, c'est-à-dire les parties au Code antidumping du Tokyo Round et les parties au Code des subventions du Tokyo Round. Si l'on se réfère à l'historique de la négociation de l'Accord instituant l'OMC, on voit clairement que cet accord est apparu à une étape relativement tardive du Cycle d'Uruguay. À ce stade, les négociations sur l'Accord antidumping étaient beaucoup plus avancées et la reprise de la disposition de l'ancien code n'avait pas été contestée.

3.388 Les **États-Unis** estiment que, comme toute autre loi, réglementation ou procédure administrative des États-Unis, les lois, réglementations et procédures antidumping, à supposer qu'elles soient de caractère impératif, doivent, en application de l'article XVI:4, être conformes aux prescriptions énoncées dans les différents Accords de l'OMC.

²⁶⁹ Les Communautés européennes se réfèrent au rapport du Groupe spécial *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/R, paragraphe 7.38.

3.389 En ce qui concerne l'article 18.4 de l'Accord antidumping, les États-Unis font observer que, bien que leur libellé ne soit pas identique à celui de l'article XVI:4, il existait des dispositions similaires dans le Code antidumping et le Code des subventions du Tokyo Round qui ont généralement été interprétées comme exigeant que les parties à ces accords adoptent des lois, des réglementations et des procédures leur permettant d'agir conformément aux obligations découlant pour elles de ces accords. L'article 18.4 de l'Accord antidumping devrait être interprété de la même façon.

IV. COMMUNICATION DES TIERCES PARTIES

A. INDE

4.1 Selon l'**Inde**, l'article VI du GATT de 1994 établit le seul moyen de s'attaquer au dumping qui soit compatible avec le GATT. Trois éléments sont prévus dans cet article: premièrement, ce en quoi consiste le dumping; deuxièmement, les conditions à remplir pour que des mesures correctives soient appliquées, et troisièmement, les mesures qu'un Membre peut prendre une fois que le dumping a été établi. En ce qui concerne ce troisième élément, l'article VI:2 prévoit la perception de droits antidumping. Il est donc clair que, conformément à l'article VI, à condition qu'il y ait dommage important pour la branche de production nationale et à condition que les procédures pertinentes soient suivies, les Membres de l'OMC peuvent percevoir des droits antidumping. Par conséquent, l'article VI établit clairement que l'application de droits antidumping est le seul et unique moyen autorisé par le GATT de 1994 pour s'attaquer au problème des importations en dumping.

4.2 L'Inde fait toutefois observer que, conformément à la Loi de 1916, les États-Unis peuvent appliquer des mesures autres que des droits antidumping.²⁷⁰ Le but et l'intention mêmes de l'article VI et ceux de l'Accord antidumping sont ainsi contrecarrés. Les mesures correctives prévues par la Loi de 1916 sont des dommages-intérêts au triple et/ou des sanctions pénales, notamment des amendes et/ou des peines d'emprisonnement. Ces mesures ne sont pas des droits et, par conséquent, ne sont pas du type de celles qui sont autorisées par les règles antidumping de l'OMC pour s'opposer à des pratiques de dumping. Les États-Unis ont fait valoir que l'utilisation de l'expression "pourra percevoir [...] un droit antidumping" figurant à l'article VI:2 n'empêchait pas l'utilisation d'autres mesures correctives en cas de dumping. Cet argument n'est pas valable. L'article VI du GATT de 1994 a été spécifiquement incorporé pour traiter les problèmes de dumping et prévoit la perception de droits antidumping en tant que seule mesure corrective. Il serait totalement inacceptable que les Membres puissent imposer non seulement des droits antidumping mais aussi d'autres sanctions civiles ou des sanctions pénales comme celles qui sont prévues dans la Loi de 1916. Il est donc clair que la Loi de 1916 viole l'article VI:2 du GATT de 1994. Lu dans son contexte approprié, le mot "pourra" figurant à l'article VI:2 semble donner à entendre que la perception d'un droit antidumping n'est pas obligatoire. Toutefois, il ne peut en aucun cas être interprété comme donnant aux Membres la possibilité de recourir à des mesures autres que des "droits antidumping".

4.3 En outre, l'Inde n'approuve pas l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'application de telles mesures, c'est-à-dire de mesures autres que la perception de droits antidumping, est justifiée au motif que le comportement auquel s'applique la Loi de 1916 est défini de telle sorte que, tout en incluant les éléments essentiels du dumping, il en diffère du fait de l'adjonction d'une ou de plusieurs conditions. Selon l'Inde, puisque la Loi de 1916 prévoit des mesures correctives en cas d'importation de produits en dumping sur le marché intérieur, elle doit être conforme aux dispositions de l'article VI

²⁷⁰ L'Inde relève à cet égard que la Loi de 1916 peut être invoquée et a été invoquée au fil des ans, par des parties plaignantes souhaitant utiliser les mesures correctives prévues par cette loi, à la place et, de façon plus importante, en complément de la Loi antidumping de 1921 et de la législation antidumping adoptée ultérieurement par les États-Unis.

et de l'Accord antidumping. Étant donné que ce n'est pas le cas, la Loi de 1916 est incompatible avec les principes et objectifs énoncés à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping.

4.4 L'Inde estime aussi que la Loi de 1916 est incompatible avec l'article VI:1 du GATT de 1994 et avec l'article 3 de l'Accord antidumping parce qu'elle n'exige pas qu'il y ait dommage effectif, à plus forte raison dommage important, pour la branche de production nationale en tant que condition préalable nécessaire pour intenter une action. Elle dispose simplement qu'une action au titre de la Loi de 1916 peut être intentée dès lors qu'il y a intention de léser la branche de production nationale. En outre, l'absence de procédures administratives dans la Loi de 1916 signifie qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer une enquête conforme aux prescriptions de l'Accord antidumping quand une action est intentée au titre de cette loi. Ainsi, les décisions judiciaires qui sont rendues dans le cadre de la Loi de 1916 peuvent l'être sans les sauvegardes procédurales prévues par ailleurs dans l'Accord antidumping. Enfin, la Loi de 1916 ne respecte pas un certain nombre de prescriptions relatives aux procédures et à leur régularité qui sont énoncées dans l'Accord antidumping, notamment i) la prescription selon laquelle l'autorité compétente doit vérifier les renseignements donnés dans toute plainte avant d'ouvrir une enquête; ii) la prescription selon laquelle un avis doit être communiqué au gouvernement du pays exportateur avant qu'une telle enquête soit engagée; iii) la prescription selon laquelle il ne peut être donné suite à une plainte que si elle est soutenue par un pourcentage minimal de la branche de production nationale; iv) la possibilité pour les gouvernements des pays exportateurs de présenter des observations à propos des constatations proposées; et v) la prescription selon laquelle les mesures ne doivent pas être restrictives. La Loi de 1916 viole donc manifestement les dispositions procédurales de l'Accord antidumping.

4.5 En ce qui concerne l'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 n'est pas une loi antidumping du tout, mais une loi antitrust, l'Inde ne partage pas cet avis. Comme les États-Unis l'ont reconnu, la Loi de 1916 vise clairement les produits qui sont vendus aux États-Unis à un prix prétendument substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros. Cela équivaut parfaitement à la définition du dumping donnée à l'article VI. Conformément à l'article VI, il y a dumping quand cela "permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale". Il est donc clair que la Loi de 1916 est une loi qui devrait être soumise aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

4.6 En outre, l'Inde approuve totalement les affirmations des Communautés européennes relatives à l'exemption pour antériorité de la Loi de 1916. Il ressort clairement de différentes déclarations prononcées devant des commissions du Sénat des États-Unis, notamment de la déposition du Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en 1986, que même aux États-Unis, on estimait que sans la clause de l'antériorité, la Loi de 1916 serait incompatible avec le GATT. Le fait que les États-Unis n'ont pas demandé d'exemption pour antériorité dans le cadre du GATT de 1994, après avoir admis que la Loi de 1916 bénéficiait d'une telle exemption dans le cadre du GATT de 1947, supposait nécessairement qu'ils renonçaient à leur droit de bénéficier d'une exemption de ce type pour la Loi de 1916. Les États-Unis ne peuvent donc maintenir en vigueur une législation intérieure qui est manifestement incompatible avec les dispositions du GATT de 1994.

4.7 L'Inde fait valoir en outre que la Loi de 1916 ne peut échapper à la discipline de l'article VI simplement parce qu'elle exige que le comportement prohibé soit "habituel et systématique". L'article VI s'applique que le dumping se produise dans des cas limités ou sporadiques, ou qu'il soit fréquent ou systématique. Une fois qu'il est établi que la règle ou la loi pertinente, en l'espèce la Loi de 1916, est soumise à l'article VI, alors la seule mesure corrective autorisée est l'imposition de droits antidumping, sous réserve que le dumping, au sens de la définition de l'article VI, ait été constaté et qu'il existe un dommage ou une menace de dommage pour la branche de production nationale. Ainsi, toute loi antidumping qui ne se limite pas à prévoir des réparations sous forme de droits antidumping, comme la Loi de 1916, est incompatible avec le GATT de 1994.

4.8 Enfin, l'Inde rappelle l'argument des États-Unis selon lequel l'interprétation de la Loi de 1916 donnée par les tribunaux des États-Unis détermine en fait la nature de cette loi et selon lequel le Groupe spécial ne peut se fonder sur sa propre interprétation. À cet égard, l'Inde renvoie simplement le Groupe spécial à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets*.²⁷¹

4.9 En conclusion, l'Inde estime que, bien que la Loi de 1916 prévoie une réparation dans les cas de dumping allégué, elle n'est pas conforme aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 ni à celles de l'Accord antidumping. Elle annule ou compromet ainsi les avantages résultant de ces accords pour les partenaires commerciaux des États-Unis. L'Inde prie donc instamment le Groupe spécial de constater que la Loi de 1916 viole les dispositions susmentionnées et invite le Groupe spécial à demander aux États-Unis de rendre leur législation intérieure conforme à leurs obligations dans le cadre du GATT de 1994.

B. JAPON

4.10 Le **Japon** estime qu'il a un intérêt commercial substantiel dans la présente affaire. À cet égard, il rappelle qu'en novembre 1998, la Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation a déposé une plainte au titre de la Loi de 1916 contre neuf sociétés, notamment trois entreprises de commerce japonaises: Mitsui & Co., Marubeni America Corp. et Itochu International Inc.. Le Japon est l'un des principaux pays producteurs d'acier et le marché américain constituait le principal débouché des producteurs d'acier japonais en 1998. L'Association des exportateurs japonais de fer et d'acier ainsi que d'autres associations d'exportateurs ont demandé au gouvernement japonais d'entreprendre une action appropriée. Elles sont préoccupées par les incidences négatives sur le commerce de l'acier et la menace d'obstacles importants pour les exportations d'acier.

4.11 Selon le Japon, l'action engagée par Wheeling-Pittsburgh Steel a des incidences négatives graves sur le commerce. L'une est l'"effet restrictif" sur les exportations japonaises. Même si aucune sanction pénale ou civile n'est jamais imposée, le fait que les défendeurs – dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, les entreprises de commerce japonaises – peuvent voir leur responsabilité mise en jeu dans le cadre de la Loi de 1916 les dissuade d'importer les produits visés une fois qu'une procédure judiciaire a été engagée. Étant donné qu'une procédure de ce type est généralement longue et que des dommages-intérêts au triple peuvent être imposés, l'importateur qui continue à importer sans en connaître l'issue finale prend un risque énorme et prohibitif. La menace d'imposition rétroactive de dommages-intérêts au triple est suffisante pour décourager les importations. Les conséquences ultimes de l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* ne résulteront pas de la décision définitive prononcée par le tribunal de district, mais de l'effet négatif effectif sur les importations de la menace de sanctions pénales ou civiles.

4.12 Le Japon fait valoir en outre que les trois entreprises de commerce japonaises mises en cause dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* ont constaté que la procédure était extraordinairement coûteuse, qu'elle imposait de lourdes charges et qu'elle désorganisait leurs activités. L'effet de ces contraintes est déjà tellement évident que quatre défendeurs non japonais dans cette affaire sont parvenus à des règlements à l'amiable. Bien que les conditions précises de ces règlements n'aient pas été rendues publiques, ces défendeurs se sont mis d'accord avec Wheeling-Pittsburgh Steel en acceptant d'acheter une certaine quantité d'acier à un prix convenu. Ces règlements ont manifestement faussé les pratiques commerciales saines et axées sur le marché, notion qui a été jugée essentielle pendant plusieurs séries de négociations commerciales multilatérales.

4.13 Le Japon ajoute que l'on ne peut nier qu'une action de ce type intentée dans le cadre de la Loi de 1916 puisse se reproduire. Jusqu'ici, aucune décision n'a été rendue, ni dans l'affaire *Geneva Steel* ni dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, sur la question de savoir si la responsabilité est engagée.

²⁷¹ *Inde – Brevets*, op. cit., paragraphes 65 et 66.

Cependant, même au stade actuel de la procédure, l'existence de la Loi de 1916 et la procédure en cours ont des effets négatifs énormes sur le commerce, comme cela a été montré ci-dessus.

4.14 Le Japon fait aussi valoir qu'à moins qu'elles ne soient renversées par les décisions d'autres tribunaux et jusqu'à ce qu'elles le soient, les décisions rendues dans les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* prévaudront dans l'application de la Loi de 1916. Même si elles devaient être renversées, des affaires similaires pourront se reproduire à tout moment et de façon répétée, tant que la Loi de 1916 restera en vigueur.

4.15 Passant aux aspects juridiques, le Japon indique que, selon lui, les décisions judiciaires qui sont rendues dans le cadre de la Loi de 1916 le sont sans les sauvegardes procédurales prévues dans l'Accord antidumping. En outre, il rejette l'affirmation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 ne vise pas le dumping et n'est donc pas une loi antidumping. La Loi de 1916 est non seulement une loi antitrust, mais c'est aussi une loi qui vise le dumping. L'affirmation des États-Unis n'est pas justifiée, compte tenu des constatations récentes de tribunaux américains, par exemple dans les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, des dépositions et des documents antérieurs émanant de hauts fonctionnaires des États-Unis, des travaux préparatoires ainsi que du libellé de la Loi de 1916.

4.16 Le Japon fait en outre observer que le 26 juillet 1999, l'ORD a établi un autre groupe spécial au sujet de la Loi de 1916 à la demande du Japon et conformément à l'article XXIII du GATT de 1994, aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord et à l'article 17 de l'Accord antidumping. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Japon demande que le Groupe spécial constate que la Loi de 1916 n'est ni compatible avec les dispositions ci-après, ni justifiée par celles-ci²⁷²:

- a) article III:4 du GATT de 1994;
- b) article VI du GATT de 1994 et Accord antidumping, en particulier article VI:2 du GATT de 1994 et article 18.1 de l'Accord antidumping;
- c) article XI du GATT de 1994;
- d) article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

4.17 Le Japon rappelle aussi que le sujet de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Japon ainsi que les questions qui sont à la base de cette demande sont les mêmes que dans le différend qu'examine le présent groupe spécial. En ce qui concerne certaines dispositions pertinentes, le Japon a des préoccupations semblables à celles qu'ont exposées les Communautés européennes devant le présent groupe spécial. Toutefois, le Japon a des arguments juridiques supplémentaires que le Groupe spécial établi à sa demande devra examiner.

C. MEXIQUE

4.18 Le **Mexique** estime que le présent différend concerne une loi qui viole les accords de l'OMC à la fois dans son libellé et dans son application, quelle que soit la nature de cette loi à l'intérieur du système juridique des États-Unis. La Loi de 1916 a eu des effets négatifs réels et représente un risque pour le commerce avec les États-Unis.

4.19 Le Mexique soutient que le Groupe spécial ne devrait pas suivre les principes d'interprétation des tribunaux américains, comme les États-Unis le suggèrent, puisque son mandat est le suivant:

²⁷² Le Japon se réfère au document WT/DS162/3.

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS136/2, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."²⁷³

4.20 Selon le Mexique, ce mandat impose clairement au Groupe spécial d'examiner la *question* portée devant l'ORD par les Communautés européennes *à la lumière des dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping*. Il s'ensuit que l'examen doit être mené à la lumière de ces trois accords seulement, et non des décisions rendues par les tribunaux des États-Unis, qui, outre qu'elles ne sont pas citées dans le mandat du Groupe spécial, concernent un domaine d'application qui est différent et indépendant de l'OMC. Le Mexique pense, comme les Communautés européennes, que la nature de la Loi de 1916 devrait être déterminée par référence aux dispositions du GATT de 1994 et du droit de l'OMC et non sur la base de la législation ou de la jurisprudence nationale d'un Membre particulier.

4.21 Le Mexique fait observer à cet égard que la pratique commerciale régie par la Loi de 1916 comprend plusieurs des éléments mentionnés à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping. Il estime, comme les Communautés européennes, que pour déterminer l'applicabilité des disciplines de l'article VI du GATT de 1994 à la Loi de 1916, il est nécessaire de comparer la teneur des deux systèmes. Ainsi, l'article VI contient deux éléments de base qui apparaissent aussi dans la Loi de 1916:

- i) il vise les importations;
- ii) il est fondé sur la différence entre le prix des importations et une notion habituellement connue sous le nom de "valeur normale".

4.22 Le Mexique relève en outre qu'il existe des éléments supplémentaires communs aux deux systèmes, notamment les suivants:

- i) les deux systèmes sont fondés sur les écarts entre les prix;
- ii) les calculs dans les deux systèmes nécessitent des ajustements;
- iii) les deux systèmes comprennent la notion de dommage ou de retard important;
- iv) les deux systèmes condamnent la pratique commerciale en question.

4.23 Le Mexique conclut donc que la pratique commerciale régie par la Loi de 1916 relève de la définition du dumping et que, par conséquent, cette loi est une loi qui régie le dumping et les mesures correctives qui y sont associées. Les disciplines sur ces deux points sont prévues à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping.

4.24 Le Mexique rappelle que les États-Unis affirment qu'il existe un certain nombre de différences entre la Loi de 1916 et l'Accord antidumping. Toutefois, pour les raisons suivantes, le Mexique considère que ces différences ne sont pas pertinentes aux fins de déterminer la nature de la Loi de 1916:

- a) L'écart entre les prix n'est pas pertinent. L'Accord antidumping s'applique de la même façon aux petites marges de dumping et aux grandes. En tout état de cause, la notion

²⁷³ WT/DS136/3.

"substantiellement inférieur" coïncide avec la notion *de minimis* figurant dans l'Accord antidumping.

- b) La prescription selon laquelle l'écart doit être "habituel et systématique" n'est pas non plus pertinente. Rien dans l'article VI du GATT de 1994 ni dans l'Accord antidumping n'exige que la pratique commerciale soit sporadique.
- c) Selon les États-Unis, contrairement à l'Accord antidumping, la Loi de 1916 exige qu'il y ait intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis. Le Mexique soutient que l'affirmation des États-Unis est au mieux partielle, car elle ne reconnaît pas que le but du GATT de 1994 comme de l'Accord antidumping, d'une part, et de la Loi de 1916 d'autre part, est d'éviter le dommage ou le retard important pour la branche de production nationale.
- d) Les États-Unis font valoir que la Loi de 1916 exige que la partie plaignante ait subi un dommage, alors que l'Accord antidumping exige que l'existence d'un dommage pour une branche de production nationale ait été constatée. Toutefois, cet argument ne tient pas compte du fait que les deux systèmes prévoient qu'une procédure sera engagée à la demande d'une partie quand cette partie subit les conséquences de la pratique commerciale en question.

4.25 Le Mexique fait observer qu'en tout état de cause, aucune des différences citées par les États-Unis ne signifie que la Loi de 1916 ne régie pas la pratique commerciale connue sous le nom de dumping et que, par conséquent, les États-Unis n'ont pas justifié leurs affirmations selon lesquelles l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping ne sont pas applicables à cette loi. En fait, la seule chose que les États-Unis ont réussi à montrer en insistant sur les différences entre les deux systèmes est que la Loi de 1916 ne satisfait pas aux prescriptions minimales de l'OMC concernant l'ouverture et le déroulement des procédures applicables à ce type de pratiques commerciales internationales déloyales et le règlement de telles affaires.

4.26 Le Mexique considère donc que la Loi de 1916 régie la pratique commerciale connue sous le nom de dumping et qu'elle est soumise aux disciplines de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Il considère en outre que cette loi viole certaines dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Le tableau ci-dessous indique les violations les plus importantes.²⁷⁴

²⁷⁴ Le Mexique précise que, sans préjudice de son opinion selon laquelle d'autres dispositions peuvent être violées, il limitera le présent examen aux dispositions qui sont expressément mentionnées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes.

Dispositions de la Loi de 1916	Dispositions violées	Observations
"[U]n prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros [...] sur les principaux marchés du pays de production ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés [...]."	Article VI:1 a) et b) du GATT de 1994 et article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping	La Loi de 1916 ne respecte pas l'ordre de priorité des critères prévus pour établir la valeur normale.
"Dès lors que ce ou ces actes sont accomplis dans l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis."	Article VI:1 du GATT de 1994 et article 3 de l'Accord antidumping	Pour que le dumping soit condamné, il faut qu'il y ait dommage, menace de dommage ou retard important, alors que la Loi de 1916 exige seulement une intention à cet égard.
"Quiconque enfreint ou se concerte ou s'entend avec une autre personne pour enfreindre les dispositions du présent article se rend coupable d'un délit et, en cas de conviction, sera condamné à une amende de 5 000 dollars au plus ou d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus, ou des deux peines, à la discrétion du tribunal."	Article VI:2 du GATT de 1994 et article premier de l'Accord antidumping	Les Membres de l'OMC ne peuvent neutraliser le dumping qu'en imposant des droits ne dépassant pas la marge de dumping et seulement après avoir ouvert et mené une enquête conformément à l'Accord antidumping.
"[E]lle recouvrera le triple du dommage subi, ainsi que les frais de justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable."	Article VI:2 du GATT de 1994	Les droits antidumping ne peuvent pas être plus élevés que la marge de dumping afférente au produit en question.
"Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice de la juridiction des tribunaux d'État compétents dans les actions en dommages-intérêts à ce titre."	Article premier de l'Accord antidumping, article VI du GATT de 1994	Le moyen approprié de neutraliser le dumping est d'imposer des mesures antidumping à la suite d'une enquête menée conformément à l'Accord antidumping

4.27 En outre, le Mexique estime, comme les Communautés européennes, que puisque la Loi de 1916 est soumise aux obligations de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, et puisque cette loi n'est pas en conformité avec les obligations imposées par ces accords, elle viole aussi l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

4.28 Pour ces raisons, le Mexique estime que le Groupe spécial devrait conclure que la Loi de 1916 viole les dispositions de l'OMC, en particulier de l'Accord antidumping et du GATT de 1994 et que, par conséquent, elle viole l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC. De même, elle peut aussi violer l'article III du GATT de 1994, mais le Mexique ne voit pas la nécessité d'examiner cette question plus avant.

V. REEXAMEN INTERIMAIRE²⁷⁵

A. INTRODUCTION

5.1 Le rapport intérimaire du Groupe spécial a été remis aux parties le 20 décembre 1999, en application de l'article 15:2 du Mémorandum d'accord. Le 7 janvier 2000, les Communautés européennes et les États-Unis ont demandé par écrit que le Groupe spécial réexamine certains aspects du rapport intérimaire. Ni les Communautés européennes ni les États-Unis n'ont demandé que le Groupe spécial tienne une nouvelle réunion avec les parties.

5.2 En examinant les observations des parties, nous avons remarqué que les États-Unis présentaient un argument sur le point de savoir si le Groupe spécial avait compétence pour faire certaines des constatations auxquelles il était parvenu au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Sans préjudice de la question de savoir si l'argument des États-Unis était justifié sur le plan procédural ou quant au fond, nous avons estimé qu'il y avait des raisons d'examiner plus avant la question soulevée dans cet argument et de consulter les parties sur ce point. Puisque la question était très spécifique et qu'aucune des parties n'avait en fait demandé de réunion, nous avons estimé qu'il serait préférable de procéder à ces consultations par écrit. Nous avons donc posé des questions aux deux parties à propos de l'admissibilité de l'argument des États-Unis. Nous avons aussi demandé aux États-Unis d'explicitier leur déclaration et aux Communautés européennes de présenter des observations à son sujet.

B. OBSERVATIONS DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

5.3 Les CE ont fait des observations concernant la clarté de certains paragraphes. Chaque fois que cela était approprié, nous avons précisé ce que nous voulions dire.

5.4 Dans ce contexte, nous avons modifié le paragraphe 6.60 en précisant que nous avons examiné le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916 comme les tribunaux des États-Unis le feraient.

5.5 Les CE mentionnent aussi l'examen que nous avons fait des déclarations du pouvoir exécutif des États-Unis au sujet de l'exemption pour antériorité de la Loi de 1916 et la conclusion que nous en avons tirées au paragraphe 6.65, selon laquelle nous ne devrions retenir ces déclarations que dans la mesure où elles confirment des éléments déjà établis. Les CE allèguent que nous semblons avoir omis de retenir ces déclarations quand nous avons examiné le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916. Nous ne nous sommes pas référés à ces éléments de confirmation dans la section relative au contexte historique et aux travaux préparatoires parce que cette section portait sur la question de savoir comment la notion de dumping dans la Loi de 1916 avait été comprise au moment de l'adoption de la Loi. Les éléments de confirmation auxquels se réfèrent les CE se rapportent davantage, selon nous, à la question de savoir si, en 1947, les États-Unis considéraient que la Loi de 1916 était incompatible avec leurs obligations dans le cadre du GATT de 1947.

5.6 Nous avons examiné les arguments des parties relatifs aux déclarations susmentionnées du pouvoir exécutif des États-Unis parce que les parties ont longuement débattu de la validité de ces déclarations. Nous avons constaté qu'elles étaient d'un intérêt limité. La raison pour laquelle nous ne nous y sommes pas référés plus tard était que, selon nous, il n'existait pas d'éléments auxquels elles pouvaient être rattachées.

²⁷⁵ Conformément à l'article 15:3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après dénommé le "Mémorandum d'accord"), "les constatations du rapport final du groupe spécial comprendront un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire". La section suivante, intitulée "réexamen intérimaire", fait donc partie des constatations de notre rapport.

5.7 Compte tenu des observations des CE relatives aux paragraphes 6.89 et 6.161 (maintenant 6.164), nous avons modifié le libellé de ces deux paragraphes afin de distinguer la question examinée dans la présente affaire et de celle qui était traitée dans l'affaire *États-Unis - Tabac*. Étant donné que la Loi de 1916 a été appliquée dans des affaires spécifiques, il n'était pas nécessaire de déterminer s'il était possible de l'interpréter à l'avenir d'une façon compatible avec l'OMC. Il était seulement nécessaire de déterminer si la Loi de 1916 entraînait ou non dans le champ d'application de l'article VI.

5.8 Au paragraphe 6.106 (maintenant 6.109), les CE ont suggéré que le Groupe spécial remplace, dans sa comparaison des définitions de la discrimination par les prix figurant dans la Loi de 1916 et dans l'article VI du GATT de 1994, les mots "suffisamment différents" par les mots "qualitativement différents". Nous reconnaissons que la question concernait la nature des prescriptions contenues dans le critère de la discrimination par les prix établi dans la Loi de 1916 et nous avons précisé cette notion chaque fois qu'il convenait.

5.9 Les CE ont aussi demandé au Groupe spécial d'éviter d'utiliser les termes "moyens de défense affirmatifs" au paragraphe 6.204 (maintenant 6.206) et de modifier le paragraphe 6.176 (maintenant 6.170) et la note de bas de page 400 (maintenant 424) parce que les mots "moyen de défense affirmatif" ont un sens spécifique et renvoient à une question juridique, en particulier une exception, et non à la question de fait initiale. Selon les CE, les arguments des États-Unis sur le caractère impératif/non impératif de la Loi de 1916 sont des arguments factuels visant à réfuter les arguments factuels des CE.

5.10 Nous reconnaissons que le sens à donner aux termes de la Loi de 1916 est naturellement une question de fait. Toutefois, selon nous, la question de savoir si cette loi, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux des États-Unis, impose ou non une violation de l'Accord sur l'OMC est une question de droit. Le Groupe spécial estime aussi que quand les États-Unis invoquent le caractère non impératif de la Loi de 1916, ils avancent un moyen de droit contre les allégations de violation formulées par les CE. En conséquence, nous n'avons pas modifié les paragraphes connexes que les CE nous avaient demandé de modifier.

5.11 En ce qui concerne notre examen relatif à l'économie jurisprudentielle figurant au paragraphe 6.205 (maintenant 6.207), nous avons indiqué clairement que, selon nous, les constatations au titre de l'article VI:1 et VI:2 concernaient les traits essentiels de la Loi de 1916. Nous estimons que nos constatations au titre de l'Accord antidumping portent sur des aspects secondaires de cette loi. Nous avons cependant considéré qu'il était utile de faire ces constatations étant donné les différentes façons dont les États-Unis pourraient décider de mettre en œuvre le présent rapport.

5.12 Enfin, les CE ont demandé au Groupe spécial de modifier le libellé du paragraphe 6.226 a) (maintenant 6.228 a)) parce que le Groupe spécial n'avait pas besoin de faire et, en fait, n'avait pas fait de constatations au sujet de l'évolution future de la jurisprudence des États-Unis. Nous relevons que les États-Unis ont aussi demandé au Groupe spécial de supprimer cet alinéa parce qu'il n'était pas nécessaire pour les constatations du Groupe spécial et risquait de conduire à mal interpréter le rôle des groupes spéciaux s'agissant de l'examen des lois intérieures des Membres.

5.13 Comme il a été indiqué plus haut, nous n'avons pas l'intention de faire de constatations sur l'évolution éventuelle ou future de la jurisprudence des États-Unis concernant la Loi de 1916. Au contraire, puisque nous avons constaté qu'il y avait actuellement violation de l'Accord sur l'OMC par la Loi de 1916, nous n'avons pas besoin de déterminer s'il pourrait être constaté à l'avenir que cette loi est compatible avec l'OMC. En outre, la question du contexte dans lequel il faudrait examiner le texte de la Loi de 1916 est l'une de celles sur lesquelles le Groupe spécial a expressément pris position. Nous avons donc décidé de maintenir le paragraphe 6.228 a) dans le rapport final mais nous en avons

modifié le libellé afin de le préciser et de répondre aux préoccupations exprimées par les parties, essentiellement en ce qui concerne la portée effective de nos constatations sur cette question.

5.14 Nous avons aussi précisé les paragraphes 6.93 et 6.94, qui portaient sur les arguments des CE, ainsi que le paragraphe 6.167, concernant la constatation du groupe spécial *États-Unis – Définition de la branche de production du vin*. Toutefois, nous ne pensons pas que le rapport de ce groupe spécial dise effectivement ce que les CE ont indiqué dans leurs observations. Le membre de phrase "et [le groupe spécial] n'a pas jugé nécessaire d'examiner si la législation était impérative ou discrétionnaire" suggéré par les CE semble s'apparenter davantage à une interprétation du rapport. En outre, nous n'avons pas estimé nécessaire de modifier le paragraphe 6.134 a) car il nous semble clair que les décisions des tribunaux des États-Unis relatives à la Loi de 1916 n'ont eu jusqu'ici d'effets juridiques qu'à l'intérieur de l'ordre juridique des États-Unis.

C. OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS

5.15 Les États-Unis ont présenté des observations relevant de deux grandes catégories. La première concerne le fait que le Groupe spécial n'aurait prétendument pas "compétence" pour formuler des constatations relatives à une allégation au titre de l'Accord antidumping et, par conséquent, au titre de l'article VI du GATT de 1994. À l'appui de leur position, les États-Unis citent les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*²⁷⁶ et celle du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*.²⁷⁷ La deuxième catégorie d'arguments porte sur une prétendue déformation des arguments des États-Unis par le Groupe spécial.

5.16 En ce qui concerne la première catégorie, les États-Unis soutiennent qu'ils ont continuellement insisté, tout au long de la procédure, sur le fait que les CE n'avaient pas contesté une mesure particulière prise au titre de la Loi de 1916 et qu'ils ont fait valoir, pour d'autres motifs, que le Groupe spécial n'avait pas le droit d'examiner la Loi de 1916 au regard de l'article VI ou de l'Accord antidumping. Nous relevons cependant qu'en pratique, les États-Unis ont construit leur défense face aux allégations relatives à la compatibilité de la Loi de 1916 en tant que telle avec l'OMC en faisant valoir que cette loi était de caractère non impératif au sens de la pratique du GATT de 1947/de l'OMC. En outre, la question préliminaire soulevée par les États-Unis dans leur première communication avait trait à la possibilité pour les CE de se référer aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping dans le cadre de leurs allégations ou dans le cadre de leurs arguments à l'appui de leurs allégations. Ces arguments sont d'une nature totalement différente de celle de l'argument avancé par les États-Unis pendant la phase de réexamen intérimaire et n'ont absolument aucun rapport avec ce dernier.

5.17 Les États-Unis soutiennent aussi que leur nouvel argument a trait à la compétence et devait être soulevé à ce stade de la procédure. Nous admettons que certaines questions de compétence peuvent être de nature telle qu'elles doivent être examinées par le Groupe spécial à n'importe quel moment. Toutefois, nous estimons qu'il faut faire une distinction entre i) les questions de compétence qui se posent exclusivement du fait de la teneur du rapport intérimaire et qu'il était légitimement impossible de prévoir à une phase antérieure de la procédure et ii) les questions de compétence qui étaient déjà évidentes dès le début de la procédure. Le fait que les CE contestaient la Loi de 1916 en tant que telle et non l'une des mesures mentionnées dans l'affaire *Guatemala – Ciment* ressortait clairement de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les CE et avait été noté

²⁷⁶ Rapport adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, affaire ci-après dénommée "*Guatemala - Ciment*".

²⁷⁷ Rapports adoptés le 20 mars 1997, WT/DS22/R et DS22AB/R, affaire ci-après dénommée "*Brésil - Noix de coco desséchée*".

par les États-Unis.²⁷⁸ Par conséquent, nous aurions attendu des États-Unis qu'ils soulèvent cette question à une phase antérieure de la procédure.

5.18 Nous admettons que l'article 15 du Mémoire d'accord ne semble pas interdire à une partie de présenter de nouveaux arguments pendant la phase de réexamen intérimaire, à condition qu'ils soient formulés dans le contexte d'une demande de réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire. Cependant, nous relevons que le Mémoire d'accord, en particulier son Appendice 3, prévoit des étapes bien définies pour le déroulement des travaux, au cours desquelles les parties peuvent présenter des arguments à l'appui de leur position. Le fait que le réexamen intérimaire a lieu tout à la fin de ces travaux, une fois que toutes les communications ont été présentées, que les réunions ont eu lieu et qu'un projet de rapport a été remis aux parties montre que cette étape n'a pas été prévue pour l'examen de questions qui auraient pu être mieux étudiées au cours des travaux menés par le Groupe spécial par écrit et oralement.²⁷⁹ En outre, l'article 3.10 dispose que les parties doivent engager les procédures de règlement des différends de bonne foi. Cela donne à entendre qu'elles ne devraient pas omettre jusqu'à la phase de réexamen intérimaire de présenter des arguments dont on aurait pu légitimement attendre qu'elles les avancent à une phase bien antérieure des travaux, compte tenu des allégations formulées dans les premières communications. À cet égard, nous ne voyons pas pourquoi les États-Unis n'auraient pas pu présenter l'argument en cause au tout début de la procédure, puisqu'il concernait l'admissibilité de toutes les allégations formulées par les CE au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

5.19 Nous estimons donc qu'il y aurait un certain nombre de raisons de rejeter l'argument des États-Unis au motif qu'il n'a pas été présenté en temps opportun. Toutefois, puisque l'article 15:3 du Mémoire d'accord dispose que le rapport final contiendra un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire, et puisque notre décision d'étudier les allégations formulées par les CE au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping peut faire l'objet d'un appel, nous estimons qu'il peut être justifié d'expliquer pourquoi, selon nous, la compétence du Groupe spécial pour examiner une violation de l'article VI et de l'Accord antidumping n'est pas mise en cause par les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala - Ciment* ni celles du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*.

5.20 Nous examinons tout d'abord les dispositions de l'Accord antidumping relatives aux consultations et au règlement des différends. Les paragraphes 1 à 4 sont ainsi libellés:

"17.1 Sauf disposition contraire du présent accord, le Mémoire d'accord sur le règlement des différends est applicable aux consultations et au règlement des différends dans le cadre du présent accord.

17.2 Chaque Membre examinera avec compréhension les représentations adressées par un autre Membre au sujet de toute question affectant le fonctionnement

²⁷⁸ Voir le paragraphe 3.27 ci-dessus.

²⁷⁹ Le fait que la phase de réexamen intérimaire a un rôle limité est confirmé par l'existence d'une procédure d'appel, où les parties peuvent aborder les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et contester les interprétations du droit données par celui-ci (article 17:6 du Mémoire d'accord). Au sujet du rôle que joue la phase de réexamen intérimaire dans les travaux des groupes spéciaux, voir par exemple l'opinion exprimée par le groupe spécial *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, rapport adopté le 22 septembre 1999, WT/DS90/R, paragraphe 4.2. Le Groupe spécial note à cet égard que les parties n'ont contesté aucune des constatations factuelles faites au cours de ces travaux, en particulier celles qui concernaient le sens de la Loi de 1916, le contexte dans lequel elle avait été adoptée et les interprétations qu'en ont données les tribunaux des États-Unis, questions du type de celles qu'une partie pourrait souhaiter soulever pendant la phase de réexamen intérimaire.

du présent accord et ménagera des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations.

17.3 Dans le cas où un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un de ses objectifs est entravée, par un autre ou d'autres Membres, il pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, demander par écrit à tenir des consultations avec le ou les Membres en question. Chaque Membre examinera avec compréhension toute demande de consultations formulée par un autre Membre.

17.4 Dans le cas où le Membre qui a demandé l'ouverture de consultations considère que les consultations au titre des dispositions du paragraphe 3 n'ont pas permis d'arriver à une solution mutuellement convenue et où les autorités compétentes du Membre importateur ont pris des mesures de caractère final en vue de percevoir des droits antidumping définitifs ou d'accepter des engagements en matière de prix, ledit Membre pourra porter la question devant l'Organe de règlement des différends ("ORD"). Lorsqu'une mesure provisoire a une incidence notable et que le Membre qui a demandé des consultations estime que l'adoption de cette mesure est contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 7, ce Membre pourra également porter la question devant l'ORD."

5.21 Nous relevons tout d'abord que l'article 17 de l'Accord antidumping ne remplace pas le Mémorandum d'accord en tant que système de règlement des différends cohérent pour cet accord.²⁸⁰ À cet égard, l'Organe d'appel, dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, a expliqué que "les règles et procédures du Mémorandum d'accord s'appliqu[ai]ent [...] aux différends soumis en vertu des dispositions relatives aux consultations et au règlement des différends énoncées à l'article 17".²⁸¹

5.22 Nous relevons aussi que rien dans les termes de l'article 17.2 ou de l'article 17.3 ne limite la portée des consultations possibles dans le cadre de l'Accord antidumping. L'article 17.3 n'est pas mentionné à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord parce qu'"il prévoit le fondement juridique des consultations pouvant être demandées par un Membre plaignant en vertu de l'Accord antidumping. Il est en fait, dans l'Accord antidumping, l'équivalent des articles XXII et XXIII du GATT de 1994, qui servent de base pour les consultations et le règlement des différends dans le cadre du GATT de 1994 [et] dans le cadre de la plupart des autres accords repris dans l'Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce".²⁸²

5.23 En revanche, l'article 17.4 traite d'une situation particulière dans le cadre de l'Accord antidumping, d'où son statut de disposition spéciale ou additionnelle au regard du Mémorandum d'accord. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment*:

"Nous considérons que les règles et procédures spéciales ou additionnelles d'un accord visé particulier se combinent aux règles et procédures généralement applicables du Mémorandum d'accord pour former un système de règlement des différends intégré, global pour l'Accord sur l'OMC. Les dispositions spéciales ou additionnelles énumérées à l'Appendice 2 du Mémorandum d'accord sont destinées à traiter les particularités du règlement des différends concernant des obligations

²⁸⁰ *Guatemala – Ciment*, op. cit., paragraphe 67.

²⁸¹ *Ibid.*, paragraphe 64.

²⁸² *Ibid.*

découlant d'un accord visé spécifique, alors que l'article premier du Mémorandum d'accord vise à établir un système de règlement des différends intégré et global pour tous les accords visés faisant partie de l'*Accord sur l'OMC* dans leur ensemble. C'est donc uniquement dans le cas précis où une disposition du Mémorandum d'accord et une disposition spéciale ou additionnelle d'un autre accord visé sont mutuellement incompatibles que la disposition spéciale ou additionnelle peut être considérée comme *prévalant* sur la disposition du Mémorandum d'accord."²⁸³

5.24 Le paragraphe 66 du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* illustre la fonction de l'article 17.4. Cet article porte sur la question particulière de la contestation de *mesures prises par les autorités antidumping*. Rien dans les dispositions de l'article 17.4 ne limite le champ d'application des dispositions relatives au règlement des différends applicables à la lutte contre le dumping, sauf en ce qui concerne la question spécifique des mesures antidumping prises par les Membres.²⁸⁴

5.25 Notre interprétation de l'article 17.4 est confirmée non seulement par le contexte immédiat de cette disposition, c'est-à-dire l'article 17.1, 17.2 et 17.3, mais aussi par d'autres dispositions de l'Accord antidumping. L'article 18.4 est ainsi libellé:

"Chaque membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question."

Selon notre interprétation, l'article 18.4 de l'Accord antidumping exige la conformité des lois antidumping des Membres à la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC pour ces Membres. En d'autres termes, la législation antidumping d'un Membre doit être compatible avec l'Accord sur l'OMC de façon continue, qu'elle soit appliquée ou non. S'il n'était possible d'engager une procédure de règlement des différends qu'en ce qui concerne des mesures antidumping, c'est-à-dire si la conformité d'une loi antidumping interne ne pouvait être examinée que quand cette loi est appliquée, les dispositions de l'article 18.4 n'auraient plus de sens ni d'effet utile, puisqu'un Membre pourrait maintenir une loi incompatible avec l'OMC en totale impunité tant qu'aucune des mesures mentionnées à l'article 17.4 ne serait adoptée. Même si, à l'occasion de l'examen d'une mesure particulière, il était constaté que la loi sur laquelle la mesure était fondée était incompatible avec l'OMC, l'interprétation préconisée par les États-Unis ne donnerait pas de sens ni d'effet juridique aux termes "au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour [ce Membre]" figurant à l'article 18.4 et serait contraire au principe de l'effet utile.²⁸⁵ En outre, l'article 18.4 exige que *toutes les mesures nécessaires*, de caractère général ou particulier, soient prises. Ces termes seraient redondants si les lois antidumping des Membres ne devaient être compatibles avec l'OMC que quand elles sont effectivement appliquées à une situation particulière.

²⁸³ Ibid., paragraphe 66.

²⁸⁴ Si la position des États-Unis selon laquelle seules des mesures des trois types mentionnés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* pouvaient être contestées au titre du Mémorandum d'accord était correcte, alors chaque Membre pourrait se soustraire à l'application des disciplines de l'article VI et de l'Accord antidumping en prenant simplement des mesures de types autres que ceux qui sont prévus dans l'Accord antidumping.

²⁸⁵ *Ut res magis valeat quam pereat*. Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, adopté le 12 janvier 2000, WT/DS121/AB/R, paragraphe 88, et le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 26.

5.26 Comme les paragraphes précédents permettaient déjà de le constater, l'interprétation de l'article 17 de l'Accord antidumping donnée par l'Organe d'appel confirme notre opinion. L'argument des États-Unis est fondé essentiellement sur une interprétation du paragraphe 79 du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* sorti de son contexte.²⁸⁶ Les faits en cause dans l'affaire *Guatemala – Ciment* étaient différents de ceux qui nous sont soumis. Dans cette affaire, le Mexique contestait une enquête spécifique menée par le Guatemala au sujet des importations de ciment Portland en provenance du Mexique. Si on lit le raisonnement de l'Organe d'appel dans le contexte factuel qui est le sien, il n'est pas possible de parvenir à la conclusion générale suggérée par les États-Unis. La portée spécifique des constatations dans cette affaire a été confirmée par l'Organe d'appel lui-même dans le paragraphe suivant celui que les États-Unis ont cité:

"80. Pour toutes ces raisons, nous concluons que le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que le Mexique n'était pas obligé d'indiquer les "mesures spécifiques en cause" dans le différend à l'étude. Nous constatons que dans les différends soumis en vertu de l'*Accord antidumping au sujet de l'ouverture et de la conduite d'enquêtes antidumping*, un droit antidumping définitif, l'acceptation d'un engagement en matière de prix ou une mesure provisoire doit être indiqué dans le cadre de la question portée devant l'ORD conformément aux dispositions de l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* et de l'article 6:2 du Mémoire d'accord."(non souligné dans l'original)

Ainsi, les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* portaient uniquement sur l'adoption de mesures dans des situations prévues à l'article 17.4. Elles ne pouvaient pas viser à limiter le champ d'application du système de règlement des différends dans le cadre de l'Accord antidumping, et ne le faisaient effectivement pas.

5.27 Nous concluons donc que l'article 17 de l'Accord antidumping ne nous empêche pas d'examiner la conformité de lois en tant que telles dans le cadre de l'Accord antidumping. Cela s'applique aussi *a fortiori* en ce qui concerne l'article VI du GATT de 1994. À cet égard, nous estimons que les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée* mentionnées par les États-Unis ne sont pas applicables en l'espèce, puisque ces constatations concernaient la non-applicabilité de l'Accord sur les subventions et les mesures

²⁸⁶ Le paragraphe 79 du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* cité par les États-Unis est ainsi libellé:

"79. En outre, l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* spécifie les types de "mesure" qui peuvent être portés devant l'ORD dans le cadre d'une "question". Trois types de mesure antidumping sont spécifiés à l'article 17.4: droits antidumping définitifs, acceptation d'engagements en matière de prix et mesures provisoires. Selon l'article 17.4, une "question" peut être portée devant l'ORD *uniquement dans le cas où* l'une des trois mesures antidumping pertinentes est en place. Cette disposition, lorsqu'elle est lue conjointement avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord, exige qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial dans un différend soumis en vertu de l'*Accord antidumping* indique, comme étant la mesure spécifique en cause, soit un droit antidumping définitif, soit l'acceptation d'un engagement en matière de prix, soit une mesure provisoire. Cette obligation d'indiquer une mesure antidumping spécifique en cause dans une demande d'établissement d'un groupe spécial ne limite en aucune manière la nature des *allégations* qui peuvent être formulées au sujet d'avantages qui seraient annulés ou compromis ou de la réalisation de tout objectif qui serait entravée, dans un différend soumis en vertu de l'*Accord antidumping*. Comme nous l'avons fait observer plus haut, il y a une différence entre les mesures spécifiques en cause - dans le cas de l'*Accord antidumping*, l'un des trois types de mesure antidumping mentionnés à l'article 17.4 - et les allégations ou le fondement juridique de la plainte soumise à l'ORD concernant ces mesures spécifiques. En arrivant à cette conclusion, nous notons que le texte de l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* ne se trouve que dans cet accord."

compensatoires à des mesures existantes ou à des enquêtes engagées sur demande présentée avant la date d'entrée en vigueur de cet accord.²⁸⁷

5.28 Les observations des États-Unis relevant de la deuxième catégorie concernent les déclarations du Groupe spécial prétendument trompeuses sur le plan factuel ou une prétendue déformation des arguments des États-Unis dans les constatations.

5.29 En ce qui concerne la déclaration du Groupe spécial figurant au paragraphe 6.42 concernant le fait que des poursuites pénales peuvent avoir été engagées au titre de la Loi de 1916, les États-Unis font valoir qu'à leur connaissance, aucune poursuite pénale n'a jamais été engagée au titre de cette loi. En fait, nous nous sommes fondés sur une remarque faite par le tribunal de district des États-Unis, (E.D. Pennsylvania), dans son jugement de 1980 sur l'affaire *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co. Ltd.*:

"il y a eu apparemment quatre tentatives pour faire appliquer les dispositions pénales de la Loi mais aucune d'entre elles n'a abouti et aucune n'a donné lieu à une décision judiciaire publiée. Marks, *United States Antidumping Laws – A Government Overview* 43 Antitrust L.J. 580, 581 (1974)".²⁸⁸

Nous faisons toutefois observer que la déclaration contestée n'est pas essentielle pour nos constatations. Étant donné que l'observation des États-Unis tendrait à confirmer que les dossiers ne sont pas clairs sur ce point, nous avons modifié le texte du paragraphe 6.42 compte tenu de l'objectif général de ce paragraphe, qui était de spécifier dans quel contexte (procédures pénales ou civiles) les tribunaux des États-Unis avaient interprété la Loi de 1916.

5.30 Compte tenu des observations des États-Unis relatives au paragraphe 6.77, nous avons précisé que le membre de phrase figurant la cinquième phrase de ce paragraphe cité par les États-Unis exprimait l'opinion du Groupe spécial et non celle des États-Unis. En outre, les États-Unis affirment que leur position était en fait différente de celle qui a été indiquée succinctement par le Groupe spécial. Toutefois, si nous comprenons bien, de l'avis des États-Unis, les droits antidumping n'étaient pas la seule mesure corrective possible en cas de dumping préjudiciable qui soit autorisée par l'article VI. C'est là tout ce que le Groupe spécial a voulu dire dans la phrase en cause. Par conséquent, nous avons ajouté la note de bas de page 346 qui renvoie aux arguments des États-Unis concernant l'interprétation de l'article VI:2 du GATT de 1994 figurant dans la section III.E.2 du présent rapport.

5.31 À la demande des États-Unis, nous avons aussi précisé le paragraphe 6.85, bien que les termes contestés aient figuré dans l'exposé de l'opinion du Groupe spécial et non dans un résumé de la position des États-Unis. Nous voulions dire qu'une fois qu'il a été constaté qu'une loi n'imposait pas de mesures illicites au regard des règles de l'OMC, tout examen de cette loi au titre du Mémoire d'accord devait être interrompu et cette loi ne pouvait être contestée en tant que telle. Puisque les CE ne contestent pas des cas spécifiques d'application de la loi, il a semblé au Groupe spécial que cela constituait l'essentiel de l'argumentation des États-Unis.

5.32 Les États-Unis font aussi valoir que le Groupe spécial a déformé leur position au paragraphe 6.195 (maintenant 6.197) en indiquant que "les États-Unis ne semblent pas contester le fait que l'article 18.1 de l'Accord antidumping dise à tout le moins que les droits sont les seules mesures correctives autorisées contre certaines formes de dumping en vertu de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping". Nous ne voyons aucune contradiction entre l'interprétation de l'argument

²⁸⁷ Voir l'article 32.3 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

²⁸⁸ 494 F. Supp. 1190, page 1212.

des États-Unis donnée par le Groupe spécial et la position des États-Unis telle que ceux-ci l'ont exprimée dans leurs observations. Les États-Unis font valoir qu'un Membre pourrait contrer le dumping grâce à des mesures qui ne sont pas explicitement mentionnées à l'article VI ou dans l'Accord antidumping. Selon le Groupe spécial, cela n'exclut pas que, *conformément à l'article VI et à l'Accord antidumping*, la seule mesure corrective soit la perception de droits antidumping. Cela ne revient pas à dire que les droits antidumping sont les seules mesures correctives autorisées en cas de dumping préjudiciable *conformément à l'Accord sur l'OMC*. Notre interprétation des arguments avancés par les États-Unis est aussi compatible avec la position des États-Unis en l'espèce, selon laquelle "l'article 18.1 de l'Accord antidumping [...] fait appel à une formulation soigneusement choisie pour exprimer la limitation recherchée des mesures correctives autres que les droits".²⁸⁹ Nous avons cependant modifié le libellé du paragraphe 6.197 pour préciser davantage les éléments sur lesquels s'appuie notre déduction.

5.33 Enfin, nous avons aussi précisé le paragraphe 6.112 (maintenant 6.115) pour indiquer clairement que c'est le Groupe spécial, et non les États-Unis, qui est à l'origine des termes "critères d'effet".

5.34 Compte tenu des observations des parties, le Groupe spécial a estimé que certains aspects de son raisonnement devaient être précisés davantage. À cet égard, il a jugé utile d'ajouter le paragraphe 6.97 sur le rapport entre l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping. En outre, il a modifié la présentation de la section C.2 b) i) et ii). Il a aussi ajouté la note de bas de page 293 relative au paragraphe 6.1, la note de bas de page 310 relative au paragraphe 6.32, la note de bas de page 313 relative au paragraphe 6.34 et la note de bas de page 352 relative au paragraphe 6.84. Nous avons aussi modifié la note de bas de page 344 relative au paragraphe 6.76, ainsi que le paragraphe 6.79. L'adjonction ou la modification de ces paragraphes ou notes de bas de page ne font que nuancer ou expliciter des déclarations qui figuraient déjà dans le texte. Elles ne modifient pas le raisonnement du Groupe spécial et n'ont aucune incidence sur ses constatations.

VI. CONSTATATIONS

A. LES FAITS A L'ORIGINE DU DIFFEREND ET LES QUESTIONS A TRAITER POUR LE GROUPE SPECIAL

1. Les faits à l'origine du différend

6.1 La loi dont la compatibilité avec les règles de l'OMC est contestée par les Communautés européennes²⁹⁰ est un texte législatif des États-Unis voté sous l'intitulé "Concurrence déloyale" au Titre VIII de la Loi de finances de 1916.²⁹¹ Elle est connue depuis lors sous l'appellation de "Loi antidumping de 1916".²⁹² La Loi de 1916, qui prévoit l'application par les juridictions fédérales des

²⁸⁹ Voir le paragraphe 3.245 ci-dessus.

²⁹⁰ Tout au long des présentes constatations, les Communautés européennes, en leur qualité de Membre de l'OMC, seront indifféremment dénommées les "Communautés européennes" ou les "CE".

²⁹¹ Loi du 8 septembre 1916 (39/STAT. 756 (1916)). Le Titre VIII de la Loi de finances figure dans le Code des États-Unis (15 U.S.C. paragraphes 71-74).

²⁹² Un certain nombre de documents officiels publiés par les autorités américaines et un certain nombre de décisions de juridictions américaines désignent ainsi le Titre VIII de la Loi de finances de 1916. Certains auteurs l'ont également appelée "Loi antidumping de 1916", ou l'ont qualifiée de loi visant certaines formes de dumping, qu'ils l'aient considérée comme une loi "antidumping" ou comme une loi "antitrust". Voir, par exemple, A. Paul Victor: *The Interface of Trade/Competition Law and Policy: An Overview*, 56 Antitrust L.J. 397, page 401; John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1968), page 403, note 4. Nous relevons toutefois que le mot "antidumping" n'apparaît pas dans le texte de la loi. Comme le point de

États-Unis de sanctions civiles et pénales pour une certaine forme de discrimination de prix transnationale²⁹³, lorsqu'elle répond à une intention bien précise²⁹⁴, est ainsi conçue:

"Est illicite, pour un importateur ou un agent à l'importation d'articles quelconques en provenance d'un pays étranger aux États-Unis, le fait, de manière habituelle et systématique, d'importer, vendre ou faire importer ou vendre ces articles aux États-Unis à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, au moment de l'exportation vers les États-Unis, sur les principaux marchés du pays de production ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés, majoré du fret, des droits et des autres impositions et frais nécessairement afférents à leur importation et leur vente aux États-Unis, *dès lors* que ce ou ces actes sont accomplis avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis.

Quiconque enfreint, ou se concerte ou s'entend avec une autre personne pour enfreindre, les dispositions du présent article se rend coupable d'un délit et, en cas de conviction, sera condamné à une amende de 5 000 dollars au plus ou à une peine d'emprisonnement de un an au plus, ou aux deux peines, à la discrétion du tribunal.

Toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens du fait d'une infraction, ou d'une concertation ou entente ayant pour objet une infraction, aux dispositions du présent article peut intenter une action à ce titre devant le tribunal fédéral du district où le défendeur réside ou est découvert ou a un agent, quel que soit le montant du litige, et elle recouvrera le triple du dommage subi, ainsi que les frais de justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable.

Les dispositions qui précèdent sont sans préjudice de la juridiction des tribunaux d'État compétents dans les actions en dommages-intérêts à ce titre."

6.2 La Loi de 1916 se signale par deux traits importants:

savoir si cette loi est une loi antidumping au sens de l'article VI du GATT de 1994 est l'une des questions que le Groupe spécial a à traiter, il nous paraît plus indiqué de retenir dans notre analyse l'appellation "Loi de 1916".

²⁹³ Malgré les acceptions spécifiques qu'il peut avoir dans certaines circonstances, le mot "discrimination" est employé tout au long de ces constatations au sens de différenciation, caractère distinctif (voir, par exemple [pour l'anglais] The New Shorter Oxford English Dictionary (1993), page 689). De ce fait, le terme "discrimination de prix transnationale" n'a trait dans ces constatations qu'à l'existence d'une différence de prix entre deux marchés situés dans des pays différents, quels que soient l'intention de l'exportateur qui préside à cette différence de prix ou les effets que celle-ci entraîne. Voir aussi la définition du "dumping" comme "discrimination de prix entre des marchés nationaux" chez Jacob Viner (Dumping, A Problem in International Trade (1923), page 3).

²⁹⁴ La Loi de 1916 faisait partie d'une action entreprise par les États-Unis pour s'attaquer par la voie législative à un certain nombre de pratiques considérées à l'époque comme de la "concurrence déloyale". Un certain nombre de leurs grandes lois antitrust et commerciales qui sont encore applicables aujourd'hui furent adoptées par le Congrès des États-Unis (ci-après le "Congrès") entre la fin du XIX^e siècle et les années 30. La Loi Sherman (15 U.S.C. 1-7) remonte à 1890, et la Loi Clayton à 1914 (15 U.S.C. 12, 13, 14-19, 20, 21, 22-27; 29 U.S.C. 52, 53). Après la Loi de 1916 vinrent la Loi antidumping de 1921, la Loi douanière de 1930 (devenue depuis lors la base de l'actuelle législation antidumping américaine) et la Loi Robinson-Patman de 1936, modifiant l'article 2 de la Loi Clayton de 1914.

- a) elle prévoit le contrôle des pratiques considérées par le pouvoir judiciaire²⁹⁵ au niveau fédéral, et non par le pouvoir exécutif;
- b) elle prévoit deux "voies" de droit pour saisir les juridictions fédérales américaines:
 - i) l'action civile, par laquelle un particulier peut demander des dommages-intérêts et
 - ii) l'action pénale, par laquelle le Département fédéral de la justice peut demander la condamnation à une amende ou à l'emprisonnement.

2. Questions à traiter pour le Groupe spécial

6.3 L'analyse que fait le Groupe spécial des allégations et des moyens de défense des parties peut se résumer comme suit.²⁹⁶

6.4 Les CE contestent la Loi de 1916 en soi, et non un cas particulier d'application de cette loi. Elles allèguent que cette loi est contraire aux articles III:4, VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, aux articles 1^{er}, 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994²⁹⁷ et à l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.²⁹⁸

6.5 Les CE allèguent que la Loi de 1916 tombe sous le coup des dispositions de l'article VI du GATT de 1994 parce qu'elle vise certaines pratiques définies dans cet article comme constitutives de "dumping". Au dire des CE, la Loi de 1916 s'applique i) lorsque des produits importés sont vendus sur le marché des États-Unis à un prix inférieur à celui auquel ils sont vendus sur le marché intérieur du pays exportateur ou d'un pays tiers et ii) par le fait de leur importation. Cela correspond à la définition du dumping selon l'article VI:1. Les CE font valoir que les décisions judiciaires récentes et, en général, la jurisprudence américaine sur la Loi de 1916 devrait être retenue par le Groupe spécial comme indication factuelle que la Loi de 1916 a été appliquée en tant que loi antidumping. Au surplus, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 car elle ne respecte pas d'autres prescriptions de l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.6 Les CE allèguent aussi que, en prévoyant des dommages-intérêts triples, des amendes ou l'emprisonnement, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994, qui fait de l'imposition de droits la seule mesure corrective autorisée pour contrecarrer le dumping en vertu de l'Accord sur l'OMC.

6.7 De plus, les CE allèguent que la Loi de 1916 est contraire à un certain nombre de prescriptions de l'Accord antidumping, notamment en ce qu'elle ne respecte pas les prescriptions procédurales applicables à la détermination de l'existence d'un dommage important et à l'ouverture et la conduite de l'enquête aboutissant à l'imposition de mesures.

²⁹⁵ Les termes "pouvoir judiciaire", "pouvoir exécutif" et "pouvoir législatif" sont employés, tout au long du présent rapport, dans le sens que leur donne le droit constitutionnel des États-Unis.

²⁹⁶ Les allégations et arguments des parties sont exposés plus en détail aux sections II et III du présent rapport.

²⁹⁷ Ci-après l'"Accord antidumping".

²⁹⁸ Tout au long de ces constatations, l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, sera dénommé "Accord sur l'OMC". L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, sans ses annexes, sera dénommé "Accord instituant l'OMC". Dans ce contexte, l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce sera dénommé "article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC". Les accords annexés à l'Accord instituant l'OMC seront dénommés "accords de l'OMC".

6.8 Les CE allèguent que la Loi de 1916 étant une loi antidumping relevant des disciplines de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, elle aurait dû être mise en conformité avec les règles énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et avec l'Accord antidumping, conformément à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

6.9 Enfin, les CE allèguent, à titre subsidiaire ou au cas où le Groupe spécial constaterait que la Loi de 1916 est intégralement ou partiellement conforme à l'article VI du GATT de 1994, que cette loi est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994 dans la mesure où elle prévoit un traitement moins favorable pour les produits importés que celui qui est accordé aux produits américains dans le cadre de la Loi Robinson-Patman²⁹⁹, de par la différence existant dans i) les critères du dommage/de la prédation, ii) la mesure de la discrimination de prix, iii) les prescriptions en matière de vente et les seuils exigés pour les plaintes et iv) les exceptions légales disponibles dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, qui ne sont pas expressément prévus dans la Loi de 1916.

6.10 Les États-Unis soutiennent que la Loi de 1916 est une loi antitrust.³⁰⁰ Elle n'est pas soumise aux disciplines de l'article VI puisqu'elle vise non pas le dumping causant un dommage au sens de l'article VI, mais une forme beaucoup plus étroitement circonscrite de discrimination de prix internationale, avec un objectif antitrust, comme le démontrent les travaux préparatoires de la Loi et la jurisprudence ultérieure y afférente. À cet égard, les États-Unis soulignent que le Groupe spécial n'a pas pour rôle d'interpréter le droit et la jurisprudence des États-Unis. Il devrait les considérer comme des faits à prouver. À partir de là, le Groupe spécial devrait constater que la Loi de 1916, étant une loi antitrust, n'est pas contraire à l'article VI:1 du GATT de 1994. Si l'on devait suivre les CE dans leur interprétation de l'article VI:1, toutes les lois antitrust des Membres, y compris les règles communautaires applicables en matière de concurrence en vertu de l'article 82 du Traité d'Amsterdam, tomberaient sous le coup des dispositions de l'article VI du GATT de 1994 dans la mesure où elles se fondent sur la discrimination de prix transnationale.

6.11 Les États-Unis font également valoir que l'article VI:2, en soi, ne dispose pas que les droits soient l'unique mesure corrective autorisée pour contrebalancer le dumping, et qu'un Membre n'est tenu de respecter les dispositions de l'Accord antidumping que dans la mesure où il a l'intention d'imposer des droits.

6.12 Les États-Unis estiment qu'en tout état de cause la Loi de 1916, dans la mesure où le Département fédéral de la justice a le pouvoir discrétionnaire d'engager – ou non – des poursuites devant une juridiction fédérale, est une loi "non impérative", au sens donné à cette notion par les groupes spéciaux dans le cadre du GATT de 1947 et par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le cadre de l'OMC. Les États-Unis estiment également que la Loi de 1916 peut être, et a d'ailleurs été, interprétée dans un sens compatible avec les règles de l'OMC. Par application de la pratique antérieure des groupes spéciaux du GATT de 1947, cela aussi en fait une loi "non impérative". C'est par conséquent aux CE qu'il incombe de prouver que la Loi de 1916 n'est pas susceptible d'être interprétée dans un sens compatible avec les règles de l'OMC.

²⁹⁹ Voir plus haut la note 294.

³⁰⁰ Le Groupe spécial note que les parties ont employé les termes "concurrence" et "antitrust" pour désigner les mêmes réglementations et politiques. Nous n'ignorons pas que le terme "antitrust" est plus souvent utilisé aux États-Unis. Nous relevons aussi que le terme "concurrence" est employé non seulement dans le droit communautaire, mais encore par certaines organisations internationales comme l'OCDE (voir, par exemple, Concurrence et politique commerciale, leur interaction (1984)). Cependant, puisque notre examen de la question nous amène à nous pencher sur les lois et la jurisprudence américaines, il nous a paru indiqué d'employer le terme "antitrust" pour décrire la pratique que les parties considèrent comme relevant du droit "antitrust" ou "de la concurrence" en général.

6.13 Les États-Unis soutiennent également que l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC n'exige pas des Membres qu'ils devancent toute interprétation incompatible avec les règles de l'OMC qui pourrait être donnée de leurs lois nationales. Leur opinion est que la Loi de 1916 est en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC tant que l'OMC n'aura pas décidé qu'elle ne l'est pas.

6.14 Enfin, les États-Unis affirment que la Loi de 1916 n'est pas contraire à l'article III:4 du GATT de 1994. Comparée à la Loi Robinson-Patman, la Loi de 1916 accorde en fait un traitement plus favorable aux produits importés qu'aux produits américains. Elle prescrit une *intention* d'éliminer ou léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur des articles considérés aux États-Unis. Selon les États-Unis, cette obligation faite au demandeur de démontrer l'existence d'une "intention" a été considérée comme la principale raison pour laquelle la Loi de 1916 a été très rarement appliquée, et généralement sans succès, par comparaison avec la Loi Robinson-Patman. À part cela, les prescriptions procédurales des deux lois sont soit semblables, soit plus favorables aux défendeurs dans la Loi de 1916.

6.15 De ce qui précède, il apparaît au Groupe spécial que les deux parties abordent la question de la compatibilité de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC suivant des démarches diamétralement opposées. Les Communautés européennes, en se fondant sur la définition du "dumping" qui figure à l'article VI:1 du GATT de 1994 et sur l'absence de limitation expresse du champ d'application de cet article, sont, semble-t-il, d'avis que toute loi qui vise le "dumping" au sens de l'article VI est une loi "commerciale" et, partant, soumise aux disciplines correspondantes de l'OMC. Au contraire, suivant ce qui semble être la démarche des États-Unis, les disciplines de l'article VI du GATT de 1994 ne s'appliquent que dans la mesure où une loi prétend s'attaquer au dumping en tant que pratique commerciale internationale. Si la cible de la loi n'est pas le "dumping causant un dommage" au sens de l'article VI du GATT de 1994, mais les effets, relevant des règles antitrust (comme le fait de restreindre ou monopoliser le commerce sur le territoire d'un Membre), d'une forme plus étroitement circonscrite de discrimination de prix transnationale, les disciplines antidumping de l'OMC ne s'y appliquent pas.

6.16 Considérant les argument développés par les parties, le Groupe spécial juge nécessaire d'aborder la question dont il est saisi comme suit.

6.17 En premier lieu, puisqu'il nous est demandé de déterminer la compatibilité d'une loi des États-Unis avec les obligations de ce Membre dans le cadre de l'OMC, il convient que nous déterminions comment considérer cette loi et son "entourage", c'est-à-dire les conditions dans lesquelles elle a été adoptée (y compris les travaux préparatoires)³⁰¹ et sa ou ses interprétations ultérieures. C'est important à nos yeux, puisque les deux parties ont abondamment discuté de ces aspects, notamment la pertinence de certaines décisions judiciaires. L'interprétation judiciaire, comme preuve du sens donné aux termes d'un texte juridique, peut influencer sur la manière dont il convient que nous entendions les termes de la Loi de 1916.

³⁰¹ Comme le terme "legislative history" est employé [en anglais] tout au long du présent rapport à propos de l'élaboration de textes législatifs américains, il lui sera donné ici le sens qu'il a dans la pratique des États-Unis, à savoir, l'arrière-plan et les faits, y compris les rapports de commissions, auditions et débats parlementaires aboutissant au vote d'une loi ("The background and events, including committee reports, hearings, and floor debates, leading up to the enactment of a law." *Black's Law Dictionary*, 6th Ed. (1990), page 900. [Préparatoires (travaux). Ensemble des activités et documents (exposés des motifs des projets ou propositions, rapports, discussions, etc.) qui, dans le processus d'élaboration d'un acte juridique (par exemple la loi), ont précédé la manifestation définitive de la volonté de son auteur et sont de nature à éclairer sa signification"). Cornu, *Vocabulaire juridique*, huitième édition, 2000, page 662.]

6.18 Deuxièmement, il faudrait ensuite déterminer si nous examinons la Loi de 1916 au regard d'abord de l'article VI ou de l'article III:4 du GATT de 1994, ou si même nous l'examinons au regard de l'une ou l'autre de ces dispositions. C'est qu'en effet, tout en visant la discrimination de prix transnationale, la Loi de 1916 impose des mesures internes. L'article VI se rapporte aux mesures que les Membres peuvent prendre à l'égard d'une pratique particulière, tandis que l'article III:4 garantit que les produits étrangers, une fois importés, ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que les produits d'origine nationale. Nous estimons de notre compétence et de notre devoir de déterminer l'applicabilité des articles III:4 et VI dans le cadre de notre examen de la compatibilité de la Loi de 1916 avec la ou les dispositions dont il aurait été constaté qu'elles sont applicables, sans préjudice du principe d'économie jurisprudentielle.

6.19 Sur la base de nos conclusions au sujet de l'application des articles III:4 et VI à la Loi de 1916, nous examinerons la compatibilité de la Loi de 1916 au regard de l'article III:4 et/ou de l'article VI du GATT de 1994 ainsi que de l'Accord antidumping dans la mesure nécessaire pour aider l'Organe de règlement des différends³⁰² de l'OMC à formuler ses recommandations. Pour ce faire, il convient que nous prenions en considération le moyen tiré par les États-Unis de la nature "impérative/non impérative" alléguée de la Loi de 1916.

6.20 Cela étant fait, nous pourrions examiner aussi les allégations des CE sur le fondement de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

6.21 Toutefois, avant d'examiner les questions de fond qui se posent en l'espèce, nous devons traiter les questions procédurales soulevées par les parties dans le cours de la procédure.

B. QUESTIONS DE PROCEDURE

1. Demande de décision préliminaire présentée par les États-Unis

6.22 Les États-Unis, dans leur première communication écrite, ont demandé au Groupe spécial de se prononcer à titre préliminaire sur deux allégations que les CE auraient formulées dans leur première communication écrite. Selon eux, les CE ont allégué pour la première fois dans leur première communication que la Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. Les États-Unis estiment que les articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends³⁰³ et l'article 17.4 et 17.5 de l'Accord antidumping interdit au Groupe spécial de prendre ces deux allégations en considération parce qu'elles ne figuraient pas dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les CE.

6.23 À la demande du Groupe spécial, les Communautés européennes ont étudié la demande des États-Unis. Elles ont dit que les États-Unis avaient demandé au Groupe spécial d'exclure des allégations qu'elles n'avaient pas formulées. Elles avaient allégué une violation de l'article VI:2 du GATT de 1994, mais n'avaient pas séparément allégué que la Loi de 1916 était contraire aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. Ces dispositions n'étaient que des arguments invoqués à l'appui des allégations des CE.

6.24 Le Groupe spécial rappelle que dans son rapport *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, l'Organe d'appel indiquait ceci:

"L'article 6.2 du Mémoire d'accord prescrit que les *allégations*, mais non les *arguments*, doivent toutes être indiquées de manière suffisante dans la demande

³⁰² Ci-après l'"ORD".

³⁰³ Ci-après le "Mémoire d'accord".

d'établissement d'un groupe spécial pour permettre à la partie défenderesse et aux éventuelles tierces parties de connaître le fondement juridique de la plainte."³⁰⁴

Vu la réponse des CE, aux termes de laquelle les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping "n'étaient mentionnés qu'à titre d'arguments à l'appui de [leurs] allégations", le Groupe spécial a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'aller plus loin dans l'examen de cette question.

6.25 Toutefois, au cours de la première réunion du Groupe spécial avec les parties, les États-Unis ont souligné que celui-ci devait rejeter la tentative des CE pour tourner les prescriptions du Mémoire d'accord en qualifiant de "simples arguments" leurs références aux articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. De fait, si le Groupe spécial analysait ces articles invoqués de fraîche date pour voir s'ils étayaient les autres allégations des CE, il serait tenu de déterminer si ces dispositions prévoient une mesure corrective exclusive en cas de dumping.

6.26 Nous considérons que ces arguments des États-Unis viennent préciser leur demande initiale de décision préliminaire, même s'ils ont aussi été avancés à propos de l'allégation de violation de l'article VI:2 du GATT de 1994 formulée par les CE. À ce stade, nous les examinons dans la mesure nécessaire pour répondre à l'aspect procédural des arguments des États-Unis. Nous relevons que, dans le passé, des groupes spéciaux se sont trouvés devant des situations analogues lorsqu'un plaignant s'appuyait sur une disposition particulière pour justifier une allégation reposant sur une autre disposition. Dans l'affaire *Inde - Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, les États-Unis contestaient l'applicabilité tant de l'article XVIII:B du GATT de 1994 que du Mémoire d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements. Dans cette affaire, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis avaient présenté une allégation au titre de l'article XVIII:11 du GATT de 1994, mais aucune sur le fondement d'autres dispositions de l'article XVIII:B du GATT de 1994 ou du Mémoire d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements. Il a conclu qu'il n'examinerait aucune allégation des États-Unis fondée sur le [Mémoire d'accord sur les dispositions du GATT de 1994 relatives à la balance des paiements] ou sur des dispositions de l'article XVIII:B autres que celles de l'article XVIII:11". Ce groupe spécial n'en a pas moins jugé que ces dispositions faisaient "partie du contexte des dispositions qui, selon les États-Unis, auraient été enfreintes".³⁰⁵

6.27 Nous rappelons aussi que, selon l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)³⁰⁶, une disposition d'un traité doit être interprétée dans son contexte et que, aux fins de l'interprétation d'un traité, ce "contexte" comprend, notamment, "le texte [du traité], préambule et annexes inclus".³⁰⁷ De ce fait, il y a des raisons de considérer que le Groupe spécial peut, dans certaines conditions, envisager des dispositions des accords de l'OMC autres que celles qui sont mentionnées dans son mandat.

³⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R (ci-après "*Communautés européennes – Bananes*"), paragraphe 143 (souligné dans l'original).

³⁰⁵ Rapport adopté le 22 septembre 1999, WT/DS90/R (ci-après "*Inde – Restrictions quantitatives*", paragraphes 5.18 et 5.19. Ces constatations n'ont pas été modifiées par l'Organe d'appel.

³⁰⁶ Ci-après la "Convention de Vienne". L'article 3:2 du Mémoire d'accord nous charge de clarifier les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Dès sa toute première décision, et à maintes reprises par la suite, l'Organe d'appel a considéré que ces règles coutumières étaient codifiées, notamment, aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne.

³⁰⁷ Article 31.2 de la Convention de Vienne.

6.28 Cela dit, nous nous bornons à ce stade à prendre note du fait que les CE ne présentent pas d'allégations distinctes sur le fondement de l'article 18.1 de l'Accord antidumping. À la lumière des éclaircissements qu'elles ont fournis, nous concluons aussi que leurs allégations au titre de l'article premier de l'Accord antidumping³⁰⁸ n'ont pas de rapport avec celle qu'elles ont formulée au titre de l'article VI:2 du GATT de 1994, mais visent un aspect différent de la question.

2. Demande de droits de tierce partie renforcés présentée par le Japon

6.29 Le 2 septembre 1999, le Japon a demandé à se voir accorder des droits de tierce partie renforcés dans la présente affaire. En particulier, il a demandé à recevoir tous les documents nécessaires, y compris les communications et les versions écrites des déclarations des parties, ainsi qu'à assister à toutes les séances de la deuxième réunion de fond du Groupe spécial. À la demande du Groupe spécial, les CE et les États-Unis ont fait des observations sur cette demande du Japon. Les CE ont indiqué qu'elles y consentaient, à condition que leur propre demande de même nature dans la procédure engagée par le Japon sur la même question (WT/DS162) soit elle aussi favorablement accueillie.

6.30 Les États-Unis se sont vigoureusement opposés à la demande du Japon. Selon eux, des droits de tierce partie renforcés n'étaient pas nécessaires pour avoir accès aux communications des parties. Dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés ("Hormones")*³⁰⁹, le groupe spécial avait accordé des droits de tierce partie élargis essentiellement parce qu'il avait informé les parties que la procédure engagée par les États-Unis et celle qu'avait engagée le Canada feraient l'objet de délibérations parallèles. Les États-Unis ont indiqué qu'ils ne souscriraient pas à des délibérations parallèles en l'espèce et qu'ils ne pouvaient acquiescer à une demande dont le but apparent était d'assurer aux tierces parties une possibilité de présenter une communication de plus dans leurs propres procédures de groupe spécial.

6.31 Le 13 septembre 1999, le Groupe spécial, par l'intermédiaire de son Président, a informé les parties et le Japon qu'il ne pouvait pas accéder à la demande du Japon. Le Groupe spécial s'est réservé le droit de reconsidérer la question à la lumière de la suite de la procédure et a fait savoir aux parties et au Japon qu'il traiterait la question en détail dans ses constatations.

6.32 Le Groupe spécial a attentivement examiné les arguments présentés par les parties. Il relève que, si le Mémoire d'accord ne prévoit pas de droits élargis de tierce partie, ni l'article 10 ni aucune autre disposition de ce texte n'interdit cependant aux groupes spéciaux d'accorder aux tierces parties des droits plus étendus que ceux qui sont expressément mentionnés à l'article 10.³¹⁰ Dans l'affaire *CE - Hormones*, l'Organe d'appel a confirmé que l'octroi de droits de tierce partie renforcés relevait de la liberté d'appréciation conférée aux groupes spéciaux par l'article 12:1 du Mémoire d'accord.³¹¹

6.33 Le Groupe spécial observe cependant que le Mémoire d'accord fait une différence en ce qui concerne leurs droits entre les parties principales et les tierces parties, et que ce principe doit être respecté si l'on veut rester fidèle à l'esprit du Mémoire d'accord à cet égard. À ce jour, il n'a été

³⁰⁸ Voir WT/DS136/2.

³⁰⁹ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS48/R/CAN (plainte du Canada), ci-après l'affaire "*CE - Hormones*". Voir aussi WT/DS26/R/USA (plainte des États-Unis).

³¹⁰ Le Groupe spécial considère que les dispositions de l'article 9 du Mémoire d'accord, et en particulier l'article 9:3 qui vise sa propre situation et celle du groupe spécial demandé par le Japon sur la même question (WT/DS162), ne sont pas d'un grand secours sur ce point.

³¹¹ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/DS48/AB/R, paragraphe 154.

accordé de droits de tierce partie renforcés que pour des raisons très précises. Dans l'affaire *CE - Hormones*, comme dans la présente espèce et l'affaire introduite par le Japon (WT/DS162), les deux groupes spéciaux étaient composés des mêmes membres et traitaient la même question. Ces éléments ont certes visiblement joué un rôle important dans les décisions prises par les groupes spéciaux et leur confirmation par l'Organe d'appel, mais nous considérons qu'ils ne sauraient être décisifs. Autrement, il faudrait accorder des droits élargis aux tierces parties dans la quasi-totalité des affaires où la même question fait l'objet de deux ou plusieurs plaintes portées devant des groupes spéciaux ayant la même composition.³¹² Nous notons que, dans l'affaire *CE – Hormones*, il y avait des circonstances particulières qui ont certainement contribué aux décisions prises par les groupes spéciaux d'examiner les deux affaires parallèlement, notamment leur caractère extrêmement technique et leur forte composante factuelle, ainsi que le fait que les groupes spéciaux avaient décidé de tenir une seule réunion avec les parties et les experts consultés en application de l'article 11:2 de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires. Ces décisions reposaient dans une large mesure sur des considérations pratiques, et il fallait préserver les droits de la défense. Nous concluons des rapports établis dans l'affaire *CE - Hormones* que si les tierces parties se sont vu accorder des droits plus étendus, c'est avant tout en raison de ces circonstances précises.

6.34 Nous constatons qu'il n'existe pas de circonstances semblables en l'espèce, où il n'y a pas à examiner de faits ou d'éléments de preuve scientifiques complexes. Au surplus, aucune des parties n'a demandé aux groupes spéciaux d'harmoniser leur calendrier ni de tenir des délibérations parallèles dans les deux procédures (WT/DS136 et WT/DS162). De fait, les Communautés européennes n'étaient pas favorables à un retard de la procédure WT/DS136, et les États-Unis étaient opposés à des délibérations parallèles. Nous sommes d'avis que, dans ce contexte, nous devrions conduire l'examen de cette affaire indépendamment de celui de l'affaire introduite par le Japon, aussi bien sous son aspect procédural que pour l'analyse des questions de fond dont nous sommes saisis.³¹³

6.35 À notre sens, le respect des garanties procédurales à l'endroit du Japon n'exigeait pas sa participation à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial. Cela dit, eu égard à l'article 18:2 du Mémoire d'accord, nous avons engagé les CE et les États-Unis, dans le cours de la procédure, à communiquer au Japon en temps utile, si celui-ci leur en faisait la demande, des résumés non confidentiels significatifs de leurs communications au Groupe spécial.

6.36 Nous constatons par conséquent qu'il n'y avait pas de raison d'accorder au Japon des droits de tierce partie renforcés dans la présente procédure.

3. Charge de la preuve

6.37 Nous rappelons le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*³¹⁴, où il est dit:

"la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui [fait valoir], par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particuliers. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour

³¹² Cette remarque se fonde sur notre analyse de l'état actuel de la pratique de l'OMC. Elle ne préjuge en rien la question de savoir si des droits de tierce partie plus étendus seraient souhaitables ou non en général.

³¹³ En conséquence, tout en partant du principe que les États-Unis pourront développer encore leur argumentation ou présenter de nouveaux arguments dans la procédure engagée par le Japon, le présent Groupe spécial n'examinera que les arguments qu'ils ont présentés dans le cours de la présente affaire et les examinera exclusivement tels qu'ils ont été formulés dans la présente espèce.

³¹⁴ Adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, page 16.

établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption".

6.38 Par application de cette règle aux éléments de preuve factuels présentés en l'espèce, les Communautés européennes, en leur qualité de demandeur, devraient normalement produire des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption de bien-fondé de chacune de leurs allégations. Si elles le faisaient, il appartiendrait alors aux États-Unis de produire des éléments de preuve suffisants pour combattre cette présomption. Si les États-Unis invoquaient sur le mode affirmatif un moyen de défense particulier, c'est à eux qu'incomberait la charge d'en rapporter la preuve. Dès lors que les deux parties auront présenté des éléments de preuve satisfaisant à ces conditions, c'est au Groupe spécial qu'il appartiendra d'apprécier ces éléments dans leur ensemble. Dans les cas où les éléments de preuve concernant une allégation ou un moyen de défense particuliers demeurent, dans l'ensemble, en équilibre, il faut trancher la question en donnant tort à la partie à laquelle incombe la charge de la preuve de cette allégation ou de ce moyen de défense.

6.39 Pour l'interprétation des accords visés, le Groupe spécial s'aidera des arguments des parties, mais sans être lié par eux. En vertu de l'article 3:2 du Mémoire d'accord, il faut que notre décision sur ces questions concorde avec les règles d'interprétation des traités applicables à l'Accord sur l'OMC.

C. QUESTIONS PRELIMINAIRES

1. Contexte dans lequel la Loi de 1916 devrait être examinée par le Groupe spécial

a) La question soumise au Groupe spécial

6.40 Nous notons que les CE contestent la compatibilité de la Loi de 1916 en soi – et non de cas particuliers d'application de cette loi – avec certaines dispositions de l'Accord sur l'OMC. S'il ressort clairement des termes de l'article 3:2 du Mémoire d'accord que le Groupe spécial est compétent pour "clarifier les dispositions existantes [des accords visés] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public", le Mémoire d'accord ne prévoit pas, en revanche, expressément comment les groupes spéciaux devraient traiter le droit interne. Il précise seulement à l'article 11 que les groupes spéciaux "devraient procéder à [...] une évaluation objective des faits de la cause". Cependant, tant l'article 3:2 du Mémoire d'accord que la pratique de l'Organe d'appel montrent bien que nous devons, chaque fois qu'il y a lieu, définir notre démarche en nous appuyant sur celle des juridictions internationales dans des circonstances semblables. Aussi prendrons-nous en considération la pratique des juridictions internationales à cet égard.

6.41 Il y a en outre une autre dimension dans la présente affaire. Bien que les groupes spéciaux aient souvent à s'occuper de lois nationales, nous sommes appelés en l'espèce à examiner la compatibilité d'une loi qui a été adoptée il y a plus de 80 ans, et dont le texte a sans nul doute été influencé par le contexte historique, culturel, juridique et économique de l'époque. Nous notons par ailleurs que les parties semblent avoir des vues divergentes sur la manière dont le Groupe spécial devrait envisager les décisions judiciaires qui se rapportent à cette loi.

6.42 La Loi de 1916 a rarement été appliquée depuis son adoption, et à ce jour aucune décision de justice rendue sur le fondement de cette loi n'a infligé de sanctions au défendeur. Le Groupe spécial croit comprendre, d'après les renseignements fournis par les parties, qu'il n'y a jamais eu de décision judiciaire rendue à l'issue d'une procédure pénale engagée dans le cadre de la Loi de 1916. Jusqu'au début des années 70, il n'y avait eu qu'une décision judiciaire publiée, qui concernait la procédure

civile prévue par la Loi de 1916.³¹⁵ Depuis 1975, il n'y a eu qu'un nombre restreint d'interprétations judiciaires des dispositions de cette loi. Toutes ces interprétations émanent de cours d'appel de circuit ou de tribunaux de district fédéraux.³¹⁶ La Cour suprême des États-Unis n'a jamais expressément examiné aucune requête au titre de la Loi de 1916.³¹⁷

6.43 Il nous paraît donc indiqué de préciser dès l'abord comment nous prendrons en considération le texte même de la Loi de 1916, le contexte historique de son adoption (y compris les travaux préparatoires) et son interprétation ultérieure, telle qu'elle découle de la jurisprudence américaine et de tout autre élément d'information pertinent.

b) Comment le Groupe spécial devrait-il envisager le texte de la Loi de 1916, le contexte de son adoption, la jurisprudence y afférente et les autres éléments d'information pertinents

i) *Arguments des parties et démarche du Groupe spécial*

6.44 Les Communautés européennes affirment que la Loi de 1916 est claire de prime abord. À leur avis, le Groupe spécial ne devrait pas se laisser influencer par les termes employés par les tribunaux américains quand il caractérisera la Loi de 1916 au regard de l'Accord sur l'OMC. Les CE considèrent que les décisions des juridictions nationales sont pertinentes pour autant qu'elles offrent des indications sur le sens ou l'interprétation des lois nationales, et il y a lieu pour le Groupe spécial d'en tenir compte pour élucider cette question. Le Groupe spécial devrait suivre le raisonnement tenu par l'Organe d'appel dans son rapport *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*³¹⁸ et procéder à un examen des aspects pertinents du droit interne américain. L'interprétation de la Loi de 1916, c'est-à-dire la détermination de ce qu'elle signifie, y compris ce qu'il faut invoquer et prouver pour justifier une contestation au titre de cette loi, est une question de droit américain, et donc de fait devant le Groupe spécial.

6.45 Les CE font aussi référence à des lettres ou déclarations de hauts fonctionnaires américains à l'adresse du Congrès des États-Unis disant que la Loi de 1916 a été exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947, en tant que "législation existante" au sens du Protocole d'application provisoire. Pour les CE, les États-Unis admettent ainsi l'incompatibilité de la Loi de 1916 avec les règles du GATT/de l'OMC.

6.46 Les États-Unis font valoir que le rôle du Groupe spécial est d'évaluer les faits et d'en déterminer ensuite la conformité avec les Accords pertinents de l'OMC, ce qui amène en général à interpréter la portée de ces accords et leur applicabilité aux faits. L'exacte interprétation de la Loi de 1916 est une question de fait à établir, car c'est un principe bien établi du droit international que le droit interne est un fait à prouver devant les juridictions internationales.

6.47 Les États-Unis considèrent aussi que le *Congressional Record* et d'autres documents comme l'*Annual Report of the [US] Secretary of Commerce* pour 1915 attestent que la Loi de 1916 vise la concurrence déloyale. En ce qui concerne les déclarations de hauts fonctionnaires américains évoquées par les CE, les États-Unis considèrent que le Groupe spécial ne devrait leur accorder aucun

³¹⁵ *H. Wagner and Adler Co. v. Mali*, F.2d 666 (2d Cir. 1935).

³¹⁶ Les juridictions fédérales (tribunaux de district et cours d'appel de circuit) sont compétentes pour les actions intentées sur le fondement de la Loi de 1916, sous le contrôle de la Cour suprême des États-Unis.

³¹⁷ Dans son arrêt *United States v. Cooper Corporation* (312 U.S. 600, 1941), ci-après "l'affaire *Cooper*" (page 745), la Cour suprême des États-Unis mentionnait la Loi de 1916 en la qualifiant de "complémentaire" de la Loi Sherman. Cet arrêt sera analysé plus avant à la section VI.D.2 d) ii).

³¹⁸ Adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R (ci-après "*Inde – Brevet (EU)*").

poids, vu que les États-Unis ont officiellement notifié au GATT leurs lois exemptées au bénéfice de l'antériorité, parmi lesquelles la Loi de 1916 ne figurait pas.³¹⁹ Il y a donc une erreur de fait dans ces déclarations.

6.48 L'interprétation d'une loi dont il s'agit de voir si elle est compatible avec les règles de l'OMC commence par une analyse des termes de cette loi. Toutefois, nous estimons ne pas devoir nous contenter d'analyser le texte de la Loi de 1916 isolément, en dehors de son interprétation par les tribunaux ou autres autorités des États-Unis, quand bien même nous constaterions que ce texte est clair de prime abord. Autrement, nous pourrions élaborer une interprétation de cette loi différente de la manière dont elle est effectivement interprétée et appliquée par les autorités américaines. Cela serait contraire à l'obligation qui nous incombe de procéder à une évaluation objective des faits de la cause, en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord. Partant, nous sommes tenus d'examiner tous les aspects de la législation nationale des États-Unis qui peuvent nous être utiles pour élucider le sens de la Loi de 1916. Or, l'examen de la totalité des aspects pertinents du droit interne d'un Membre peut soulever quelques difficultés méthodologiques, comme la mesure dans laquelle il faut respecter la qualification retenue par ce Membre pour caractériser sa législation. Dans ce contexte, nous déterminerons en premier lieu comment traiter cet aspect de l'examen d'une loi nationale et comment nous devrions envisager la jurisprudence y afférente, puisque les tribunaux sont chargés, entre autres choses, d'interpréter la loi. En outre, vu que la loi contestée a été adoptée il y a plus de 80 ans et n'a pas été invoquée avec régularité et puisque les parties ont évoqué d'autres éléments comme le contexte historique, les travaux préparatoires et les déclarations ultérieures des autorités américaines à propos de la Loi de 1916, nous expliquerons aussi comment nous les envisagerons.

ii) *Traitement par les groupes spéciaux du droit interne en général*

6.49 Nous observons que dans l'affaire *Inde – Brevet (EU)*, l'Organe d'appel a analysé assez en détail la question de la manière dont les groupes spéciaux devraient envisager le droit interne. L'Organe d'appel a déclaré ceci:

"En droit international public, un tribunal international peut traiter la législation nationale de plusieurs façons. La législation nationale peut démontrer l'existence de faits et d'une pratique d'un État."³²⁰

"Il est évident que, pour déterminer si l'Inde a rempli les obligations lui incombant au titre de l'article 70:8 a) [de l'Accord sur les ADPIC], il est essentiel d'examiner les aspects pertinents de sa législation nationale [...]. Dire que le Groupe spécial aurait dû agir autrement reviendrait à dire que seule l'Inde peut déterminer si sa législation est compatible avec ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC. Or, il est évident qu'il ne peut pas en être ainsi."³²¹

6.50 Dans ce même rapport, l'Organe d'appel a montré à l'aide d'exemples dans quelle mesure les groupes spéciaux peuvent examiner les lois des Membres. Ayant à déterminer si l'Inde assurait une protection juridique qui fût à la mesure des prescriptions de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel s'est demandé "ce qui constitue une base juridique solide en droit indien".³²² En

³¹⁹ Les États-Unis font référence au document du GATT L/2375/Add.1 (19 mars 1965).

³²⁰ *Op. cit.*, paragraphe 65. Voir aussi M.N. Shaw, *International Law* (1995), page 106, observant que le droit interne "peut être utilisé comme indice du respect ou du non-respect d'obligations internationales".

³²¹ *Ibid.*, paragraphe 66.

³²² *Ibid.*, paragraphe 59.

outre, il a approuvé la conclusion du Groupe spécial que "la pratique administrative actuelle [de l'Inde, reposant sur des "instructions administratives" du gouvernement] cré[ait] une certaine insécurité juridique dans la mesure où elle impos[ait] aux fonctionnaires indiens de ne pas tenir compte de certaines dispositions impératives de la Loi sur les brevets".³²³ L'Organe d'appel a aussi admis que "le Groupe spécial a[vait] dû en l'espèce chercher à bien comprendre l'application de la Loi sur les brevets dans le contexte des "instructions administratives" de l'Inde pour déterminer si l'Inde s'était conformée à l'article 70:8 a) [de l'Accord sur les ADPIC]".³²⁴

6.51 Dans ces conditions, nous interprétons le terme "examen", tel que l'emploie l'Organe d'appel, dans ce sens que les groupes spéciaux n'ont pas nécessairement à accepter au pied de la lettre la qualification que le défendeur retient pour caractériser sa loi. Un groupe spécial pourra analyser l'application de la législation nationale et déterminer si le fonctionnement de la loi, tel que l'expose le défendeur, cadre avec la structure du système juridique de ce Membre. De la sorte, il sera en mesure de déterminer si cette loi, telle qu'elle est appliquée, est ou non en conformité avec les obligations du Membre considéré dans le cadre de l'Accord sur l'OMC.³²⁵

iii) *Traitement de la jurisprudence afférente à la Loi de 1916*

6.52 En l'espèce, à la différence de l'Inde dans l'affaire *Inde – Brevet (EU)*, les États-Unis ne prétendent pas que certaines interprétations administratives déterminent le sens de la Loi de 1916. La situation est différente dans la mesure où les deux parties font appel, au soutien de leurs allégations, à un certain nombre de décisions de juridictions américaines qui ont appliqué et interprété la Loi de 1916 depuis les années 70.³²⁶ Dans de nombreux pays Membres, les décisions judiciaires

³²³ *Ibid.*, paragraphe 63; rapport du groupe spécial, paragraphe 7.35.

³²⁴ *Ibid.*, paragraphe 68 (non souligné dans l'original).

³²⁵ C'est ce qu'attestent les exemples utilisés par l'Organe d'appel (*ibid.*, paragraphe 67):

"De précédents groupes spéciaux du GATT/de l'OMC ont aussi procédé à un examen approfondi de la législation interne d'un Membre pour déterminer la conformité de cette législation interne avec les obligations pertinentes découlant du GATT/de l'OMC. Par exemple, le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930* [note de bas de page omise] a procédé à un examen approfondi de la législation et de la pratique pertinentes des États-Unis, y compris les mesures réparatrices prévues par l'article 337 ainsi que les différences entre les procédures au titre de l'article 337 en matière de brevets et les procédures suivies devant les cours de district fédérales, pour déterminer si l'article 337 était incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1947."

³²⁶ Les décisions judiciaires – définitives ou avant dire droit – citées ci-après ont trait à des allégations formulées sur le fondement de la Loi de 1916: *H. Wagner and Adler Co. v. Mali*, *op. cit.*; *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation*, 388 F.Supp. 565 (Judicial Panel on Multidistrict Litigation [Collège de juges pour litige dans une pluralité de districts], 1975) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products I*"); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F.Supp. 244 (E.D. Pa. 1975) (ci-après "*Zenith I*"); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 402 F.Supp. 251 (E.D. Pa. 1975) (hereinafter "*Zenith II*"); *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, 461 F. Supp. 384 (D. Del. 1978); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 471 F. Supp. 793 (E.D.N.Y. 1979); *Schwimmer v. Sony Corp. of America*, 637 F.2d 41 (2nd Cir. 1980); *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, 497 F. Supp. 513 (M.D. Fla. 1980); *Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.*, 494 F.Supp. 1190 (E.D. Pa. 1980) (ci-après "*Zenith III*"); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 723 F.2d 319 (3d Cir. 1983) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products II*"); *Western Concrete Structures Co. v. Mitsui & Co.*, 760 F.2d 1013 (9th Cir. 1985); *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, 631 F. Supp. 984 (S.D.N.Y. 1986); *In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation (Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd.)*, 807 F.2d 44 (3d Cir. 1986) (ci-après "*In re Japanese Electronic Products III*"); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F. Supp. 560 (E.D. Mich. 1992) (ci-après "*Helmac I*"); *Helmac Products Corp. v. Roth (Plastics) Corp.*, 814 F.Supp. 581 (E.D. Mich. 1993) (ci-après

définitives portant sur l'interprétation d'une loi particulière ne peuvent plus être contestées, alors que les interprétations administratives d'une loi peuvent généralement être invalidées par le juge national appelé à examiner cette loi. Au demeurant, une interprétation administrative est normalement seule de son espèce. Au contraire, selon l'organisation judiciaire d'un Membre, les interprétations judiciaires peuvent émaner de plusieurs juridictions situées à des degrés différents dans l'ordre judiciaire. De par la diversité des sources de la jurisprudence, il est sans doute plus difficile d'apprécier la valeur des décisions dont cette jurisprudence se compose.

6.53 Nous rappelons que, dans l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, la Cour internationale de justice s'est référée à l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale³²⁷ en l'affaire des *Emprunts brésiliens* - à laquelle les États-Unis aussi se réfèrent dans leurs communications -, en observant:

"Chaque fois qu'il sera essentiel, pour que la Cour puisse statuer dans une affaire, de trancher une question de droit interne, la Cour devra apprécier la jurisprudence des tribunaux internes et, "si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qui doit être la plus conforme à la loi" (*Emprunts brésiliens*, C.P.J.I. Série A, n° 20/21, page 124)."³²⁸

Nous avons parfaitement conscience que notre rôle est de clarifier les dispositions existantes des accords visés afin de déterminer si une loi nationale est compatible avec ces accords. Nous savons aussi que, dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, il était demandé à la CPJI de faire application d'une législation interne à une affaire déterminée. Nous sommes néanmoins d'avis que rien dans le texte du Mémoire d'accord, ni dans la pratique de l'Organe d'appel, ne nous empêche d'"apprécier la jurisprudence des tribunaux internes" [des États-Unis] si celle-ci est "incertaine ou partagée". Cela ne nous obligerait pas à élaborer notre propre interprétation autonome d'une loi américaine, mais simplement à choisir parmi les décisions pertinentes l'interprétation la plus conforme à la loi américaine, ainsi qu'il serait nécessaire pour résoudre la question portée devant nous.³²⁹

6.54 Nous observons que la Loi de 1916 est appliquée par les juridictions fédérales des États-Unis. Les interprétations de la Cour suprême des États-Unis (ci-après la "Cour suprême") l'emportent sur celles des cours d'appel des divers circuits. Les interprétations des cours d'appel, elles-mêmes, l'emportent sur celles des tribunaux de district, mais seulement à l'intérieur d'un même circuit.³³⁰

"*Helmac II*"); *Geneva Steel Company v. Ranger Steel Supply Corp.*, 980 F.Supp. 1209 (D. Utah 1997) (ci-après "*Geneva Steel*"); *Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation v. Mitsui Co.*, 35 F. Supp.2d. 597 (S.D. Ohio 1999) (ci-après "*Wheeling-Pittsburgh*").

³²⁷ Ci-après la "CPJI".

³²⁸ CIJ, *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (États-Unis d'Amérique c. Italie), C.I.J. Recueil 1989, page 15, page 47, paragraphe 62.

³²⁹ Nous ne considérons pas que ce serait là nous engager dans une *interprétation* de la loi américaine, avec tous les risques soulignés par les États-Unis dans leurs communications. Notre démarche cadre avec le raisonnement de la CPJI dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, où, bien qu'elle eût à appliquer le droit interne, la Cour était restée prudente dans sa manière d'envisager la jurisprudence interne:

"Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce." (C.P.J.I., Série A, n° 20/21, page 124).

³³⁰ On trouvera plus haut, au paragraphe 2.14 et à la note 21, un aperçu de l'organisation du système judiciaire fédéral des États-Unis.

6.55 Nous notons que, d'après les communications des parties, la Cour suprême ne s'est encore jamais penchée sur l'interprétation de dispositions précises de la Loi de 1916. Elle n'a mentionné la Loi de 1916 que dans un seul de ses arrêts.³³¹ Ainsi, la jurisprudence présentée par les parties qui nous permettrait de comprendre le sens effectif de la Loi de 1916 aujourd'hui émane pour l'essentiel des tribunaux de district et cours d'appel des divers circuits du système judiciaire fédéral des États-Unis. Nous notons aussi que, dans leurs communications, les parties se sont appuyées sur des décisions différentes pour soutenir leurs interprétations respectives de la Loi de 1916.

6.56 Nous respecterons la hiérarchie formelle des décisions judiciaires propre au système fédéral américain dans la mesure où elle est applicable. Ainsi, nous laisserons une décision de cour d'appel de circuit l'emporter sur une décision de tribunal de district. Toutefois, cette démarche formelle risque de se révéler insuffisante dans certains cas, par exemple lorsque les décisions à comparer émanent de juridictions relevant de circuits différents.³³² Dans tous les cas, par conséquent, nous commencerons par vérifier si les décisions faisant l'objet de notre comparaison visent i) la même question et ii) au même degré de précision. En d'autres termes, nous devons toujours nous assurer qu'une comparaison peut raisonnablement être faite, du double point de vue des faits et des questions juridiques traitées, avant d'accorder la préférence à l'interprétation figurant dans une décision par comparaison avec celle que contient une autre décision d'une juridiction relevant d'un autre circuit.

6.57 Au surplus, nous devrions normalement, pour une question déterminée, accorder plus de poids à un jugement définitif qu'à une décision provisoire ou "avant dire droit", puisque cette dernière ne tranche pas définitivement l'affaire au principal, mais ne fait que "régler une question incidente qui a trait à la demande principale".³³³ Cependant, nous devrions aussi déterminer quelle est l'argumentation la plus convaincante. Là encore, nous ne substituerons pas notre appréciation à celle des juridictions américaines. Il convient que notre analyse repose non seulement sur la qualité du raisonnement, mais encore sur ce qui serait à nos yeux conforme à l'interprétation dominante, "en tenant le plus grand compte de la jurisprudence nationale". Cela cadre avec la pratique judiciaire américaine, suivant laquelle si un précédent n'est pas obligatoire, le poids qui lui est accordé dépend de l'autorité morale que lui confère la valeur du raisonnement exposé dans la décision.

6.58 Si, après avoir appliqué la méthode indiquée ci-dessus, nous ne pouvons pas déterminer avec certitude l'interprétation judiciaire la plus appropriée, c'est-à-dire si les éléments de preuve continuent à s'équilibrer, nous suivrons l'interprétation qui joue en faveur de la partie contre laquelle l'allégation a été formulée, en considérant que le demandeur n'a pas justifié son allégation de manière convaincante.

6.59 Enfin, nous considérons aussi que nous ne devrions pas accepter comme allant de soi l'emploi de certains termes comme "dumping", "antidumping", "antitrust", "protectionnisme" ou "prix prédateurs" dans les décisions de justice, dans les documents administratifs ou dans les écrits doctrinaux, lorsque ces termes ne sont pas autrement justifiés. Nous rappelons que la simple dénomination d'une mesure ou son simple classement dans une catégorie de la part d'un Membre ne devraient pas être considérés comme un facteur décisif pour l'application à cette mesure de l'Accord

³³¹ *Cooper, op. cit.*

³³² D'après les réponses des États-Unis à nos questions, nous croyons comprendre que l'effet qui, en vertu du principe *stare decisis*, peut être attaché aux précédents en *common law* ne le peut pas entre des décisions rendues par des juridictions relevant de circuits différents.

³³³ Voir *Black's Law Dictionary*, 6th Ed. (1990), page 815.

sur l'OMC.³³⁴ En l'espèce, ces descriptions ou qualifications peuvent être valides en droit américain mais ne pas l'être nécessairement dans le contexte de l'OMC. De même, eu égard à l'importance que les travaux préparatoires revêtent dans l'interprétation judiciaire des lois aux États-Unis, nous devrions entendre les termes employés en 1916 dans le sens qu'ils avaient à l'époque, et non en nous référant à celui qu'ils ont aujourd'hui, à moins d'avoir la preuve que des tribunaux américains l'ont fait.

iv) *Traitement du contexte historique et des autres indicateurs du sens de la Loi de 1916*

6.60 Le contexte historique de la Loi de 1916 recouvre plusieurs éléments. Le premier, auquel les tribunaux américains font aussi abondamment appel pour déterminer "l'intention du Congrès", consiste dans les travaux préparatoires, tels qu'ils ressortent, notamment, des comptes rendus des débats du Congrès (Congressional Records). Puisque nous avons à examiner la Loi de 1916 et à comprendre ce que sont sa portée et son fonctionnement effectifs, nous devrions, à l'instar des juridictions américaines, prêter attention aux travaux préparatoires de cette loi, en tant que de besoin. Le contexte politique et économique, tel qu'il ressort des déclarations publiques de l'époque ou des études portant sur cette période, pourra aussi présenter de l'intérêt. En examinant ces éléments de preuve, nous ne devrions pas perdre de vue où en était l'élaboration des notions de droit antitrust et de droit commercial à l'époque de l'adoption de la Loi de 1916.

6.61 En ce qui concerne les déclarations de hauts fonctionnaires des États-Unis auxquelles les CE se sont référées³³⁵, nous relevons qu'aux yeux des CE elles établissent que, dans le passé, les autorités fédérales américaines étaient d'avis non seulement que la Loi de 1916 concernait les pratiques de dumping, mais encore que, sans son exemption au bénéfice de l'antériorité, elle aurait été illicite au regard du GATT. Pour les Communautés européennes, les autorités américaines ont admis que la Loi de 1916 avait été ainsi exemptée dans le cadre du GATT de 1947, même si les États-Unis ne l'avaient pas fait figurer dans leur notification au GATT des lois exemptées pour antériorité au regard du GATT de 1947. Nous relevons aussi qu'aux yeux des États-Unis la Loi de 1916 n'avait pas été indiquée parmi leurs lois impératives existantes qui n'étaient pas conformes à la Partie II du GATT de 1947³³⁶ parce qu'elle était licite au regard du GATT et n'exigeait donc pas cette exemption.

6.62 Les conséquences que les Communautés européennes souhaiteraient voir le Groupe spécial tirer des déclarations susmentionnées ne sont pas claires. Nous ne sommes pas censés "plaider la cause [de la] partie plaignante".³³⁷ Cela dit, il nous paraît utile de déterminer à ce stade quelles conséquences pourraient, d'un point de vue juridique, être tirées de ces déclarations.

6.63 En premier lieu, nous devrions déterminer si elles pourraient effectivement faire naître des obligations juridiques à la charge des États-Unis en droit international. On pourrait faire valoir, par exemple, puisqu'elles sont postérieures à la notification par les États-Unis de leur législation exemptée

³³⁴ Voir le rapport du Groupe spécial *CEE – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142 (ci-après "*CE – Pièces détachées et composants*"), paragraphes 5.6 et 5.7. Dans ce rapport, le groupe spécial disait ceci:

"Si la description ou la qualification d'une imposition dans la législation nationale d'une partie contractante devait permettre d'établir qu'il y a perception "à l'occasion d'une importation" comme cela est exigé, les parties contractantes pourraient déterminer elles-mêmes lesquelles de ces dispositions s'appliqueraient à leurs impositions."

³³⁵ Les arguments des parties sur ce point sont rapportés plus haut à la section III.D.2 c).

³³⁶ Voir le document du GATT L/2375/Add.1 du 19 mars 1965.

³³⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, ci-après dénommé "*Japon – Produits agricoles*", adopté le 19 mars 1999, WT/DS76/AB/R, paragraphe 129.

au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947, qu'elles ont implicitement modifié cette notification en disant que la Loi de 1916 était ainsi exemptée. Nous rappelons que la Cour internationale de justice a élaboré, notamment dans son arrêt en l'affaire des *Essais nucléaires*³³⁸, des critères déterminant dans quels cas une déclaration d'un représentant d'un État pourrait faire naître pour cet État des obligations internationales. En l'espèce, nous sommes peu enclins à considérer les déclarations faites par de hauts fonctionnaires américains dans des dépositions devant le Congrès des États-Unis ou des lettres adressées à des membres du Congrès³³⁹ comme génératrices d'obligations internationales pour les États-Unis. Tout d'abord, nous rappelons que la Constitution des États-Unis prévoit une stricte séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. Exception faite des poursuites pénales, l'application de la Loi de 1916 relève exclusivement des juridictions fédérales. Dans ces conditions, une déclaration de l'exécutif dans une enceinte nationale ne peut avoir qu'une valeur limitée. Deuxièmement, à l'exception peut-être de celles du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Clayton Yeutter, elles n'émanaient pas de personnes ayant un rang suffisamment élevé par comparaison avec les déclarations examinées par la Cour internationale de justice dans l'affaire des *Essais nucléaires*, où il s'agissait pour l'essentiel de déclarations d'un chef d'État et de membres du gouvernement français. Au surplus, les déclarations évoquées dans la présente affaire ne s'adressaient pas directement au public. Enfin, elles n'étaient pas faites au nom des États-Unis, mais – au mieux – au nom de l'exécutif. Cet aspect de la question ne serait pas essentiel si elles avaient été faites dans une enceinte internationale, où l'exécutif représente l'État.³⁴⁰ Or, en l'espèce, lesdites déclarations s'adressaient au pouvoir législatif des États-Unis. Nous ne saurions donc les considérer comme faisant naître des obligations à la charge des États-Unis en droit international.

6.64 Question connexe, il faut se demander s'il convient de traiter ces déclarations comme autant d'"admissions" de certains faits ou de la nature juridique de la Loi de 1916 dans le cadre de l'OMC. Nous relevons que l'exactitude factuelle des déclarations mentionnées en l'espèce a été mise en doute par les États-Unis devant le Groupe spécial. Si cela ne suffit pas pour les rejeter d'emblée, nous nous refusons cependant à les considérer comme des "admissions" des États-Unis sans avoir vérifié au préalable dans quel contexte elles ont été faites.

6.65 Pour toutes ces raisons, nous considérons que ces déclarations ne sont à retenir que dans la mesure où elles confirment d'autres éléments déjà établis.

6.66 Les États-Unis ont aussi fait référence au système de codification de leur législation fédérale et à un recueil de documents établi à l'usage de la Commission judiciaire de la Chambre des représentants pour preuve de la nature antitrust de la Loi de 1916. Ces documents sont instructifs en ce qui concerne les opinions des autorités américaines sur le classement de la Loi de 1916 dans la catégorie antitrust ou antidumping. Cela dit, la manière dont la Loi de 1916 a été codifiée ou le fait qu'elle figure dans une compilation destinée à une commission du Congrès des États-Unis ne saurait, en soi, influencer sur notre détermination de la compatibilité de cette loi avec les règles de l'OMC.³⁴¹ En

³³⁸ C.I.J., *Affaire des essais nucléaires*, arrêts du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil* 1974, page 253 (Australie c. France), page 457 (Nouvelle-Zélande c. France). Voir, par exemple, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 5^{ème} édition (1994), pages 354-358.

³³⁹ Les déclarations ou lettres auxquelles les CE font référence sont indiquées plus haut au paragraphe 3.126 et aux notes de bas de page 105 et 106.

³⁴⁰ Voir aussi l'article 7 de la Convention de Vienne.

³⁴¹ Voir le rapport du groupe spécial *CE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, paragraphe 5.7. Ayant examiné la description ou qualification d'une imposition en droit interne, ce groupe spécial a conclu que si la description ou la qualification d'une imposition dans la législation nationale d'une partie contractante devait permettre d'établir qu'il y a perception "à l'occasion d'une importation" comme cela est exigé, les parties contractantes pourraient déterminer elles-mêmes lesquelles de ces dispositions s'appliqueraient à leurs

ce qui concerne les directives sur l'application de la législation antitrust aux opérations internationales (*Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*) promulguées en 1995 par le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce auxquelles les Communautés européennes se sont référées, nous notons qu'elles ont pour rôle de "servir de guide de la législation antitrust aux entreprises menant des opérations internationales". Nous considérons par conséquent qu'elles indiquent la position d'un département particulier de l'exécutif des États-Unis. De plus, dans la mesure où ces directives ne justifient pas les raisons pour lesquelles la Loi de 1916 devrait être considérée comme une loi commerciale et, à vrai dire, précisent que "son objet est étroitement lié aux réglementations antitrust concernant la prédation", nous estimons ne devoir nous en rapporter à ces directives que comme confirmation d'autres éléments déjà établis, si besoin est.

6.67 Ayant précisé comment nous envisagerons les documents dont nous disposons pour apprécier la compatibilité de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC, nous passons à présent à l'examen de la question préliminaire de l'applicabilité des articles III:4 et VI du GATT de 1994.

2. Rapports entre l'article III et l'article VI du GATT de 1994

a) La question soumise au Groupe spécial

6.68 Les Communautés européennes allèguent au premier chef que la Loi de 1916 est contraire à l'article VI du GATT de 1994 et à certaines dispositions de l'Accord antidumping. Elles allèguent aussi que la Loi de 1916 est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994 *à titre subsidiaire*, ou "si [...] la totalité ou une portion quelconque de la Loi de 1916 est compatible avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping". Les États-Unis soutiennent que la Loi de 1916 n'est pas soumise aux disciplines de l'article VI, essentiellement parce qu'elle n'est pas dirigée contre le dumping.

6.69 Le passage pertinent de l'article III:4 du GATT de 1994 est ainsi conçu:

"Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur." [...]

6.70 Les passages pertinents de l'article VI sont ainsi conçus:

1. Les parties contractantes reconnaissent que le dumping, qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale, est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'une partie contractante ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale. [...]

2. En vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit. [...]"

impositions. Avec une telle interprétation, l'objectif fondamental qui sous-tend les articles II et III ne pourrait pas être atteint. Nous considérons que le même raisonnement vaut pour l'application de l'article VI.

6.71 Les arguments des parties soulèvent la question de savoir si, par nature, la Loi de 1916 pourrait tomber sous le coup des dispositions de l'article VI seulement, de l'article III:4 seulement, ou partiellement ou intégralement des deux. Deux considérations amènent à se poser cette question:

- a) d'après les arguments des parties, il ne semble pas que la même disposition de la Loi de 1916 puisse être contraire, à la fois, à l'article III:4 et à l'article VI du GATT de 1994; et
- b) ces articles paraissent reposer sur des prémisses différentes: l'article III (intitulé "Traitement national") joue à partir d'une comparaison entre le traitement accordé respectivement aux produits d'origine nationale et aux produits importés, une fois ces derniers dédouanés. Ainsi, l'article III:4 s'applique à des mesures imposées par les Membres sur le plan intérieur, quel que soit l'objectif de ces mesures. Par contre, l'article VI ne compare pas le traitement respectivement réservé aux produits d'origine nationale et aux produits importés. Le fondement de l'applicabilité de l'article VI à la loi d'un Membre n'est pas, semble-t-il, le type de *mesure* que celui-ci impose, puisque d'autres raisons que le dumping peuvent conduire à l'imposition de droits, mais le type de pratique commerciale qui se trouve à l'*origine* de la mesure.

6.72 Le Groupe spécial pense donc que la *nature* de la Loi de 1916 pourrait avoir pour effet de compromettre la pertinence des allégations des CE au titre de l'article III:4 ou de l'article VI. Abstraction faite de la question de l'économie jurisprudentielle, le Groupe spécial considère qu'il possède "la compétence de la compétence", c'est-à-dire qu'il est habilité à déterminer s'il peut examiner telle ou telle allégation, indépendamment des positions exprimées par les parties sur la question.³⁴² Le fait que les Communautés européennes formulent leurs allégations principalement au titre de l'article VI n'oblige pas le Groupe spécial à les examiner au regard de l'article VI s'il devait constater que cette disposition n'est pas applicable parce que la qualification juridique retenue par les CE n'est pas juste.³⁴³ D'autre part, il se pourrait que le Groupe spécial n'ait pas à examiner les allégations des CE au titre de l'article III:4 s'il devait constater que la Loi de 1916 relève exclusivement du champ d'application de l'article VI.

6.73 Partant, il y aurait lieu de voir si l'article III:4 ou l'article VI du GATT de 1994 – ou les deux – sont *applicables* à la Loi de 1916, indépendamment de la question de savoir si celle-ci est *compatible* ou non avec ces dispositions.

b) La démarche du Groupe spécial

6.74 Eu égard aux considérations formulées ci-dessus au paragraphe 6.71 b), nous observons que la question de savoir si la Loi de 1916 devrait être examinée au regard de l'article III:4 seulement, de l'article VI seulement, ou des deux, n'est pas évidente dès l'abord. À notre sens, pour parvenir à des conclusions sur ce point, nous devons examiner l'affaire au fond, puisque l'une des questions dont nous sommes saisis est de savoir si la Loi de 1916 peut être soumise aux disciplines de l'article VI et

³⁴² La chose est différente de l'application du principe d'économie jurisprudentielle, en vertu duquel il faut examiner une allégation à la lumière des constatations faites au sujet d'une autre allégation. C'est autre chose aussi que de déterminer si le Groupe spécial est valablement saisi d'une allégation sur la base de la demande d'établissement d'un groupe spécial. La question est de savoir si le Groupe spécial peut statuer sur deux allégations qui, à en juger par un premier examen des faits et arguments qui lui ont été présentés, pourraient s'exclure mutuellement.

³⁴³ Si, par exemple, un plaignant alléguait une violation de l'article XI du GATT de 1994 à propos d'un faible relèvement de droits de douane, le groupe spécial appelé à examiner la question serait sans doute fondé à la rejeter au motif que la mesure litigieuse ne constitue pas une restriction quantitative au sens de l'article XI sans aller plus loin dans l'examen de cette allégation et des arguments y afférents.

de l'Accord antidumping. Il y a donc lieu de traiter cette question dans le cadre des questions de fond que soulève cette affaire, mais en dehors de la compatibilité effective de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC. À partir de nos constatations sur l'applicabilité des articles III:4 et VI à la Loi de 1916, nous examinerons ensuite la compatibilité de cette loi avec l'une ou l'autre de ces dispositions ou les deux.

6.75 Cependant, bien que nous ne dégagions encore aucune conclusion quant à l'applicabilité de l'une ou l'autre de ces dispositions, nous devons décider dès à présent si nous commencerons notre analyse par l'article VI ou par l'article III:4.

6.76 C'est un principe général du droit international que, dans l'application d'un corps de normes à une situation de fait donnée, il faut envisager cette situation de fait au regard de la norme qui la vise le plus précisément.³⁴⁴ En conséquence, pour répondre à la question précitée, nous pouvons déterminer lequel de ces deux articles vise le plus précisément la Loi de 1916. Certes, cela nous obligera à aborder le fond de l'affaire, mais nous rappelons que ce critère n'est employé ici que pour des raisons purement procédurales, c'est-à-dire pour arrêter l'ordre suivant lequel nous procéderons. Cette analyse *prima facie* est, bien entendu, sans préjudice des constatations finales sur la question de l'applicabilité des articles III:4 et VI, qui seront dégagées après un examen plus détaillé du champ d'application de chaque disposition, en tant que de besoin.

6.77 Comme nous l'indiquions plus haut, l'article III:4 et l'article VI reposent, dans notre esprit, sur deux prémisses différentes. L'applicabilité de l'article III:4 paraît dépendre au premier chef du fait que la mesure appliquée en vertu de la loi contestée soit une mesure interne ou non.³⁴⁵ Par contre, l'applicabilité de l'article VI paraît reposer sur la nature de la pratique commerciale qui est visée. Dans le cadre de l'article VI, la nature de la sanction finalement appliquée ne semble pas compter pour qu'une mesure soit considérée comme une mesure antidumping ou non. Nous observons à cet égard que, pour les CE, le fait que la Loi de 1916 impose d'autres sanctions que les droits est insuffisant pour faire sortir cette loi du champ d'application de l'article VI et que, pour les États-Unis, dans le cadre de l'article VI, le dumping ne doit pas être contrecarré exclusivement par des droits.³⁴⁶ En conséquence, il nous semble que le fait qu'une loi impose des mesures qui peuvent être qualifiées de "mesures internes", telles qu'amendes, dommages-intérêts ou emprisonnement, n'apparaît pas suffisant pour conclure que l'article VI n'est pas applicable à cette loi.

³⁴⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Bananes*, *op. cit.*, paragraphe 204, et l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale en l'affaire des *Emprunts serbes* (1929), où la Cour avait dit: "les mots spéciaux, selon les principes élémentaires d'interprétation, commandent l'expression générale" (C.P.J.I., série A, n° 20/21, page 30). Voir aussi György Haraszti, *Some Fundamental Problems of the Law of Treaties* (1973), page 191.

³⁴⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon* (non adopté), DS21/R, 3 septembre 1991, paragraphe 5.12:

"Un autre groupe spécial a estimé que les mots "ne seront pas soumis à un traitement moins favorable" qui figurent à l'article III:4 exigent l'égalité effective des possibilités offertes aux produits importés en ce qui concerne l'application des lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits [...]. Le Groupe spécial en a conclu que la comparaison qu'impliquait la disposition en question devait nécessairement se faire entre les mesures appliquées aux produits importés et celles appliquées aux produits nationaux similaires."

³⁴⁶ Voir plus haut, à la section III.E.2, les arguments des États-Unis au sujet du sens ordinaire de l'article VI:2 du GATT de 1994.

6.78 Nous notons aussi que les parties sont d'accord pour considérer que la Loi de 1916 concerne la discrimination de prix transnationale. De plus, les États-Unis soutiennent qu'elle ne vise pas seulement le dumping et que d'autres conditions qu'elle prescrit font sortir cette loi du champ d'application de l'article VI. Nous relevons qu'aux termes de l'article III:4 les produits importés

"ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur".

Il n'est pas *a priori* impossible de déterminer que les dommages-intérêts, amendes ou peines d'emprisonnement, qui sont imposés à des personnes, peuvent soumettre les produits importés à un traitement moins favorable, en ce qui concerne leur vente, leur mise en vente, leur achat, le transport, leur distribution ou leur utilisation sur le marché intérieur, et cela a d'ailleurs été fait par des groupes spéciaux antérieurs.³⁴⁷ Cependant, un premier examen du champ d'application de l'article III:4 (c'est-à-dire la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation sur le marché intérieur) tendrait à prouver que les termes de cette disposition sont moins spécifiques que ceux de l'article VI pour ce qui est de la notion de discrimination de prix transnationale.

6.79 En vertu du principe rappelé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes - Bananes* et par la Cour permanente de justice internationale dans celle des *Emprunts serbes*³⁴⁸, il y aurait des raisons de conclure à titre préliminaire que nous devrions examiner l'applicabilité de l'article VI à la Loi de 1916 en priorité, du fait que cet article s'applique apparemment aux faits en litige de manière plus spécifique. Cette conclusion préliminaire repose sur notre interprétation des arguments des parties et sur un examen préliminaire des termes des articles III:4 et VI. Comme le fait que la Loi de 1916 prévoit l'imposition de mesures internes ne paraît pas suffisant en soi pour distinguer le champ d'application de l'article III:4 de celui de l'article VI, nous avons dû envisager les autres termes de ces articles.

6.80 Notre conclusion préliminaire laisse de côté la question de savoir si la Loi de 1916 pourrait se situer dans le champ d'application des deux dispositions. Si nous déterminons que la Loi de 1916 entre effectivement dans celui de l'article VI, nous poursuivrons par l'examen des allégations de violation de l'article VI:1 et VI:2 et de l'Accord antidumping formulées par les CE, dans la mesure nécessaire pour permettre à l'ORD de faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles il puisse être donné suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres".³⁴⁹ Si nous ne constatons pas que la Loi de 1916 entre dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994, nous passerons à un

³⁴⁷ Voir, par exemple, le rapport du groupe spécial *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, paragraphe 5.10. Voir aussi le rapport du groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, IBDD, S7/64, qui indiquait au paragraphe 12:

"Le choix du mot "affectant" [à l'article III:4] impliquerait que l'intention du législateur était que les dispositions du paragraphe 4 visent non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'achat mais encore toutes lois et [tous] règlements qui pourraient altérer, sur le marché intérieur, les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation."

³⁴⁸ Voir ci-dessus la note 344.

³⁴⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS18/AB/R, paragraphe 223.

examen de l'applicabilité de l'article III:4 à la Loi de 1916 et, s'il est applicable, de la compatibilité de la Loi de 1916 avec cette disposition.

6.81 En conséquence, nous examinerons à présent l'applicabilité de l'article VI à la Loi de 1916.

D. APPLICABILITE DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 A LA LOI DE 1916

1. Observations préliminaires sur la possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC et sur sa nature "impérative/non impérative"

a) La question soumise au Groupe spécial

6.82 Nous rappelons que les États-Unis ont soutenu au cours de la présente procédure que la Loi de 1916 est une loi non impérative au sens de la pratique du GATT/de l'OMC, essentiellement parce que i) tant au civil qu'au pénal, les juridictions américaines ont dans le passé interprété la Loi de 1916 et/ou pourraient très bien l'interpréter dans l'avenir dans un sens compatible avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC et que ii) le Département de la justice des États-Unis est investi du pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites pénales en vertu de la Loi de 1916.³⁵⁰ Les CE considèrent que la distinction théorique entre loi impérative et loi non impérative ne s'applique qu'à l'exécutif. Les juges n'ont aucune marge discrétionnaire dans l'application d'une loi. Enfin, suivant la pratique des groupes spéciaux dans le cadre des accords du Tokyo Round sur le dumping et sur les subventions et mesures compensatoires, le pouvoir discrétionnaire du Département de la justice de déclencher ou non l'action pénale est insuffisant pour faire de la Loi de 1916 une loi non impérative.

6.83 Nous pourrions traiter ces arguments comme une question de recevabilité des allégations des CE. Toutefois, pour les raisons exposées ci-après, nous les envisagerons dans le cadre de notre examen des allégations des CE au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, et, si besoin est, de l'article III:4 du GATT de 1994.³⁵¹

6.84 À titre de remarque préliminaire, il est à noter que, bien que les parties aient employé les termes législation "impérative/non impérative" ou "dispositive" dans leurs arguments sur différents aspects de la Loi de 1916, nous estimons devoir faire la différence entre les questions dont nous sommes saisis. Nous considérons que celle de savoir si le Département de la justice des États-Unis a le pouvoir discrétionnaire de déclencher ou non l'action pénale dans le cadre de la Loi de 1916 est effectivement une question d'application de la distinction théorique loi impérative/non impérative, au

³⁵⁰ Les États-Unis ne semblent pas alléguer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable pour l'action civile qui rendrait la Loi de 1916 non impérative.

³⁵¹ Cette démarche cadre aussi avec la pratique des autres groupes spéciaux qui ont traité cette question dans le cadre de leur examen de la conformité des mesures attaquées avec des dispositions du GATT. Voir *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, DS44/R, paragraphe 118. Ce rapport fait référence à celui du groupe spécial *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, page 185; le rapport du groupe spécial *CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, op. cit., page 212; le rapport du groupe spécial *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214, page 244; le rapport du groupe spécial *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, pages 318, 328; et le rapport du groupe spécial *États-Unis - Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, pages 170 et 171. Voir aussi le rapport du groupe spécial *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, adopté le 20 août 1999, WT/DS70/R, paragraphe 9.124.

sens qui lui est donné d'ordinaire dans le droit du GATT et en droit international public.³⁵² Quant à savoir si la Loi de 1916 pourrait être ou a été interprétée dans un sens qui la place en dehors du champ d'application de l'article VI, c'est en revanche une simple question d'appréciation du sens actuel de cette loi.

b) La possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC

6.85 Pour arguer que les tribunaux américains ont interprété la Loi de 1916 dans le passé et/ou pourraient l'interpréter dans l'avenir dans un sens compatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC, les États-Unis s'appuient dans une large mesure sur le rapport du groupe spécial *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*.³⁵³ À notre sens, les États-Unis s'en rapportent à cette affaire essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, ils s'appuient sur l'affaire *États-Unis – Tabac* pour arguer qu'une loi qui peut être interprétée dans un sens compatible avec les règles de l'OMC est une loi qui n'impose pas de mesures illicites au regard des règles de l'OMC. Deuxièmement, ils affirment que, suivant ce rapport, il incombe aux CE de prouver qu'il n'y a aucune possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC.

6.86 Le point à trancher ici est avant tout, comme dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, une question d'interprétation d'un texte ambigu. Selon nous, cependant, là s'arrêtent les similitudes. Dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le groupe spécial devait se demander si le terme ambigu en cause imposait une violation de l'article VIII du GATT de 1947. En l'espèce, il s'agit de savoir si les termes de la Loi de 1916 sont de nature à rendre l'article VI applicable à cette loi. Nous en sommes donc à un stade moins avancé de notre analyse que le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Tabac*. Au surplus, dans cette affaire, les États-Unis n'avaient encore ni modifié la structure des redevances ni promulgué le règlement d'application de la loi contestée. En l'espèce, la Loi de 1916 n'exigeait du gouvernement américain aucune mesure d'application et, contrairement à celle de l'affaire *États-Unis – Tabac*, elle a été appliquée dans un certain nombre de cas par les tribunaux américains. En conséquence, le présent Groupe spécial a affaire à une situation qui est différente dans les faits de celle que le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Tabac* avait à traiter.

6.87 Ces différences impliquent des conséquences pour la charge de la preuve. Dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, l'étendue de celle qui incombait aux plaignants était à l'évidence liée à l'absence de toute application du terme ambigu par les autorités administratives américaines à l'époque des constatations. Comme les États-Unis avaient jusque-là appliqué leur loi en conformité de l'article VIII du GATT de 1947 et qu'il n'y avait aucun élément indiquant qu'ils avaient l'intention d'appliquer cette loi d'une manière incompatible avec le GATT, le principe *dubia in meliorem partem* logiquement s'appliquait.³⁵⁴

6.88 Par contre, plusieurs juridictions ont interprété et appliqué la Loi de 1916. De fait, pour statuer sur l'argument des États-Unis, le Groupe spécial devra déterminer si les tribunaux américains ont donné de la Loi de 1916 une interprétation de nature à la rendre effectivement compatible avec les règles de l'OMC en la situant hors du champ d'application de l'article VI du GATT de 1994. Dans

³⁵² Le Groupe spécial n'oublie pas les constatations du groupe spécial en l'affaire *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, rapport adopté le 27 janvier 2000, WT/DS152/R, qui a été adopté après la remise du rapport intérimaire dans la présente affaire. Toutefois, nous ne considérons pas que le raisonnement de ce groupe spécial dans cette affaire-là affecte le nôtre en l'espèce.

³⁵³ *Op. cit.*, ci-après "*États-Unis – Tabac*".

³⁵⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel CE – *Hormones*, *op. cit.*, note 154, où l'Organe d'appel dit que ce principe est largement admis en droit international comme "moyen complémentaire d'interprétation".

cette perspective, les CE ont seulement à prouver que la Loi de 1916, telle qu'elle a été interprétée et appliquée jusqu'ici par les tribunaux américains, remplit les conditions requises pour entrer dans le champ d'application de l'article VI. Si les CE réussissent à le prouver, nous examinerons la compatibilité de la Loi de 1916 avec l'article VI.

6.89 Selon la jurisprudence *États-Unis – Tabac*, il n'y aurait lieu de s'interroger sur l'existence d'une possibilité d'interpréter la Loi de 1916 dans l'avenir dans un sens qui la fasse échapper aux dispositions de l'article VI que si cette loi n'avait pas encore été appliquée. Comme elle a en fait été appliquée et qu'elle a été interprétée par le juge américain, nous devons déterminer i) si l'interprétation judiciaire actuelle de la Loi de 1916 permet de constater que l'article VI lui est applicable et ii) si l'application actuelle de la Loi de 1916 révèle qu'elle est contraire à l'article VI.

6.90 Quand bien même nous considérerions que les éléments de fait de l'espèce et de l'affaire *États-Unis – Tabac* sont comparables, nous rappelons que, dans cette affaire-là, la présence d'une *ambiguïté* dans le texte de la loi à l'examen avait joué un rôle important dans la constatation du groupe spécial. Le terme "comparables" pouvait s'interpréter dans un sens compatible aussi bien que dans un sens incompatible avec le GATT. À supposer que l'on puisse étendre le raisonnement du groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Tabac* à la présente situation malgré les différences soulignées ci-dessus, si nous constatons qu'il n'existe pas de semblable ambiguïté en ce qui concerne l'applicabilité de l'article VI à la Loi de 1916, dans son texte même ou dans l'interprétation qu'en donnent les tribunaux américains, i) nous n'aurons pas à imposer la charge de la preuve qui, au dire des États-Unis, avait été exigée dans l'affaire *États-Unis – Tabac* et ii) nous concluons que la Loi de 1916 entre dans le champ d'application de l'article VI et la traiterons comme toute autre législation.³⁵⁵

c) La nature impérative ou non impérative de la Loi de 1916

6.91 Sur le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Département de la justice des États-Unis de déclencher ou non l'action publique dans le cadre de la Loi de 1916, nous rappelons que les Communautés européennes ont fait valoir que le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir une enquête avait été jugé insuffisant, dans le cadre de l'Accord du Tokyo Round relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce³⁵⁶ et de l'Accord du Tokyo Round relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce³⁵⁷, pour considérer comme "non impérative" une loi examinée au regard de ces accords.

6.92 Nous avons procédé à un examen préliminaire des rapports de groupes spéciaux évoqués par les CE.³⁵⁸ Nous notons que la question de la nature "impérative ou non impérative" d'une loi a

³⁵⁵ Si nous concluons que la Loi de 1916 entre dans le champ d'application de l'article VI, nous n'aurons pas besoin de prendre position sur le point de savoir si le raisonnement tenu dans le rapport *États-Unis – Tabac*, qui a été adopté dans le cadre du GATT de 1947, serait encore valide après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, vu l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

³⁵⁶ Ci-après "Accord du Tokyo Round sur les subventions".

³⁵⁷ Ci-après "Accord antidumping du Tokyo Round".

³⁵⁸ Voir *Rapport du groupe spécial sur la définition donnée par les États-Unis de la branche de production du vin et des produits du raisin*, adopté le 28 avril 1992, IBDD, S39/490 (ci-après "*États-Unis – Définition de la branche de production du vin*") et celui du groupe spécial *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassette originaires du Japon*, ADP/136, 28 avril 1995 (ci-après "*CE – Cassettes audio*"). Ce dernier n'a pas été adopté. Toutefois, nous rappelons que dans son rapport *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8; 10; 11/AB/R, page 17, l'Organe d'appel a confirmé qu'"un groupe spécial pouvait néanmoins s'inspirer utilement du raisonnement présenté dans un rapport de groupe spécial non adopté qu'il jugeait en rapport avec l'affaire dont il était saisi".

apparemment été traitée différemment dans le cadre de l'article VI du GATT et des Accords du Tokyo Round sur les subventions et le dumping et dans celui de l'article III du GATT. Pour éviter de faire des constatations inutiles, il nous paraît approprié d'attendre pour examiner cette question d'avoir déterminé si la Loi de 1916 relève ou non de l'article VI, détermination qui s'impose en tout état de cause pour les raisons indiquées dans les paragraphes précédents.

2. La Loi de 1916 entre-t-elle dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994?

a) La question soumise au Groupe spécial

6.93 Les Communautés européennes affirment que la Loi de 1916 est une loi antidumping assujettie aux disciplines de l'article VI du GATT de 1994 parce que l'article VI a trait i) aux réglementations visant les produits importés et par le fait de leur importation et ii) à des pratiques définies par référence à une discrimination de prix sous forme de prix plus bas sur le marché du pays importateur que ceux qui sont pratiqués sur le marché du pays d'exportation. Est seul condamnable le dumping répondant à la définition de l'article VI, et encore dans les seuls cas prévus de dommage, menace de dommage ou retard important dans la création d'une branche de production nationale.

6.94 Les États-Unis font valoir que l'article VI ne dit pas que ses disciplines régissent toute loi reposant sur la notion de discrimination de prix, indépendamment de tous autres éléments dont cette loi prescrirait la preuve. L'article VI ne concerne que les mesures prises en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping qui cause un dommage, et non pas celles qui ne sont pas destinées à neutraliser ou empêcher un dumping dommageable, ce qui est le cas de la Loi de 1916. Selon les États-Unis, les CE paraissent lire l'article VI en y ajoutant cette restriction que toutes les lois qui font une place à un type quelconque de discrimination de prix internationale doivent nécessairement être conformes aux règles antidumping. S'il en était ainsi, ces règles iraient jusqu'à déborder dans le domaine antitrust, moyennant quoi les autres lois antitrust du Membre prohibant diverses formes de prix discriminatoires ou de prix abusivement bas seraient incompatibles avec les règles de l'OMC, dans la mesure où ces lois visent la tentative de monopolisation ou l'abus de position dominante réalisés par des pratiques de prix transfrontières prédateurs. L'historique de la négociation du GATT de 1947 comme la pratique ultérieure dans ce cadre corroborent la thèse selon laquelle l'article VI du GATT de 1994 n'est pas censé remédier à la pratique de "prix prédateurs".

6.95 Les CE soutiennent que l'une des cibles les plus manifestes de l'article VI du GATT de 1994 est précisément le dumping "prédateur". Elles ne prétendent pas que l'article VI et l'Accord antidumping régissent toute discrimination de prix internationale indépendamment des autres éléments de la loi considérée. La démarche retenue à l'article VI se trouve confirmée par la théorie générale de l'action antidumping, qui discerne dans ce type de discrimination de prix un problème particulier exigeant une analyse distincte de celle qui s'applique à la discrimination de prix sur un même marché.

6.96 Les États-Unis contestent que la distinction entre antitrust et antidumping doive reposer sur le fait que la discrimination de prix est pratiquée sur un seul marché ou sur des marchés différents. Ils considèrent au surplus que l'article VI et l'Accord antidumping ne régissent pas les lois sur la concurrence du simple fait que celles-ci font une place à l'élément discrimination de prix. Le fait qu'une loi visant la discrimination de prix transfrontières réponde à un objectif antitrust devrait la faire sortir du cadre de l'article VI du GATT de 1994.

6.97 Les CE ayant allégué séparément la violation de l'article VI et celle de l'Accord antidumping, nous tenons à préciser comment nous voyons le rapport entre ces dispositions. Pas plus que le groupe

spécial dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives*³⁵⁹ n'a analysé l'article XVIII:B indépendamment du Mémoire d'accord sur les dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 relatives à la balance des paiements, le Groupe spécial en l'espèce n'a l'intention de traiter l'article VI en l'isolant de l'Accord antidumping. Selon nous, l'article VI et l'Accord antidumping font partie du même traité, ou, pour reprendre la formule employée par le groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *Argentine - Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures* à propos de l'article XIX et de l'Accord sur les sauvegardes forment "un ensemble indissociable de droits et de disciplines".³⁶⁰ En vertu des règles coutumières d'interprétation du droit international, nous sommes tenus d'interpréter l'article VI du GATT de 1994 comme faisant partie de l'Accord sur l'OMC, et l'Accord antidumping comme faisant partie du contexte de l'article VI.³⁶¹ Cela implique que l'article VI ne doit pas être interprété dans un sens qui le vide ou vide l'Accord antidumping de toute signification. Il convient au contraire que nous donnions sens et effet juridique à toutes les dispositions pertinentes.³⁶² Pour autant, cette exigence ne nous empêche pas de faire des constatations par rapport à l'article VI seulement, ou par rapport à des dispositions précises de l'Accord antidumping, comme le prescrit notre mandat.

6.98 Le Groupe spécial considère aussi que son rôle, selon l'article 3:2 du Mémoire d'accord, est de clarifier le sens de l'article VI en vue de déterminer s'il s'applique, comme le prétendent les Communautés européennes, au type de mesures visées par la Loi de 1916. Pour plus de clarté, nous nous pencherons d'abord sur l'applicabilité de l'article VI au texte même de la Loi de 1916, abstraction faite de son (ou ses) interprétation(s) ultérieure(s). Nous examinerons ensuite les circonstances dans lesquelles la Loi de 1916 avait été adoptée (y compris les travaux préparatoires) ainsi que la jurisprudence américaine pertinente pour déterminer dans quelle mesure elles infléchissent les conclusions que nous aurons dégagées à partir du seul texte de cette loi.

b) La Loi de 1916, à en juger seulement par son texte, entre-t-elle dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994?

i) *La démarche du Groupe spécial*

6.99 Nous notons que les parties ont des vues divergentes au sujet des critères à retenir pour déterminer l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 à la Loi de 1916. Pour les CE, la Loi de 1916 devrait être assujettie aux normes de l'article VI parce que celui-ci s'applique aux produits importés en raison même de leur importation et s'attaque à des pratiques définies par référence à une discrimination entre les prix des produits importés et les prix intérieurs dans le pays d'exportation, ou, en l'absence de tels prix, les prix à l'exportation vers un pays tiers ou le coût de production. Les États-Unis considèrent que l'article VI ne vise que les mesures prises en vue de neutraliser ou empêcher un dumping dommageable, et non celles qui ne sont *pas* destinées à neutraliser ou empêcher un tel dumping, ce qui est le cas de la Loi de 1916.

6.100 Il nous paraît nécessaire, pour déterminer si la Loi de 1916 se situe dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994, de définir ce champ en interprétant l'article VI:1

³⁵⁹ *Op. cit.*, note 305 *supra*.

³⁶⁰ Rapport adopté le 12 janvier 2000, WT/DS/121/AB/R, paragraphe 81.

³⁶¹ Voir plus loin au paragraphe 6.195 notre raisonnement sur ce point.

³⁶² Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, *op. cit.*, paragraphe 81, *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, adopté le 12 janvier 2000, WT/DS98/AB/R, paragraphe 81, et *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 24.

suivant les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne et d'en comparer ensuite les prescriptions à celles de la Loi de 1916. Nous notons cependant que nous sommes appelés à examiner la compatibilité d'une loi bien précise avec l'article VI du GATT de 1994, mais non à interpréter la portée de cet article dans l'absolu. Ainsi, toute estimation que nous pourrions faire de la portée de l'article VI sera circonscrite aux questions spécifiques que soulèvent les termes de la Loi de 1916.

6.101 Enfin, comme nous le rappelions au paragraphe 6.59, la simple description ou qualification d'une mesure en droit interne, ainsi que l'objectif général qui l'inspire ne sauraient être déterminants pour la qualification de cette mesure dans le cadre de l'Accord sur l'OMC. Nous ne considérons donc pas comme décisif le classement de la Loi de 1916 selon le Code des États-Unis, pas plus que le fait qu'elle soit généralement dénommée la "Loi antidumping de 1916". Nous estimons devoir nous en remettre exclusivement, à ce stade, à ce que le texte de cette loi dit expressément. Cela ne signifie pas que nous devrions méconnaître l'objectif de la Loi de 1916. Pour le moment, cependant, nous n'en tiendrons compte que dans la mesure où il découle des termes de la loi elle-même, à l'exclusion des travaux préparatoires et de la pratique judiciaire ultérieure, dont nous nous occuperons plus tard.³⁶³

ii) *Le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994*

6.102 L'article VI:1 est ainsi conçu:

"Les parties contractantes reconnaissent que le dumping, qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale, est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie d'une partie contractante ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale. Aux fins d'application du présent article, un produit exporté d'un pays vers un autre doit être considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix de ce produit est

a) inférieur au prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur,

b) ou, en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur de ce dernier pays, si le prix du produit exporté est

i) inférieur au prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales,

ii) ou inférieur au coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice.

Il sera dûment tenu compte, dans chaque cas, des différences dans les conditions de vente, des différences de taxation et des autres différences affectant la comparabilité des prix." [la note *Ad Article VI:1* est omise]

6.103 En prenant les termes de l'article VI dans leur sens ordinaire, nous observons que l'article VI ne régleme pas la pratique du dumping elle-même, mais les activités antidumping des Membres. Autrement dit, l'article VI porte essentiellement sur ce que les Membres peuvent faire en vue de

³⁶³ Cette démarche cadre aussi, semble-t-il, avec la pratique judiciaire américaine. Dans la décision *Zenith I* (1975), *op. cit.*, page 246, le Juge Higginbotham dit que "comme toujours, lorsque le juge est appelé à interpréter une loi, il est sage de commencer par lire la loi elle-même".

contrebalancer le dumping. Il reste que l'article VI repose sur une définition du dumping, qui figure au début de l'article VI:1:

"le dumping, qui permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale".³⁶⁴

La valeur normale est le prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur, ou, en l'absence d'un tel prix sur le marché intérieur de ce dernier pays, le prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales, ou le coût de production de ce produit dans le pays d'origine, plus un supplément raisonnable pour les frais de vente et le bénéfice.

6.104 Partant, les conditions de l'existence d'un "dumping" sont les suivantes:

- i) il faut qu'il y ait des produits importés et dédouanés ("introduction sur le marché intérieur"); et
- ii) il faut que ces produits importés soient d'un prix inférieur à leur valeur normale, c'est-à-dire à leur prix dans un pays étranger, que ce soit le pays de production ou un autre pays d'exportation, ou à une valeur construite reposant sur un calcul du coût et des bénéfices.

En d'autres termes, il faut qu'il existe une différence de prix entre des produits similaires vendus sur deux marchés, dont l'un ne relève pas de la juridiction du même Membre, leur prix dans le pays d'importation étant inférieur à leur prix dans le pays de production ou dans un pays tiers vers lequel ils sont exportés.³⁶⁵

6.105 C'est cette pratique qui "est condamnable", sous réserve que certaines conditions soient réunies. Suivent certaines prescriptions de fond (c'est-à-dire le dommage important³⁶⁶ et le lien de causalité) et de procédure; mais elles ne nuancent pas la définition première du "dumping".³⁶⁷ Si le "dumping" ne peut faire l'objet de sanctions que s'il cause un dommage important, cela ne change rien

³⁶⁴ Nous relevons que cette définition est proche de celle que Jacob Viner donnait du dumping dans *Dumping, A Problem in International Trade*, *op. cit.*, page 3, à savoir "une discrimination de prix entre des marchés nationaux". Dans la décision *Zénith III*, *op. cit.*, page 1213, le juge fait mention de l'édition de 1966, où figure, page 4, une définition légèrement remaniée: "une discrimination de prix entre des acheteurs opérant sur des marchés nationaux différents".

³⁶⁵ L'existence d'une différence de prix entre deux marchés *situés sur les territoires respectifs de deux Membres différents*, ainsi qu'un *prix plus bas dans le pays importateur* que dans le pays de production sont des caractéristiques indispensables pour distinguer le dumping d'autres formes de discrimination de prix et d'autres pratiques en matière de fixation de prix. Sur ce point, voir aussi Viner, *op. cit.*, pages 2 et 3.

³⁶⁶ Tout au long de ces constatations, le terme "dommage important" s'entendra d'un "dommage important causé à une branche de production établie" d'un Membre, de la menace d'un tel dommage ou d'un retard important dans la création d'une branche de production nationale, au sens de l'article VI:1 du GATT de 1994.

³⁶⁷ À nos yeux, la phrase "Aux fins d'application du présent article, un produit exporté d'un pays vers un autre doit être considéré comme étant introduit sur le marché d'un pays importateur à un prix inférieur à sa valeur normale, si le prix de ce produit ..." ne précise rien que le terme "valeur normale". Des conditions supplémentaires ont été introduites dans l'Accord antidumping, telles celles qui concernent la marge de dumping *de minimis* (article 5.8 de l'Accord antidumping), mais elles n'altèrent pas la définition initiale au point de modifier nos conclusions.

au fait que, vu la structure de l'article VI, le "dumping", au sens de la définition de l'article VI:1, doit tout d'abord être constaté.

6.106 Ni le contexte de l'article VI, ni l'objet et le but du GATT de 1994 ou de l'Accord sur l'OMC ne contredisent cette appréciation. Au contraire, les alinéas a) et b) de l'article VI:1 confirment l'absence de toute prescription exigeant que le prix à l'exportation soit supérieur ou inférieur aux coûts fixes ou variables, ou que soit constatée une sous-cotation du prix, une entrave à une hausse de prix ou une dépression des prix pour qu'il y ait "dumping", même si ces éléments peuvent être pris en considération aux fins du dommage. L'article VI:2 corrobore l'idée que l'article VI porte sur ce que les Membres sont en droit de faire pour contrebalancer le dumping au sens de l'article VI. Il en va de même de l'article premier de l'Accord antidumping, en ce qu'il se réfère aux "*mesure[s]* antidumping" susceptibles d'être appliquées par les Membres.³⁶⁸ Les moyens complémentaires d'interprétation de l'article 32 de la Convention de Vienne, et en particulier les *travaux préparatoires*, confirment qu'il s'agissait dans l'article VI du GATT de déterminer quelle catégorie de dumping pouvait faire l'objet de mesures destinées à le contrebalancer.³⁶⁹

6.107 Nous sommes donc amenés à conclure qu'une loi qui combattrait le "dumping", tel que celui-ci est défini à l'article VI:1, se situerait dans le champ d'application de l'article VI. Toutefois, comme nous l'indiquions au paragraphe 6.100, il ne nous est pas demandé de faire des constatations dans l'absolu. Nous examinerons donc à présent la Loi de 1916 plus précisément, en fonction de la portée de l'article VI définie ci-dessus.

iii) *Examen de la Loi de 1916 en fonction de la portée de l'article VI*

Similitudes

6.108 Nous relevons que la Loi de 1916 renferme un critère de la discrimination de prix transnationale:

"Est illicite, pour un *importateur ou un agent à l'importation* aux États-Unis d'articles quelconques en provenance d'un pays étranger, le fait, d'une manière habituelle et systématique, d'importer, vendre ou faire importer ou vendre ces articles aux États-Unis *à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, au moment de l'exportation vers les États-Unis, sur les principaux marchés du pays de production, ou d'autres pays étrangers* vers lesquels ils sont couramment exportés, majoré du fret, des droits et des autres impositions et frais nécessairement afférents à leur importation et leur vente aux États-Unis ..." (non souligné dans l'original)

Ce critère recouvre des conditions analogues à l'introduction du produit faisant l'objet d'un dumping sur le marché intérieur d'un Membre, puisqu'il vise le fait "d'importer ou vendre ou faire importer ou vendre [...] aux États-Unis". Nous observons également que la Loi de 1916 prend appui sur une

³⁶⁸ La première phrase de l'article premier de l'Accord antidumping se lit comme suit:

"Une mesure antidumping sera appliquée dans les seules circonstances prévues à l'article VI du GATT de 1994, et à la suite d'enquêtes ouvertes et menées en conformité avec les dispositions du présent accord."

³⁶⁹ Voir le document de l'ONU EPCT/C.II/48 (1946), page 2, "la discussion a révélé l'existence de quatre genres de dumping, le dumping des prix, le dumping des services, le dumping monétaire et le dumping social. L'article 11 autorise l'adoption de mesures destinées à combattre le premier de ces genres, mais interdit aux États membres le recours à des taxes spéciales pour faire échec aux trois autres". Voir aussi Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, pages 402 et 404.

comparaison entre deux prix, appliqués l'un aux États-Unis et l'autre dans le pays de production du produit ou dans un pays tiers où le produit est également vendu. Il y a donc une très forte ressemblance entre la définition du dumping énoncée à l'article VI et le critère de la discrimination de prix transnationale que l'on trouve dans la Loi de 1916.

6.109 Cela dit, y aurait-il, dans le texte de la Loi de 1916, des éléments de nature à nous amener à conclure que le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 ne répond néanmoins pas à la définition du dumping de l'article VI? Nous relevons que la Loi de 1916 s'appuie non seulement sur la valeur commerciale effective mais encore sur le prix de gros. Elle se réfère aussi aux "principaux marchés du pays de [...] production [des articles importés]" ou d'"autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés". La nature de ces prescriptions ne nous paraît pas différente de celle des dispositions de l'article VI:1 au point de les faire sortir des limites de la notion de "prix comparable, pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour un produit similaire, destiné à la consommation dans le pays exportateur", que l'on trouve à l'article VI:1 a). La Loi de 1916 mentionne aussi les "principaux marchés" d'"autres pays étrangers vers lesquels [les articles considérés] sont couramment exportés". Sans doute n'est-ce pas là le "prix comparable le plus élevé pour l'exportation d'un produit similaire vers un pays tiers au cours d'opérations commerciales normales" figurant à l'article VI:1 b), mais là encore, il est à nos yeux d'une nature qui ne s'écarte pas très sensiblement des critères de l'article VI:1 et il ne se rapporte pas à d'autres notions qui, par nature, puissent être différenciées de celles que retient l'article VI:1. Enfin, nous relevons que la Loi de 1916 ne prévoit pas la possibilité de faire appel à une valeur normale "construite", au sens de l'article VI:1 b) ii). Toutefois, cela rend seulement le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 "plus étroit" que la définition du "dumping" de l'article VI:1, sans le faire sortir de son champ d'application. Nous notons également que la Loi de 1916 prévoit des ajustements. Bien que ce ne soient pas ceux que l'on trouve dans la dernière partie du paragraphe de l'article VI:1, ces ajustements ne changent rien à la portée du critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 par rapport à l'article VI. Au contraire, ils confirment la similitude des deux textes en ce qui concerne les critères d'identification de la pratique incriminée.

6.110 Cela ne signifie pas que les critères à respecter pour établir la discrimination de prix dans le cadre de la Loi de 1916 seraient toujours compatibles avec les prescriptions de l'article VI du GATT de 1994. Cela signifie seulement que nous ne voyons rien dans ces critères qui nous fasse considérer le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 comme partiellement ou totalement en dehors de la définition du "dumping" figurant à l'article VI:1.

Arguments précis des États-Unis

6.111 Les États-Unis soutiennent que la Loi de 1916 ne porte pas seulement sur le dumping et prescrit des conditions supplémentaires par comparaison avec l'article VI. En premier lieu, la Loi de 1916 exige que la différence de prix soit "substantielle" et que l'importation et la vente soient pratiquées "de manière habituelle et systématique". Deuxièmement, la Loi de 1916 prescrit des conditions supplémentaires absentes de l'article VI, qui font d'elle un instrument ciblant des formes spécifiques de discrimination de prix dans un contexte antitrust.

6.112 Nous ne considérons pas que les conditions qui rendent l'établissement du dumping plus difficile, telles les dispositions prescrivant une différence de prix substantielle et un dumping habituel et systématique, soient propres à faire sortir le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 du champ de la définition de l'article VI:1. Dès lors que le critère de la Loi de 1916 exige une différence de prix entre deux marchés, situés chacun sur le territoire d'un Membre différent, le fait que des prescriptions supplémentaires rendent une constatation de dumping plus difficile ne change rien à l'applicabilité de l'article VI. Il n'est pas permis aux Membres de s'exempter des règles et disciplines de l'Accord sur l'OMC lorsqu'ils combattent le dumping, mais ils demeurent libres d'appliquer des prescriptions qui rendent l'imposition de mesures plus difficile.

6.113 En ce qui concerne les autres prescriptions de la Loi de 1916, nous rappelons que la discrimination de prix à laquelle cette loi s'attaque doit être pratiquée avec l'intention a) d'"éliminer" ou b) de "léser une branche de production aux États-Unis", ou c) d'"empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis", ou de d) "restreindre" ou e) "monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur [des produits considérés] aux États-Unis". Nous notons que les trois premiers critères sont tout à fait semblables à ceux du dommage et du retard importants de l'article VI:1, et que les deux derniers sont davantage du genre utilisé dans un contexte antitrust.³⁷⁰ Or, nous avons précédemment constaté que l'existence d'un "dumping" au sens de l'article VI:1 est pour un Membre la condition *sine qua non* de l'adoption de mesures en vertu de l'article VI. Nous notons que, dans le cadre de la Loi de 1916, le juge américain, avant de dégager une intention quelconque, aurait lui aussi à établir qu'il y a eu importation ou vente à des prix discriminatoires du type prescrit par cette loi.³⁷¹ Il ne nous a pas été présenté d'éléments de preuve de la possibilité de présumer une discrimination de prix transnationale au sens de la Loi de 1916 quand le juge n'aurait établi que l'existence d'une intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'en empêcher la création, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce du produit considéré aux États-Unis. Nous concluons par conséquent que l'existence dans la Loi de 1916 de prescriptions supplémentaires qui ne figurent pas à l'article VI ne suffit pas à elle seule à situer la Loi de 1916 en dehors du champ d'application de l'article VI.

6.114 Au surplus, nous rappelons que le dumping "est condamnable s'il cause ou menace" de causer certains effets énumérés à l'article VI:1. Bien que l'article VI:1 ne dise pas "le dumping n'est condamnable *que* s'il" cause ces effets, nous considérons quand même qu'il doit être interprété comme limitant le recours à des mesures antidumping aux situations expressément prévues à l'article VI.³⁷² En d'autres termes, lorsqu'un Membre s'attaque à une pratique qui répond à la définition de l'article VI:1, il doit se conformer aux règles de l'OMC régissant les mesures antidumping.³⁷³ Si,

³⁷⁰ Voir la Loi Robinson-Patman, aux termes de laquelle "cette discrimination peut avoir pour effet de réduire substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole dans une branche quelconque du commerce, ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui accorde ou qui accepte en connaissance de cause le bénéfice de cette discrimination, ou les clients de l'une ou l'autre".

³⁷¹ Voir l'arrêt *In re Japanese Electronic Products II* (1983), page 324, où la Cour dit ceci:

"Le premier élément nécessaire à une constatation de dumping dans le cadre de la Loi de 1916 est la preuve qu'il existe une différence de prix entre deux produits comparables, dont l'un est importé ou vendu aux États-Unis et l'autre est vendu dans le pays exportateur."

Voir aussi *Helmec II* (1993), page 591, où le juge a constaté que "le dumping – l'application à des produits sur le marché américain d'un prix inférieur à celui pratiqué sur le marché du pays d'origine" – était "le facteur déterminant de la responsabilité dans le cadre de la Loi [de 1916]".

³⁷² Cette restriction avait manifestement été envisagée par les rédacteurs de l'article VI. Dans son rapport à la Conférence de La Havane, la Sous-Commission qui avait examiné l'article appelé à remplacer l'article VI original du GATT de 1947, relevait: "Le texte de l'article approuvé par la Sous-Commission condamne le "*dumping des prix*" *préjudiciable* à autrui, qu'il définit, et ne vise pas les autres formes de dumping." (non souligné dans l'original) (Rapports de La Havane, page 81, paragraphe 23, cité dans GATT, Index analytique: Guide des règles et de la pratique du GATT, sixième édition mise à jour (1995), page 238).

³⁷³ Cela s'entend sans préjudice de la faculté pour un Membre de choisir de s'attaquer aux effets du dumping, comme la hausse des importations, ou à ses causes (le subventionnement par exemple) par d'autres moyens légitimes au regard de l'Accord sur l'OMC tels que les mesures compensatoires ou les mesures de sauvegarde. En revanche, il ne peut pas s'attaquer au "dumping" en soi à l'aide d'instruments ou par des voies qui soient différents de ceux qu'autorise l'Accord sur l'OMC à cette fin. Telle est, à notre sens, la signification de la note 24 de l'article 18.1 de l'Accord antidumping, selon laquelle "Cette disposition ne vise pas à empêcher que des mesures soient prises, selon qu'il sera approprié, au titre d'autres dispositions pertinentes du GATT de 1994".

comme les États-Unis paraissent le soutenir, un Membre pouvait décider d'appliquer d'autres critères ou d'autres sanctions pour combattre les pratiques de "dumping" au sens de l'article VI, ce serait contraire aux termes de l'article VI. De plus, alléguer que les disciplines de l'article VI ne sont applicables que dans la mesure où un Membre veut s'attaquer aux cas de dommage important, menace de dommage important ou retard important dans la création d'une branche de production nationale serait aller totalement à l'encontre du but de l'article VI et de l'Accord antidumping. Des termes de l'article VI nous déduisons que celui-ci a pour but de définir les conditions dans lesquelles il est permis de combattre le dumping *en soi*. Ce but est confirmé par l'article premier de l'Accord antidumping, dont la première phrase dispose:

"Une mesure antidumping sera appliquée *dans les seules circonstances prévues à l'article VI du GATT de 1994*, et à la suite d'enquêtes ouvertes [note de bas de page 1 omise] et menées en conformité avec les dispositions du présent accord." (non souligné dans l'original)

L'article 18.1 de l'Accord antidumping confirme lui aussi cette interprétation:

"Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre le dumping des exportations d'un autre Membre, *si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994*, tel qu'il est interprété par le présent accord." [note 24 omise]³⁷⁴ (non souligné dans l'original)

Cela implique que, par l'adoption de l'article VI et de l'Accord antidumping, les Membres sont convenus de n'avoir recours qu'à une seule démarche contre le "dumping" en soi. L'interprétation suggérée par les États-Unis compromettrait l'effet utile des dispositions de l'article VI et de l'Accord antidumping.

6.115 Pour ces motifs, nous ne saurions considérer que l'existence d'autres critères d'"effet" que ceux qui sont prévus à l'article VI doive suffire à exclure la Loi de 1916 du champ d'application de l'article VI. Il se peut que la Loi de 1916 vise des effets particuliers de la discrimination de prix transfrontières, mais dans la mesure où cette discrimination de prix répond à la définition du "dumping" énoncée à l'article VI:1, elle doit être assujettie aux disciplines de l'article VI et de l'Accord antidumping.³⁷⁵

6.116 Enfin, les États-Unis arguent que l'existence d'un objectif antitrust dans une loi qui régit la discrimination de prix transfrontières fait sortir celle-ci du champ de l'article VI du GATT de 1994. Tout en convenant avec eux que l'article VI s'applique lorsque les Membres ont recours à un instrument déterminé de politique commerciale, c'est-à-dire une mesure antidumping, nous ne sommes cependant pas d'avis que l'application de l'article VI dépende de l'objectif que poursuit le Membre considéré. Comme nous l'avons démontré dans les paragraphes précédents, l'article VI repose sur une base objective. Si une loi d'un Membre repose sur un critère qui répond à la définition de l'article VI:1, l'article VI s'applique. Le but déclaré de la loi ne saurait altérer cette conclusion.³⁷⁶

³⁷⁴ Nous n'avons pas négligé la teneur de la note 24. Cette note, à notre sens, ne modifie pas notre conclusion que, lorsqu'ils s'attaquent au dumping comme tel, les Membres sont tenus de se conformer aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

³⁷⁵ Nous entendons bien que les États-Unis n'ont pas argué que les critères en question soient moins rigoureux que ceux du dommage important et du retard important de l'article VI. Nous laissons donc ce point de côté.

³⁷⁶ Voir le paragraphe 5.6 du rapport *CE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, où le groupe spécial, après avoir examiné si l'objectif général d'une imposition entraine en ligne de compte pour déterminer si

6.117 Nous concluons par conséquent que le fait que la Loi de 1916 puisse avoir un objectif antitrust ou être classée en droit américain dans la catégorie des lois antitrust ne la place pas à lui seul en dehors du champ d'application de l'article VI, à moins qu'il ne soit démontré que cet objectif et ce classement ont une incidence sur l'application de la Loi de 1916. À la lumière de notre raisonnement, il faudrait pour cela que la teneur du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 s'entende de telle sorte qu'il ne réponde pas à la définition du "dumping" de l'article VI:1 du GATT de 1994.

iv) *Conclusion*

6.118 Nous constatons, à partir d'une analyse textuelle, que la Loi de 1916 vise objectivement un type de discrimination de prix transnationale qui répond à la définition du "dumping" figurant à l'article VI:1 du GATT de 1994 et devrait donc être assujettie aux disciplines de l'article VI.

6.119 Cela dit, nos constatations se fondent sur la définition du dumping énoncée à l'article VI:1 du GATT de 1994 et sur les termes de la Loi de 1916 pris dans leur sens ordinaire actuel. Comme nous l'avons déjà rappelé³⁷⁷, nous devons tenir dûment compte du fait que nous avons affaire à un texte rédigé il y a plus de 80 ans. Si, à l'époque de son adoption, la Loi de 1916 n'était pas destinée à traiter le "dumping", autrement dit si les termes que l'on y trouve avaient un sens différent en 1916 de celui qui semble bien être le leur aujourd'hui, cela devrait ressortir des travaux préparatoires et du contexte dans lequel elle fut adoptée. Comme les États-Unis se réfèrent aux travaux préparatoires de la Loi de 1916 aussi bien qu'au contexte dans lequel elle fut votée, cet aspect demande à être traité. Les États-Unis affirment aussi que les tribunaux américains ont interprété la Loi de 1916 dans un sens cadrant avec son objectif antitrust, et de telle sorte qu'elle se trouve à l'écart du champ d'application de l'article VI. Eu égard à nos conclusions formulées au paragraphe 6.117, à savoir que pour cela, il faudrait que le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 soit interprété de telle sorte qu'elle ne réponde plus à la définition de l'article VI:1, il nous faut examiner aussi cet argument, ainsi que celui des CE selon lequel, en réalité, les tribunaux américains ont appliqué la Loi de 1916 en tant qu'instrument antidumping.

c) L'incidence du contexte historique et des travaux préparatoires de la Loi de 1916

i) *La démarche du Groupe spécial*

6.120 Les États-Unis et, dans une moindre mesure, les Communautés européennes ont renvoyé le Groupe spécial au contexte historique de la Loi en général et à ses travaux préparatoires en particulier, tels qu'ils ressortent, notamment, des comptes rendus des débats du Congrès (Congressional Records). Nous croyons comprendre que les travaux préparatoires d'une loi du Congrès des États-Unis sont importants pour le juge américain comme moyen de déceler "l'intention du Congrès".³⁷⁸ Les travaux

ladite imposition était perçue "à l'occasion de l'importation", au sens de l'article II:1 b) du GATT de 1947, observe:

"l'objectif général des impositions est souvent difficile à déterminer objectivement. De nombreuses impositions pourraient être considérées comme servant à la fois des fins intérieures et des fins liées à l'importation des marchandises. C'est seulement au prix d'une incertitude juridique substantielle que l'objectif général d'une imposition pourrait être considéré comme entrant en ligne de compte pour déterminer si l'imposition relève de l'article II:1 b) ou de l'article III:2".

³⁷⁷ Voir plus haut la section C.1.

³⁷⁸ Dans la décision *Zenith III*, page 1213, le juge mentionne le fait que la Cour suprême des États-Unis a "observé récemment que les tribunaux, lorsqu'ils interprètent une loi, peuvent légitimement avoir recours à

préparatoires lui permettent d'interpréter une loi conformément à ce qu'il perçoit comme l'intention originale du Congrès des États-Unis lorsque le texte de cette loi n'est pas clair. Il peut aussi, au besoin, faire appel aux travaux préparatoires pour confirmer le sens clair d'une loi.³⁷⁹ Comme, rappelons-le³⁸⁰, nous devons déterminer comment la Loi de 1916 est interprétée dans le cadre du système de droit américain, nous devons examiner les arguments des parties fondés sur le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916, en tenant compte de l'usage que les juridictions américaines ont fait dans la pratique de ces outils d'interprétation.

6.121 Nous avons constaté que l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 à la Loi de 1916 dépend essentiellement de ce que celle-ci vise ou non objectivement le "dumping" au sens de cet article. Nous avons aussi constaté que, de prime abord, les termes de la Loi de 1916 démontrent que le critère de la discrimination de prix transnationale de cette loi répond à la définition du "dumping" de l'article VI:1 du GATT de 1994. Nous considérons qu'il nous faut à présent déterminer s'il se trouve, dans les travaux préparatoires ou le contexte historique de l'adoption de la Loi de 1916, des éléments tendant à prouver que nous devrions interpréter le critère de discrimination de prix de cette loi dans un sens différent de celui que nous avons retenu en nous appuyant sur le texte de ladite loi.

ii) *Examen du contexte historique et des travaux préparatoires*

6.122 Ayant examiné les pièces communiquées par les parties, nous n'y avons trouvé aucune indication que les termes employés dans la Loi de 1916 pour définir le critère de discrimination de prix s'entendaient à l'époque de son adoption dans un sens différent de celui dans lequel nous les entendons aujourd'hui. Dans un document de 1919 sur le dumping et la concurrence étrangère déloyale dans le droit des États-Unis et du Canada, intitulé *Information Concerning Dumping and Unfair Foreign Competition in the United States and Canada's Anti-Dumping Law* (page 9), la Commission tarifaire des États-Unis donnait une définition du "dumping" identique sur le fond à la notion visée par l'article VI:

"Le dumping peut se définir globalement par la vente de marchandise importée à un prix inférieur à son prix courant sur le marché ou à son prix de gros dans le pays de production. Cette définition est d'autant plus importante qu'il n'est pas rare que l'on confonde avec le dumping [...] certaines autres pratiques commerciales qui sont généralement considérées comme de la concurrence déloyale."

Ces déclarations de la Commission tarifaire montrent bien que le dumping n'était probablement pas la seule pratique en matière de prix à pouvoir être regardée comme une concurrence déloyale. Cependant, la Commission tarifaire ajoutait ceci:

"La Loi antidumping votée par le Congrès le 8 septembre 1916 [note de bas de page omise] modifie quelque peu la définition qui précède en condamnant l'importation au même titre que la vente, si elle est pratiquée de manière habituelle et systématique dans le but spécifié dans la loi."

l'histoire de l'époque où elle fut votée; et la chose est souvent nécessaire en vue de vérifier la raison aussi bien que le sens de dispositions particulières qu'elle renferme. *Leo Sheep Co. v. United States*, 440 U.S. 668, 669, 99 S.Ct. 1403, 1405, 59 L.Ed.2d 677 (1979)".

³⁷⁹ Les tribunaux américains ont eu recours aux travaux préparatoires de la Loi de 1916 dans un certain nombre d'affaires. Voir, par exemple, les décisions *Zenith I* (1975) et *Zenith III* (1980).

³⁸⁰ Voir plus haut la section C.1.

Bien qu'il ne fasse pas partie des travaux préparatoires proprement dits de la Loi de 1916, ce document de la Commission tarifaire indique que la pratique visée par la Loi de 1916 s'entendait déjà clairement comme du "dumping" tel que nous le définissons aujourd'hui. La définition que la Commission tarifaire donne du "dumping" est, à quelques exceptions près dont nous avons constaté qu'elles sont sans effet sur l'applicabilité de l'article VI:1 du GATT de 1994³⁸¹, semblable à la définition de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916. Il paraît par conséquent raisonnable d'en conclure que le Congrès des États-Unis, en votant la Loi de 1916, était parfaitement conscient que cette loi visait le "dumping" et non une autre forme de discrimination de prix.³⁸²

6.123 Au surplus, quand bien même la Loi de 1916 aurait des objectifs antitrust, nous ne décelons dans les travaux préparatoires aucun élément indiquant *expressément* que la discrimination de prix visée par cette loi doit être replacée dans un contexte antitrust particulier.

6.124 Au dire des États-Unis, le tribunal de district, dans l'affaire *Zenith III* (1980), a jugé que, pour entraîner une violation de la Loi de 1916, les produits vendus aux États-Unis et les produits vendus dans le pays étranger devaient être de "type et qualité similaires", au sens où l'expression est employée à l'article 2 de la Loi Clayton modifiée par la Loi Robinson-Patman. De ce fait, les parties à l'action intentée sur le fondement de la Loi de 1916 n'étaient pas "investies du même pouvoir discrétionnaire que le Département du Trésor des États-Unis en vertu de la Loi antidumping de 1921"³⁸³ quant à la définition des produits à comparer.

6.125 En premier lieu, selon nous, la comparaison avec la Loi antidumping de 1921 faite dans la décision *Zenith III* n'était pas censée distinguer cette loi de la Loi de 1916 du point de vue de la comparaison des produits, puisque la gamme des produits qui peuvent être comparés en vertu de la Loi de 1916, suivant l'interprétation donnée dans la décision *Zenith III*, recouvre non seulement les produits "identiques", mais encore les produits "semblables". La comparaison était censée préciser que la Loi de 1916 ne laissait pas à cet égard autant de marge d'appréciation que la Loi de 1921.

6.126 Deuxièmement, nous relevons aussi que la conclusion dégagée dans *Zenith III* à laquelle les États-Unis se réfèrent ne repose qu'indirectement sur les travaux préparatoires de la Loi de 1916. Elle est le fruit de l'interprétation par le juge de l'intention du Congrès des États-Unis, à savoir que la Loi de 1916 avait pour but de compléter les lois antitrust existantes. C'est de cette "intention", et non de déclarations particulières portant sur le sens des mots "ces articles" dans la Loi de 1916 ou dans une quelconque loi antitrust, que le juge a apparemment déduit l'application du critère des "type et qualité similaires" de la Loi Clayton. En examinant de plus près cette décision³⁸⁴, on constate que le juge s'est aussi appuyé sur les termes de la Loi de 1916 directement empruntés à la Loi douanière de 1913 pour écarter l'interprétation restrictive de "ces articles" préconisée par les défendeurs.

6.127 Dans l'affaire *Zenith III*, le juge a apparemment utilisé les deux justifications sans attribuer plus de poids à l'une qu'à l'autre, alors même qu'il avait précisé qu'il dirait qu'"il n'y a violation de la Loi de 1916 que s'il est satisfait aux critères de similitude de la Loi sur l'évaluation en douane".³⁸⁵ En tout cas, nous relevons que ni l'une ni l'autre de ces justifications ne modifie la portée du critère de la

³⁸¹ Voir plus haut le paragraphe 6.112.

³⁸² Dans la décision *Zenith II* (1975), page 258, le tribunal déclare ceci: "La pratique elle-même [du dumping] remontait beaucoup plus loin que le vote de la Loi antidumping de 1916 [...], ce qui implique à l'évidence que le Congrès savait sur quoi il légifèrait en votant cette loi."

³⁸³ *Op. cit.*, page 1197.

³⁸⁴ Voir pages 1229 et 1230.

³⁸⁵ *Ibid.*, page 1197. Voir aussi *In re Japanese Electronic Products II* (1983), page 324.

discrimination de prix au point de le faire sortir du champ de la définition du "dumping" de l'article VI:1 du GATT de 1994. En acceptant une comparaison non seulement entre des produits "identiques", mais encore entre les produits "semblables", le juge de l'affaire *Zenith III* a retenu une interprétation probablement plus large que la comparaison de l'article VI reposant sur des produits "similaires". Cela dit, qu'il soit plus large ou plus restreint quant à la comparaison des produits, le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 répond toujours à la définition de l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.128 Les États-Unis arguent aussi que le contexte historique et les travaux préparatoires prouvent que la Loi de 1916 était destinée à servir de *complément* ou de *pendant* aux règles applicables aux produits fabriqués aux États-Unis dans un contexte antitrust. Ils en déduisent que la Loi de 1916 est une loi antitrust qui n'est pas soumise aux disciplines de l'article VI du GATT de 1994. Ils renvoient, notamment, à la déclaration du représentant Claude Kitchin:

"Nous estimons que cette même loi sur la concurrence déloyale qui s'applique actuellement au commerçant national sur le marché intérieur devrait s'appliquer au commerçant étranger à l'importation."³⁸⁶

6.129 Nous notons aussi que le Secrétaire au commerce des États-Unis, William Redfield, expliquait en 1915 ce qui suit:

"La concurrence déloyale est prohibée par la loi dans le commerce intérieur, et la Commission fédérale du commerce est là pour établir les faits et extirper ce fléau partout où il se rencontre. La porte reste cependant ouverte à une "concurrence déloyale" de l'étranger, qui risque de porter gravement atteinte à l'industrie américaine pour son plus grand malheur."³⁸⁷

Ces deux déclarations ont trait à l'extension aux importations des réglementations visant la "concurrence déloyale" qui sont applicables au commerce intérieur aux États-Unis. Nous avons relevé plus haut que le Congrès des États-Unis avait retenu dans la Loi de 1916 une définition de la discrimination de prix transnationale qui, déjà à l'époque, l'assimilait au "dumping". Nous avons aussi conclu au paragraphe 6.116 que le fait que la Loi de 1916 avait un objectif antitrust n'était pas pertinent et ne situait pas cette loi hors de la portée de l'article VI du GATT de 1994. De même, nous ne sommes pas convaincus que le fait que la Loi de 1916 avait été présentée à l'époque de son adoption comme le "complément" ou le "pendant" des lois antitrust existantes oblige nécessairement à interpréter la Loi de 1916 comme une loi antitrust. Selon nous, l'argument des États-Unis ne vaut que s'ils peuvent prouver que le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916 fournissent des éléments indiquant que "antitrust" et "antidumping" étaient déjà des notions juridiques distinctes. Si les deux notions n'étaient pas clairement identifiées mais au contraire faisaient encore partie d'une seule et même idée de "concurrence déloyale", il convient de rejeter l'argument des États-Unis.

6.130 Nous observons que, à l'époque du vote de la Loi de 1916, la distinction actuelle entre "antitrust" et "antidumping" ne s'appliquait pas aux États-Unis. Nous avons examiné les pièces communiquées par les parties et étudié l'analyse très complète des travaux préparatoires de la Loi de 1916 faite dans l'affaire *Zenith III*. S'il ressort, notamment des citations qui précèdent, que l'exécutif comme le législateur américains de l'époque voyaient dans la Loi de 1916 le "pendant" ou le "complément" des règles visant la concurrence déloyale appliquées aux produits d'origine nationale,

³⁸⁶ 53 Cong. Rec. App. 1938 (1916), cité dans *Zenith III*, page 1222.

³⁸⁷ *Annual Report of the Secretary of Commerce* 43 (1915), cité dans *Zenith III*, page 1219.

essentiellement dans le cadre de la Loi Sherman et de la Loi Clayton³⁸⁸, il semble aussi qu'aucune distinction juridique bien nette n'avait encore été faite aux États-Unis entre la concurrence déloyale résultant du dumping et la concurrence déloyale résultant d'autres pratiques, comme elle se fait aujourd'hui.³⁸⁹ Le dumping, tel qu'il est défini à l'article VI:1 du GATT de 1994, n'était qu'un cas particulier d'ouverture d'une action sur le fondement de la législation antitrust³⁹⁰, comme Jacob Viner le notait en 1923:

"Cette disposition antidumping, en dehors du fait qu'elle rend la participation de l'importateur, tant en acte qu'en intention, au dumping prédateur *expressément illicite, et non pas illicite seulement par construction, en tant que pratique permettant de restreindre la concurrence ou de créer un monopole*, n'ajoute rien à la Loi Sherman. Mis à part le fait qu'elle rend inutile la preuve d'une entente entre l'importateur et d'autres personnes, elle n'ajoute rien à la Loi Wilson de 1894" (non souligné dans l'original).³⁹¹

³⁸⁸ Voir J. Viner, Dumping: A Problem in International Trade (1923), *op. cit.*, pages 242 et 243:

"[Le gouvernement Wilson] a donc recommandé que toute mesure adoptée pour résoudre le problème soit dissociée de la législation douanière [au sens de l'imposition de droits de douane plus élevés] et revête la forme d'une nouvelle extension aux commerçants importateurs des restrictions dirigées contre la concurrence déloyale qui avaient été imposées dans le commerce intérieur."

Voir aussi l'extrait de la lettre de Samuel J. Graham, Assistant Attorney General, au New York Times, publiée dans le numéro du 4 juillet 1916, figurant dans une note de bas de page relative à la citation qui précède.

³⁸⁹ Même si le dumping est à présent soumis à des disciplines internationales spécifiques et que d'autres objectifs lui ont sans doute aussi été assignés dans l'intervalle, les origines des notions d'antitrust et d'antidumping étaient foncièrement les mêmes, comme la Commission *ad hoc* chargée de la question à la Section du droit antitrust de l'Association du barreau américain le soulignait en 1974 dans son rapport, en ces termes:

"Le droit et la politique antidumping aussi bien qu'antitrust des États-Unis sont ancrés dans l'histoire et répondaient dans un cas comme dans l'autre à l'intention d'assurer la protection et le développement du libre jeu et de la loyauté de la concurrence, règle fondamentale de la politique économique américaine.

[...] la politique antidumping cherche à répondre au besoin légitime d'une législation qui protège la concurrence américaine contre une discrimination de prix déloyale de la part des entreprises étrangères."

43 Antitrust L.J. 653, 691-93 (1974), reproduit dans J.H. Jackson et W. Davey, Legal Problems of International Economic Relations, 2d Ed. (1986). C'est là une raison de plus de ne pas nous appuyer sur l'objectif général de la Loi de 1916 pour statuer sur l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 à cette Loi.

³⁹⁰ Dans ce contexte, le fait que le tribunal, dans la décision *Zenith III*, page 1220, dise que "l'histoire politique et juridique de l'époque corrobore notre conclusion tirée du texte de la Loi de 1916 que celle-ci était une loi sur la concurrence déloyale fondée sur les règles antitrust, et non une loi protectionniste" ne joue pas au soutien de la position des États-Unis. D'après les paragraphes qui la précèdent, nous interprétons cette conclusion comme signifiant que le tribunal s'élevait contre le recours sélectif à des instruments visant la "concurrence déloyale" pour appliquer des droits de douane plus élevés dans le cadre d'une politique protectionniste.

³⁹¹ Voir J. Viner, Dumping: A Problem in International Trade (1923), *op. cit.*, page 244.

6.131 Même si nous convenions avec les États-Unis que l'objectif de la loi est déterminant, le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916 ne confirment pas que celle-ci ait eu un but purement "antitrust", au sens où l'on entend cette notion de nos jours. Il apparaît bien plutôt que la catégorie antidumping, telle que la connaît le droit commercial international actuel, et les lois antitrust visant les prix prédateurs faisaient partie de la même idée de "concurrence déloyale".

iii) *Conclusion*

6.132 Nous notons que les éléments de fait tirés du contexte historique de la Loi de 1916 corroborent notre constatation que le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 correspond au "dumping" au sens de l'article VI. Nous notons aussi qu'à l'époque de l'adoption de la Loi de 1916 il n'aurait pas été nécessaire de donner à ce critère un sens tant soit peu différent pour le faire entrer dans le cadre du droit antitrust américain, parce qu'en ce temps-là le "dumping" n'avait pas encore été isolé conceptuellement du corps des lois antitrust américaines. En tout état de cause, les États-Unis n'ont pas présenté d'éléments tirés du contexte historique ou des travaux préparatoires de la Loi de 1916 qui tendent à prouver que les termes définissant le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 étaient interprétés différemment à cause de l'objectif antitrust de la loi ou que cet objectif était de nature à situer la Loi de 1916 hors du champ d'application de l'article VI.

6.133 Nous concluons par conséquent que le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916, tout en faisant ressortir une intention d'introduire un parallélisme entre les règles applicables respectivement aux sociétés américaines et aux sociétés étrangères, ne nous amènent pas à conclure tant soit peu autrement que nous l'avons fait à partir du texte même de la Loi de 1916. Nous passons donc à l'examen de l'incidence de la jurisprudence américaine relative à la Loi de 1916.

d) Incidence de la jurisprudence américaine se rapportant à la Loi de 1916

i) *La démarche du Groupe spécial*

6.134 Nous rappelons les constatations que nous avons faites à la section C.1 sur la manière dont nous devons prendre en considération les diverses décisions judiciaires concernant la Loi de 1916 ainsi que leurs interrelations. Nous notons que les États-Unis affirment que cette jurisprudence prouve que la Loi de 1916 a été appliquée en tant que loi antitrust. Nous tenons à faire deux remarques préliminaires à propos de cette argumentation des États-Unis.

- a) En premier lieu, nous l'avons déjà indiqué, le fait que la Loi de 1916 ait pu être qualifiée de loi antitrust ou de loi antidumping par les tribunaux américains ne devrait pas être décisif pour déterminer la compatibilité de cette loi avec les règles de l'OMC.³⁹² Puisqu'il s'agit pour nous, en examinant la jurisprudence américaine, de vérifier le sens effectif de la Loi de 1916 pour apprécier sa conformité avec l'Accord sur l'OMC, le classement de cette loi par la justice américaine ne peut être que d'une portée limitée pour les besoins de la présente affaire. Pour le Groupe spécial, ce qui compte, c'est le raisonnement qui, éventuellement, aurait dicté ce classement.
- b) Deuxièmement, nous avons constaté que le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 répondait, de prime abord, à la définition de l'article VI:1 du GATT de 1994 et que les autres critères de la Loi de 1916 reposant sur l'"intention" de l'exportateur

³⁹² Voir *CE – Pièces détachées et composants*, op. cit. paragraphe 5.19. Dans ce contexte, le fait que le juge de *Zenith III* (1980) ait dit que la Loi de 1916 est une loi antitrust et non une loi protectionniste ne nous est pas d'un grand secours si cette énonciation n'est pas suivie de conclusions plus précises pour l'interprétation du critère de discrimination de prix de la Loi de 1916.

pratiquant le "dumping" n'ont aucune incidence sur cette conclusion. De ce fait, nous estimons n'avoir besoin de prendre en considération aucune interprétation judiciaire de la Loi de 1916 qui se rapporterait à tout autre critère que celui de la discrimination de prix transnationale.

Il nous faut donc dégager les cas où les tribunaux américains, en faisant application de la Loi de 1916, se sont penchés sur le critère du "dumping" figurant dans cette loi et déterminer s'ils ont appliqué ou interprété ce critère de telle sorte qu'il ne répondrait plus à la définition de l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.135 Ayant déjà constaté que le texte de la Loi de 1916, à lui tout seul, étaye la conclusion que l'article VI est applicable à cette loi, nous considérons que, pour la confirmation de cette conclusion, il n'est pas nécessaire aux CE de démontrer qu'il n'y a pas eu de décision de justice appliquant la Loi de 1916 d'une manière compatible avec les règles de l'OMC. Si nous constatons que la pratique judiciaire américaine n'est pas assez solidement établie, ou qu'il n'y a pas d'interprétation dominante, ou pas de raisonnement suffisamment clair au sujet de la manière dont il convient d'appliquer le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916, nous nous en remettons au texte même de la loi. Toutefois, pour que les États-Unis l'emportent, il leur suffirait à notre sens de justifier d'une interprétation définitive à l'appui de leur position. En conséquence, nous commencerons par déterminer s'il y a une quelconque décision pertinente de la Cour suprême qui nous fournirait un précédent faisant autorité au plus haut degré de juridiction. Dans la négative, nous examinerons les décisions des cours de circuit.

ii) *La Cour suprême des États-Unis et la Loi de 1916*

6.136 Nous relevons tout d'abord que la Cour suprême des États-Unis n'a pas encore été appelée à interpréter le texte de la Loi de 1916. Toutefois, comme les États-Unis l'ont souligné, elle a qualifié cette loi, dans l'affaire *Cooper*³⁹³, de "complément" de la Loi Sherman, dans un exemple destiné à montrer que "le Congrès songeait à la distinction entre recours publics et privés". Les États-Unis en concluent que la Loi de 1916 est un instrument antitrust. Or, la Cour suprême a aussi désigné la Loi de 1916 comme "les dispositions antidumping de la Loi de finances de 1916". Même si elle considérait la Loi de 1916 comme une loi antitrust, le fait qu'elle évoque à son propos des "dispositions antidumping" laisse ouverte la question de l'interprétation du critère de discrimination de prix de la Loi de 1916, puisque les juridictions américaines peuvent fort bien appliquer la Loi de 1916 comme loi antitrust quand il s'agit du critère de l'"intention", tout en appliquant d'autre part le critère de la discrimination de prix sans exiger rien de plus que les conditions prescrites dans le texte de la Loi de 1916.

6.137 Ce que la Cour suprême entendait par "complément" n'est pas évident, faute de définition technique généralement admise du terme en droit américain. La Loi de 1916 pourrait "compléter" les lois antitrust par un certain nombre de moyens différents de celui que suggèrent les États-Unis. Une loi antidumping pourrait, par exemple, "compléter" une loi sur les prix prédateurs intérieurs. Le contexte où s'inscrit cette énonciation dans la décision en question n'est guère utile.³⁹⁴

³⁹³ *Op. cit.*, page 308.

³⁹⁴ Le terme "complémentaire" avait aussi été employé par le Secrétaire au commerce des États-Unis, Redfield, quand il avait présenté son projet de loi de 1915 (*Annual Report of the Secretary of Commerce* (1915), *op. cit.*) en disant: "Je recommande aussi l'adoption d'une loi complémentaire de la loi antitrust Clayton ...". Or, nous avons déjà indiqué, en examinant le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916, qu'à notre avis la ligne de démarcation entre antidumping et antitrust n'était pas si nette à l'époque, ne serait-ce que parce que la notion d'action antidumping était encore plus ou moins embryonnaire et qu'elle n'était probablement pas encore perçue aux États-Unis comme un instrument commercial indépendant de l'action antitrust.

6.138 Nous ne sommes donc pas en mesure de tirer de conclusion définitive des énonciations de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Cooper*. Même si la Cour suprême avait expressément dit que la Loi de 1916 était une loi antitrust ou une loi antidumping, cette affirmation ne présenterait aucun intérêt pour le Groupe spécial dès lors qu'elle ne serait pas étayée par une explication des raisons pour lesquelles la Cour suprême était de cet avis, ou des conséquences que cette affirmation impliquait pour l'interprétation du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916.

6.139 De ce fait, toute conclusion reposant sur la jurisprudence américaine devient délicate en l'absence de précédent sans ambiguïté au plus haut degré de juridiction du système américain. Cela ne signifie pas pour autant que nous ne découvrirons pas d'interprétation unanime, voire dominante qui soit convaincante. De fait, les décisions judiciaires sont bien souvent définitives en pratique au niveau des cours d'appel de circuit, entre autres raisons parce que la possibilité de former un recours devant la Cour suprême des États-Unis n'est pas automatiquement accordée.

iii) *L'interprétation du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 au niveau des cours de circuit*

Le "dumping" comme notion de commerce international appliquée dans un contexte antitrust

6.140 Envisageant les autres affaires mentionnées par les parties et jugées soit au niveau du tribunal de district, soit à celui de la cour d'appel, le Groupe spécial relève que, dans *Zenith III* (1980), le tribunal dit que la Loi de 1916

"devrait être interprétée autant que possible dans un sens parallèle à la loi sur la "concurrence déloyale" applicable au commerce intérieur. Puisque la Loi de 1916 est une loi relative à la discrimination de prix, elle devrait être lue en tandem avec la loi sur la discrimination de prix, à savoir l'article 2 de la Loi Clayton, qui a été modifié en 1936 par la Loi Robinson-Patman de 1936."

6.141 Les États-Unis font très largement fond sur cette énonciation et d'autres analogues³⁹⁵ pour affirmer que la Loi de 1916 devrait être interprétée semblablement à la Loi Robinson-Patman. Or, comme nous l'indiquons plus haut, le fait que la Loi de 1916 a été adoptée à des fins antitrust et le fait qu'elle mêle le "dumping" à d'autres critères qui sont typiques de la législation antitrust américaine ne sont pas pertinents en l'espèce. Ce qui compte pour nous, c'est la manière dont les tribunaux américains ont traité la discrimination de prix transnationale. Au niveau du tribunal de district, les États-Unis se sont beaucoup appuyés sur la décision *Zenith III* de 1980. Nous observons, en ce qui concerne la discrimination de prix *stricto sensu*, que le tribunal, après avoir rappelé la définition du dumping selon Viner, dit que "pour répéter une évidence, la Loi antidumping de 1916 est une prohibition de la discrimination de prix internationale." Cela tendrait à confirmer que le tribunal a appliqué le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 sans y voir de prescriptions supplémentaires du type antitrust propres à en modifier le sens. Le tribunal rappelle aussi que, "en tant qu'elle vise la discrimination de prix, la Loi antidumping de 1916 est fonctionnellement semblable aux lois sur la discrimination de prix qui sont applicables à l'activité commerciale intérieure". Toutefois, cela date d'avant l'introduction - implicitement dans l'affaire *In re Japanese Electronic Products III* ou explicitement dans l'affaire *Brooke Group* - du critère des prix prédateurs et de la récupération. Nous ne disposons d'aucun élément établissant clairement qu'avant les décisions rendues dans ces affaires, le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 était appliqué différemment de ce qui est indiqué dans la loi elle-même.

³⁹⁵ Voir *Zenith III*, page 1223.

6.142 En examinant le contexte historique et les travaux préparatoires, nous nous sommes penchés sur la conclusion du juge de *Zenith III* au sujet de la comparaison de prix, à savoir que les produits vendus aux États-Unis et les produits vendus dans le pays étranger devaient être de "type et qualité similaires", au sens où l'expression est employée à l'article 2 de la Loi Clayton modifié par la Loi Robinson-Patman. Nous notons que dans *In re Japanese Electronic Products II* (1983), la cour d'appel a confirmé que l'expression "la valeur commerciale effective ou le prix de gros de ces articles" était un terme de métier emprunté à la Loi douanière de 1913 et défini dans cette loi.³⁹⁶ Les conclusions que nous avons dégagées du contexte historique en examinant la question de la comparaison des produits dans le cadre du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916³⁹⁷ ne se trouvent pas entamées par les décisions judiciaires ultérieures traitant cet aspect du critère.

6.143 Nous n'avons pas décelé dans les décisions évoquées par les États-Unis d'autres éléments propres à démontrer que le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916, en tant que tel, a été altéré par les tentatives pour introduire un parallélisme avec la Loi Robinson-Patman. De fait, dans *Zenith II* (1975), le tribunal a eu largement recours aux "définitions courantes des dictionnaires" pour interpréter les termes de la Loi de 1916 qui avaient été contestés par les défendeurs au motif qu'ils étaient trop vagues. Il s'agissait des termes "de manière habituelle et systématique" et "autres impositions et frais nécessairement afférents à l'importation et la vente". Pour le terme "substantiellement", le juge ne s'est référé qu'à la jurisprudence relative à la Loi Clayton pour conclure que si, dans l'expression "réduire substantiellement la concurrence" de la Loi Clayton, ce terme n'avait pas été jugé inconstitutionnellement vague, le terme "substantiellement inférieur" de la Loi de 1916 ne pouvait pas l'être non plus. Enfin, le tribunal s'en est aussi rapporté à la Loi douanière de 1913 pour interpréter l'expression "valeur commerciale effective ou prix de gros".

6.144 Les États-Unis indiquent aussi que toutes les décisions définitives et sans recours rendues par des juridictions américaines sont venues confirmer l'analyse faite dans *Zenith III*. Nous notons cependant que dans un certain nombre de ces affaires, il s'agissait de la qualité pour agir au civil sur le fondement de la Loi de 1916³⁹⁸, ou plus généralement du problème de l'établissement du fondement d'une d'action.³⁹⁹ Si elles confirment *Zenith III*, il semble que ce soit essentiellement parce qu'elles n'en contestent pas les conclusions, dont nous avons constaté qu'elles ne modifient pas nos constatations provisoires fondées sur le seul texte de la Loi de 1916. En réalité, les tribunaux paraissent avoir concentré leurs efforts sur d'autres aspects de la Loi de 1916, telles ses dispositions relatives à la qualité pour agir et aux dommages-intérêts, qui ont été jugées "foncièrement les mêmes que celles qui sont applicables aux lois antitrust en vertu de l'article 4 de la Loi Clayton", et sur la disposition prévoyant des sanctions pénales, qui est "pratiquement identique aux dispositions correspondantes de la loi antitrust Sherman en vigueur à l'époque et spécifie les mêmes peines."⁴⁰⁰

6.145 D'autres éléments tendent à démontrer que les tribunaux ont envisagé le critère de la discrimination de prix transnationale figurant dans la Loi de 1916 comme le "dumping" au sens de l'article VI du GATT de 1994. Ainsi, un certain nombre de ces décisions, y compris celles que les États-Unis ont citées à l'appui de leur position, font référence à la définition du dumping donnée par

³⁹⁶ Voir *In re Japanese Electronic Products II*, page 324.

³⁹⁷ Voir plus haut les paragraphes 6.124–6.126.

³⁹⁸ Voir *Schwimmer v. Sony Corp. of America* (1979), *op. cit.*; *Schwimmer v. Sony Corp. of America* (1980), *op. cit.*; *Western Concrete Structures Co. v. Mitsui & Co.* (1985).

³⁹⁹ *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida* (1980), *op. cit.*; *Outboard Marine Corporation v. Pezetel* (1978), *op. cit.*

⁴⁰⁰ *Zenith III*, page 1214.

Jacob Viner, à savoir, "une discrimination de prix entre des acheteurs opérant sur des marchés nationaux différents"⁴⁰¹, et traitent généralement le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 comme "dumping", sans autre précision. À cet égard, le juge de l'affaire *Zenith II* n'a pas cru nécessaire d'aller plus loin que cette définition et le titre familial de la Loi de 1916 pour conclure en ces termes:

"Une loi visant à réglementer l'activité économique aurait difficilement pu en venir à être désignée comme une "loi antidumping" si les milieux économiques auxquels cette loi s'adressait ne savaient pas ce qu'était le dumping."⁴⁰²

6.146 Ces exemples attestent que certaines juridictions américaines, indépendamment de leur interprétation des autres parties de la Loi de 1916, ont considéré que le critère de la discrimination de prix transnationale devait être interprété comme du "dumping", ainsi qu'on l'entend aussi dans le commerce international, et en vertu des règles du droit commercial américain.

Le critère *Brooke Group* de la récupération

6.147 Les États-Unis soutiennent que depuis l'arrêt rendu par la Cour d'appel du troisième circuit en 1986 dans l'affaire *In Re Japanese Electronic Products III* et celui de la Cour suprême de 1993 dans *Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corporation*⁴⁰³, les tribunaux ont appliqué à la Loi de 1916 le critère antitrust des prix prédateurs et de la récupération élaboré dans ces affaires.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ J. Viner, *Dumping: A Problem in International Trade*, édition 1966, page 4. Voir, par exemple, *Zenith II* (1975), *Outboard Marine Corporation v. Pezetel* (1978), page 408; *Zenith III* (1980); *In re Japanese Electronic Products II* (1983), page 321.

⁴⁰² *Zenith II*, page 258. Voir aussi ce que disait le tribunal dans *Zenith III*, page 1196:

"C'est aussi pour nous l'occasion de comparer la Loi de 1916, qui ouvre aux particuliers l'action en dommages-intérêts triples et prévoit des sanctions pénales pour le dumping, avec la Loi antidumping de 1921"

Les termes employés par le tribunal et les développements auxquels il se livre dans la suite de sa décision prouvent que le "dumping" n'était pas interprété différemment dans la Loi de 1916 et dans la Loi de 1921, laquelle demeura la Loi antidumping américaine reposant sur des enquêtes administratives appliquée jusqu'à la mise en œuvre de l'Accord du Tokyo Round. Le fait que les tribunaux américains entendent le "dumping" dans un sens qui correspond à la définition de cette notion figurant à l'article VI:1 du GATT de 1994 est confirmé par ce que dit la cour dans la décision *In re Japanese Electronic Products II*, page 324:

"Le premier élément nécessaire à une constatation de dumping dans le cadre de la Loi de 1916 est la preuve de l'existence d'une différence de prix entre deux produits comparables, dont l'un est importé ou vendu aux États-Unis et l'autre est vendu dans le pays exportateur."

Voir aussi *Helmac II* (1993), page 591, où le juge constatait que le facteur déterminant de la responsabilité dans le cadre de la Loi de 1916 était "le dumping - l'application à des produits sur le marché américain d'un prix inférieur au prix pratiqué sur le marché du pays d'origine".

⁴⁰³ 509 U.S. 209, 118 S.Ct. 2578, ci-après l'"affaire *Brooke Group*".

⁴⁰⁴ Bien que les parties aient discuté de ce qu'implique l'arrêt *In Re Japanese Electronic Products III*, nous ne jugeons pas nécessaire de déterminer si la cour d'appel a effectivement appliqué dans cette affaire le critère prix prédateurs/récupération établi ultérieurement par la Cour suprême dans l'affaire *Brooke Group*. Pour les besoins de notre analyse, nous admettons que la cour d'appel, dans *In Re Japanese Electronic Products III*, a en fait appliqué une règle analogue au critère *Brooke Group*.

6.148 À notre sens, le critère prix prédateurs/récupération retenu dans l'affaire *Brooke Group* exige du demandeur i) qu'il établisse que les prix dont il se plaint sont inférieurs à une mesure appropriée des coûts de son concurrent et ii) qu'il démontre que le concurrent avait une perspective raisonnable de récupérer ce qu'il investissait en appliquant des prix inférieurs à ses coûts.⁴⁰⁵ La Cour suprême a également dit que la preuve de l'application d'un prix inférieur au coût n'est pas en soi suffisante pour permettre d'inférer la probabilité d'une récupération et une atteinte à la concurrence. Pour déterminer si la récupération des pertes prédatrices est probable, il faut une estimation du coût de la prédation alléguée et une analyse serrée de la machination alléguée par le demandeur, ainsi que de la structure et des conditions du marché à considérer.⁴⁰⁶

6.149 On ne distingue pas très bien si le critère de la récupération devrait s'analyser comme un élément du critère de la discrimination de prix transnationale ou de celui de l'"intention" dans la Loi de 1916. De ce fait, pour voir si le critère *Brooke Group* est applicable au critère de la discrimination de prix de la Loi de 1916, nous devons partir de l'hypothèse que la récupération des pertes sur les prix prédateurs est liée plus au type de discrimination de prix que l'importateur peut pratiquer ou au montant de celle-ci qu'à son intention de frapper le marché américain. Si le critère *Brooke Group* se rattache à celui de l'"intention" de la Loi de 1916, il ne saurait agir sur celui de la discrimination de prix transnationale de cette loi.

6.150 Cela dit, en ce qui concerne le premier élément du critère *Brooke Group*, c'est-à-dire les prix inférieurs aux coûts, nous ne considérons pas que l'introduction d'un critère de prix inférieurs aux coûts rendrait l'article VI du GATT de 1994 inapplicable à la Loi de 1916, essentiellement parce qu'il n'est pas question d'ordre de grandeur de la différence de prix dans la définition du dumping énoncée à l'article VI:1. Il ne nous échappe pas qu'aux termes de l'article 5.8 de l'Accord antidumping "la clôture de l'enquête sera immédiate dans les cas où les autorités détermineront que la marge de dumping est *"de minimis"*, c'est-à-dire inférieure à 2 pour cent du prix à l'exportation. Rien ne nous prouve que cette marge de dumping *de minimis* ait le moindre rapport avec aucun type de critère de prix inférieur au coût qui s'applique dans le cadre de la législation antitrust. Peut-être l'application d'un tel critère dans celui de la Loi de 1916 rend-elle plus difficile l'établissement d'une différence de prix transnationale, mais elle ne change rien à la prescription fondamentale qui oblige à établir l'existence d'une différence de prix dans le cadre de la Loi de 1916, ce qui est aussi la prescription fondamentale de l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.151 Pour ce qui est du second élément, la récupération du coût de la prédation, nous ne pensons pas non plus que l'introduction d'une condition de récupération dans le cadre de la Loi de 1916 rendrait l'article VI du GATT de 1994 inapplicable à cette loi, et ce, essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, la définition du dumping énoncée à l'article VI:1 demeurerait applicable. Même si une récupération de ce coût devait être prescrite en sus d'une différence de prix, il faudrait toujours commencer par constater une différence de prix. La seconde raison est davantage d'ordre économique. Étant donné que, dans le cas de discrimination de prix transnationale, il se peut que l'exportateur bénéficie d'un marché intérieur isolé - ce qui passe souvent pour l'une des conditions de la possibilité même d'un dumping -, il n'y a pas nécessairement toujours récupération sur le marché d'*exportation* quand les prix prédateurs sont pratiqués à l'échelle internationale. L'exigence d'une récupération, qui peut se justifier dans les cas de discrimination de prix sur le seul marché des États-Unis, est sans doute économiquement discutable quand il s'agit de discrimination de prix transnationale, du moins lorsque l'exportateur n'a pas besoin de rentrer dans ses frais sur le marché des

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pages 2587 et 2588.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, page 2589.

États-Unis.⁴⁰⁷ De fait, il peut se faire que la société qui exporte à des prix de dumping réussisse en même temps à récupérer ses coûts "de dumping" à travers ses ventes sur son marché intérieur.

6.152 Cela dit, le Groupe spécial a pour tâche de clarifier des dispositions de l'Accord sur l'OMC, et non d'analyser des questions antitrust particulières. C'est pourquoi, ayant exprimé les réserves indiquées ci-dessus, nous verrons à présent si, en effet, le critère *Brooke Group* a été réellement et régulièrement appliqué par les tribunaux américains dans leur interprétation de la Loi de 1916.

6.153 Si la décision de la Cour suprême en l'affaire *Brooke Group* est applicable à la Loi de 1916, on s'attendrait que les autres juridictions qui ont eu à examiner des plaintes sur le fondement de la Loi de 1916 appliquent ce critère. Nous ne disposons d'aucun élément indiquant clairement que tel a été le cas, même si l'on admet que ce critère était déjà applicable depuis *In re Japanese Electronic Products III* (1986), ainsi qu'il apparaîtrait de la réaction des tribunaux dans les affaires *Geneva Steel*⁴⁰⁸ et *Wheeling-Pittsburgh*.⁴⁰⁹

6.154 Dans ce contexte, les parties ont discuté de la teneur de la décision *Helmac I* (1992). Si nous avons bien compris, le juge a conclu dans cette affaire que le demandeur n'avait pas à établir la récupération. Au contraire, il a noté l'importance de la différence de terminologie entre la Loi de 1916 et les lois antitrust américaines. Selon lui, la Loi de 1916

"s'attache à l'intention, alors que les lois antitrust s'attachent à l'effet. Outre l'atteinte à la concurrence, la Loi antidumping ouvre aussi une action lorsque le défendeur tente, entre autres choses, de léser une branche de production aux États-Unis."⁴¹⁰

Le juge a dit, mais à titre de simple possibilité, qu'il y aurait lieu d'adopter la théorie de la récupération si *Helmac*, demandeur dans cette affaire, avait allégué que le comportement du défendeur portait atteinte à la concurrence. Comme *Helmac* invoquait une tentative pour causer un dommage à une *branche de production* aux États-Unis, le juge a conclu qu'il n'était pas nécessaire de prouver l'aptitude à récupérer les pertes.⁴¹¹ Dans la décision *Helmac II* (1993), le tribunal a fait une différence entre la responsabilité, dont une constatation de dumping était la condition, et le calcul du dommage causé à la branche de production nationale.⁴¹²

6.155 Partant, nous considérons que nous ne disposons pas d'éléments de preuve suffisants de l'application effective du critère *Brooke Group* aux affaires jugées dans le cadre de la Loi de 1916 en ce qui concerne l'établissement de la discrimination de prix prescrit par cette loi.

Les décisions avant dire droit invoquées par les Communautés européennes

6.156 Les CE invoquent deux jugements interlocutoires rendus dans les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* au soutien de leurs allégations selon lesquelles la Loi de 1916 vise le dumping au sens de l'article VI du GATT de 1994. Les États-Unis font valoir que ces deux décisions ne sont ni

⁴⁰⁷ Nous jugeons pertinent le point de vue exprimé dans *Note, Rethinking the 1916 Anti-Dumping Act*, Harvard Law Review, Vol. 110, n° 7, mai 1997, page 1555, page 1556, article communiqué par les CE.

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, voir plus loin le paragraphe 6.158.

⁴⁰⁹ *Op. cit.*, voir plus loin le paragraphe 6.160.

⁴¹⁰ *Helmac I*, *op. cit.*, pages 575 et 576.

⁴¹¹ *Ibid.*, page 575.

⁴¹² *Helmac II*, *op. cit.*, page 591.

définitives ni sans recours en droit américain. Elles ne sauraient donc, à l'heure actuelle, être considérées par le Groupe spécial comme des interprétations faisant autorité du droit américain.

6.157 Nous sommes parfaitement conscients du fait que ces décisions ne sont que des jugements avant dire droit. Nous considérons qu'il ressort déjà de notre examen des autres décisions - définitives - évoquées par les parties que les tribunaux américains n'ont pas interprété le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 dans un sens qui situe celle-ci hors de la portée de l'article VI du GATT de 1994. Toutefois, nous rappelons que nous sommes tenus de procéder à une évaluation objective des faits de la cause. Comme ces deux jugements interlocutoires livrent, en fait à l'instar des affaires *Zenith*, une analyse détaillée de l'origine, des objectifs et du fonctionnement pratique de la Loi de 1916, il nous a paru utile de les prendre aussi en considération. Nous observons par ailleurs que ces deux affaires sont postérieures aux affaires *Zenith* et à l'arrêt *Brooke Group* de la Cour suprême. Il convient de les envisager à la lumière des arguments des États-Unis reposant sur ces décisions. Enfin, comme nous l'indiquions au paragraphe 6.134 a), nous nous intéressons au raisonnement suivi par les juridictions américaines en ce qu'il précise comment joue le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916. Si ce raisonnement est convaincant, il nous paraît justifié d'en tenir compte dans notre examen.

6.158 Dans l'affaire *Geneva Steel*, le tribunal de district s'est demandé si la Loi de 1916 exige toujours la preuve de prix prédateurs de type antitrust. Comme, selon nous, l'intention qui préside à l'application de prix prédateurs est sans incidence sur le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916, nous ne considérons pas ce jugement comme directement pertinent en l'espèce. Nous relevons cependant que, selon ce tribunal, "par les mots qu'il a choisis, le Congrès a protégé l'industrie américaine contre le dumping déloyal".⁴¹³ Eu égard à nos conclusions sur l'emploi du mot "dumping" dans d'autres décisions, nous présumons que ce tribunal a délibérément employé le mot "dumping" dans le même sens que celui qui lui est donné à l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.159 Il y a d'autres raisonnements du juge de *Geneva Steel* qui nous intéressent dans la mesure où ils paraissent confirmer notre interprétation de la jurisprudence. Ainsi, à propos de la conclusion du tribunal dans *Zenith III* que la Loi de 1916 était "une loi antitrust, et non pas une loi protectionniste", il a dit que cette conclusion n'apparaissait pas nécessaire à la constatation faite dans la même affaire que les mots "ces articles" recouvraient aussi les articles "semblables".⁴¹⁴ Ce point de vue est proche de celui du Groupe spécial puisque, selon nous, la constatation de l'applicabilité du critère des "type et qualité similaires" de la Loi Clayton en l'affaire *Zenith III* n'était pas nécessaire quand il avait déjà été établi que le passage pertinent de la Loi de 1916 avait été importé de la Loi douanière de 1913, qui prévoyait un critère de "similitude". Nous observons aussi que, dans cette même affaire *Geneva Steel*, le juge a constaté que les termes de la Loi de 1916 étaient sans ambiguïté⁴¹⁵, comme nous l'avons fait en examinant le texte de la Loi de 1916 isolément.

6.160 Dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal ne s'est pas occupé du critère de la discrimination de prix de la Loi de 1916 en lui-même, mais de la question de savoir si une intention prédatrice devait être démontrée. Son raisonnement est donc moins pertinent en l'espèce, exception faite de son analyse de l'introduction du critère prix prédateurs/récupération de leur coût dans la Loi de 1916.⁴¹⁶ À cet égard, comme le juge de l'affaire *Geneva Steel*, il a rejeté l'application de ce critère

⁴¹³ *Geneva Steel*, op. cit., page 1217.

⁴¹⁴ *Ibid.*, page 1218.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pages 1222 et 1223.

⁴¹⁶ Le juge de l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* (1999) a indiqué pourquoi, à son avis, l'élément "prix prédateurs" du critère *Brooke Group* ne pouvait pas s'appliquer dans le cadre de la Loi de 1916: "en exigeant du demandeur qu'il prouve "l'intention de léser une branche de production nationale" en pratiquant des prix

pour certains cas d'application de la Loi de 1916 parce qu'elle mettait une double preuve à la charge des demandeurs. De fait, il a considéré que le juge de *Zenith III* avait ajouté à l'"intention" de léser ou d'éliminer une branche de production nationale ou d'en empêcher la création, qui figure dans le texte de la Loi de 1916, "un type antitrust de prix prédateurs, recouvrant la perspective raisonnable de s'assurer ainsi le contrôle du marché et de récupérer [le coût de] ces prix".⁴¹⁷

6.161 Les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* éclairent d'un jour nouveau l'interprétation du critère prix prédateurs/récupération parce qu'elles traitent très précisément la question de son application. Elles apportent aussi des preuves supplémentaires de ce que certains tribunaux de district ne se jugent pas forcés, tout au moins dans les débuts de l'examen d'une question, de faire application du critère prix prédateurs/récupération de l'affaire *Brooke Group* aux allégations fondées sur la Loi de 1916.

iv) *Conclusion*

6.162 Nous concluons que les tribunaux ont apprécié le critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 en se fondant essentiellement sur le texte même de la Loi de 1916, sans y ajouter grand-chose. Nous concluons aussi que, au mieux, nous ne disposons d'aucun élément de preuve très net de la pertinence et d'une application constante du critère de la récupération du coût - pas plus que d'autres critères "antitrust" comme les prix inférieurs aux coûts - dans la mise en œuvre du critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916. Conformément à la démarche que nous avons retenue⁴¹⁸, nous constatons que la jurisprudence américaine corrobore notre conclusion initiale que la Loi de 1916 vise le "dumping" au sens de l'article VI:1 du GATT de 1994.

3. Conclusions sur l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 à la Loi de 1916

a) La Loi de 1916 se situe dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994

6.163 Ayant interprété l'article VI du GATT de 1994 conformément aux dispositions de la Convention de Vienne, nous sommes parvenus à la conclusion que les règles et disciplines de cet article s'appliquent aux lois qui visent le "dumping" tel que celui-ci est défini à l'article VI:1. Après avoir examiné le texte de la Loi de 1916, nous avons constaté que le critère de la discrimination de prix transnationale qu'elle renferme relève de la définition du "dumping" énoncée à l'article VI:1 du GATT de 1994. À partir de notre interprétation de l'article VI, nous avons aussi constaté qu'aucune des conditions ou prescriptions supplémentaires énoncées dans le texte de cette loi n'est de nature à faire sortir le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 du champ de la définition du "dumping" de l'article VI:1, ni à modifier en quoi que ce soit d'autre nos conclusions. Nous n'avons trouvé dans les travaux préparatoires aucun élément de preuve convaincant qui doive nous amener à entendre les termes du critère de discrimination de prix de la Loi de 1916 autrement que nous l'avons fait. Enfin, il ne ressort pas de notre examen des décisions judiciaires communiquées par les parties que les tribunaux américains aient interprété le critère de la discrimination de prix transnationale de la Loi de 1916 de telle sorte qu'il ne répondrait plus à la définition de l'article VI:1 du GATT de 1994.

inférieurs aux coûts, la Loi antidumping de 1916 prescrit effectivement la preuve d'une intention prédatrice, quoique d'une sorte différente." Toutefois, comme son raisonnement reposait sur l'"intention" prescrite par la Loi de 1916, il ne nous paraît pas nécessaire de nous y arrêter.

⁴¹⁷ *Wheeling-Pittsburgh*, op. cit., page 605.

⁴¹⁸ Voir plus haut les paragraphes 6.134 et 6.135.

6.164 Cette conclusion élimine aussi l'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 a été interprétée de telle sorte qu'elle se situe en dehors du champ d'application de l'article VI du GATT de 1994.

6.165 Ayant constaté que l'article VI du GATT de 1994 s'applique à la Loi de 1916, nous notons que l'article premier de l'Accord antidumping dispose qu'une mesure antidumping ne sera appliquée qu'à la suite d'enquêtes ouvertes et menées en conformité avec les dispositions de cet accord. De plus, aux termes de la seconde phrase de l'article premier,

"les dispositions [de l'Accord antidumping] régissent l'application de l'article VI du GATT de 1994 pour autant que des mesures soient prises dans le cadre d'une législation ou d'une réglementation antidumping."

Étant donné le lien qui existe entre l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping, nous constatons que l'applicabilité de l'article VI à la Loi de 1916 implique aussi l'applicabilité de l'Accord antidumping.

b) La Loi de 1916 est une loi impérative au sens de la pratique du GATT de 1947/de l'OMC

6.166 Sur le pouvoir discrétionnaire dont le Département de la justice des États-Unis est investi et qui, selon les États-Unis, conférerait à la Loi de 1916 un caractère non impératif, nous rappelons notre raisonnement exposé au paragraphe 6.92.

6.167 Les CE affirment que nous devrions nous appuyer sur le rapport du groupe spécial *États-Unis – Définition de la branche de production du vin* et en conclure qu'une "législation relative aux mesures correctives en matière commerciale" n'est pas "non impérative" du simple fait que l'administration a le pouvoir discrétionnaire d'ouvrir ou non une enquête. Nous considérons que, dans l'affaire *États-Unis – Définition de la branche de production du vin*, le groupe spécial n'avait pas examiné la nature impérative ou non impérative de la législation américaine sur les droits compensateurs. En revanche, il avait dit que son mandat lui assignait pour tâche d'examiner la conformité de la législation contestée avec les dispositions de l'Accord du Tokyo Round sur les subventions, "ainsi que le prescrit son article 19:5 a)".⁴²⁰ À partir de là, il avait entrepris d'examiner comme tel l'article 612 a) 1) de la Loi de 1984 relative au commerce extérieur et au tarif douanier.

6.168 Les CE font aussi référence au rapport du groupe spécial *CE – Cassettes audio*, qui n'a pas été adopté.⁴²¹ Il y était indiqué pourquoi le simple fait que l'ouverture des enquêtes antidumping était discrétionnaire ne rendrait pas la législation communautaire non impérative. Le groupe spécial y déclarait ce qui suit:

"[il] a considéré, en tout état de cause, que sa tâche ne consistait pas en l'espèce à déterminer si le Règlement de base de la CE dans sa totalité était non impératif en ce sens que l'ouverture des enquêtes et l'institution de droits n'étaient pas des fonctions impératives. Si des groupes spéciaux acceptaient cette approche, ils ne pourraient jamais examiner la teneur d'une législation antidumping d'une partie."⁴²²

⁴²⁰ *Op. cit.*, paragraphe 4.1. L'article 19:5 a) de l'Accord du Tokyo Round sur les subventions était l'équivalent de l'article 16:6 a) de l'Accord antidumping du Tokyo Round (voir plus loin la note 423).

⁴²¹ *Op. cit.* Sur la valeur juridique des rapports de groupes spéciaux non adoptés, voir plus haut la note 358 et sa référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*.

⁴²² *Op. cit.*, paragraphe 362.

Ce groupe spécial fondait son raisonnement sur le fait que cela porterait atteinte à l'obligation prescrite à l'article 16:6 de l'Accord antidumping du Tokyo Round, disposition aux termes de laquelle les parties devaient mettre leurs lois, règlements et procédures administratives en conformité avec les dispositions de cet accord.⁴²³ Nous relevons que l'on trouve des termes presque identiques à l'article 18.4 de l'Accord antidumping de l'OMC, qui est ainsi conçu:

"Chaque Membre prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard à la date où l'Accord sur l'OMC entrera en vigueur pour lui, la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions du présent accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer au Membre en question."

Puisque nous avons constaté que l'article VI et l'Accord antidumping de l'OMC sont applicables à la Loi de 1916, nous considérons que le raisonnement du groupe spécial en l'affaire *CE - Cassettes audio* devrait s'appliquer en l'espèce. Une interprétation différente des dispositions de l'article 18.4 mettrait en péril les obligations figurant dans cet article et irait à l'encontre du principe général de l'effet utile en privant toutes les disciplines de l'Accord antidumping de leur force obligatoire dès qu'un Membre ferait valoir que l'autorité compétente peut discrétionnairement ouvrir ou non une enquête antidumping.

6.169 Nous concluons par conséquent que le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Département de la justice des États-Unis d'instituer des poursuites en vertu de la Loi de 1916 ne devrait pas être interprété comme faisant de la Loi de 1916 une loi non impérative.

6.170 En conséquence, nous considérons que les États-Unis, partie qui a soulevé ce moyen de défense, n'ont pas fourni d'éléments de preuve convaincants que la Loi de 1916 doive être considérée comme une "législation non impérative" au sens de la pratique du GATT de 1947/de l'OMC.⁴²⁴ Nous constatons par conséquent que la Loi de 1916 ne saurait être considérée comme une "loi non impérative", ce qui aurait pour effet que nous ne serions pas habilités à examiner si elle est en soi conforme aux dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, mais seulement à en examiner la conformité dans des cas particuliers d'application.⁴²⁵

⁴²³ L'article 16:6 a) ("Législation nationale") de l'Accord antidumping du Tokyo Round était ainsi conçu:

"Chaque gouvernement qui acceptera le présent accord ou qui y accédera prendra toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier, pour assurer, au plus tard, à la date où ledit accord entrera en vigueur en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions dudit accord, dans la mesure où elles pourront s'appliquer à la partie en question."

⁴²⁴ Nous rappelons que nous avons constaté au paragraphe 6.87 que la charge de la preuve établie par le groupe spécial de l'affaire *États-Unis – Tabac* n'était pas applicable en l'espèce. Nous notons aussi que, même si ce point est issu d'une question du Groupe spécial, les États-Unis l'ont développé en défense dans leur seconde communication et par la suite. Par application des règles relatives à la charge de la preuve rappelées plus haut aux paragraphes 6.37 à 6.39, nous considérons qu'il appartenait aux États-Unis de fournir des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie* le bien-fondé du moyen invoqué en défense.

⁴²⁵ Ayant constaté que la Loi de 1916 ne saurait être considérée comme législation "non impérative" au sens donné à cette notion dans la pratique du GATT de 1947/de l'OMC, nous ne jugeons pas nécessaire de nous pencher sur les arguments des parties concernant l'incidence de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC sur l'application de cette notion.

c) Conclusions sur l'applicabilité de l'article VI au critère de la discrimination de prix de la Loi de 1916

6.171 Les États-Unis ont mis le Groupe spécial en garde contre les conséquences qu'impliquerait une interprétation du critère de la discrimination de prix de l'article VI si extensive qu'elle pourrait le rendre applicable à toutes les lois antitrust quand celles-ci visent des situations de discrimination de prix transnationale. Les CE considéraient ce risque comme inexistant dès lors que la loi considérée ne s'appliquerait pas qu'aux importations et ne retiendrait pas une définition copiant celle de l'article VI du GATT de 1994.

6.172 Nous rappelons qu'il nous a été demandé d'examiner la conformité de la Loi de 1916 avec les dispositions de l'Accord sur l'OMC, et non de traiter la question générale des rapports entre le droit commercial et le droit antitrust. Pour évaluer la compatibilité de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC, nous avons interprété les dispositions de l'article VI:1 du GATT de 1994 conformément aux principes généraux d'interprétation du droit international public, consacrés par la Convention de Vienne. Cet exercice nous a amenés à conclure que les termes de l'article VI, interprétés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC, s'appliquent à la forme de discrimination de prix transnationale qui est la cible de la Loi de 1916. Les États-Unis ne nous ont fourni aucun élément de fait ou argument propre à démontrer que nous aurions dû lire à l'article VI:1 une restriction visant le risque souligné par eux et indiqué au paragraphe précédent.⁴²⁶ Comme l'Organe d'appel l'a rappelé, nous ne devons pas importer dans le texte de l'Accord sur l'OMC des conditions qui ne ressortent pas de ses termes interprétés conformément à la Convention de Vienne.⁴²⁷ Notre conclusion cadre par conséquent parfaitement avec notre mandat.

6.173 Qui plus est, nous ne sommes pas convaincus que notre conclusion, appliquée en dehors du contexte du présent différend, engendrerait l'effet évoqué par les États-Unis.

6.174 En premier lieu, nous relevons que la discrimination de prix transnationale visée par la définition du "dumping" à l'article VI:1 du GATT de 1994 n'est qu'un type étroitement circonscrit de discrimination de prix. Les autres types de discrimination de prix, à commencer par celle dite de "première ligne" dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, n'entrent pas dans le champ de la définition du "dumping" de l'article VI:1.⁴²⁸ En particulier, la définition de l'article VI:1 ne concerne pas la discrimination de prix pratiquée sur un même territoire national.

⁴²⁶ Nous observons que, en tout état de cause, le champ d'application de l'Accord sur l'OMC n'exclut pas *a priori* les pratiques commerciales restrictives. Ainsi, le fait que la Loi de 1916 soit une loi antitrust ne suffirait pas à lui seul à exclure l'application à cette loi des règles de l'OMC. Nous relevons que les groupes spéciaux, dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC, ont envisagé divers aspects des pratiques commerciales restrictives introduites par des gouvernements lorsque ces pratiques avaient pour effet d'entraver l'accès à leur marché des produits étrangers ou la pénétration des entreprises étrangères (voir, par exemple, *Japon - Commerce des semi-conducteurs*, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, *Japon - Films*, adopté le 22 avril 1998, WT/DS44/R, et M. Matsushita: *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process in International Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, E.-U. Petersmann (dir. publ.) (1997), page 359. En conséquence, nous ne considérons pas l'opposition droit commercial/droit antitrust, dans la mesure où elle reposerait sur l'hypothèse que les disciplines de l'OMC ne sont pas censées s'appliquer aux pratiques restrictives commerciales, comme une restriction à l'application des règles et disciplines de l'OMC.

⁴²⁷ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevet (EU)*, *op. cit.*, paragraphe 45, où l'Organe d'appel dit que les principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne "ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus."

⁴²⁸ À notre demande, les États-Unis ont confirmé que pour qu'il y ait discrimination de prix de première ligne au sens de la Loi Robinson-Patman, il faut que les deux produits entrant en ligne de compte dans la

6.175 Deuxièmement, en vertu de l'article VI:1 du GATT de 1994, la mise en évidence du "dumping" est le point de départ de toute détermination de l'existence d'un dumping dommageable. C'est le seul fondement possible de l'ouverture par un Membre d'une enquête antidumping. Le dommage qui ne se rattache pas par un lien de causalité au dumping ne peut pas être traité par des mesures antidumping.⁴²⁹ Par comparaison, la désorganisation d'un marché dans un cas donné peut avoir des causes diverses en droit antitrust. Pour déterminer ce qui pourrait être à l'origine de certains prix, on cherchera dans une enquête antitrust à déceler des pratiques précises comme la collusion de prix ou l'abus de position dominante. Le Groupe spécial croit savoir que la discrimination de prix transnationale du genre visé par la définition du "dumping" de l'article VI:1 du GATT de 1994 n'est pas suffisante en droit antitrust pour servir de fondement à une allégation de violation de la législation antitrust, même en présence d'une désorganisation du marché d'exportation provoquée par les prix. Il est nécessaire de faire la démonstration d'autres pratiques bien précises, comme le monopole, l'abus de position dominante, l'accord sur les prix ou les pratiques concertées, dont la discrimination de prix internationale peut tout au plus constituer un indice.

6.176 Nous concluons par conséquent qu'il est très peu probable que nos constatations relatives à l'article VI:1 du GATT de 1994 puissent avoir une incidence sur l'application des lois antitrust des Membres, puisque la discrimination de prix transnationale, telle qu'elle est définie à l'article VI:1 du GATT de 1994, n'est qu'une forme, très limitée, de discrimination de prix parmi d'autres et ne paraît guère pouvoir constituer en soi l'une des pratiques que le droit antitrust considérerait comme un motif de sanctions.

6.177 Ayant constaté que l'article VI est applicable à la Loi de 1916, nous passons aux violations de l'article VI:1 et VI:2 ainsi que de l'Accord antidumping alléguées par les CE. À partir de nos constatations, nous verrons s'il est nécessaire de traiter la question de l'applicabilité et de la violation de l'article III:4 du GATT de 1994.

E. VIOLATION DE L'ARTICLE VI:1 ET VI:2 DU GATT DE 1994

1. Violation de l'article VI:1 du GATT de 1994

a) La question soumise au Groupe spécial

6.178 Les CE affirment que la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 parce que celui-ci dispose que le dumping est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage à une branche de production nationale. Nous relevons à ce propos que les CE formulent une allégation analogue au titre de l'article 3 de l'Accord antidumping. Les CE font valoir que l'article 3 de l'Accord antidumping énonce une définition détaillée de la notion de dommage au sens de cet accord en précisant comment le dommage peut être établi et qu'il n'y a rien dans la Loi de 1916 qui garantisse que le dommage prouvé devra correspondre au critère du "dommage important" de l'article VI:1 du GATT de 1994 et de l'article 3 de l'Accord antidumping. Les CE font également valoir que comme d'autres intentions entrent en ligne de compte dans le cadre de la Loi de 1916, il y a certains cas de figure où des mesures

discrimination de prix alléguée soient vendus aux fins d'utilisation, de consommation ou de revente aux États-Unis (voir aussi *Zenith I*, *op. cit.*, page 246).

⁴²⁹ Voir l'article 3.5 de l'Accord antidumping, qui stipule que les dommages causés par certains facteurs ne devront pas être imputés aux importations faisant l'objet d'un dumping et cite, parmi ces facteurs, "les pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs". Cette disposition impliquerait, semble-t-il, que le genre de discrimination de prix transnationale défini à l'article VI:1 du GATT de 1994 n'est pas considéré comme faisant partie des pratiques de "concurrence" entre producteurs étrangers et nationaux.

seront autorisées en vertu de la Loi de 1916 sans la moindre recherche des effets exercés sur la branche de production nationale.

b) Analyse

6.179 Nous notons que l'article VI:1 du GATT de 1994 prescrit que soit établie l'existence ou la menace d'un dommage important. Nous notons aussi que l'article 3 de l'Accord antidumping fait partie du contexte de l'article VI:1⁴³⁰, que l'article 31 de la Convention de Vienne nous enjoint de prendre en considération pour interpréter l'article VI:1.

6.180 Nous relevons que l'article VI:1 du GATT de 1994 prescrit que soit établie l'existence ou la menace d'un dommage important. La Loi de 1916 ne vise pas expressément un dommage important ou une menace de dommage important, ni un retard important dans la création d'une branche de production nationale, mais "*l'intention* d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis".⁴³¹ Dans certaines circonstances, une intention sera peut-être plus difficile à prouver qu'un dommage effectif. Aux États-Unis, l'exécutif a très tôt considéré que cette exigence d'une "intention" rendait presque impossible l'imposition de mesures correctives dans le cadre de la Loi de 1916.⁴³² Cependant, la mise en évidence d'une "intention" n'exige peut-être pas toujours une constatation de dommage effectif ou de menace effective de dommage. Le Groupe spécial rappelle que dans l'affaire *Brooke Group*, la Cour suprême a considéré, à propos de documents de planification stratégique d'entreprise évoquant un désir de freiner l'expansion d'un segment déterminé de l'industrie, que "même un acte commis par un concurrent en affaires dans la seule intention de nuire à un autre ne peut pas, sans plus, permettre d'introduire une instance dans le cadre de la législation antitrust fédérale". Ainsi, en admettant que le critère *Brooke Group* s'applique à la Loi de 1916 et en admettant en outre qu'il se rapporte à l'aspect "intention" de cette loi⁴³³, des éléments de preuve de l'application de prix prédateurs et de l'existence de perspectives de récupération sont nécessaires, en sus de l'exposé d'une politique de guerre dans un document interne d'entreprise. Cela dit, nous ne sommes pas convaincus que ces prescriptions puissent être interprétées comme ayant remplacé le critère de l'"intention" par un critère de l'"effet réel" dans la Loi de 1916. Interpréter l'expression "léser une branche de production ou [...] empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis" dans le sens de "causer un dommage important" serait peut-être possible en droit américain. Il demeure que lire la Loi de 1916 en faisant abstraction de l'"intention" qu'elle exige serait une interprétation *contra legem* dont nous n'avons encore vu aucun exemple à propos de la présente affaire.

⁴³⁰ La note de bas de page 9 relative à l'article 3 est ainsi conçue:

"Pour les besoins du présent accord, le terme "dommage" s'entendra, sauf indication contraire, d'un dommage important causé à une branche de production nationale, d'une menace de dommage important pour une branche de production nationale ou d'un retard important dans la création d'une branche de production nationale; il sera interprété conformément aux dispositions de cet article."

⁴³¹ Non souligné dans l'original.

⁴³² Voir *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1220, citant une déclaration consignée dans 56 Cong. Rec. 346 (9 décembre 1919):

"La Commission tarifaire déclare que [la Loi de 1916] est impraticable, pour cette raison qu'il est presque impossible de rapporter la preuve de l'intention chez l'importateur de léser ou d'éliminer des entreprises aux États-Unis par une telle importation ou vente."

⁴³³ Voir plus haut aux paragraphes 6.147-6.155 notre opinion sur ce point.

c) Conclusion

6.181 Pour ce motif, nous constatons que la Loi de 1916, dans la mesure où elle prévoit la mise en évidence d'une "intention" chez le défendeur au lieu des prescriptions de l'article VI relatives au dommage, n'est pas compatible avec l'article VI:1 du GATT de 1994.

6.182 Nous chercherons à présent à déterminer si les droits antidumping sont les seules mesures correctives autorisées au regard de l'article VI.

2. Les droits antidumping comme seule mesure corrective possible en vertu de l'article VI

a) Les questions soumises au Groupe spécial

6.183 Les Communautés européennes font valoir que les droits sont les seules mesures correctives autorisées contre le dumping et que les États-Unis interprètent l'article VI:2 du GATT de 1994 hors contexte et dans un sens contraire à son but manifeste. La seule raison de l'emploi du mot "pourra" à l'article VI:2 est que l'intention n'était pas d'obliger les Membres de l'OMC à imposer des droits antidumping. Pour les CE, l'historique de la négociation confirme que les mesures correctives de l'article VI ont été intentionnellement limitées aux droits antidumping. On ne saurait soutenir que l'introduction de l'article 16.1 dans l'Accord antidumping du Tokyo Round ait changé le sens de l'article VI. De fait, elle le confirme. La raison en est que l'Accord antidumping du Tokyo Round et le GATT de 1947 étaient des ensembles de règles bien distincts, avec des parties différentes et des instruments d'application autonomes.

6.184 Selon les CE, l'adoption de l'Accord antidumping de l'OMC n'a pas modifié le contexte de l'article VI. L'article 18.1 de l'Accord antidumping confirme la limitation des mesures correctives aux droits prévue à l'article VI. Il suffit de s'appuyer sur l'article VI pour affirmer que la Loi de 1916 est contraire aux règles de l'OMC en ce qu'elle prévoit d'autres mesures que les droits pour contrer le dumping. Les CE ne mentionnent les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping qu'à titre d'arguments. Comme l'Organe d'appel l'a dit en l'affaire *Communautés européennes – Bananes*, les allégations, mais non les arguments, doivent être indiquées dans une demande d'établissement d'un groupe spécial. Les énonciations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*⁴³⁴ auxquelles les États-Unis ont fait référence jouent plutôt à l'appui du point de vue des CE selon lequel il n'est pas nécessaire de citer séparément l'Accord antidumping avec l'article VI. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a même jugé que l'article VI ne saurait se lire indépendamment de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

6.185 Les États-Unis font valoir que les termes de l'article VI:2 ne jouent pas au soutien de l'allégation des CE selon laquelle les droits sont les seules mesures correctives autorisées pour combattre le dumping. L'article VI:2 dit seulement qu'un Membre "pourra" ["may" dans la version en anglais] percevoir un droit antidumping pour neutraliser ou empêcher le dumping. La directive énoncée à l'article VI:2 est facultative et n'est pas assortie de réserves. Dans d'autres paragraphes de l'article VI, tels les paragraphes 5 et 6 a), où sont formulées des prohibitions expresses, l'auxiliaire "pourra" est omis [le mot "shall" est employé dans le texte anglais]. Aux yeux des États-Unis, l'historique de la négociation atteste que le recours à d'autres mesures correctives était permis. Ils notent aussi qu'un paragraphe semblable au paragraphe 7 de l'article VI, qui avait été supprimé très tôt dans le GATT de 1947, fut réintroduit à l'article 16.1 de l'Accord antidumping du Tokyo Round. L'incorporation de cette disposition et celle de l'article 18.1 dans l'Accord antidumping de l'OMC prouvent que l'article VI:2 ne signifie pas ce que les CE prétendent qu'il dit. L'interprétation des CE rend ces dispositions superflues. Au surplus, par application de ce que l'Organe d'appel a dit dans son rapport sur l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*, toute allégation de violation doit désormais

⁴³⁴ Adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R (ci-après "*Brésil – Noix de coco desséchée*").

invoquer aussi une disposition particulière de l'Accord antidumping. Pour les États-Unis, les CE ne devraient pas être autorisées à insinuer dans la présente espèce ce qui constitue en réalité des allégations nouvelles au titre des articles 1^{er} et 18.1 pour remédier aux lacunes d'une demande d'établissement d'un groupe spécial. Conformément au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Inde - Brevet (EU)*, les CE auraient dû indiquer leurs allégations au titre des articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping. En tout état de cause, les termes simples des articles 1^{er} et 18.1 prouvent que ces dispositions ne sont pas de simples interprétations de l'article VI mais vont au contraire au-delà, en imposant une limitation des mesures antidumping alors qu'il n'y en a aucune à l'article VI:2.

6.186 Nous observons que, comme nous y invite l'article 3:2 du Mémoire d'accord, nous nous efforcerons de clarifier le sens des dispositions pertinentes en appliquant les principes généraux d'interprétation du droit international public consacrés par la Convention de Vienne.

6.187 Nous n'oublions pas que l'article 31 de la Convention de Vienne prévoit une seule "règle générale d'interprétation", comme l'indique son intitulé. Néanmoins, pour plus de clarté, nous examinerons l'un après l'autre les facteurs à prendre en considération en application de cet article. Si besoin est, pour confirmer le sens découlant de l'application de l'article 31 ou pour le déterminer quand l'interprétation faite en application de l'article 31 donnera un sens ambigu ou obscur ou aboutira à des résultats manifestement absurdes ou déraisonnables, nous pourrions avoir recours aux moyens complémentaires d'interprétation prévus à l'article 32 de la Convention de Vienne. Toutefois, bien que les parties se soient abondamment référées à l'historique de la négociation de l'article VI, il ne nous paraît pas approprié d'en tenir compte à ce stade.

b) Le sens ordinaire des termes de l'article VI:2 du GATT de 1994

6.188 La première phrase de l'article VI:2 du GATT de 1994 prévoit ce qui suit:

"En vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping, toute partie contractante pourra percevoir sur tout produit faisant l'objet d'un dumping un droit antidumping dont le montant ne sera pas supérieur à la marge de dumping afférente à ce produit."

6.189 À l'article VI:2, le seul terme dont le sens soit effectivement discuté par les parties est le verbe "pourra" ["may" en anglais]. Entre autres acceptions courantes, ce verbe, comme auxiliaire, signifie "être apte à, avoir le pouvoir ou la capacité de".⁴³⁵ Envisagé seul, ce verbe pourrait signifier que les Membres n'ont d'autre possibilité que d'imposer des droits ou qu'ils ont le choix entre les droits et d'autres types de mesures. Si le mot "pourra" était employé dans le premier sens, on pourrait soutenir que le terme "seulement" aurait dû être ajouté juste après lui de manière à en limiter la portée. Or, un tel argument méconnaît le contexte immédiat du mot "pourra". L'expression "en vue de neutraliser ou d'empêcher le dumping" définit le cadre dans lequel il faut entendre le terme "pourra". En précisant que le but des mesures antidumping est de "neutraliser" le dumping, et non d'imposer des mesures punitives, l'article VI:2, dans sa première phrase, limite le sens du mot "pourra" au choix pour les Membres entre un droit égal à la marge de dumping et un droit plus faible, et non pas entre des droits antidumping et d'autres mesures.

6.190 Autrement dit, l'idée maîtresse de cette première phrase de l'article VI:2 est de rendre l'imposition de droits facultative et d'en limiter en tout cas le montant à la marge de dumping. Si, comme le suggèrent les États-Unis, cette phrase avait été destinée à autoriser d'autres mesures que les

⁴³⁵ Voir [pour "may"] *The New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), page 1721. Il est évident qu'en examinant le sens ordinaire de ce verbe, nous faisons déjà une lecture sélective du dictionnaire, du fait du contexte général du terme. Nous avons, par exemple, laissé de côté la définition de ce verbe dans le sens de "avoir la possibilité, l'occasion ou être en mesure de ..." ou celle qui, dans l'interprétation de certaines lois, signifie "devoir" ["shall, must," en anglais].

droits antidumping, on peut raisonnablement penser que la chose aurait été spécifiée. Comme nous l'indiquons au paragraphe 6.103, l'article VI était destiné à réglementer le recours des Membres de l'OMC aux mesures antidumping. Il aurait été logique d'indiquer les autres sanctions possibles, surtout si elles pouvaient être plus rigoureuses que l'imposition de droits compensateurs.⁴³⁶ Nous concluons par conséquent que le sens ordinaire des termes de la première phrase de l'article VI:2 vient corroborer l'opinion selon laquelle les droits antidumping sont le seul type de mesures correctives autorisé par l'article VI.

c) Le contexte

6.191 Le contexte immédiat de l'article VI:2 confirme notre interprétation du mot "pourra" [en anglais "may"]. Son élimination [en anglais l'emploi du terme "shall"], comme aux paragraphes 3 à 6 n'était pas nécessaire au paragraphe 2 si l'imposition de droits était censée être facultative, et non impérative, et ne l'était pas non plus pour exprimer l'idée que seuls des droits antidumping pouvaient être imposés.

6.192 Les parties ont longuement discuté de la possibilité pour le Groupe spécial de prendre en considération les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping, car ces dispositions n'étaient pas indiquées à titre d'allégations dans la demande d'établissement du Groupe spécial. L'article premier est ainsi conçu:

"Une mesure antidumping sera appliquée dans les seules circonstances prévues à l'article VI du GATT de 1994, et à la suite d'enquêtes ouvertes [note de bas de page 1] et menées en conformité avec les dispositions du présent accord. Les dispositions qui suivent régissent l'application de l'article VI du GATT de 1994 pour autant que des mesures soient prises dans le cadre d'une législation ou d'une réglementation antidumping."

La note de bas de page 1 relative à l'article premier est ainsi conçue:

"1. Le terme "ouverte" tel qu'il est utilisé dans le présent accord se réfère à l'action de procédure par laquelle un Membre ouvre formellement une enquête conformément à l'article 5."

6.193 L'article 18.1 est ainsi conçu:

"Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre le dumping des exportations d'un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, tel qu'il est interprété par le présent accord. [note de bas de page 24]"

La note de bas de page 24 relative à l'article 18.1 est ainsi conçue:

"24. Cette disposition ne vise pas à empêcher que des mesures soient prises, selon qu'il sera approprié, au titre d'autres dispositions pertinentes du GATT de 1994."

6.194 Nous considérons qu'il est de notre devoir, en vertu de l'article 3:2 du Mémoire d'accord et de l'article 31 de la Convention de Vienne, d'étudier tout contexte de l'article VI:2 qui serait pertinent. Notre analyse serait même incomplète si nous nous en tenions au sens ordinaire du mot "pourra" ou si nous négligions le contexte des termes pour passer immédiatement à l'historique de la

⁴³⁶ Nous relevons à cet égard que l'article 7.2 de l'Accord antidumping, qui prévoit les types de mesures provisoires susceptibles d'être imposées, indique les mesures qui pourront être prises, à savoir, "un droit provisoire ou, de préférence, [...] une garantie".

négociation de l'article VI:2. Comme nous le rappelions au paragraphe 6.26, d'autres groupes spéciaux ont jugé bon de s'appuyer sur des dispositions mentionnées par les parties à titre d'arguments dans leur analyse du contexte d'une disposition particulière.⁴³⁷ En suivant cette démarche, nous ne pensons pas aider les CE à "remédier à une allégation qui présente des lacunes" au titre de l'article VI:2. Il faut distinguer clairement le cas où une disposition n'étaye absolument pas l'allégation formulée par rapport à elle et celui où, comme en l'espèce, le sens ordinaire des termes de la disposition litigieuse pourrait déjà, à lui seul, être interprété comme jouant au soutien de cette allégation. En l'occurrence, nous avons des motifs raisonnables de penser que les termes de l'article VI:2 pourraient corroborer l'interprétation faisant des droits les seules mesures correctives autorisées contre le dumping envisagé en soi. Nous estimons par conséquent qu'il y a lieu d'étudier d'autres dispositions des autres accords visés, et en particulier l'Accord antidumping, comme contexte de l'article VI:2.

6.195 Le titre officiel de l'Accord antidumping est "Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994". Cet accord est capital pour l'interprétation de l'article VI. Ses articles 1^{er} et 18.1 confirment le lien étroit qui existe entre l'article VI et l'Accord antidumping. Au surplus, comme l'Organe d'appel l'a rappelé en l'affaire *Brésil - Noix de coco*, l'Accord sur l'OMC est un instrument conventionnel unique, qui a été accepté par les Membres de l'OMC en tant qu'engagement unique. De ce fait, l'article 18.1 de l'Accord antidumping fait partie du contexte de l'article VI, puisque, aux termes de l'article 31.2 de la Convention de Vienne, "aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend [...] le texte [du traité], préambule et annexes inclus ...". Nous ne sommes donc pas seulement en droit d'envisager l'article 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping, même si les Communautés européennes n'ont pas mentionné ces dispositions parmi leurs allégations dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, nous sommes aussi *tenus* de le faire en vertu des principes généraux d'interprétation du droit international public.⁴³⁸

6.196 En substance, nous considérons que les dispositions des articles 1^{er} et 18.1 limitent les instruments antidumping susceptibles d'être utilisés par les Membres à ceux qui figurent expressément à l'article VI et dans l'Accord antidumping. Exception faite des mesures provisoires et des engagements de prix, le seul type de mesure prévu par l'Accord antidumping est l'imposition de droits. Nous relevons aussi que l'article 9.1 de ce même accord⁴³⁹ institue un lien intime entre le calcul de la marge de dumping prévu à l'article 2 dudit accord et les mesures définitives qu'il est possible d'imposer. Nous concluons par conséquent que le contexte de l'article VI confirme la conclusion provisoire à laquelle nous étions parvenus en nous appuyant sur le sens ordinaire de cette disposition.

6.197 À nos yeux, l'argument des États-Unis ne paraît pas incompatible avec le fait que l'article 18.1 de l'Accord antidumping dise à tout le moins que les droits sont les seules mesures correctives autorisées contre certaines formes de dumping *en vertu de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord*

⁴³⁷ Voir *Inde – Restrictions quantitatives*, *op. cit.*

⁴³⁸ À l'instar du groupe spécial chargé de l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives*, nous n'avons pas l'intention de faire des constatations au regard des articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping dans ce contexte. En conséquence, les prescriptions des articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord ne sont pas pertinentes dans ce cas.

⁴³⁹ L'article 9.1 est ainsi conçu:

"La décision d'imposer ou non un droit antidumping dans les cas où toutes les conditions requises sont remplies et la décision de fixer le montant du droit antidumping à un niveau égal à la totalité ou à une partie seulement de la marge de dumping incombent aux autorités du Membre importateur. Il est souhaitable que l'imposition soit facultative sur le territoire de tous les Membres et que le droit soit moindre que la marge si ce droit moindre suffit à faire disparaître le dommage causé à la branche de production nationale."

antidumping. Au surplus, nous croyons savoir que, dans un autre différend, les États-Unis se sont déclarés d'avis que les mesures correctives prévues par l'article VI avaient été limitées aux droits compensateurs.⁴⁴⁰ Partant, nous supposons que les États-Unis fondent leur argumentation sur l'idée qu'en s'attachant exclusivement à l'article VI:2 on ne peut pas conclure que seuls des droits sont autorisés contre un dumping dommageable. C'est sans doute ce qui explique que les États-Unis se soient opposés à ce que le Groupe spécial prenne même en considération les articles 1^{er} et 18.1 dans son examen de l'article VI:2 du GATT de 1994. Or, rappelons-le, l'Accord sur l'OMC est un instrument unique. Suivre l'argument des États-Unis n'aurait pas seulement abouti à une interprétation injustifiée de la fonction du mandat d'un groupe spécial, cela nous aurait aussi obligés à méconnaître des éléments essentiels de l'interprétation de l'article VI. Il aurait été contraire à la règle d'interprétation de la Convention de Vienne de faire une constatation sur la base du seul article VI:2, isolé de son contexte.

6.198 Les États-Unis soutiennent que ni la note 24 relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping ni la note 16 de l'article 16.1 de l'Accord antidumping du Tokyo Round ne condamnent un Membre à percevoir des droits antidumping lorsqu'il se trouve devant une situation de fait constitutive de dumping dommageable. La note 24 laisse la faculté de prendre d'autres mesures conformes au GATT de 1994. Selon les États-Unis, si la mesure considérée relève d'une catégorie qui n'est tout simplement pas réglementée par le GATT de 1994, ce qui est le cas de la Loi de 1916, elle est *a fortiori* compatible avec le GATT de 1994.

6.199 Nous considérons que la note 24 n'empêche pas les Membres de traiter les causes ou les effets du dumping par d'autres instruments de politique commerciale autorisés par l'Accord sur l'OMC. Pas plus qu'elle ne les empêche d'adopter d'autres types de mesures qui sont compatibles avec l'Accord sur l'OMC. Cette possibilité est sans incidence sur notre conclusion que, lorsqu'une loi d'un Membre s'attaque au type de discrimination de prix visé à l'article VI et en fait le motif de l'imposition de mesures, ce Membre doit se conformer aux prescriptions de l'article VI et de l'Accord antidumping. À notre sens, ce qui commande l'application de l'article VI n'est pas de savoir si un Membre veut contrebalancer un dumping causant un *dommage* ou un autre effet du dumping. Pas plus que de savoir si un Membre s'attaque au dumping à travers l'imposition de droits ou par un autre type de mesures correctives, ce qui impliquerait que l'article VI ne s'applique que si un Membre traite le dumping *par* l'imposition de droits. C'est de savoir si la pratique qui déclenche l'imposition des mesures est le "dumping" au sens de l'article VI:1 du GATT de 1994. Si l'on suivait les États-Unis dans l'interprétation qu'ils suggèrent, les Membres pourraient traiter le "dumping" sans avoir à respecter les dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Une telle interprétation priverait l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping de leur effet utile dans le cadre des règles et disciplines imposées par l'Accord sur l'OMC.

d) Les travaux préparatoires

6.200 Nous pourrions conclure ici notre analyse fondée sur la règle de l'article 31 de la Convention de Vienne. Toutefois, comme les parties ont longuement discuté de la signification de l'historique de la négociation, il nous paraît indiqué de déterminer si celui-ci confirme le sens de l'article VI:2 du GATT de 1994 que nous avons dégagé en appliquant l'article 31.

6.201 Les parties ont évoqué un certain nombre de documents relatifs à la négociation de la Charte de La Havane et du GATT.⁴⁴¹ Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner toutes ces pièces puisque

⁴⁴⁰ Voir, par exemple, *Rapport du groupe spécial États-Unis – Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, adopté le 28 avril 1994, ADP/87, paragraphe 75.

⁴⁴¹ Voir plus haut la section III.E.3.

notre analyse selon l'article 31 de la Convention de Vienne n'a pas laissé le sens de l'article VI ambigu ou obscur et n'a pas conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable. Nous rappelons, cependant, que les parties ont plus particulièrement discuté du rapport du Groupe de travail sur les modifications apportées à l'Accord général, qui avait été adopté par les PARTIES CONTRACTANTES les 1^{er} et 2 septembre 1948. On peut lire au paragraphe 12 de ce rapport:

"le Groupe de travail fait siennes les vues exprimées par la Sous-Commission C de la troisième Commission de la Conférence de La Havane; [note de bas de page omise] il estime que des mesures autres que les droits antidumping et les droits compensateurs ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping ou le recours aux subventions à l'exportation, si ce n'est pour autant que ces autres mesures sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général".⁴⁴²

6.202 Nous considérons que la première partie de la phrase ("des mesures autres que les droits antidumping et les droits compensateurs ne peuvent être appliquées pour contrecarrer le dumping ou le recours aux subventions à l'exportation") confirme notre interprétation de l'article VI. La seconde partie de cette phrase ("si ce n'est pour autant que ces autres mesures sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général") peut s'entendre comme autorisant les Membres à combattre le dumping par d'autres mesures que les droits antidumping.⁴⁴³ Les États-Unis soutiennent qu'un certain nombre de mesures pourraient légitimement être appliquées contre le dumping, telles que le relèvement de droits de douane non consolidés, la renégociation de droits, les mesures de sauvegarde ou les mesures compensatoires. Or, nous observons que quand bien même ces mesures pourraient légitimement être appliquées pour combattre le dumping, leur imposition ne reposerait pas objectivement sur le "dumping". Des mesures de sauvegarde ou un relèvement de droits de douane non consolidés s'appliqueraient suivant le principe de la nation la plus favorisée. Il en irait de même des résultats d'une renégociation tarifaire. À moins que tous les Membres ne le pratiquent, le dumping ne pourrait pas être considéré comme la raison objective commandant l'imposition des mesures ou du droit de douane renégocié vis-à-vis de chacun des Membres. Les mesures compensatoires ne peuvent être imposées que pour des subventions. Le fait que ces subventions risquent de permettre à leurs bénéficiaires de se livrer au dumping n'est pas aussi indispensable à l'imposition des mesures compensatoires que l'existence de la subvention elle-même. Il s'ensuit que cette phrase ne peut s'entendre que dans le même sens que la note de bas de page 24 relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping.⁴⁴⁴

⁴⁴² IBDD, Volume II, page 43 (1952).

⁴⁴³ C'est, semble-t-il, l'interprétation de John H. Jackson dans World Trade and the Law of GATT (1968), page 411, où il observe:

"Bien que l'article VI réserve aux droits antidumping ou aux droits compensateurs un traitement à part en faisant pour eux une exception aux obligations découlant du GATT, il n'empêche que les mesures qui ne sont pas contraires à d'autres dispositions du GATT peuvent aussi être employées contre le dumping ou les subventions. Ainsi, dans la mesure où les droits de douane frappant un produit particulier ne sont pas consolidés sur une liste du GATT, un pays qui aurait constaté que le produit faisait l'objet d'un dumping pourrait relever ses droits de douane sans limite pour neutraliser le dumping, et aller encore plus loin en en punissant l'auteur."

⁴⁴⁴ Voir ci-dessus le paragraphe 6.199. Nous rappelons aussi les raisons indiquées dans le rapport du groupe de travail établi par la Sous-Commission de la troisième Commission de la Conférence de La Havane (E/CONF.2/C.3/C/18, 22 janvier 1948) pour expliquer la suppression du paragraphe 6 de l'article 34 du projet de Genève de charte de l'Organisation internationale du commerce. Le paragraphe 6, qui était semblable au paragraphe 7 de l'article VI original du GATT de 1947, était ainsi conçu:

6.203 Nous concluons que les moyens complémentaires d'interprétation de l'article 32 de la Convention de Vienne confirment notre interprétation de l'article VI:2 du GATT de 1994 fondée sur le sens ordinaire de ses termes pris dans leur contexte.

e) Conclusion sur la violation de l'article VI:2 du GATT de 1994

6.204 Nous constatons par conséquent que l'article VI:2 prévoit que seules des mesures revêtant la forme de droits antidumping pourront être appliquées pour contrebalancer le dumping comme tel et que, en ce qu'elle prévoit des amendes ou des peines d'emprisonnement ou des dommages-intérêts triples, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994.

6.205 Nous rappelons aussi la remarque que nous avons faite aux paragraphes 6.89 et 6.164. Ayant constaté une violation de l'article VI, paragraphes 1 et 2, nous ne jugeons pas nécessaire de déterminer quelles seraient les conséquences juridiques d'une interprétation constante de la Loi de 1916 par les tribunaux américains qui serait compatible avec les règles de l'OMC *dans l'avenir*.

3. Remarques finales sur la charge de la preuve en ce qui concerne la violation de l'article VI du GATT de 1994

6.206 Au paragraphe 6.99, nous avons relevé la différence d'approche entre les parties quant à l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994. À cause de cette divergence, chaque partie a concentré ses efforts pour présenter des éléments de preuve sur des aspects différents, qui parfois ne correspondaient pas au plan retenu par le Groupe spécial pour son analyse. Cependant, nous considérons que les CE ont établi une présomption pour chaque point examiné par le Groupe spécial à propos de la violation de l'article VI. Les États-Unis ne les ont pas suffisamment combattues. Au surplus, nous considérons que les États-Unis n'ont pas établi de telles présomptions en ce qui concerne leurs moyens de défense, et en particulier leur argumentation fondée sur la possibilité d'interpréter la

"Aucune partie contractante n'aura recours, pour neutraliser les effets d'un dumping ou d'une subvention, à des mesures autres que les droits antidumping ou compensateurs en ce qui concerne tout produit du territoire d'une autre partie contractante."

La question s'était posée à propos du point de savoir si le paragraphe 6 devait être supprimé ou modifié au cas où il pourrait être interprété de manière à limiter les mesures permises en vertu des articles 13 et 14 du projet de Genève. Il était dit dans le rapport:

"Le Groupe de travail était partagé sur le point de savoir si les termes du paragraphe (6) pourraient être interprétés comme limitant les droits reconnus aux Membres par les articles 13 et 14. Il était en revanche d'accord pour considérer que le paragraphe (6) était inutile et que sa suppression ne changerait pas le sens du texte."

Ces déclarations confirment l'intention de limiter les mesures autorisées pour contrebalancer le dumping *en soi* aux droits compensateurs. Le fait que l'article VI n'autorise que des droits pour combattre les pratiques de dumping en tant que telles est également confirmé par le rapport présenté à la session de révision par le Groupe de travail "Autres entraves au commerce", qui indique:

"Au sujet du paragraphe 3 de l'article VI, le Groupe de travail a examiné une proposition soumise par la délégation néo-zélandaise qui avait pour objet de permettre le recours, dans certaines circonstances, à des restrictions quantitatives destinées à compenser l'octroi de subventions ou la pratique du dumping. Cette proposition n'a pas obtenu l'appui du Groupe de travail et son adoption n'est pas recommandée." (IBDD, S3/250, cité dans GATT, Index analytique: Guide des règles et de la pratique du GATT, sixième édition mise à jour (1995), page 255).

Loi de 1916 dans un sens compatible avec les règles de l'OMC et sur la nature non impérative de la Loi de 1916.

F. VIOLATION DES DISPOSITIONS DE L'ACCORD ANTIDUMPING

1. Remarques préliminaires

6.207 Nous avons constaté l'existence d'une violation de l'article VI:1 parce que la Loi de 1916 ne prévoit pas de critère du "dommage". En outre, nous avons constaté l'existence d'une violation de l'article VI:2 parce que la Loi de 1916 impose d'autres mesures correctives que les droits antidumping. Ces constatations concernent les traits essentiels de la Loi de 1916. Nous pourrions donc envisager d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle à ce stade. Nous sommes cependant d'avis que des constatations au regard de l'Accord antidumping aideraient probablement davantage encore l'ORD à faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles les États-Unis puissent donner suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres".⁴⁴⁵ Nous sommes en effet d'avis qu'il risque de ne pas être tout à fait suffisant d'"adapter" la Loi de 1916 aux prescriptions de l'article VI concernant le dommage et de remplacer les sanctions actuellement prévues dans cette loi par des droits à la frontière pour rendre la Loi de 1916 compatible avec les règles de l'OMC⁴⁴⁶, comme on le verra aux constatations que nous formulons ci-après.

2. Examen des allégations des CE au titre de l'Accord antidumping

a) Observations générales concernant les allégations des CE au titre de l'article premier et de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping

6.208 Les CE font valoir que la Loi de 1916 interdit le dumping dans des conditions différentes de celles qui sont énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping et qu'elle applique des procédures et des mesures correctives différentes de celles que ceux-ci prévoient. Elles allèguent la violation des articles 1^{er}, 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping. En ce qui concerne l'article premier, nous observons que si nous constatons une violation d'autres dispositions de l'Accord antidumping, il sera démontré qu'une enquête antidumping au titre de la Loi de 1916 n'est pas "ouverte et menée en conformité avec les dispositions du présent accord", et une violation de l'article premier sera établie.

6.209 Pour ce qui est de la violation de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping, nous notons que les Communautés européennes disent simplement que "l'article 2.1 et 2.2 reprend en les développant les règles régissant la définition technique du dumping". Les CE ont bien défini leurs allégations au titre de l'article 2.1 et 2.2 dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. En revanche, nous ne considérons pas qu'elles aient exposé avec précision et progressivement clarifié leurs arguments sur ces deux dispositions dans le cours de la procédure. En particulier, elles n'ont pas présenté le moindre argument ou élément de preuve indiquant sur quels aspects particuliers de ces dispositions porterait la violation, et pourquoi. À notre avis, nous avons affaire à une situation analogue à celle que l'Organe d'appel a traitée dans *Japon – Produits agricoles*.⁴⁴⁷ En l'espèce, les CE n'ont pas établi de

⁴⁴⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Australie - Mesures visant les importations de saumons*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS18/AB/R, paragraphe 223.

⁴⁴⁶ Ce que nous disons là ne s'inscrit pas dans le cadre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord, mais nous notons que cette disposition nous habilite à suggérer au Membre concerné des moyens de mettre en œuvre les recommandations du Groupe spécial.

⁴⁴⁷ *Op. cit.*, paragraphe 129. Dans cette affaire, la partie plaignante n'avait pas fait valoir d'argument précis. Le groupe spécial l'avait en fait déduit des réponses des experts à ses questions. L'Organe d'appel a considéré que, même si l'article 13 du Mémoire d'accord et l'article 11.2 de l'Accord SMC laissent entendre

présomption de violation de l'article 2.1 et 2.2. Le fait que nous avons constaté une violation de l'article VI:1 du GATT de 1994 n'est pas en soi suffisant pour conclure à une violation de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping en l'absence d'arguments et d'éléments de preuve plus précis. De fait, il pourrait y avoir plusieurs raisons d'invoquer une violation de l'article 2.1 et 2.2 qui seraient totalement indépendantes de celles sur lesquelles nous nous sommes appuyés pour l'article VI.⁴⁴⁸

6.210 Nous concluons par conséquent que nous ne sommes pas en mesure d'examiner les allégations des CE au titre de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping.

b) Violation de l'article 3

6.211 Puisque nous avons déjà constaté que la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 en ce qu'elle ne prévoit pas de critère du dommage compatible avec les termes de cet article et puisque l'article 3 ne fait que traiter plus en détail le "dommage important" prescrit à l'article VI:1, nous ne jugeons pas nécessaire de faire des constatations spécifiques au regard de l'article 3 et nous appliquons donc le principe d'économie jurisprudentielle, comme nous y autorisent la pratique des groupes spéciaux du GATT et celle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.⁴⁴⁹

c) Violation de l'article 4

6.212 Les CE allèguent aussi que la Loi de 1916 ne respecte pas un certain nombre de prescriptions et garanties procédurales énoncées à l'article 4⁴⁵⁰ de l'Accord antidumping, et en particulier celle qui

que les groupes spéciaux ont un large pouvoir d'investigation, ce pouvoir ne peut pas être utilisé par un groupe spécial pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'a pas établi de présomption d'incompatibilité sur la base des prétentions juridiques précises qu'elle a formulées.

⁴⁴⁸ Le fait, par exemple, que la Loi de 1916 ne prévoirait pas le traitement des ventes du produit similaire sur le marché intérieur du pays exportateur ou des ventes à un pays tiers à des prix inférieurs aux coûts unitaires (fixes et variables) de production, majorés des frais d'administration et de commercialisation et des frais de caractère général (article 2.2.1).

⁴⁴⁹ Voir, par exemple, le rapport du groupe spécial *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, paragraphe 5.16; le rapport du groupe spécial *Brésil – Noix de coco desséchée*, *op. cit.*, paragraphe 293; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, *op. cit.*, page 19.

⁴⁵⁰ L'article 4 est ainsi conçu:

"4.1 Aux fins du présent accord, l'expression "branche de production nationale" s'entendra de l'ensemble des producteurs nationaux de produits similaires ou de ceux d'entre eux dont les productions additionnées constituent une proportion majeure de la production nationale totale de ces produits; toutefois:

i) lorsque des producteurs sont liés [note de bas de page omise] aux exportateurs ou aux importateurs, ou sont eux-mêmes importateurs du produit dont il est allégué qu'il fait l'objet d'un dumping, l'expression "branche de production nationale" pourra être interprétée comme désignant le reste des producteurs;

ii) dans des circonstances exceptionnelles, le territoire d'un Membre pourra, en ce qui concerne la production en question, être divisé en deux marchés compétitifs ou plus et les producteurs à l'intérieur de chaque marché pourront être considérés comme constituant une branche de production distincte si a) les producteurs à l'intérieur d'un tel marché vendent la totalité ou la quasi-totalité de leur production du produit en question sur ce marché, et si b) la demande sur ce marché n'est pas satisfaite dans une mesure substantielle par les producteurs du produit en question situés dans d'autres parties du territoire. Dans de telles circonstances, il pourra être constaté qu'il y a dommage même s'il n'est pas causé de dommage à une proportion

exige que la plainte soit déposée au nom de la branche de production nationale et bénéficie au minimum de l'appui d'une certaine proportion de la branche de production nationale.

6.213 Nous observons qu'en vertu de la Loi de 1916 l'action civile est ouverte à "toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens" du fait d'une infraction à la Loi de 1916. Ce terme n'est nulle part nuancé par l'indication que cette personne devrait être suffisamment représentative de la branche de production américaine, au sens de l'article 4 de l'Accord antidumping. Nous relevons que la Loi de 1916 mentionne l'intention d'éliminer ou de léser une *branche de production* aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une *branche de production* aux États-Unis. Or, nous ne disposons d'aucun élément indiquant que le demandeur doive justifier d'un minimum de représentativité pour une branche de production déterminée avant d'introduire une instance devant une juridiction fédérale. Nous notons au contraire que toutes les affaires portées en justice jusqu'ici l'ont été individuellement par des sociétés agissant sous leur propre responsabilité. À la lumière des termes de la Loi de 1916 et, en particulier, du terme "toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens", qui est particulièrement clair, nous n'avons aucune raison de penser que les tribunaux fédéraux américains soient en mesure d'interpréter cette disposition dans un sens compatible avec l'article 4 de l'Accord antidumping.

6.214 Pour ce motif, nous constatons que la Loi de 1916, parce qu'elle n'exige pas un minimum de représentativité d'une branche de production américaine, est contraire à l'article 4 de l'Accord antidumping.

d) Violation de l'article 5.5

6.215 Les CE allèguent encore que la Loi de 1916 ne respecte pas un certain nombre de prescriptions et garanties procédurales énoncées à l'article 5.5⁴⁵¹ de l'Accord antidumping,

majeure de la branche de production nationale totale, à condition qu'il y ait une concentration d'importations faisant l'objet d'un dumping sur un marché ainsi isolé et qu'en outre les importations faisant l'objet d'un dumping causent un dommage aux producteurs de la totalité ou de la quasi-totalité de la production à l'intérieur de ce marché.

4.2 Lorsque la "branche de production nationale" aura été interprétée comme désignant les producteurs d'une certaine zone, c'est-à-dire d'un marché selon la définition donnée au paragraphe 1 ii), il ne sera perçu [note de bas de page omise] de droits antidumping que sur les produits en question expédiés vers cette zone pour consommation finale. Lorsque le droit constitutionnel du Membre importateur ne permet pas la perception de droits antidumping sur cette base, le Membre importateur ne pourra percevoir de droits antidumping sans limitation que si *a)* la possibilité a été préalablement donnée aux exportateurs de cesser d'exporter à des prix de dumping vers la zone concernée ou, sinon, de donner des assurances conformément à l'article 8, mais que des assurances satisfaisantes à cet effet n'aient pas été données dans les moindres délais, et si *b)* de tels droits ne peuvent pas être perçus uniquement sur les produits de producteurs déterminés approvisionnant la zone en question.

4.3 Dans les cas où deux pays ou plus sont parvenus, dans les conditions définies au paragraphe 8 a) de l'article XXIV du GATT de 1994, à un degré d'intégration tel qu'ils présentent les caractéristiques d'un marché unique, unifié, la branche de production de l'ensemble de la zone d'intégration sera considérée comme constituant la branche de production nationale visée au paragraphe 1.

4.4 Les dispositions du paragraphe 6 de l'article 3 seront applicables au présent article."

⁴⁵¹ L'article 5.5 est ainsi conçu:

"Les autorités éviteront, sauf si une décision a été prise d'ouvrir une enquête, de rendre publique la demande d'ouverture d'une enquête. Toutefois, après avoir été saisies d'une

essentiellement parce qu'elle n'exige pas que le gouvernement du pays exportateur soit préalablement avisé d'une action antidumping intentée en justice sur le fondement de la Loi de 1916.

6.216 Nous observons que le texte même de la Loi de 1916 ne prévoit pas la notification prescrite par l'article 5.5, ni dans le cas de la "voie civile", ni dans celui de la "voie pénale". Aucun autre texte ou pratique administrative qui impliquerait une notification aux gouvernements concernés, de la part soit des tribunaux, soit de l'exécutif fédéral, n'a été porté à la connaissance du Groupe spécial. Nous concluons par conséquent que la Loi de 1916 est contraire à l'article 5.5 de l'Accord antidumping.

3. Conclusion

6.217 Pour les motifs indiqués ci-dessus, nous constatons que la Loi de 1916 est contraire aux articles 4 et 5.5 de l'Accord antidumping. À la lumière de nos constatations et pour les motifs mentionnés plus haut au paragraphe 6.208, nous constatons aussi que la Loi de 1916 est contraire à l'article premier de l'Accord antidumping.

G. VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

6.218 Nous rappelons que les CE nous ont demandé de faire une constatation de violation de l'article III:4 du GATT de 1994 à titre subsidiaire ou "si le Groupe spécial considère que la totalité ou une portion quelconque de la Loi est compatible avec l'article VI du GATT et l'*Accord antidumping*". Une telle constatation s'appliquerait à la "portion de la loi jugée compatible avec l'article VI du GATT et l'*Accord antidumping*."⁴⁵²

6.219 Nous rappelons que nous avons décidé de commencer par examiner si l'article VI s'appliquait à la Loi de 1916 parce qu'il paraissait viser plus précisément les termes de la Loi de 1916. Nous avons constaté que la Loi de 1916, du fait qu'elle a pour cible le "dumping" au sens de l'article VI du GATT de 1994, était entièrement soumise aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping et qu'elle ne pouvait échapper aux disciplines de l'article VI du seul fait qu'elle avait des objectifs antitrust ou renfermait des prescriptions ayant un caractère antitrust. Nous jugeons donc inutile de déterminer si certains éléments de la Loi de 1916 pourraient relever de l'article III:4.

6.220 Nous avons aussi constaté que la Loi de 1916 est contraire aux dispositions de l'article VI et à certaines dispositions de l'Accord antidumping. Nous considérons que ces constatations sont suffisamment développées pour permettre à l'ORD de faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles il pourra être donné suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres."⁴⁵³ Il s'ensuit que nous sommes fondés à appliquer le principe d'économie jurisprudentielle, suivant la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC⁴⁵⁴, pour décider de ne pas examiner les allégations des CE au titre de l'article III:4.

demande dûment documentée et avant de procéder à l'ouverture d'une enquête, les autorités aviseront le gouvernement du Membre exportateur concerné."

⁴⁵² Souligné dans l'original.

⁴⁵³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, *op. cit.*, paragraphe 223.

⁴⁵⁴ Voir plus haut la note de bas de page 449.

H. VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD INSTITUANT L'OMC

6.221 Nous relevons que les parties sont en désaccord sur la portée de l'article XVI:4 en tant qu'il se rapporte au présent différend. En revanche, les deux parties conviennent que si une loi, réglementation ou procédure administrative d'un Membre n'est pas conforme à ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans l'Accord sur l'OMC, ce Membre est tenu d'une obligation positive de la mettre en conformité avec cet accord.⁴⁵⁶

6.222 L'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC est ainsi conçu:

"Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe."

6.223 Si l'article XVI:4 a un sens, c'est que lorsqu'une loi, une réglementation ou une procédure administrative d'un Membre a été jugée incompatible avec les obligations incombant à ce Membre dans le cadre de l'OMC en vertu de l'un quelconque des accords annexés à l'Accord instituant l'OMC, ce Membre manque aussi à ses obligations au titre de l'article XVI:4.⁴⁵⁷ Nous avons constaté que la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994. Le GATT de 1994 étant l'un des "accords figurant en annexe" au sens de l'article XVI:4, nous constatons qu'en violant ces dispositions les États-Unis violent l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

6.224 Vu notre conclusion, nous ne jugeons pas nécessaire de nous pencher sur la question de la violation de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC résultant de la violation des articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping.

6.225 Nous constatons par conséquent que, du fait qu'elle est contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, la Loi de 1916 est contraire à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC.

I. ANNULATION OU REDUCTION D'AVANTAGES

6.226 Les CE soutiennent qu'en violant l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC, l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, les articles 1^{er}, 2.1 et 2.2, 3, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping et l'article III:4 du GATT de 1994 les États-Unis ont annulé ou compromis des avantages découlant pour les CE de ces accords.

6.227 Nous avons constaté que la Loi de 1916 est en soi contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, ainsi qu'aux articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping. Nous avons aussi conclu que, en n'assurant pas la conformité de la Loi de 1916 avec leurs obligations telles qu'elles sont énoncées dans les dispositions précitées, les États-Unis violent l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC. Étant donné qu'aux termes de l'article 3:8 du Mémorandum d'accord "[D]ans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage" et que les États-Unis n'ont produit aucune preuve contraire, nous concluons que la Loi de 1916 annule ou compromet des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'Accord sur l'OMC.

⁴⁵⁶ Pour les arguments des parties, voir plus haut les paragraphes 3.358 et 3.361.

⁴⁵⁷ Nous n'avons pas appliqué le principe d'économie jurisprudentielle dans le cas de l'article XVI:4 parce que, dans ce contexte, il résulte "automatiquement" une violation de l'article XVI:4 de celle d'une autre disposition de l'Accord sur l'OMC.

J. RESUME DES CONSTATATIONS

6.228 Nos constatations peuvent se résumer comme suit:

- a) pour examiner la conformité de la Loi de 1916 avec les dispositions de l'Accord sur l'OMC, nous étions fondés, suivant la pratique de l'Organe d'appel et d'autres juridictions internationales, à procéder à un examen du droit interne américain, y compris un examen des travaux préparatoires pertinents et une analyse de la jurisprudence pertinente;
- b) interprété conformément aux dispositions de la Convention de Vienne, l'article VI:1 du GATT de 1994 doit nécessairement être considéré comme applicable à toute situation dans laquelle un Membre s'attaque au type de discrimination de prix transnationale défini dans cet article;
- c) d'après les termes de la Loi de 1916, le critère de la discrimination de prix transnationale que renferme cette loi répond à la définition de l'article VI:1 du GATT de 1994. Les travaux préparatoires de la Loi de 1916 et son interprétation ultérieure par les tribunaux américains ne nous amènent pas à dégager une conclusion différente;
- d) en ne prévoyant pas exclusivement le critère du dommage⁴⁵⁸ retenu à l'article VI, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 du GATT de 1994;
- e) en prévoyant l'imposition de dommages-intérêts au triple, d'amendes ou de peines d'emprisonnement, au lieu de droits antidumping, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994;
- f) en ne prévoyant pas un certain nombre de prescriptions procédurales qui figurent dans l'Accord antidumping, la Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping;
- g) en étant contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, la Loi de 1916 emporte violation de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC;
- h) étant donné que des violations ont été établies sans que les États-Unis aient démontré le contraire, les États-Unis annulent ou compromettent des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'Accord sur l'OMC.

⁴⁵⁸ Voir plus haut la note de bas de page 366.

VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

7.1 Nous *concluons* que

- i) la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994;
- ii) La Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping;
- iii) la Loi de 1916 est contraire à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC;
- iv) de ce fait, des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'Accord sur l'OMC se sont trouvés annulés ou compromis.

7.2 Nous *recommandons* par conséquent à l'ORD de demander aux États-Unis de mettre la Loi de 1916 en conformité avec les obligations qui leur incombent en vertu de l'Accord sur l'OMC.
